

Offentlig upphandling av datasystem

Niko Kuronen

Avhandling pro gradu i offentlig rätt

Fakulteten för samhällsvetenskaper, ekonomi och juridik

Åbo Akademi, våren 2023

Handledare: Markku Suksi



ÅBO AKADEMI – FAKULTETEN FÖR SAMHÄLLSVETENSKAPER EKONOMI OCH JURIDIK

Abstrakt för avhandling pro gradu

| | |
|--|----------------|
| Ämne: Offentlig rätt | |
| Författare: Niko Kuronen | |
| Arbetets titel: Offentlig upphandling av datasystem | |
| Handledare: Markku Suksi | |
| Abstrakt: | |
| <p>Vårt samhälle ligger under en ständig utveckling på grund av de enorma framsteg som ständigt tas på det teknologiska fältet. Då olika datasystem blir alltmer relevanta redskap inom den offentliga sektorn blir datasystem uppfattade som både varor och tjänster allt vanligare föremål för offentlig upphandling,. Syftet med denna avhandling är att undersöka hur upphandlingslagstiftningen hängt med i den teknologiska utvecklingen genom att analysera hur dagens upphandlingslagstiftning lämpar sig för upphandling av datasystem.</p> <p>Metoden som använts i avhandlingen är rättsdogmatisk och som material har fungerat ett brett material bestående av upphandlingslagen, EU:s direktiv och annan upphandlingslagstiftning, riksdagens propositioner samt rättspraxis från marknadsdomstolen, EU-domstolen och tribunalen. Som material har även fungerat akademisk litteratur och upphandlingsmaterial från statsrådets kansli, Folkpensionsanstalten och inrikesministeriet.</p> <p>Denna avhandling lyckas besvara bl.a. när ett datasystem ska uppfattas som en vara eller en tjänst, hur värdet på en mjukvara kan uppskattas och hur bra det går att reglera källkoder eller äganderätten till dessa baserat på bestämmelserna om en öppen marknad och likabehandling. Jag lyckas också besvara vilka upphandlingsförfaranden som bäst lämpar sig för upphandling av datasystem, varav det förhandlade förfarandet och den konkurrenspräglade dialogen framstår som lämpligast. Det är också rekommenderat för den upphandlande enheten att tillämpa ramavtal vid upphandling av datasystem.</p> <p>Som den nuvarande upphandlingslagens absoluta styrka framgår det breda urvalet av förfarandesätt, som kan underlätta den upphandlande enhetens arbetsbörda vid val av rätt alternativ. Baserat på mina kritiska observationer kan jag dock konstatera att den nuvarande upphandlingslagstiftningen inte lämpar sig för upphandling av datasystem som ett specifikt upphandlingsföremål och det framstår som uppenbart att lagstiftaren i framtiden måste reagera på detta. Den nuvarande lagstiftningen lyckas inte skapa en fullständig rättssäkerhet för den upphandlande enheten vid upphandling av datasystem då vissa problemsituationer i princip endast verkar kunna undgås genom att den upphandlande enheten lyckas planera och förutspå värdet av sin upphandling på ett sätt som är nästan omänskligt krävande. Då syftet bakom den omfattande regleringen av offentlig upphandling är att bl.a. effektivisera användningen av offentliga medel är det inte ändamålsenligt att begränsade offentliga medel slösas på misslyckade upphandlingar av datasystem.</p> | |
| Nyckelord: Offentlig upphandling, Datasystem, It, Källkod, Mjukvara, Upphovsrätt, Upphandlingssätt, Upphandlingsförfarande, Elektronisk förvaltning, Användargränssnitt | |
| Datum: 25.4.2023 | Sidoantal: 117 |
| | |

Innehållsförteckning

| | |
|--|-----------|
| 1. Inledning..... | 1 |
| 1.1 Elektronisk förvaltning och upphandling..... | 1 |
| 1.2 Frågeställning och avgränsningar..... | 4 |
| 1.3 Material och metod..... | 5 |
| 2. Offentlig upphandling och datasystem..... | 7 |
| 2.1 Upphandlingslagstiftningens struktur..... | 7 |
| 2.2 Den upphandlande enheten och avtalstyper..... | 10 |
| 2.3 CPV-koderna - datasystem som vara eller tjänst..... | 11 |
| 3. Upphandlingsprocessen..... | 14 |
| 3.1 Planering..... | 14 |
| 3.2 Skyldigheten att annonsera om upphandling..... | 22 |
| 3.3 Publicering av upphandlingsannons..... | 30 |
| 3.4 Anbudsförfrågan och beskrivning av föremålet för upphandlingen..... | 33 |
| 3.5 Val av anbudssökande, anbudsgivare samt anbud..... | 42 |
| 3.6 Upphandlingsbeslut och upphandlingskontrakt..... | 43 |
| 4. Upphandlingsätt..... | 45 |
| 4.1 Upphandlingssätten..... | 45 |
| 4.1.1 Öppet förfarande..... | 45 |
| 4.1.2 Selektivt förfarande..... | 47 |
| 4.1.3 Förhandlat förfarande..... | 50 |
| 4.1.4 Konkurrenspräglad dialog..... | 54 |
| 4.1.5 Ramavtal..... | 59 |
| 4.1.6 Direktupphandling..... | 63 |
| 4.1.7 Innovationspartnerskap..... | 67 |
| 4.1.8 Elektronisk auktion..... | 69 |
| 4.1.9 Dynamiska inköpssystem..... | 72 |
| 4.1.10 Elektroniska kataloger..... | 74 |
| 4.1.11 Projekttävlingar..... | 77 |
| 4.2 Bedömning av upphandlingssätten för upphandling av datasystem..... | 78 |
| 5. Datasystems specifika upphandlingsproblem..... | 81 |
| 6. Upphandlingsförfarandet vid upphandling av datasystem..... | 93 |
| 6.1 Statsrådets kansli och upphandlingen av VAHVA-ärendehanteringslösningen..... | 93 |
| 6.1.1 Inledning..... | 93 |

| | |
|--|------------|
| 6.1.2 VAHVA-upphandlingens föremål och målet med upphandlingen..... | 93 |
| 6.1.3 Upphandlingsförfarandet..... | 96 |
| 6.1.4 Kraven för den erbjudna lösningen..... | 97 |
| 6.1.5 Uppskattandet av värdet för upphandlingen..... | 98 |
| 6.1.6 Val av anbud och jämförelsekriterier..... | 99 |
| 6.1.7 Behandlingen av anbud..... | 99 |
| 6.2 Folkpensionsanstaltens upphandling av ärendehanteringslösning..... | 100 |
| 6.2.1 Inledning..... | 100 |
| 6.2.2 FPA-upphandlingens föremål och målet med upphandlingen..... | 100 |
| 6.2.3 Kraven för den erbjudna lösningen..... | 103 |
| 6.2.4 Uppskattandet av värdet för upphandlingen..... | 104 |
| 6.3 Utvecklingsavtalet för ACTA-ärendehanteringssystemet..... | 105 |
| 6.3.1 Inledning..... | 105 |
| 6.3.2 Avtalets föremål och målet med avtalet | 105 |
| 6.3.3 Rättigheterna till systemet..... | 106 |
| 6.3.4 Avtalets giltighetstid och uppsägning..... | 106 |
| 6.4 Jämförelse av upphandlingsdokumenten..... | 107 |
| 7. Slutsatser..... | 109 |

1. Inledning

1.1 Elektronisk förvaltning och upphandling

Elektronisk förvaltning utgör i dagens läge en allmänt godkänd beteckning på en offentlig förvaltning där informations- och kommunikationsteknik har en central roll.¹ Dagens samhälle ligger under en ständig utveckling på grund av de enorma framstegen som tagits på det teknologiska fältet. Vissa har t.o.m. gått så långt att de kallat AI och digitalisering för den andra industriella revolutionen.² Det är inte heller en överdrift att påstå att samhället fungerade på ett annorlunda sätt då Finland gick med i EU år 1995. It används idag i en allt större utsträckning för att bjuda offentlig service och som en bas för automatiserat beslutsfattande.³ Hur it utformas, införs, förvaltas och utvecklas anses skapa både juridiska risker och möjligheter.⁴ Teknologins utveckling då det kommer till hård- och mjukvaror har möjliggjort att olika offentliga funktioner har blivit föremål för automatisering, vilket har ställt en hel del nya krav på lagstiftaren och beslutsfattaren. Vissa beskriver mer teoretiskt fenomenet som utveckling av juridisk metodik och rättsliga referensramar för att kunna hantera hur artificiell intelligens och andra avancerade tekniska lösningar möjliggör och interagerar med samhällets rättsliga utveckling.⁵ Dessutom kan rättighetsanspråk kan inte för mjukvaror göras på samma sätt som för hårdvaror.⁶ För mjukvaror måste man fokusera på själva algoritmernas realisering i kod för att kunna uppställa anspråk för upphovsrätt. Därför har lagstiftaren varit tvungen att fundera på komplexa frågor gällande öppenhet vad gäller tillgång till koder, möjligheten att göra egna kodlösningar, att använda koden och att kommersiellt förfoga över koden.⁷

Enligt human-computer interaction (HCI) -forskning har både laglighetsövervakare och lagstiftare i allt större grad börjat betona vikten av att förvaltningen känner till sin kund för att kunna planera digitala tjänster baserat på kundens behov.⁸ Som ett svar på detta krav har den offentliga förvaltningen i en ökande grad börjat erbjuda medborgaren digitala tjänster genom tillämpandet av olika datasystem. Den delen av datasystemet som är synlig för medborgaren kallas för användargränssnittet. Fastän lagstiftningen inte ännu känner till

¹ Magnusson Sjöberg 2018 a, s. 247.

² Noll 2021, s. 14.

³ Magnusson Sjöberg 2018 a, s. 247.

⁴ Magnusson Sjöberg 2018 a, s. 269.

⁵ Hermansson och Petrusson 2021, s. 159.

⁶ Hermansson och Petrusson 2021, s. 183.

⁷ Hermansson och Petrusson 2021, s. 184.

⁸ Koulu et al. 2022. s. 6.

användargränssnittet som ett begrepp, har uppdelningen i professionella användare och medborgaranvändare av datasystem blivit allt vanligare i den inhemska lagstiftningen.⁹ Olika användargränssnitt tillämpas då förvaltningens informationshanterare sköter sin arbetsuppgift och då en medborgare sköter sina offentliga ärenden, fastän dessa användargränssnitt oftast samverkar med samma datasystem. Medborgarens användargränssnitt kan anses ha en central betydelse för medborgarens tillgång till god förvaltning. Som ett exempel på detta kan man lyfta fram rättsfallet HFD 2021:110, där högsta förvaltningsdomstolen betonade medborgarens skyldighet att använda "skicka in ansökan" funktionen inom den i annonsen givna tidsfristen för att kunna få rättssäkerhet.¹⁰

Europeiska unionen har styrt medlemsstaternas myndigheter vid upphandlingsförfaranden genom direktiv sedan början av 1970-talet.¹¹ Då Finland anslöt sig till EU den 1.1.1995 tog riket i bruk en omfattande europeisk reglering gällande offentlig upphandling tillsammans med den övriga unionslagstiftningen. Bestämmelserna i EU:s direktiv gällande upphandling har sedan dess arbetats in i den nationella lagstiftningen. Enligt Europeiska kommissionen var det sammanlagda värdet av offentliga kontrakt i Finland ca. 34 miljarder euro per år (2013). Beloppet omfattar all offentlig upphandling och utgjorde ca 18 procent av bruttonationalprodukten.

Gällande landskapet Åland är frågan om behörighetsområdet för offentlig upphandling väldigt speciell. Behörighetsområdet nämns inte i självstyrelselagen för Åland (114/1991), men baserat på forskning inom området lär lagstiftningsbehörigheten fortfarande finnas hos lagtinget.¹² Samma forskning tyder dock på att det finns potential för att behörighetsgränsen omprövas i framtiden.

Under åren har de nationella lagarna gällande offentlig upphandling uppdaterats flera gånger, varav den största och mest omfattande revideringen trädde i kraft den 1.6.2007 genom ikraftträdandet av lagen om offentlig upphandling (348/2007) och lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007). Dessa lagar kompletterades senare genom statsrådets förordning om offentlig upphandling (614/2007). Rättsskyddsdirektivet av den 1.6.2010 medförde senare nya centrala bestämmelser om

⁹ Koulu et al. 2022. s. 7. Juridiskt sett skiljer lagstiftningen inte för tillfället åt användargränssnittet från datasystemet i bakgrunden.

¹⁰ Koulu et al. 2022. s. 9.

¹¹ RP 108/2016 rd, s. 7.

¹² Suksi 2021, s. 217. Frågan handlar om lagstiftningsbehörigheten skall betraktas som reglering av förvaltning eller främjande av konkurrens. Den senare skulle medföra att lagstiftningsbehörigheten skulle höra till riksdagen även vad gäller offentlig upphandling i landskapet Åland.

rättsskydd, informering om upphandlingsbeslut, nationella tröskelvärden och direktupphandlig till den nationella upphandlingslagstiftningen. Den nyaste versionen av upphandlingslagen är lagen om offentlig upphandling och koncession (1397/2016), som även ersatte lagen om elektroniska auktioner och dynamiska inköpssystem (698/2011) genom att dess bestämmelser inarbetades i den nya upphandlingslagen.

Vid offentlig upphandling av datasystem kan upphandlingslagstiftningen anses bli en del av den offentliga it-rätten. I princip är det fråga om en mer materiell dimension av it-rätten som står i bakgrunden för den offentliga verksamheten.¹³ Syftet bakom den omfattande upphandlingslagstiftning som skapats har varit att öppna den europeiska inre marknaden för europeiska företag och att på så sätt öka konkurrensen på den inre marknaden. Regleringen av offentliga upphandlingar har därmed ett politiskt syfte där den materiella EU-rätten står i förgrunden, och idag utgör offentliga upphandlingar en väsentlig del av den europeiska inre marknaden.¹⁴ Offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter eller för deras räkning måste överensstämma med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Särskilt viktiga är principerna om fri rörlighet av varor, etableringsfrihet och frihet att etablera tjänster.¹⁵ Principerna om likabehandling, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande, proportionalitet och öppenhet är också av instrumentell betydelse. Eftersom det i dagens läge finns alltmer varierande former av offentliga åtgärder är det viktigt att tydligare definiera vad som menas med begreppet upphandling. I artikel 2.1 led 5 i direktiv 2014/24/EU definieras offentliga upphandlingar som "utbetalningar av offentliga medel i syfte att anskaffa byggentreprenader, varor eller tjänster genom offentligt kontrakt." Alla former av utbetalning av offentliga medel kan därmed inte definieras som upphandlingar.

Syftet med denna avhandling är att granska fältet för datasystem genom att undersöka hur upphandlingslagstiftningen hängt med i den teknologiska utvecklingen och därmed analysera hur upphandlingslagstiftningen lämpar sig för upphandling av datasystem. Jag anser denna fråga vara högaktuell eftersom olika datasystem blir alltmer relevanta redskap inom den offentliga sektorn.¹⁶ Därmed är det även självklart att datasystem allt oftare kommer att vara

¹³ Magnusson Sjöberg 2018 b, s. 24.

¹⁴ Eskola et al. 2011, s. 17.

¹⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, s. 1.

¹⁶ Som en av de nyaste utvecklingarna inom den inhemska lagstiftningen på fältet som berör datasystem är Riksdagens svar RSv 325/2022 rd till regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om automatiserat beslutsfattande i beskattnings- och tullärenden. Likt upphandling av datasystem är system för automatiserat beslutsfattande enligt mig ett av de mest relevanta undersökningsobjekten inom den offentliga rätten i Finland.

föremål för offentlig upphandling. Dessutom har jag under materialsökningen funnit att denna tematik inte verkar ha undersökts mycket tidigare.

1.2 Frågeställning och avgränsningar

Frågeställningen i denna avhandling är den som nämndes ovan, dvs. hur har upphandlingslagstiftningen hängit med i den teknologiska utvecklingen? Frågan besvaras genom följande specificerande frågeställningar: hur har upphandlingslagstiftningen tillämpats vid upphandling av datasystem och hur lämpar sig den nuvarande lagstiftningen för upphandling av datasystem? Kan mångfalden av olika lösningar som inkluderas i familjen av datasystem göra det svårt att definiera om upphandlingen gäller en vara eller en tjänst? Frågor som jag förväntas få svar på är därtill t.ex. hur kan värdet på en mjukvara uppskattas, och finns det andra former av datasystemspecifika upphandlingsproblem? Jag tänker mig t.ex. att det kan vara problematiskt att reglera källkoder eller äganderätten till dessa baserat på bestämmelserna om en öppen marknad och likabehandling. Jag skall också försöka besvara följande frågor: hur påverkar lagstiftningen som existerar på området kraven som sätts för ett datasystem som upphandlingsföremål och slutprodukt, och vilka upphandlingsförfaranden är det som bäst lämpar sig för upphandling av datasystem? Jag försöker besvara ovannämnda frågor genom att bland annat granska upphandlingsmaterial för vissa offentliga upphandlingar som statliga myndigheter utfört gällande datasystem. Som undersökningsföremål har jag valt att granska den offentliga upphandlingen av statsrådets nya ärendehanteringslösning VAHVA, Folkpensionsanstaltens upphandling av sin nyaste ärendehanteringslösning samt inrikesministeriets upphandling av ärendehanteringssystemet ACTA. Jag kommer att använda upphandlingslagstiftning och rättspraxis som upplysare då det kommer till hurdana problem som uppstått vid upphandling av datasystem.

Eftersom ramen för avhandlingen är begränsad är jag tvungen att göra vissa avgränsningar. Den mest synliga avgränsningen är att jag varit tvungen att begränsa urvalet av upplysande rättsfall. Detta har gjorts på grund av att de olika upphandlingssätten och de uppstående rättsfrågorna är fler till antal än de rättsfall som har utrymme att behandlas. Då jag i undersökningen går i genom upphandlingsförfarandet baserat på lagen, har jag valt att endast behandla de bestämmelser som är mest relevanta vid upphandling av datasystem. Eftersom vissa rättsfall är längre och mer komplexa än de andra har jag även varit tvungen att göra en del avgränsningar i rättsfallsanalyserna för de mest komplexa fallen. Som ett exempel har jag vid behandlingen av tribunalens beslut T-19/07 varit tvungen att minimera uppräknningen av

de olika lagrum som åberopades, och innehållet i de diskussioner som fördes under behandlingen av ärendet. Endast det jag ansett som mest relevant för undersökningen har tagits med i analysen. Detta syns helt enkelt i att jag redovisar mer detaljrikt för vissa rättsfall än andra. Att redogöra för vissa rättsfall i större detalj har också varit ett medvetet val för att läsaren lättare kan bilda sig en uppfattning om hurdana frågor som kan tänkas behandlas i rättsfall gällande upphandling av datasystem.

Jag har inte heller inom ramen för avhandlingen en möjlighet att granska rättsinformatiken i en större skala eller fördjupa mig i hur digitaliseringen styr myndigheternas dagliga verksamhet inom den elektroniska förvaltningen. Fastän frågan om användargränssnitten är väldigt intressant kommer denna avhandling att behandla datasystem som en större helhet. Jag kan inte heller fördjupa mig i den avtalsrättsliga aspekten av kommersiella it-avtal, dvs. it-avtal från affärsjuristens synvinkel. Jag har inte möjlighet att inom ramen för denna avhandling behandla offentlig upphandling av datasystem inom landskapet Åland eller utvecklingen inom det tidigare nämnda området för automatiserat beslutsfattande.

1.3 Material och metod

Som material för avhandlingen har fungerat de olika versionerna av upphandlingslagen, EU:s direktiv och annan upphandlingslagstiftning samt riksdagens propositioner. Som material har även använts rättspraxis från marknadsdomstolen, EU-domstolen och tribunalen (dvs. förstainstansdomstolen eller allmänna domstolen).

Som det huvudsakliga teorisammanfattande materialet för avhandlingen har använts Saila Eskolas, Eeva Kiviniemis, Tarja Krakaus och Erkkö Ruohoniemis bok "Julkiset hankinnat" i upplagorna från både 2011 och 2017. Dessa akademiska verk har använts vid sidan av regeringens proposition (108/2016) för att enligt mig erbjuda den mest täckande teoretiska referensramen. Som tillägg till den teoretiska referensramen i form av akademisk litteratur har jag använt både Cecilia Magnusson Sjöbergs bok "Rättsinformatik - Juridiken i det moderna informationssamhället", från år 2018 och Gregor Nolls (red.) "AI, digitalisering och rätten: en lärobok" från år 2021. Jag har även använt rättsvetenskapliga artiklar som jag funnit vara relevanta.

Förvaltningspraxis som använts i avhandlingen utgörs av det upphandlingsmaterial gällande ärendehanteringslösningarna VAHVA, FPA och ACTA som jag fått tag på genom en begäran av information till statsrådets kansli, Folkpensionsanstalten och inrikesministeriet. För både

VAHVA-upphandlingen och FPA-upphandlingen granskar jag anbudsfrågan, beskrivningen av föremålet för upphandlingen samt relevanta bilagor. För ACTA-upphandlingen har jag endast lyckats få tag på uppehållsavtalet, och därmed lägger jag fokuset på den information som finns i detta avtal. Gällande tillämpad rättspraxis går jag igenom vissa rättsfall mer grundligt, medan övriga rättsfall används som snabbare exempel. Valet är baserat på hur relevant jag ansett innehållet i rättsfallet vara. Information för avhandlingen har också samlats från den svenska upphandlingsmyndighetens webbplats.

Metoden som används i avhandlingen är rättsdogmatik vilken vid jämförandet av upphandlingsmaterialet även till viss del tillämpar komparativ granskning. Jag eftersträvar att skapa en så teorisammanfattande avhandling som möjligt då det kommer till offentlig upphandling av datasystem. Därmed kan avhandlingen även ses innehålla en viss teorisammanfattande dimension.

2. Offentlig upphandling och datasystem

2.1 Upphandlingslagstiftningens struktur

De nationella myndigheterna är enligt lagen förpliktade att upphandla sina anskaffningar genom anbudsförfarande. Detta baserar sig på ett av huvudsyftena bakom upphandlingslagstiftningen, dvs. till att säkerställa öppenhet och jämlikhet vid offentliga upphandlingar.¹⁷ Enligt regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarande (RP 108/2016 rd) är syftet med regleringen av offentlig upphandling att effektivisera användningen av offentliga medel så att man med de disponibla begränsade resurserna kan skaffa varor och tjänster av bästa kvalitet.¹⁸ Det andra huvudsyftet är som nämnts tidigare att öka konkurrensen på den inre marknaden. Andra syften för regleringen av offentlig upphandling är att effektivisera de offentliga tjänsterna och förbättra kvaliteten samt främja den ekonomiska tillväxten, konkurrenskraften och sysselsättningen. Trots att dessa kan anses vara huvudsyftena bakom regleringen är dessa långt från de ända principer som står som grund för lagstiftningen. En central princip som står bakom lagstiftningen är förbudet mot diskriminering. Enligt 18 och 19 artikeln i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ska all diskriminering på grund av nationalitet, kön, ras, etniskt ursprung, religion eller övertygelse, funktionshinder, ålder eller sexuell läggning vara förbjuden. Det är alltså förbjudet att hantera likvärdiga situationer på olika sätt, om inte detta kan berättigas med opartiska och legitima skäl. Diskrimineringsförbudet innebär att deltagarna i upphandlingsförfarande ska behandlas jämligt i processens alla faser. Från unionens rättspraxis har man även kunnat identifiera fler vägledande principer för upphandling, som t.ex. proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen. Vi har också från rättspraxis kunnat se hur de tidigare nämnda principerna tillämpas i praktiken. Ett exempel på hur diskrimineringskyddet tillämpats i praktiken är att upphandlingsförfarande endast ska innehålla de anbud som skickats in inom den givna tidsramen och att instruktionerna för deltagarna bör vara så klara och tydliga att anbuden blir jämförbara i kvalité. Fastän det kan anses vara uppenbart så måste det också nämnas att samma kriterier ska tillämpas på alla anbud jämligt då man jämför dem sinsemellan. Det har även konstaterats i rättslitteratur att

¹⁷ Eskola et al. 2011, s. 21.

¹⁸ RP 108/2016 rd, s. 5.

"sunt förnuft" ofta leder i rätt riktning då man undersöker principernas tillämpning i upphandlingsprocessen.¹⁹

Den egentliga lagen som styr upphandlingsförfaranden i Finland är lagen om offentlig upphandling och koncession (1397/2016, senare upphandlingslagen). Enligt 4 § punkt 1 i upphandlingslagen är ett upphandlingskontrakt ett skriftligt avtal som ingåtts mellan en eller flera upphandlande enheter och en eller flera leverantörer och som avser utförande av byggtreprenad, upphandling av varor eller utförande av tjänster mot ekonomisk ersättning. Enligt lag är det alltså obligatoriskt att upphandlingskontraktet görs skriftligt. I rättspraxis har man dessutom specificerat att kontrakten mellan den upphandlande enheten och leverantören måste vara fastställda. Ett exempel på detta är t.ex. rättsfallen MAO:18/2009 och HFD:2009-T-2004, där det konstaterades att en avsiktsförklaring inte kunde anses utgöra ett upphandlingskontrakt.²⁰ Eftersom ett upphandlingskontrakt ingås för utförandet av något mot ekonomisk ersättning kan man också konstatera att ett upphandlingskontrakt måste ha ett ekonomiskt värde. Detta värde kan se olika ut ifall det är fråga om skaffandet av en produkt eller om det är fråga om en tjänstekoncession. I fråga om tjänstekoncessioner kan det ekonomiska värdet vara svårare att identifiera, och därmed kan det vara svårare att besluta om det är fråga om en offentlig upphandling.²¹

I 4 § punkt 1 i upphandlingslagen nämns utförande av byggtreprenad, upphandling av varor eller utförande av tjänster som föremål för offentlig upphandling. Med byggtreprenader som faller inom upphandlingslagstiftningen menas kontrakt där en byggtreprenad förverkligas enligt de kriterier som blivit uppsatta av den upphandlande enheten. Även ett hyresavtal kan juridiskt sett falla inom ramen för en byggtreprenad ifall det är fråga om en ny byggnad som kommer att förverkligas enligt den upphandlande enhetens kriterier.²²

Som upphandling av varor räknas inköp, leasing och hyrning av varor samt inköp med delbetalning. Upphandlingskontrakt för varor kan också innehålla t.ex. köpoptioner samt monterings- eller installationstjänster. Upphandling av varor brukar allmänt ses som de lättaste att förverkliga eftersom den upphandlande enheten ofta vet exakt vad den önskar införskaffa.

¹⁹ Eskola et al. 2011, s. 25.

²⁰ Eskola et al. 2011, s. 48.

²¹ Eskola et al. 2011, s. 48.

²² Eskola et al. 2011, s. 50.

Upphandling av tjänster kan innehålla både varor och byggnadsentreprenader, men tjänsten är här föremålet för upphandlingen. Då man talar om tjänsteupphandlingar kan man dela tjänsterna i primärtjänster och sekundärtjänster. Till primärtjänster räknas bl.a. renoverings- och reparationstjänster, transporttjänster, finansieringstjänster, informationshanteringstjänster, forsknings- och utvecklingstjänster, fastighetstjänster och avfallshantering. Sekundärtjänster är å sin sida t.ex. social- och hälsovårdstjänster, undervisningstjänster, juridiska tjänster samt vissa transporttjänster. Upphandlingsförfarandet för primär- och sekundärtjänster är olikt, men i båda är man tvingad att använda konkurrensutsatt anbuds förfarande. Upphandling av tjänster brukar också ses som det mest problematiska upphandlingssättet.²³ Detta kan t.ex. tänkas bero på att den upphandlande enheten tidigare ordnat tjänsten själv och därmed inte har tidigare erfarenhet då det kommer till upphandlingar. En annan förklaring kan vara att de upphandlande enheterna inte alltid är säkra på vad de önskar införskaffa. Osäkerhet på denna front kan ofta leda till en bristfällig planering av upphandlingsprocessen.

Generellt tillämpas all upphandlingslagstiftning vid konkurrensutsättningsfasen av upphandlingsförfarandet.²⁴ Upphandlingslagstiftningen används därmed inte för att styra de upphandlande enheternas beslutsfattande om att en upphandling ska ske. De upphandlande enheterna får fritt besluta om hur tjänsterna som ligger på deras ansvar ska ordnas. Då en upphandlande enhet beslutar att skaffa en tjänst från en leverantör utanför enhetens egen organisation ska upphandlingslagstiftningen tillämpas. Gällande upphandling av datasystem kan därmed konstateras att upphandlingslagstiftningen inte blir tillämplig i ett sådant fall att den upphandlande enheten lyckas skaffa programvaran fullständigt inom sin egen organisation t.ex. genom ett så kallat in-house-arrangemang. Grunden till detta är att inget kontrakt ingås då man kan skapa en programvara självständigt.²⁵

Den inhemska upphandlingslagstiftningens bestämmelser kompletteras genom de allmänna avtalsvillkoren för offentlig upphandling (JYSE). Det finns separata avtalsvillkor för upphandling av varor och tjänster och de är avsedda för att vid behov användas som standardavtalsvillkor i upphandlingskontrakt mellan upphandlande enheter och leverantörer.

Som nämnvärd kompletterande lagstiftning till den övriga upphandlingslagstiftningen vid upphandling av datasystem har jag funnit lagen om informationshantering inom den offentliga förvaltningen (906/2019). Som ett exempel har 13 § 4 mom. i denna lag skapats för att ställa

²³ Eskola et al. 2011, s. 51.

²⁴ Eskola et al. 2011, s. 27.

²⁵ Eskola et al. 2017, s. 111.

krav på myndigheterna att vid sina upphandlingar säkerställa att de informationssystem som upphandlas innefattar lämpliga informationssäkerhetsåtgärder.²⁶ Gällande elektronisk överföring av information via tekniska gränssnitt finns det bestämmelser i informationshanteringslagens 22-24 §.

2.2 Den upphandlande enheten och avtalstyper

För att förstå offentliga upphandlingar, måste man först känna till vad som menas med en "upphandlande enhet". Detta är naturligtvis fallet eftersom den upphandlande enheten alltid är en av parterna, och upphandlingslagen därmed endast blir tillämplig om kriteriet för en upphandlande enhet uppfylls. Enligt 5§ i lagen om offentlig upphandling och koncession är upphandlande enheter:

- 1) Statens, välfärdsområdenas, välfärdssammanslutningarnas, kommunernas och samkommunernas myndigheter, (29.6.2021/656). Med statens myndigheter avses statens central-, regional-, och lokalmyndigheter. Till dessa hör t.ex. ministerierna och till dem tillhörande verk och centraler, riksdagen, regionförvaltningsverk och närings-, trafik- och miljöcentraler samt domstolsväsendet. Till kommunernas myndigheter hör bl.a. kommunfullmäktige, kommunstyrelser, kommittéer och sjukvårdsdistrikt.
- 2) Evangelisk-lutherska kyrkan och Ortodoxa kyrkan samt deras församlingar och övriga myndigheter.
- 3) Statliga affärsverk som t.ex. Senatfastigheter.
- 4) Offentligrättsliga organ. Med offentligrättsligt organ avses i 1 mom. 4 punkten en juridisk person som uttryckligen har grundats för att tillgodose sådana behov i det allmännas intresse som inte har industriell eller kommersiell karaktär och som till största delen finansieras av en upphandlande enhet som avses i 1 mom. 1–4 punkten, vars ledning står under kontroll av en upphandlande enhet som avses i 1 mom. 1–4 punkten, eller i vars förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan mer än hälften av ledamöterna utses av en upphandlande enhet som avses i 1 mom. 1–4 punkten.
- 5) Varje upphandlare, om upphandlaren för upphandlingen har fått understöd av en upphandlande enhet som avses i 1–4 punkten till ett belopp som överstiger hälften av upphandlingens värde.

²⁶ RP 284/2018 rd, s. 99.

Enligt 1 § i statsrådets förordning om samordnad upphandling inom statsförvaltningen (765/2006) kan genom samordnad upphandling anskaffas följande för förvaltningen nödvändiga, sedvanliga varor och tjänster, sedvanlig datateknisk utrustning jämte programvara vilka är avsedda att användas i stor omfattning samt informationssystem som används gemensamt inom förvaltningen. Till dessa för förvaltningen nödvändiga varor och tjänster räknas enligt 1§ punkt 5 en hel del olika typer av informationssystem och programvaror samt tjänster i anslutning till användning och underhåll av och stöd för informationssystem, programvara och utrustning samt användar- och expertutbildning.

De vanligaste it-avtalsmodellerna är licensavtal, licensavtal avseende öppen källkod, systemutvecklingsavtal, support- och underhållsavtal, driftsavtal och outsourcingavtal.²⁷ Licensavtalet innebär att den upphandlande enheten ingår ett avtal om rätten att använda ett datorprogram inkluderat rättigheter inom systemet. Licensavtalet avseende öppen källkod är ett licensavtal där den upphandlande enheten även införskaffar vissa friheter att disponera källkoden till programmet. Ett systemutvecklingsavtal syftar som namnet säger på ett avtal där en leverantör är ansvarig för att utveckla och leverera ett färdigt system för den upphandlande enheten. Support- och underhållsavtal innebär att en leverantör ansvarar för drift och underhåll av ett program. Driftsavtal är avtal enligt vilken leverantören ska driftsätta och upprätthålla driften av ett system för den upphandlande enhetens räkning. Outsourcingavtal betyder att den upphandlande enheten helt överflyttar en funktion för att skötas av en leverantör. Fastän dessa avtalstyper kan anses vara de vanligaste måste det påpekas att denna lista inte är uttömmande, och offentliga upphandlingar av datasystem är ofta i verkligheten komplexa helheter som kan innehålla fler avtalstyper. Dessutom kan de uppräknade avtalstyperna innehålla interna varianter. I stort kan avtalstypen enligt mig anses gå hand i hand med föremålet för upphandlingen, som senare i denna avhandling ges en större tyngdpunkt.

2.3 CPV-koderna - datasystem som vara eller tjänst

CPV-koderna (Common Procurement Vocabulary) är ett klassificeringssystem som skapats för att försöka standardisera den terminologi som används för att beskriva ett upphandlingsföremål. CPV-koderna för programvaror är 198 till antalet och räknas upp på sidorna 163-168 i kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam

²⁷ Edvardsson 2018, s. 416.

terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV. Den upphandlande enheten måste vid upphandlingen av datasystem försöka vara noggrann och använda den kod som bäst beskriver föremålet av upphandlingen.

CPV-koderna fungerar så att siffrorna utgör en huvudordlista och en tilläggsordlista. Huvudordlistan är uppbyggd i en trädstruktur av koder med upp till nio siffror, som är knutna till beskrivningar av de varor, byggtreprenader eller tjänster som utgör upphandlingsobjekt. De två första siffrorna identifierar huvudgrupper, de tre första siffrorna identifierar grupper, de fyra första siffrorna identifierar undergrupper och de fem första siffrorna identifierar kategorier. De tre sista siffrorna tillför ytterligare en grad av precisering inom varje kategori, varav den nionde siffran är en kontrollsiffra för de tidigare. Som ett exempel är den första av koderna för programvaror *48000000-8 Programvara och informationssystem*. Detta betyder att alla CPV-koder som börjar med siffrorna 48 tillhör huvudgruppen för programvaror. Om den upphandlande enheten t.ex. inte lyckas hitta någon lämplig och exakt kod kan den göra en hänvisning till huvudgruppen, en undergrupp eller en kategori.²⁸

CPV-koderna för datasystem i form av it-tjänster tillhör huvudgruppen 72, och räknas upp på sidorna 188-194 i kommissionens förordning 213/2008/EG. Som ett exempel är den första koden i denna huvudgrupp 72000000-5 it-tjänster: konsultverksamhet, programvaruutveckling, Internet och stöd. CPV-koderna är ett sätt för leverantörer att hitta upphandlingar som de kan tänkas delta i. Fastän CPV-koderna inte i sig har en rättslig verkan kan användandet av en alltför felaktig kod leda till problem för den upphandlande enheten. I fallet MAO:75/21 hade ett bolag besvärat sig till marknadsdomstolen gällande felaktig tillämpning av CPV-koder. I fallet hade VR-Group Abp felaktigt använt koden "48000000-8 Programvara och informationssystem", fastän det hade varit fråga om en tjänsteupphandling. Baserat på upphandlingsannonsen var det klart att den upphandlande enheten haft som avsikt att upphandla ett tillämpat datasystem och inte en färdig programvara. Den upphandlande enheten borde därmed ha använt koden "72000000-5 it-tjänster: konsultverksamhet, programvaruutveckling, Internet och stöd." Marknadsdomstolen ålade VR-Group Abp att avbryta det felaktiga förfarandet, betala skadestånd och ersätta rättegångskostnaderna för bolaget som anfört besvär.

²⁸ <https://www.upphandlingsmyndigheten.se/inkopsprocessen/genomfor-upphandlingen/cpv-koder/> (hämtat 14.2.2023).

Baserat på förordningen och dess CPV-koder och fallet ovan kan jag alltså besvara forskningsfrågan om upphandlingar av datasystem skall betraktas som varo- eller tjänsteupphandlingar. Svaret är att det kan vara fråga om båda. Om upphandlingen av ett datasystem inkluderar anpassningstjänster ska upphandlingen ses som en tjänsteupphandling. Om upphandlingen gäller en färdig programvara som inte behöver tillämpas ska det ses som en varuupphandling. Min uppskattning är dock att datasystem i form av tjänsteupphandlingar är mer vanliga inom den offentliga sektorn. Det är såklart inte omöjligt att en upphandlande enhet kan upphandla en användningsklar produkt, men i regel handlar det vid upphandling av datasystem om komplicerade och problematiska helheter som inkluderar licenser, driftsättning och senare anpassning av en programvara för att möta den upphandlande enhetens behov.

3. Upphandlingsprocessen

3.1 Planering

I detta kapitel går jag igenom bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling och koncession för att bättre kunna förstå upphandlingsprocessen då jag senare redogör för upphandlingssätten och upphandlingsprocesserna för valda datasystem. Avhandlingens tematik medför naturligtvis att jag endast fokuserar på de lagrum och moment som jag upplever som relevanta specifikt för upphandling av datasystem. Jag inleder med att granska den första fasen av en upphandlingsprocess, dvs. planeringen.

Det finns inga specifika regler för hur en upphandling måste planeras, fastän planeringen i princip är en av de mest relevanta delarna av en upphandlingsprocess.²⁹ Hur en upphandlingsprocess är planerad går inte sällan hand i hand med hur processen lyckas. Vid planeringsskedet måste den upphandlande enheten fundera på allt från anbudsprocessen och kostnadsuppskattningen till olika beslut som passar verksamhetsområdet på långsikt. Införskaffandet av en tjänst underlättas av att den offentliga sektorn bekantar sig med vad marknaden har att erbjuda, samt av att de privata aktörerna känner till offentliga sektorns handlingssätt, målen för upphandlingen samt kraven som ställs av upphandlingslagstiftningen. Enligt 2 § 2 mom. i upphandlingslagen ska de upphandlande enheterna sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt, högkvalitativt och systematiskt sätt som möjligt genom att utnyttja befintliga konkurrensförhållanden och med beaktande av miljöaspekter och sociala aspekter. För att minska de administrativa uppgifterna i anslutning till upphandlingen rekommenderas de upphandlande enheterna även utnyttja ramavtal samt genomföra gemensamma upphandlingar eller utnyttja andra samarbetsmöjligheter vid anbudsförfaranden för offentlig upphandling. Meningen med detta moment är att fästa uppmärksamhet vid att syftet av upphandlingslagstiftningen även är att offentliga medel ska användas så effektivt som möjligt. Ofta sägs det att upphandlingslagstiftningen leder till att de offentliga enheterna inte kan skaffa sig exakt den vara eller tjänst de önskar, men i praktiken uppstår problemen ofta pga. bristfällig planering. Det är den upphandlande enhetens uppgift att ställa krav på upphandlingsföremålets kvalitet och innehåll redan innan anbudsförfrågan.

²⁹ Eskola et al. 2011, s. 123.

Uppmaningen för myndigheter att samarbeta vid upphandlingar har ibland lett till svårigheter för den upphandlande enheten, fastän det i regel är rekommenderat och godkänt. Ett exempel på detta är rättsfallet C-796/18, Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH mot Stadt Köln, från EU-domstolen. Målet C-796/18 kan anses vara väldigt relevant också då det kommer till klargörandet av den betydande rättsosäkerhet över i vilken mån kontrakt som ingåtts mellan enheter inom den offentliga sektorn ska omfattas av regler för offentlig upphandling. I målet ansåg Europeiska unionens domstol det vara nödvändigt att klargöra i vilka fall reglerna om offentlig upphandling inte är tillämpliga på kontrakt som ingås inom den offentliga sektorn.

Målet gick ut på att den tyska delstaten Berlin, som hade den största yrkesbrandkåren i Tyskland, använde programvaran "IGNIS Plus" som den förvärvat genom avtal med Sopra Steria Consulting GmbH för att leda brandmännens insatser. Enligt avtalet kunde delstaten Berlin bl.a. utan kostnader överföra programvaran till andra myndigheter inom ansvarsområdet för säkerhet. Enligt Tyska Kiel-besluten från år 1979 om principerna för utbyte av programvara mellan offentliga organ skulle kostnadsfri överföring av programvaror från ett offentligt organ till ett annat inte heller betraktas som en upphandling som måste bli föremål för anbudstävling eftersom de offentliga organen inte konkurrerar med varandra.

Den 10 september 2017 hade staden Köln och delstaten Berlin med stöd av dessa beslut ingått ett avtal om att Köln kostnadsfritt och permanent skulle tillhandahålla den individualiserade programvaran IGNIS plus. Samma dag ingick staden Köln och delstaten Berlin även ett samarbetsavtal om att programvaran skulle anpassas till staden Kölns behov vilket innebar att det till programvaran skulle tillföras nya tekniska funktioner i form av kompletterande och tillförda tekniska moduler, vilket också skulle göras kostnadsfritt. Vidare anpassning av basprogramvaran och modulerna till individuella processer skulle finansieras självständigt.

Bolaget ISE, som också utformade och sålde en programvara för ledning av insatser till de myndigheter som ansvarar för säkerhet, väckte talan vid tillsynsmyndigheten för offentlig upphandling i Rheinland, Tyskland, (Vergabekammer Rheinland, senare tillsynsmyndigheten) om ogiltigförklaring av det gjorda avtalet mellan Köln och Berlin om tillhandahållandet av programvaran samt samarbetsavtalet. Bolaget ISE menade att reglerna om offentlig upphandling hade åsidosatts genom att Kölns deltagande i den fortsatta utvecklingen av programvaran IGNIS Plus utgjorde en ekonomisk fördel för delstaten Berlin, och att avtalen därför skulle anses ha en ekonomisk karaktär. Tillsynsmyndigheten beslöt den 20 mars 2018

att avvisa talan med motiveringen att avtalet inte utgjorde ett offentligt kontrakt eftersom den inte var av ekonomisk karaktär.

Bolaget ISE överklagade beslutet till Regionala överdomstolen i Düsseldorf (Oberlandesgericht Düsseldorf) genom att upprepa deras åsikt om att avtalet var av ekonomisk karaktär. Staden Köln var enligt avtalet skyldig att kostnadsfritt ställa de kompletterande eller tillförda modulerna till delstaten Berlins förfogande, vilket ansågs skaffa delstaten Berlin en ekonomisk fördel. Bolaget ISE menade även att tillsynsmyndigheten felaktigt hade bortsett från att anskaffningen av programvaran medförde att senare kontrakt skulle tilldelas tillverkaren av varan, eftersom endast tillverkaren kunde anpassa och säkerställa programvarans skötsel och underhåll.

Staden Köln begärde att tillsynsmyndighetens beslut fastställs och tillförde att fast samarbetsavtalet skulle anses vara ett kontrakt med ekonomiska villkor, skulle det inte då heller omfattas av reglerna för offentlig upphandling i lagen mot konkurrensbegränsningar, eftersom det är fråga om samarbete mellan två upphandlande myndigheter.

De relevanta lagrummen i tvisten gäller bestämmelser som finns föreskrivna i EU:s direktiv 2014/24. Först och främst i Artikel 2.1 led 5 av direktivet definieras "offentligt kontrakt" som "ett skriftligt kontrakt med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser utförande av en byggnadsentreprenad, leverans av varor eller tillhandahållande av tjänster."

Av intresse var även Artikel 12 i direktiv 2014/24 som behandlar offentliga kontrakt mellan enheter i offentliga sektorn. Bestämmelserna i artikelns 4 punkt har även inarbetats i den tyska lagen om förbud mot konkurrensbegränsningar 108 § punkt 6 och lyder som följande:

"Ett kontrakt som ingåtts uteslutande mellan två eller flera upphandlande enheter ska inte omfattas av tillämpningsområdet för detta direktiv, om samtliga följande villkor är uppfyllda:

- a) Kontraktet inrättar eller genomför ett samarbete mellan de deltagande upphandlande myndigheterna för att säkerställa att de offentliga tjänster som de ska utföra tillhandahålls med målet att uppnå myndigheternas gemensamma mål.
- b) Genomförandet av samarbetet styrs endast av överväganden som sammanhänger med allmänintresset.

c) De deltagande upphandlande myndigheterna utövar verksamhet på den öppna marknaden i en omfattning som understiger 20 % av de verksamheter som berörs av samarbetet."

I Artikel 18 i direktiv 2014/24 föreskrivs det slutligen att "de upphandlande myndigheterna ska behandla alla aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara på ett öppet och proportionerligt sätt. Upphandlingen får inte utformas i syfte att undanta den från tillämpningsområdet för detta direktiv eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Konkurrensen ska anses begränsas på ett konstgjort sätt om upphandlingen utformas i syfte att på ett otillbörligt sätt favorisera eller missgynna vissa ekonomiska aktörer."

Den regionala överdomstolen i Düsseldorf ansåg det vara nödvändigt att vända sig till EU-domstolen för att säkerställa sig för hur bestämmelserna i direktiv 2014/24 skall tolkas. Den regionala överdomstolen i Düsseldorf vilandeförklarade målet och ställde följande tre frågor till EU-domstolen:

1) Rör det sig vid en skriftligt avtalad överlåtelse av programvara från en offentlig myndighet till en annan offentlig myndighet, varvid överlåtelsen är kopplad till ett samarbetsavtal, om ett "offentligt kontrakt" i den mening som avses i artikel 2.1.5 i direktiv 2014/24/EU eller om ett kontrakt, visserligen i ett första led med förbehåll för artikel 12.4 a–c, som omfattas av direktivets tillämpningsområde i den mening som avses i artikel 12.4 i direktivet, om den myndighet som övertar programvaran varken måste betala ett pris eller ersätta några kostnader för programvaran, men det samarbetsavtal som är knutet till överlåtelsen stadgar att varje samarbetspartner – och därmed även övertagaren av programvaran – kostnadsfritt till den andra partens förfogande ska ställa en eventuell, framtida egen vidareutveckling av programvaran, vilken dock inte obligatoriskt måste utvecklas?

2) Ifall den första frågan besvaras jakande, måste enligt artikel 12.4 a i direktiv 2014/24/EU, de deltagande upphandlande myndigheternas samarbete gälla de offentliga tjänster som gemensamt ska tillhandahållas medborgarna som sådana, eller räcker det om samarbetet hänför sig till verksamheter som på något sätt gynnar offentliga tjänster vilka också ska tillhandahållas, men inte nödvändigtvis gemensamt?

3) Är ett oskrivet så kallat förbud mot gynnande (Besserstellungsverbot) tillämpligt inom ramen för artikel 12.4 i direktiv 2014/24/EU och, om så är fallet, med vilket innehåll?

Den första frågan handlar alltså om direktiv 2014/24 ska tolkas så att ett det är frågan om ett "offentligt kontrakt" i den mening som avses i artikel 2.1 led 5 eller ett "kontrakt" i den

mening som avses i artikel 12.4 då man avtalat om tillhandahållande av en programvara från ett offentligt organ till ett annat offentligt organ och kopplat det till ett samarbetsavtal, om detta sker kostnadsfritt, men samarbetsavtalet stadgar att varje samarbetspartner kostnadsfritt till den andra partens förfogande ska ställa en eventuell framtida egen utveckling av programvaran, dock utan att det är obligatoriskt att utveckla programvaran?

Efter att ha granskat fallet konstaterade EU-domstolen att avtalet om tillhandahållande av programvaran och samarbetsavtalet framgick vara av ömsesidigt förpliktande karaktär, eftersom det kostnadsfria tillhandahållandet av programvaran "IGNIS Plus" gav upphov till en ömsesidig förpliktelse att utveckla programvaran. Enligt framkommen information var det oundvikligt att behöva uppdatera programvaran och i praktiken hade betydande ändringar och kompletterande moduler redan tillförts programvaran tre till fyra gånger per år. Eftersom en anpassning av programvaran som en av parterna gör kommer att vara av uppenbart ekonomiskt intresse för den andra parten, menade EU-domstolen att avtalet om tillhandahållandet av programvaran och samarbetsavtalet kunde anses ha ingåtts med ekonomiska villkor, och att villkoren för att det rör sig om ett "offentligt kontrakt" var uppfyllda. Förenklat kunde man alltså säga det vara avgörande för ifall avtalen utgör ett "offentligt kontrakt" om programvaran förväntas bli föremål för anpassningar eller inte.

Den andra frågan gällde ifall artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter kan undantas från tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling enligt direktiv 2014/24, då samarbetet avser verksamheter som är underordnade de offentliga tjänster som skall tillhandahållas, gemensamt eller ej, ifall dessa underordnade verksamheter bidrar till att nämnda offentliga tjänster faktiskt utförs?

Till denna fråga svarade EU-domstolen jakande, dvs. att artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ska tolkas på så sätt att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter kan undantas från tillämpningsområdet för reglerna om offentlig upphandling enligt direktiv 2014/24 på basis av ovan nämnda grunder.

EU-domstolen påpekade dock att det faller på den hänskjutande domstolen att kontrollera ifall programvaran i det aktuella fallet kan anses motsvara en verksamhet som helt är underordnad de offentliga tjänster som skall tillhandahållas.

Den tredje frågan ställdes för att få klarhet för huruvida artikel 12.4 i direktiv 2014/24 ska tolkas så att ett samarbete mellan upphandlande myndigheter, i enlighet med principen om

likabehandling, inte får leda till att ett privat företag gynnas i förhållande till sina konkurrenter?

Även svaret på denna fråga var jakande. Som den hänskjutande domstolen hade påpekat följer det av domstolens praxis om direktiv 2004/18 att unionsreglerna om offentlig upphandling "inte var tillämpliga på avtal som inrättade ett samarbete mellan offentliga organ i syfte att säkerställa genomförandet av ett uppdrag att tillhandahålla offentliga tjänster som var gemensamt för dessa organ, förutsatt att sådana avtal ingicks uteslutande offentliga organ, utan medverkan av en privat part, att ingen privat tjänsteleverantör gynnades i förhållande till sina konkurrenter och att samarbetet endast styrdes av överväganden och krav som sammanhänger med allmänintresset." EU-domstolen påpekade att fastän förbudet mot att behandla ett privat företag mer förmånligt än dess konkurrenter inte nämns i artikel 12.4 i direktiv 2014/24, har lagstiftaren inte haft som avsikt att avvika från denna praxis. Dessutom står det av skäl 33 andra stycket i direktivet att "de regler som fastställs i direktivet inte bör tillämpas på kontrakt som avser gemensamt tillhandahållande av offentliga tjänster, förutsatt att de ingås uteslutande mellan upphandlande myndigheter, att genomförandet av samarbetet endast styrs av överväganden som sammanhänger med allmänintresset och att ingen privat tjänsteleverantör gynnas i förhållande till sina konkurrenter." EU-domstolen påpekade också att den grundläggande principen om rättssäkerhet stöder det faktum att det inte kan anses vara avgörande att förbudet mot att behandla ett privat företag mer förmånligt än dess konkurrenter inte nämns i artikel 12.4 i direktiv 2014/24.

Avslutningsvis konstaterade EU-domstolen att det från artikel 18.1 i direktiv 2014/24 framgår att de upphandlande myndigheterna skall behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, och att upphandlingen inte på ett konstgjort sätt får begränsa konkurrensen. EU-domstolen menade att ett konstgjort begränsande av konkurrensen uppstår ifall en upphandling utformas i syfte att otillbörligt gynna eller missgynna vissa ekonomiska aktörer.

I fallet i fråga var det klart att uppdaterandet av programvaran "IGNIS Plus" skulle ha ett betydande ekonomiskt värde som kunde uppskattas till fler miljoner, med senare underhållskostnader som uppskattades uppgå till ca. 100 000 euro per år. Eftersom källkoden ägdes av leverantören kunde inte andra företag delta i en upphandling gällande utvecklingen och uppehåll av varan.

Slutligen skulle det falla på den hänskjutande domstolen att säkerställa att de principer om offentlig upphandling som anges i artikel 18 i direktiv 2014/24 iakttas i det fall att de anordnar ett förfarande för offentlig upphandling som är avsett att säkerställa underhåll, anpassning eller utveckling av programvaran. Dessutom skulle den hänskjutande domstolen i så fall meddela potentiella anbudssökande och anbudsgivare källkoden och se till att tillgången till källkoden i sig är tillräckligt för att säkerställa att de ekonomiska aktörer som berörs av den aktuella upphandlingen behandlas på ett öppet likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Fallet ovan kan anses vara väldigt relevant då det kommer till frågor om huruvida myndighetssamarbete kan tillåta avvikelser från upphandlingsreglerna och för att besvara vissa frågor som är specifika för upphandling av datasystem. Enligt EU-domstolen betyder det faktum att båda avtalsparterna är myndigheter inte att man kan låta bli att följa upphandlingsreglerna. Reglerna för offentlig upphandling är dock inte heller menade att stå i vägen för samarbete mellan myndigheter, vilket innebär att myndigheterna ändå har en viss frihet för hur de får använda sina resurser för att sköta sina uppgifter. Man måste dock även i fall av myndighetssamarbete se till att samarbetet inte leder till att konkurrensen på marknaden snedvrids, t.ex. så att en privat ekonomisk aktör gynnas i förhållande till en annan privat konkurrent. Intressanta inhemska rättsfall gällande tematiken om horisontellt myndighetssamarbete är t.ex. MAO:472/17 och MAO:470/17 som handlade om ett direktupphandlingsbeslut som Jyväskylän Ammattikorkeakoulu Ab (senare JAMK) respektive Laurea-ammattikorkeakoulu (senare Laurea) gjort om att gå med i Peppi konsortiet. JAMK och Laurea hade menat att anslutningen till Peppi konsortiet inte betydde att det var fråga om en upphandling som skulle leda till att upphandlingslagen skall tillämpas eftersom det var fråga om myndighetssamarbete. Marknadsdomstolen konstaterade att fastän Peppi-konsortiet är ett samarbetets kollektiv mellan skolor och leverantörer, innebär det faktum att en hel del aktörer från den privata sektorn är inblandade i utvecklingsarbetet att det inte är frågan om samarbete mellan endast offentliga myndigheter. Fastän verksamheten syftar till att fullgöra offentliga uppgifter, menade marknadsdomstolen att man inte kunde se det horisontella samarbetet mellan olika medlemmar i konsortiet utgöra ett sådant samarbete som leder till att upphandlingsbestämmelserna i upphandlingslagen inte måste tillämpas.

Genom att gå med i konsortiet får medlemmar licenser till Peppi-informationssystemet samt tillgång till de utvecklings- och organiseringstjänster som konsortiet erbjuder för systemet. Som ersättning betalar medlemmen en inskrivningsavgift och en årsavgift. Det är

underförstått att medlemskapet i konsortiet har som avsikt att ta i bruk informationssystemet, fastän systemet i praktiken måste skaffas genom ett skilt avtal. Därmed ansåg marknadsdomstolen att ett upphandlingsbeslut gjorts genom att gå med i konsortiet. Marknadsdomstolen beordrade både JAMK och Laurea att ordna en anbudstävling enligt upphandlingslagen om de fortfarande önskade genomföra upphandlingen. Detta var på grund av att varken JAMK eller Laurea hade lyckats motivera användningen av direktupphandling. I ljuset av fallet C-796/18 kompletterar dessa fall bestämmelserna om vad som kan anses utgöra sådant myndighetssamarbete som leder till att upphandlingslagstiftningen inte måste tillämpas. Baserat på dessa fall kan jag konstatera att horisontellt myndighetssamarbete inte kan undvika bestämmelserna i upphandlingslagen då ett flertal privata aktörer är inblandade.

Det som jag i fallet C-796/18 anser vara intressant när det gäller upphandling av datasystem är bestämmelserna om källkoden och linjedragningen om att ett avtal om tillhandahållandet av en programvara genom ett samarbetsavtal kan anses blivit ingått med ekonomiska villkor och uppfyller kraven för ett "offentligt kontrakt", då det är uppenbart att programvaran kommer att bli föremål för uppdateringar i framtiden. Jag kan tänka mig att de flesta företagen som erbjuder en programvara önskar undvika en situation där de är tvungna att dela med sig källkoden för deras datasystem, samtidigt som jag håller med om det faktum att situationen i fallet orättvist skulle ha gynnat en privat ekonomisk aktör gentemot andra. Överlag undrar jag om uppdatering och underhåll av en programvara alltid borde vara föremål för upphandling då kostnaderna för dessa kan vara betydelsefullt stora och oförutsägbara. Ifall en upphandlande enhet valt att upphandla ett datasystem baserat på reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (dvs. vilket datasystem som mest förmånligt erbjuder den önskade slutprodukten), kan det vara att det vinnande anbudet inte i verkligheten kommer att vara det mest fördelaktiga, ifall detta system i framtiden kommer att kräva mer underhåll än ett annat. Behovet av underhåll visar sig nödvändigtvis inte under upphandlingsprocessen. Dessutom uppstår frågan om beslutet i fallet betyder att stora oförutsägbara uppdateringskostnader enligt EU-domstolen innebär att en leverantör är tvungen att ge upp en del av källkoden till en tredje part om den tredje parten vinner den nya upphandlingen gällande uppdateringsarbetet? Frågan om äganderätten till källkoder är väldigt specifik för upphandling av datasystem, och kommer därför ännu att behandlas skilt i kapitel 5. Upphandlingslagens bestämmelser om direktupphandling nämner att direktupphandling kan tillämpas i undantagsfall om ingen annan leverantör förväntas klara av upphandlingen. Baserat på den rättspraxis som redogjordes ovan måste användandet av direktupphandling kunna motiveras, vilket inte alltid

är lätt. Jag kommer att granska direktupphandlingen närmare som ett upphandlingssätt i avhandlingens kapitel 4. Till näst fortsätter jag med att redogöra för nästa skede i upphandlingsprocessen, publicering av upphandlingsannons.

3.2 Skyldigheten att annonsera om upphandling

Skyldigheten att annonsera om upphandling behandlas i upphandlingslagens 7 kapitel. Enligt 58 § 1 mom. punkt 1 i upphandlingslagen ska en upphandlande enhet publicera en upphandlingsannons om upphandlingen överstiger EU-tröskelvärdena som stadgas i upphandlingslagens 26 §. Enligt 26 § är EU-tröskelvärdet 134 000 euro för de statliga centralförvaltningsmyndigheterna. Som ett undantag har statliga centralförvaltningsmyndigheter ett tröskelvärde på 207 000 euro. Det är dock värt att nämna att Europeiska kommissionen reviderar tröskelvärdena vartannat år genom en förordning, och de reviderade värdena har numera ersatt de värden som nämns i upphandlingslagens 26 §. Dessa reviderade har senast reviderats vid ingången av 2022, där de kan tänkas ha ökats bl.a. pga. pandemin och kriget i Ukraina. Till exempel steg tröskelvärdet genom den senaste revideringen från 139 000 euro till 140 000. Frågan huruvida priset för en upphandling överskrider EU-tröskelvärdet eller inte påverkar den upphandlande enhetens val av förfarandesätt.³⁰ Vid sidan om EU-tröskelvärdet finns även nationella tröskelvärdet som för tjänsteupphandlingar är 60 000 euro. De nationella tröskelvärdena regleras i upphandlingslagens 25 § och om det uppskattade värdet för en upphandling underskrider de nationella tröskelvärdena tillämpas upphandlingslagen inte för upphandlingen i fråga. Jag uppskattar dock att datasystem i regel upphandlas för värden som överskrider 60 000 euro, men undantag kan alltid existera. Hur det uppskattade värdet skall anses formuleras behandlades bl.a. i marknadsdomstolens fall MAO:H256/2021 där upphandlingen av ett datasystem gjorts i delar. En av frågorna i fallet blev därmed om upphandlingslagen alls skulle bli tillämplig i fallet.

I fallet MAO:H256/2021 granskade marknadsdomstolen ifall ett direktupphandlingsbeslut gällande både utvecklingsarbete och licenser för ett datasystem skulle bli föremål för upphandlingsbestämmelserna i upphandlingslagen, då upphandlingen gjorts i fler skeden. Frågan är väldigt intressant vad gäller uppskattandet av värdet av en upphandling med tanke på tröskelvärden, och då det kommer till den upphandlande enhetens skyldighet att kunna motivera användandet av direktupphandlingsmetoden.

³⁰ Se kapitel 4 i avhandlingen.

Fallet gick ut på att Åbo stads serviceområde för stadsbyggande utan att ha publicerat en upphandlingsannons hade fört förhandlingar med Infrakit Group Ab om förlängning av dess pilotprojekt inom servicehelheten för stadsmiljö med ett år. Den 14.12.2020 hade Åbo stads serviceområde för stadsbyggande genom ett beslut om direktupphandling beslutit att flytta sig till nästa skede i pilotprojektet genom att ta i bruk Infrakit-applikationen inom serviceområdet genom att beställa ifrågavarande program samt medkommande tjänster (undervisnings- och utvecklingstjänster) från Infrakit Group Ab, enligt ett anbud som lämnats in 11.12.2020. Beställningen gjordes för en tidsperiod på ett år.

Den 26.1.2021 beslöt Åbo stads serviceområde för stadsbyggande att genom direktupphandling utvidga användningen av Infrakit-programvaran inom delar av den större servicehelheten för stadsmiljö genom att ta i bruk licenser för Infrakit-applikationen med obegränsad mängd genom att beställa licenserna från Infrakit Group, enligt ett anbud som lämnats in 15.1.2021. Beställningen gjordes för att gälla tillsvidare.

Den 15.2.2021 beslöt Åbo stads serviceområde för stadsbyggande att genom direktupphandling utvidga användningen av Infrakit-programvaran inom delar av den större servicehelheten för stadsmiljö genom att ta i bruk licenser för Infrakit-applikationen med obegränsad mängd genom att beställa licenserna från Infrakit Group, enligt ett anbud som lämnats in 15.1.2021. Beslutet ersatte beslutet om direktupphandling från 26.1.2021, och gjordes också för att gälla tillsvidare.

Den 1.4.2021 beslöt Åbo stads serviceområde för stadsbyggande att avbryta upphandlingen. Enligt uppgifter från den upphandlande enheten (Åbo stad) hade det första upphandlingsbeslutet från 14.12.2020 ett uppskattat värde på 57 600 euro. Upphandlingsbeslutet från 15.2.2021 hade ett uppskattat värde på 420 000 euro.

Bolaget CivilPoint Ab överklagade upphandlingsbesluten genom att hävda att den upphandlande enheten delat upp upphandlingen på ett konstgjort sätt, vilket är emot bestämmelserna i upphandlingslagens 31 §. Upphandlingsbesluten från 14.12.2020 och 15.2.2021 skulle enligt bolaget ses vara anknutna varandra, och därmed borde dessa granskas som en och samma upphandling, vars värde överskrider EU-tröskelvärden. Därmed skulle reglerna för upphandlingar som överskrider EU-tröskelvärden tillämpas. Dessutom menade CivilPoint att den upphandlande enheten inte i samband med direktupphandlingsbesluten lyckats bevisa att ingen annan leverantör i Finland eller på EU-området kunnat erbjuda en vara som motsvarade Infrakit-programmet. Det framkom även från den upphandlande

enhetens egna dokument att de nämnt Infrakit Group endast som en av fler aktörer i Finland som erbjuder liknande program. CivilPoint hade själv möjlighet att erbjuda en motsvarande produkt som det upphandlade Infrakit programmet, och hävdade att även andra leverantörer kunde ha att erbjuda alternativa lösningar. CivilPoint påpekade att skillnader i datasystem är normala, och kan tas i beaktande vid jämförandet av anbud. Den upphandlande enheten får ändå inte konstgjort begränsa upphandlingen genom att ställa kraven så att endast en leverantör kan lämna anbud. Baserat på allt detta krävde CivilPoint att marknadsdomstolen upphäver upphandlingsbesluten, förbjuder den upphandlande enheten från att göra upphandlingskontrakt, samt förpliktar den upphandlande enheten att ändra sitt felaktiga förfarande. CivilPoint krävde även att marknadsdomstolen förpliktar den upphandlande enheten att ersätta dess rättegångskostnader samt till att betala skadestånd.

Åbo stad krävde i motsats att marknadsdomstolen låter bli att granska klagomålet, avslår ärendet och förpliktar CivilPoint att ersätta dess rättegångskostnader. Åbo stad menade att direktupphandlingarna inte skulle ses som en och samma upphandling, och att det i fallet inte var fråga om en konstgjord uppdelning av upphandlingen. Åbo stad menade att den 1.4.2021 avbrutna upphandlingen inte skulle betraktas i den rättsliga utvärderingen, och att det skulle vara orimligt att anse en avbruten upphandling höra till en annan tidigare upphandling. Dessutom yrkade Åbo stad att upphandlingarna tekniskt sett var olika till sin natur, och att de inte skulle anses vara tillhörande en och samma upphandling då de inte var beroende av varandra. Då direktupphandlingsbesluten dessutom var gjorda med månaders mellanrum skulle det enligt Åbo stad inte ha behövts ordnas en anbudstävling. Behovet av den andra upphandlingen hade uppkommit först efter den första. Eftersom den första upphandlingen underskridit EU-tröskelvärden och den senare upphandlingen avbrutits skulle inte upphandlingslagens bestämmelser om upphandling som överskrider EU-tröskelvärden tillämpas. Den upphandlande enheten påpekade att den inte konstgjort begränsat marknaden och att de hade gjort en kartläggning över vilka program som bäst uppfyller deras krav. Under kartläggningen hade den upphandlande enheten bekantat sig med allt från CivilPoint:s program till utländska program. Under kartläggningen hade det kommit fram att endast Infrakit-programvaran kunde uppfylla kraven.

CivilPoint gick med på att klagomålet gällande upphandlingsbeslutet som gjorts 15.2.2021 inte behövde granskas eftersom upphandlingen avbrutits. CivilPoint menade dock att beslutet från 14.12.2020 skulle granskas eftersom båda tidigare upphandlingsbesluten var i kraft då de överklagat direktupphandlingen, och att ärendet skulle granskas enligt det läge som gällde vid

inledandet av ärendet. Dessutom var det uppenbart att den upphandlande enheten fortfarande hade som avsikt att slutföra en del av upphandlingen, vilket också skulle förväntas få värdet på upphandlingen att överskrida tröskelvärdena. CivilPoint ansåg det vara uppenbart att Åbo stad avbrutit den senare upphandlingen efter att ha fått kunskap om klagomålet och att de inte genom att avbryta upphandlingen skulle ges tillstånd att undkomma sitt ansvar. CivilPoint kunde även bevisa att det var samma person som gjort båda upphandlingsbesluten och att det senare direktupphandlingsbeslutet hade hänvisningar till den tidigare. Dessutom kunde man enligt CivilPoint dra slutsatsen att Åbo stad haft kunskap om behovet på en ny upphandling redan länge, och genom att beakta helgdagar var det under en månad mellan det första beslutet och inkommandet av det andra anbudet. Man kunde även se en direkt teknisk koppling mellan upphandlingarna då den första upphandlingen inte innehöll licenserna som behövdes för att använda programvaran och licenserna inte skulle ha beställts i en obegränsad mängd utan syfte att använda programvaran. Utbildning och licenser brukar inte upphandlas utan syfte att ta i bruk ett program och därför skulle upphandlingarna ses utgöra en och samma upphandling som en teknisk helhet. CivilPoint påpekade också att Åbo stads kartläggning av marknaden var bristfällig eftersom staden inte haft kontakt till någon annan leverantör och för att de ansåg sig kunna bevisa att de haft möjlighet att möta både de kriterier och tidskrav som den upphandlande enheten lagt upp.

Marknadsdomstolen beslöt att inte granska upphandlingsbeslutet från 15.2.2021 eftersom CivilPoint konstaterat att detta inte behövs. Marknadsdomstolen beslöt dock att granska klagomålet gällande upphandlingsbeslutet som gjorts 14.12.2020.

Marknadsdomstolen ansåg det först vara viktigt att granska ifall de olika besluten om direktupphandling kunde anses forma en gemensam upphandlingshelhet vilket överskridit nationella tröskelvärden. Detta var relevant för att få svar på om marknadsdomstolen över huvudtaget hade behörighet att behandla ärendet.

Inledningsvis påpekade marknadsdomstolen att man enligt 146 § 1 mom. i upphandlingslagen till marknadsdomstolen genom besvär kan föra ett sådant beslut av en upphandlande enhet som avses i denna lag eller något annat avgörande av den upphandlande enheten i upphandlingsförfarandet vilka påverkar anbudssökandens eller anbudsgivarens ställning.

Enligt upphandlingslagens 2 § 2 mom. ska de upphandlande enheterna sträva efter att ordna sin upphandling så att den kan genomföras på ett så ekonomiskt, högkvalitativt och systematiskt sätt som möjligt genom att utnyttja befintliga konkurrensförhållanden och med

beaktande av miljöaspekter och sociala aspekter. Enligt 3 mom. i samma bestämmelse ska upphandlingen genomföras i form av ändamålsenliga helheter. Upphandlingen ska om möjligt ordnas så att små och medelstora företag och andra sammanslutningar är likvärdiga med andra anbudsgivare när de deltar i anbudsförandet. Vid upphandling som underskrider de nationella tröskelvärden som avses i denna lag ska man sträva efter att beakta tillräcklig öppenhet och icke-diskriminering med hänsyn till upphandlingens storlek och omfattning.

Enligt 3 § i upphandlingslagen ska den upphandlande enheten behandla deltagare i upphandlingsförfaranden och andra leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara öppet och med beaktande av proportionalitetskraven.

Tröskelvärden behandlas i upphandlingslagens 25 § gällande nationella tröskelvärden och 26 § då det kommer till EU-tröskelvärden. Enligt 25 § 1 mom. är de nationella tröskelvärdena exklusive mervärdesskatt 60 000 euro för varuupphandling, tjänsteupphandling och projekttävlingar, om inte något annat föreskrivs i 3—4 punkten. Enligt 25 § 2 mom. skall upphandlingslagen inte tillämpas på upphandlingskontrakt eller koncessionskontrakt vars uppskattade värde underskrider de nationella tröskelvärdena.

EU-tröskelvärdet är enligt upphandlingslagens 26 § 207 000 euro vid varuupphandling, tjänsteupphandling och projekttävlingar som genomförs av andra sådana upphandlande enheter än de som avses i 1 punkten. Enligt EU:s förordning 2019/1828 hade tröskelvärdet ökat till 214 000 euro för 2020 och 2021. Enligt 26 § 2 mom. måste på upphandlingar vars värde uppgår till minst EU-tröskelvärdena tillämpas vad som i 1—10 och 14—16 kap. föreskrivs om upphandlingskontrakt. Vid upphandlingar vars värde uppgår till minst EU-tröskelvärdet ska dessutom något av de upphandlingsförfaranden som avses i 5 kap. iakttas.

Enligt upphandlingslagens 99 § skall bestämmelserna i kap 11. (förutom bestämmelserna i avdelning I och IV) tillämpas på varu- och tjänsteupphandlingar, projekttävlingar och byggentreprenader vars värde underskrider det EU-tröskelvärde som anges i 26 § men uppgår till minst de nationella tröskelvärden som anges i 25 § 1 mom. 1—3 punkten.

Enligt upphandlingslagens 27 § 1 mom. ska beräkningen av det uppskattade värdet av en upphandling grunda sig på den största totala ersättning exklusive mervärdesskatt som ska betalas. Bedömningen ska grunda sig på värdet vid annonseringstidpunkten eller vid någon annan tidpunkt då upphandlingsförfarandet inleds. Vid beräkningen av värdet ska även beaktas möjliga alternativa sätt att genomföra upphandlingen och options- och

förlängningsklausuler som ingår i upphandlingskontraktet, samt provisioner eller ersättningar till anbudssökande eller anbudsgivare. Moment 3 i samma lagrum stadgar att om en upphandling genomförs samtidigt i form av delkontrakt, ska det uppskattade värdet av samtliga delkontrakt beaktas då det uppskattade totala värdet av upphandlingskontraktet beräknas. Om det sammanlagda värdet av delkontrakten uppgår till minst det nationella tröskelvärdet eller EU-tröskelvärdet, ska lagen tillämpas på upphandlingen.

Som nämnts tidigare får en upphandling enligt upphandlingslagens 31 § inte delas upp eller beräknas med exceptionella metoder i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. En varuupphandling eller tjänstepphandling får inte heller kombineras med en byggtreprenad eller upphandlingar annars kombineras på ett konstgjort sätt i avsikt att kringgå bestämmelserna i denna lag. Det framkommer från upphandlingslagens förarbeten för 31 § (RP 108/2016 rd) att en "uppdelning av upphandlingen ska grunda sig på faktiska ekonomiska eller tekniska omständigheter som de upphandlande enheterna vid behov ska kunna påvisa. Vid bedömningen ska man utgå från vad som betraktas som en naturlig upphandlingshelhet. Upphandlingar av samma typ som det är naturligt att konkurrensutsätta samtidigt ska anses höra till samma upphandlingshelhet. Uppmärksamhet kan fästas vid de perioder under vilka upphandlingsposter konkurrensutsätts som helheter inom ramen för planmässig upphandlingsverksamhet. Det strider således mot den föreslagna paragrafen att t.ex. dela upp en upphandling som berör samma typ av varor och konkurrensutsätta den i poster i syfte att kringgå lagens bestämmelser."³¹ Enligt samma förarbete kan "det anses vara fråga om ett förfarande som strider mot förbudet mot uppdelning av upphandlingen, om varor, tjänster eller byggarbeten av samma typ som beställs samtidigt eller inom en kort tid inte konkurrensutsätts. Återkommande upphandling kan genomföras t.ex. med hjälp av ramavtal."³²

Efter att ha bekantat sig med ärendet konstaterade marknadsdomstolen att fastän de överklagade direktupphandlingsbesluten till sitt innehåll varit olika, hade upphandlingarna om undervisnings- och utvecklingstjänster samt licenserna alla gällt den valda anbudsgivarens Infrakit-programvara och dess ibruktagande i enheten. Enligt tillgänglig information hade det inte kommit fram att de tidiga pilotprojekten och upphandlingen som innehållit undervisningstjänster inte skulle ha behövt licenser för programmet. Dessutom hade den upphandlande enheten efter beslutet om undervisningstjänster 14.12.2020 redan så tidigt som

³¹ RP 108/2016 rd, s. 124.

³² RP 108/2016 rd, s. 125.

den 15.1.2021 tagit emot anbudet gällande licenserna. Den upphandlande enheten hade därmed inte kunnat bevisa att de haft ett tekniskt behov att upphandla undervisnings- och utvecklingstjänsterna och därefter licenserna genom egna upphandlingsförfaranden, och så att licensernas uppskattade värde inte skulle behöva inkluderas i uppskattningen av värdet på den förstnämnda upphandlingen. Marknadsdomstolen ansåg dock att fastän man kunde se de två upphandlingarna forma en teknisk helhet, så kunde man inte se licenserna utgöra en stor del av upphandlingen 14.12.2020 baserat på upphandlingens låga värde. Dessutom hade den upphandlande enheten avbrutit den senare upphandlingen som gällde licenser. Marknadsdomstolen ansåg därför att man vid uppskattandet av värdet på upphandlingen den 14.12.2020 endast borde medräkna värdet på licenserna från upphandlingen den 15.1.2021 till den del de tillhört licenser för år 2021, och till den del licenserna varit tillhörande undervisnings- och utvecklingstjänsterna. Det var alltså endast till denna del som de två upphandlingarna kunde anses tillhöra en och samma helhet, och det uppskattade värdet av denna helhet kunde förväntas överskrida det nationella tröskelvärdet. Värdet på denna mindre helhet förväntades dock inte överskrida EU-tröskelvärden. Därmed skulle bestämmelserna i upphandlingslagen tillämpas på den överklagade upphandlingen, och klagomålet över direktupphandlingen från 14.12.2020 skulle granskas av marknadsdomstolen enligt de bestämmelser på nationella upphandlingsförfaranden som stadgas i upphandlingslagens 99 §.

Marknadsdomstolens uppgift var alltså nu att granska ifall upphandlingshelheten från 14.12.2020, som inkluderat viss mängd licenser, uppfyllde kraven för direktupphandling enligt upphandlingslagens 40 § 2 mom. eller om den upphandlande enheten hade brutit mot upphandlingslagen. Enligt 40 § 2 mom. kan den upphandlande enheten välja direktupphandling om upphandlingen av tekniska skäl eller av skäl som anknyter till skydd av ensamrätt bara kan genomföras av en viss leverantör; en ytterligare förutsättning är att det inte finns något förnuftigt alternativ eller substitut och att avsaknaden av konkurrens inte beror på en konstgjord begränsning av villkoren för upphandlingen. Enligt förarbeten för upphandlingslagens 40 § 2 mom. (RP 108/2016 rd) grundar sig bestämmelsen på skäl 50 i upphandlingsdirektivets ingress (2004/18/EG). Om avsaknaden av konkurrens beror på tekniska skäl, ska dessa definieras noggrant och motiveras från fall till fall. Den upphandlande enheten ska enligt skäl 50 t.ex. visa att "det är tekniskt nära nog omöjligt för en annan leverantör att uppnå en erforderlig prestandanivå eller att det är nödvändigt att använda specifik kunskap eller specifika verktyg eller medel som bara en enda leverantör har tillgång

till."³³ Enligt samma förarbete kan den upphandlande enheten inte åberopa detta skäl på "åtgärder som den vidtar eller avtal som den ingår utan tvingande skäl och genom vilka en särskild tjänsteleverantör garanteras ensamrätt för att tillhandahålla vissa tjänster. Sådana skäl kan inte heller utgöras av situationer där det är fråga om bristfällig planering av upphandlingen och där t.ex. upphandlingsbehovet inte på förhand har kartlagts tillräckligt väl." De upphandlande enheter som använder direktupphandling ska enligt förarbetet "motivera varför de inte kan använda alternativa, motsvarande eller ersättande produkter eller lösningar. Direktupphandling får inte användas om avsaknaden av konkurrens beror på att villkoren för upphandlingen har definierats på ett artificiellt sätt som inte är förenligt med upphandlingsbehovet."³⁴

I sitt avgörande har marknadsdomstolen också hänvisat till upphandlingslagens 3 § 1 mom. om ett likvärdigt och icke-diskriminerande behandlande.

Marknadsdomstolen konstaterade att den upphandlande enhetens agerande inte kunde anses utgöra en konstgjord begränsning av villkoren för upphandlingen, eftersom de kunnat lägga fram vissa motiverade orsaker för valet av Infrakit-programvaran. Marknadsdomstolen påpekade dock att den upphandlande enheten inte lyckats bevisa att endast en leverantör kunnat genomföra upphandlingen, och att det inte finns något förnuftigt alternativ eller substitut för Infrakit-systemet. Den upphandlande enhetens marknadsundersökning ansågs vara väldigt bristfällig då det gällde kartläggandet av potentiella andra leverantörer inom EU-området. Diskussioner förda under vissa samarbetsforum kunde inte heller räknas som en tillräckligt övertygande marknadsundersökning. Därmed såg marknadsdomstolen att det vid direktupphandlingen den 14.12.2020 inte var fråga om en situation enligt upphandlingslagens 40 § 2 mom., där endast en leverantör av tekniska skäl kan genomföra upphandlingen. Den upphandlande enheten hade inte heller enligt marknadsdomstolen kunnat bevisa att direktupphandlingen varit motiverad enligt någon annan grund i upphandlingslagen.

Marknadsdomstolens beslöt att Åbo stad hade agerat mot upphandlingslagen då de den 14.12.2020 upphandlat Infrakit-programvaran genom direktupphandling, utan att ordna en anbudstävling. Eftersom man inte kunde bevisa att någon annan aktör på marknaden skulle ha vunnit en eventuell anbudstävling beslöt marknadsdomstolen att avslå CivilPoint Ab:s krav på skadestånd. Åbo stad ålades dock betala CivilPoint Ab:s rättegångskostnader på 17 000 euro.

³³ RP 108/2016 rd, s. 137.

³⁴ RP 108/2016 rd, s. 138.

Jag anser fallet ovan vara väldigt intressant och upplysande när det gäller granskandet av tröskelvärden. Dessutom behandlas den upphandlande enhetens skyldighet att kunna motivera användandet av direktupphandlingsmetoden, som jag undersöker närmare i kapitel 4. Rättsfallet kan också anses ha ett värde som ett exempel på hurdana speciella särdrag upphandlingar gällande datasystem kan förväntas ha baserat på att det inte är fråga om en fysisk vara, utan ofta en tjänsteupphandling som inkluderar en programvara. Värdet på sådana helheter kan bevisa sig svåra att uppskatta. Alltid är det dock inte fråga om direktupphandling av licenser, vilket innebär att alla lagrum i detta domslut inte går att tillämpa på alla typer av upphandlingar av datasystem. Då det kommer till tröskelvärdefrågan kan man anse marknadsdomstolens motiveringar vara väldigt relevanta för att vägleda kommande upphandlingssträvanden. Om en upphandlande enhet önskar direktupphandla en vara utan att måsta beakta bestämmelserna i upphandlingslagen måste den vara säker på att alla kostnader som medförs av upphandlingen inte överskrider nationella eller EU-tröskelvärden. Eftersom vissa merkostnader kan medföras först i ett senare skede, måste man försöka uppskatta värdet på hela processen i förväg. Om det uppskattade värdet förväntas överskrida nationella tröskelvärden, och den upphandlande enheten fortfarande önskar direktupphandla utan anbudstävling, måste den upphandlande enheten noggrant och övertygande kunna motivera detta genom någon av punkterna i upphandlingslagens 40 §. Om motiveringen är bristfällig, blir det relevant för frågan om skadeståndsskyldighet om någon annan leverantör bevisas bättre ha kunnat besvara den upphandlande enhetens behov. Överlag anser jag det vara svårt för en upphandlande enhet att undgå att värdet av en upphandling av ett datasystem överskrider åtminstone det nationella tröskelvärdet, och att upphandlingslagen därmed oftast blir tillämplig. Fallet i fråga bevisar att man lätt kan anse olika upphandlingsbeslut gällande samma datasystem utgöra en teknisk helhet, trots att själva upphandlingsbesluten gjorts vid en olik tidpunkt. Jag förväntar mig att det uppskattade värdet på en upphandlig gällande ett datasystem som en helhet (inkluderat utvecklingstjänster och licenser) oftast överskrider tröskelvärden, eftersom det sällan är fallet att ett datasystem skulle beställas för att användas i en kort tid och med få licenser. Det är dock inte omöjligt att det kunde komma ifråga. I det följande fortsätter jag redogöra för publicerandet av en upphandlingsannons enligt bestämmelserna i upphandlingslagen.

3.3 Publicering av upphandlingsannons

Då den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons måste det göras på de standardformulär som fastställts i kommissionens genomförandeförordning EU 2015/1986 om

fastställande av standardformulär för offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling och om upphävande av genomförandeförordning EU nr 842/2011. Enligt upphandlingslagens 60 § ska följande annonser med standardformuläret på elektronisk väg sändas för publicering på webbadressen www.hankintailmoitukset.fi. Den upphandlande enheten får också offentliggöra en upphandlingsannons eller dess innehåll i andra lämpliga medier. Annonserna får dock inte offentliggöras på andra medier innan de har publicerats i Europeiska unionens officiella tidning och på webbadressen www.hankintailmoitukset.fi.³⁵ Annonserna på andra medier får inte heller innehålla annan information än de som publicerats på den tidigare nämnda webbadressen. Enligt 61 § i upphandlingslagen har den upphandlande enheten även en möjlighet att publicera en förhandsannons om en eller flera upphandlingar som ska genomföras under de följande månaderna och vars uppskattade värde är minst lika stort som EU-tröskelvärdet.

Enligt 62 § i upphandlingslagen ska all informationsutbyte gällande anbud, anbudsansökningar samt annat informationsutbyte i samband med upphandlingsförfarandet ske med elektroniska medel vid upphandlingar vars uppskattade värde överskrider EU-tröskelvärden. De elektroniska medel som används för kommunikation ska vara icke-diskriminerande, allmänt tillgängliga och kompatibla med allmänt använda informations- och kommunikationstekniska produkter och får inte begränsa leverantörernas tillträde till upphandlingsförfarandet. Informationsutbytet får i fråga om undantag ske helt eller delvis genom post om vissa kriterier uppfylls. Till sådana undantagsfall räknas enligt upphandlingslagen fall där:

- 1) användningen av elektroniska medel för kommunikation på grund av upphandlingens särskilda art kräver speciella verktyg, anordningar eller filformat som inte finns allmänt tillgängliga eller inte stöds av allmänt tillgängliga applikationer,
- 2) applikationen som använts vid lämnande av anbud använder filformat som inte kan användas av någon annan öppen eller allmänt tillgänglig applikation eller som anbudsgivaren av skäl som gäller licenserna för applikationer inte kan göra tillgänglig för nedladdning eller fjärranvändning av den upphandlande enheten,
- 3) användningen av elektroniska medel för kommunikation kräver specialutrustning som inte är allmänt tillgänglig för upphandlande enheter,

³⁵ Upphandlingsannonser gällande upphandlingar som inte överskrider EU-tröskelvärden behöver endast publiceras på webbadressen www.hankintailmoitukset.fi.

4) det i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan efterfrågas en fysisk modell eller arkitektmodell som inte kan översändas med hjälp av elektroniska medel,

5) användningen av andra än elektroniska medel för kommunikation är nödvändig på grund av brott mot säkerheten i elektroniska medel för kommunikation,

6) användning av andra än elektroniska medel för kommunikation är nödvändig i syfte att skydda den särskilt känsliga karaktären hos information som behandlas vid upphandlingsförfarandet, och skyddet inte kan säkerställas på korrekt sätt genom användning av elektroniska verktyg och utrustning som antingen är allmänt tillgängliga för leverantörer eller kan göras tillgängliga för dem i den mening som avses i 63 §.

En upphandlande enhet får trots vad som föreskrivs i 62 § i upphandlingslagen genomföra informationsutbytet även muntligt, ifall innehållet i den muntliga kommunikationen dokumenteras på ett tillfredställande sätt. Anbudsförfrågningar, upphandlingsdokument, anbudsansökningar och anbud får dock inte lämnas muntligt. Vid nationella upphandlingar räcker det enligt upphandlingslagens 103 § 1 mom. att de valda kommunikationsmedlen är allmänt tillgängliga, och att valet av medium inte får äventyra leverantörernas möjligheter att delta i upphandlingsförfarandet. Om den upphandlande enheten i nationella förfaranden bestämmer att använda elektroniska verktyg tillämpas den tidigare nämnda 62 § i upphandlingslagen.

Som jag nämnt tidigare underlättas införskaffandet av en tjänst oftast av att den upphandlande enheten bekantar sig med vad marknaden har att erbjuda. Som ett verktyg för att förbereda en upphandling kan en upphandlande enhet därmed enligt 65 § i upphandlingslagen genomföra en marknadsundersökning där den har en möjlighet att informera leverantörer om den planerade upphandlingen och kraven för denna. Vid en marknadsundersökning får den upphandlande enheten anlita oberoende experter, andra myndigheter och leverantörer. De råd som fås genom medverkan med dessa aktörer får sedan användas som stöd vid planerandet och genomförandet av upphandlingsförfarandet. Råden får dock inte användas så att konkurrensen snedvrids eller mot bestämmelserna om icke-diskriminering och öppenhet.

Innehållet i en upphandlingsannons regleras i upphandlingslagens 102 §. Enligt lagrummet måste en upphandlingsannons innehålla åtminstone den upphandlande enhetens officiella namn och kontaktuppgifter, den upphandlande enhetens art, den beteckning som den upphandlande enheten gett upphandlingen och en beskrivning av upphandlingen, ett

prisintervall eller ett uppskattat värde för upphandlingen eller en uppgift om huruvida det uppskattade värdet av upphandlingen uppgår till minst det nationella tröskelvärdet, typen av upphandling, beskrivning av upphandlingsförfarandet, kriterium för att ett anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga, huruvida delanbud eller alternativa anbud godtas, huruvida upphandlingen ska reserveras för arbetscentraler eller motsvarande leverantörer eller fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, en med beaktande av storleken på och arten av upphandlingen skäligen tid för när anbud eller anbudsansökningar senast ska lämnas in till den upphandlande enheten.

3.4 Anbudsförfrågan och beskrivning av föremålet för upphandlingen

Efter planeringsskedet för en upphandling och efter att en upphandlingsannons publicerats är det dags för själva upphandlingsförfarandet. Själva upphandlingsförfarandet för upphandlingar som överskrider nationella tröskelvärden börjar genom anbudsförfrågan. Enligt 67 § i upphandlingslagen ska anbudsförfrågan, inbjudan att förhandla och bilagorna utarbetas så tydligt att det utifrån dem är möjligt att lämna anbud som är jämförbara. Om innehållet i anbudsförfrågan skiljer sig från innehållet i upphandlingsannonsen följs innehållet i upphandlingsannonsen.

Själva innehållet i anbudsförfrågan regleras i upphandlingslagens 68 §. Enligt lagrummet ska anbudsförfrågan, upphandlingsannonsen inbjudan till anbudssökandena att förhandla eller bilagorna till dessa innehålla en beskrivning av föremålet för upphandlingen eller en projektbeskrivning samt andra krav som är kopplade till upphandlingsföremålets typ, en hänvisning till den publicerade upphandlingsannonsen, tidsfristen för lämnande av anbud, adressen till vilken anbuden ska sändas, det eller de språk som anbuden ska avfattas på, andra krav på presentation av anbudsdokument och deras form, krav på anbudssökanden eller anbudsgivaren, kriterierna för att ett anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga samt kravens viktning, anbudens giltighetstid, de viktigaste kontraktsvillkoren och andra väsentliga upplysningar som är av betydelse för upphandlingsförfarandet.

Om beskrivandet av föremålet för upphandlingen stadgas i upphandlingslagens 71 §. Beskrivningen ska göra det möjligt för anbudsgivare att delta i anbudsförfarandet med lika villkor och de får inte ställa ogrundade hinder för konkurrensen vid offentlig upphandling. För det första ska beskrivningen av föremålet för upphandlingen innehålla prestanda- eller funktionskrav som är tillräckligt exakta för att anbudsgivarna ska kunna specificera föremålet för upphandlingen och för att de upphandlande enheterna ska kunna ingå

upphandlingskontrakt genom en hänvisning till beskrivningar av föremålet för upphandlingen. Detta skall göras i enlighet med nationella och europeiska standarder och tekniska specifikationer. I beskrivningen av föremålet för upphandlingen får man inte nämna en viss tillverkare eller varor av ett visst ursprung, och beskrivningen får inte heller innehålla en hänvisning till varumärke, patent, produkttyp, ursprung eller specifik metod, som karakteriserar de varor, tjänster eller den produktion som tillhandahålls av en specifik anbudsgivare, om hänvisningen gynnar eller missgynnar vissa anbudsgivare eller varor. En sådan hänvisning får undantagsvis göras endast om föremålet för upphandlingen inte på annat sätt kan beskrivas tillräckligt exakt och tydligt. Huvudpunkten med detta moment är att förbjuda en beskrivning av föremålet för upphandlingen som gynnar en viss leverantör på ett orättvist sätt.

En anbudsgivare måste i sitt anbud kunna visa att den vara, tjänst eller byggtreprenad som erbjuds överensstämmer med kraven i anbudsförfrågan och de andra upphandlingsdokumenten. Enligt 74 § 1 mom. i upphandlingslagen ska den upphandlande enheten ur anbudsförfarandet utesluta anbud som inte motsvarar anbudsförfrågan eller villkoren för anbudsförfarandet. Om anbudsgivaren i sitt anbud lyckas visa att den erbjudna varan, tjänsten eller byggtreprenaden uppfyller de krav som anges i beskrivningen av föremålet för upphandlingen, får den upphandlande enheten inte enligt upphandlingslagens 73 § 4 mom. förkasta ett anbud på grund av att anbudet inte motsvarar anbudsförfrågan. Om informationen eller dokumentationen i anbudet eller anbudsansökan är ofullständig eller felaktig eller om vissa dokument eller viss information saknas, får den upphandlande enheten begära att anbudsgivaren eller anbudssökanden lämnar, kompletterar, förtydligar eller färdigställer informationen eller dokumentationen inom en tidsfrist som den upphandlande enheten sätter ut. I detta fall måste deltaganden behandlas på ett icke-diskriminerande sätt i enlighet med bestämmelserna i upphandlingslagens 3 §.

MAO:843/17 är ett intressant fall för en som önskar granska hurdana kriterier för en upphandlig av ett datasystem kan anses vara lagliga. Fallet handlade om ifall den upphandlande enheten hade ställt tillräckligt klara krav på upphandlingen för att göra samtliga anbud jämförbara med varandra. Eftersom den nya upphandlingslagen trädde i kraft 2017 tillämpades den tidigare upphandlingslagen (Lag om offentlig upphandling, 348/2007) i detta rättsfall. Fastän rättsfallet avgjorts baserat på den tidigare upphandlingslagen är fallet fortfarande relevant. Baserat på den kunskap jag samlat gällande båda versionerna av

upphandlingslagen är jag övertygad om att rättsfallet skulle avgöras på ett liknande sätt även i dagsläge genom tillämpandet av den gällande upphandlingslagen.

I fallet hade Keski-Uudenmaan informaatioteknologia Ab (senare även den upphandlande enheten) den 5.7.2016 genom publicerandet av en EU-upphandlingsannons informerat att det avsett upphandla ett datasystem genom öppet förfarande. Upphandlingen skulle göras för en kontraktperiod på 48 månader, varefter kontraktet var menat att vid behov fortsätta vara i kraft tillsvidare. Verksamhetsdirektören för den upphandlande enheten hade den 5.7.2016 beslutit att välja ett anbud från företaget Sofigate Services Ab genom att fatta ett upphandlingsbeslut. Det uppskattade värdet för upphandlingen beräknades vara ca. 250 000 euro. Upphandlingskontraktet hade inte underskrivits.

Företaget Efecte Finland Ab besvärade sig över beslutet eftersom det enligt det baserat på upphandlingsannonsen var omöjligt att lämna in anbud som var jämförbara med varandra. Efecte Finland krävde att marknadsdomstolen upphäver upphandlingsbeslutet, förbjuder den upphandlande enheten att fortsätta med sitt felaktiga förfarande samt beordrar den upphandlande enheten att rätta till sitt förfarande. Efecte Finland krävde även skadestånd och ersättning för dess rättegångskostnader.

Enligt anbudsförfrågan skulle priset för datasystemet vara fast och täcka alla kostnader anknytna till ibruktandet av systemet. I upphandlingsbeskrivningen hade man dock presenterat ett flertal olika uppgiftshelheter som inte skulle ingå i leverantörens uppgifter vid ibruktandet av systemet i det fall att systemets kommande huvudanvändare själv kunnat göra det inom systemet.³⁶ Ifall huvudanvändaren inte kunde sköta uppgifterna själv, skulle priset för uppgifterna inkluderas i upphandlingspriset. Därmed ansåg Efecte Finland att innehåll och kostnader för idrifttagnings projekten hade kunnat variera stort. För det första hade man vid jämförandet av anbuden kunnat finna stora skillnader i omfattningen av idrifttagningsprojekten. Efecte Finland hade lämnat ett anbud på 297 000 euro, medan det vinnande anbudet från Sofigate Services endast hade ett värde på 80 000 euro. Enligt Efecte Finland kunde prisskillnaderna endast förklaras genom skillnader i projektens omfattning. Efecte Finland hade förlorat anbudstävlingen baserat på att totalkostnaden var högre, fastän de erbjudit det egentliga datasystemet för ett betydligt förmånligare pris. Enligt anbudsförfrågan har man i priset för datasystemet behövt inkludera minst uppehållsarbetet för

³⁶ Huvudanvändare är oftast sådana anställda hos den upphandlande enheten som tilldelas mer rättigheter och funktioner då det kommer till utveckling och anpassning av varan.

användarnamnen och användarrättigheterna, om det inte är möjligt för den kommande huvudanvändaren att göra det själv. Därför kunde man enligt Efecte Finland inte anse inlämnade anbud vara jämförbara med varandra.

För det andra hade man i anbudsförfrågan anmält att månadsavgiften för systemet skulle beräknas baserat på hur många användarnamn som varit aktiva under den föregående månaden. Efecte Finland påpekade att detta krav inte kunde ställas på grund av att mätningssätten för aktiva användarnamn kunde variera mellan system. Värdet för månadsavgiften baserade sig därför mer på anbudsgivarens uppskattning. Mängden experttjänster som skulle behövas hade inte heller anmälts i anbudsförfrågan, vilket ledde till icke-jämförbara anbud.

I informationssäkerhetsbilagan till anbudsförfrågan hade man krävt att behandlingen av beställarens information skulle ske enligt beställarens kriterier, med en hänvisning till kommunens anvisningar om informationssäkerhet. Anbudsgivarna hade, baserat på detta, kunnat förbereda sig med olika nivåer av informationssäkerhet, vilket kunnat innebära betydande prisskillnader.

Den upphandlande enheten hade i anbudsförfrågan reserverat en rätt till betydande ändringar i avtalets omfattning, ifall att t.ex. kommuner skulle sammanslås i framtiden, eller ifall den upphandlande enheten i framtiden påverkas av någon annan förändring i den offentliga sektorns uppsättning. Den upphandlande enheten skulle då ha rättigheten att utvidga kontraktet att gälla för hela den nya organisationen. Efecte Finland menade att anbudsgivarna hade varit tvungna att lämna anbud utan kunskap om i hur stor omfattning systemet skulle tas i bruk.

Efecte Finland hävdade att anbudsförfrågan även skapat ojämförbara anbud eftersom den vinnande anbudsgivaren inte hade en möjlighet att leverera systemet genom ett kortvarigt idrifttagnings projekt, vilket varit ett av kraven i anbudsförfrågan. Dessutom ansåg Efecte Finland att det vinnande anbudet borde uteslutas ur anbudsförfarandet eftersom den upphandlande enheten i efterhand tillagt till det vinnande anbudet ett pris för förmännens portalanvändning i systemet. Detta hade gjorts med motiveringen att göra anbuderna mer jämförbara. Enligt Efecte Finland borde man istället ha konstaterat att anbudet inte motsvarade kraven i anbudsförfrågan.

Den upphandlande enheten försvarade sig genom att hävda att det varit möjligt att lämna in jämförbara anbud baserat på anbudsfrågan. Den upphandlande enheten hade haft som avsikt att ta i bruk det upphandlade datasystemet så självständigt som möjligt, en process i taget. I beskrivningen av idrifttagningsprojektet hade man krävt att ibrukttagandet skall innehålla all anpassningsarbete om inte detta kan verkställas av huvudanvändaren med stöd av undervisning och anvisningar. Den upphandlande enheten påpekade att den hade en hel del egna experter med erfarenhet i utveckling av informationshanteringsprocesser. Det att leverantörens uppgifter kunnat variera baserat på hur utvecklingen av systemet skulle komma att ske hade inte gjort anbuderna jämförbara. Att inte begränsa leverantörers lösningsalternativ genom anbudsfrågan var viktigt för att behandla alla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Kravet på att innehålla utvecklingsarbetet i priset om inte det kunde göras av huvudanvändaren hade bidragit till att anbuderna faktiskt blev jämförbara, eftersom det verkliga priset på upphandlingar som innehåller utvecklingsarbete annars inte kunnat uppmärksammas. Bestämmelsen om att månadsavgiften för systemet skulle beräknas baserat på hur många användarnamn som varit aktiva under den föregående månaden är väldigt klar och kan inte anses leda till ojämförbara anbud. Mängden behövda experttjänster hade inte anmälts i anbudsfrågan eftersom behovet på experttjänster var oklart på grund av att anbudsgivare kunde ha olika lösningar för ibrukttagandet av systemet.

I informationssäkerhetsbilagan till anbudsfrågan hade man krävt att behandlingen av beställarens information skulle ske enligt beställarens kriterier, med en hänvisning till kommunens anvisningar om informationssäkerhet. Kommunens anvisningar om informationssäkerhet var samma som statens, och dessa anvisningar ansågs vara allmänt kända inom fältet och kunde uppfattas som en industristandard. Det kunde därmed inte anses bli oklart hur information under upphandlingsprocessen skall hanteras.

Enligt den upphandlande enheten hade anbudsgivarna inte varit tvungna att lämna anbud utan kunskap om i hur stor omfattning systemet skulle tas i bruk. Bilagorna till anbudsfrågan nämner klart antalet användare som skall beaktas vid givandet av anbud. Reserverandet av en rätt till ändringar i avtalets omfattning ifall den upphandlande enheten i framtiden påverkas av en förändring i den offentliga sektorns uppsättning hade gjorts för att trygga den offentliga sektorns funktioner vid ett sådant tillfälle. Utan rätten skulle leverantören ha rätt att avbryta erbjudandet av tjänsten genom hänvisning till förändringen. Den upphandlande enheten hade inte heller en rätt att självständigt ändra på villkoren till avtalet, utan priset för tjänsten skulle

granskas tillsammans baserat på ändringen i användarmängden. Om inte samförstånd nåddes vid granskningen hade leverantören rätt att avbryta kontraktet.

Avslutningsvis kunde man enligt den upphandlande enheten konstatera att kraven i anbudsfrågan var motiverade och att de gällde upphandlingsföremålet. Datasystemet som upphandlades skulle hantera såväl sekretessbelagd kundinformation som information om säkerhetsåtgärder inom systemet. Därför var det motiverat att kräva leverantörerna att ordna sin verksamhet på ett informationssäkert sätt. Ett allmänt krav är att organisationen i fråga har en informationssäkerhetsplan som godkänts av ledningen och blivit tilldelad de anställda. I diskussioner förda innan upphandlingen hade man funnit att vissa anbudsgivare skulle tillämpa utländska centraler som bas för deras tjänster och som underleverantörer då det kommer till experttjänsterna. Därför hade man i anbudsfrågan krävt att även dessa följer kraven i kontraktet. Ett av kraven för datasystemet var att den också skulle gå att använda under specialförhållanden på grund av att vissa kritiska funktioner av kunder till den upphandlande enheten skulle vara beroende av systemet. Anbudsgivare skulle därmed ha en plan för sådana omständigheter, vilket dessutom påpekades vara ett vanligt krav vid offentlig upphandling av datasystem.

Tillägget av priset för förmännens portalanvändning i systemet hade gjorts för att göra anbuderna mer jämförbara, och det vinnande anbudet ansågs svara mot kraven i anbudsfrågan. Tillägget av priset hade gjorts för säkerhets skull och tillägget av priset kunde ses försvaga det vinnande anbudets ställning gentemot andra anbud.

Den upphandlande enheten krävde att marknadsdomstolen avslår talan och ålägger Efecte Finland att betala ersättning för deras rättegångskostnader.

Marknadsdomstolen granskade ärendet och hänvisade till den dåvarande upphandlingslagens (lag om offentlig upphandling, 348/2007) 2 § 1 mom. om att den upphandlande enheten ska behandla deltagare i upphandlingsförfaranden och andra leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt förfara öppet och med beaktande av proportionalitetskraven. Enligt 40 § 1 mom. skulle anbudsfrågan utarbetas skriftligen och så tydligt att det utifrån den är möjligt att lämna anbud som kan mätas med samma mått och som är jämförbara.

Marknadsdomstolen hänvisade också till dåvarande upphandlingslagens 41 § 1 mom. enligt vilken anbudsfrågan eller i tillämpliga delar upphandlingsannonsen skall innehålla en definition av föremålet för upphandlingen med iakttagande av bestämmelserna om

fastställande av tekniska specifikationer och krav i 44 och 45 § samt övriga kvalitetskrav som anknyter till föremålet för upphandlingen. Enligt 44 § 1 mom. ska de tekniska specifikationerna som beskriver upphandlingens innehåll ingå i upphandlingsannonsen eller anbudsfrågan. De tekniska specifikationerna skall tillåta att anbudsgivarna deltar i anbudsförloppet på lika villkor. De tekniska specifikationerna får inte medföra omotiverade hinder för konkurrens inom offentlig upphandling. Enligt 44 § 2 mom. punkt 2 skall de tekniska specifikationerna utarbetas utifrån sådana prestanda- eller funktionskrav som är tillräckligt specifika för bestämningen av föremålet för upphandlingen och valet av anbud. Upphandlingslagens 46 § 1 mom. stadgar att en anbudsgivare i sitt anbud skall visa att den vara, tjänst eller byggtjänst som erbjuds svarar mot kraven i anbudsfrågan. Anbud som inte motsvarar anbudsfrågan eller anbudsloppets krav skall uteslutas ur anbudsloppet.

Därefter granskade marknadsdomstolen själva anbudsfrågan för att avgöra om den upphandlande enheten agerat mot bestämmelserna i upphandlingslagen. Marknadsdomstolen konstaterade att den upphandlande enheten hade en rätt att bestämma om innehållet i upphandlingen då det gällde föremålet för upphandlingen samt dess krav. Detta måste dock göras med beaktande av den tidigare nämnda upphandlingslagens 2 § 1 mom., 40 § 1 mom. och 44 § 1 mom.

Marknadsdomstolen konstaterade att det från anbudsfrågan samt dess bilagor blir klart att den upphandlande enheten önskat upphandla ett användningsfärdigt datasystem som kan vidareutvecklas av experterna vid bolaget. De tekniska specifikationerna för upphandlingsföremålet hade gjorts så klara att de garanterat den upphandlande enheten samma slutresultat oberoende från vilka tekniska lösningar som erbjöds för systemen. Marknadsdomstolen konstaterade att alla anbudsgivare har lämnat in sina anbud baserat på samma krav, fastän anbudsfrågan möjliggjort olika lösningsförslag gällande utvecklingsarbetet. Uppgifterna som kunde göras av antingen huvudanvändare eller anbudsgivaren utgjorde endast en liten del av upphandlingen, och det kunde inte anses vara fel att den upphandlande enheten önskat använda egen expertis i mån av möjlighet. Den upphandlande enheten hade därmed inte agerat fel vid definierandet av idrifttagningsprojektets innehåll. Marknadsdomstolen konstaterade också att den upphandlande enheten hade en rätt att ge priset för idrifttagningsprojektet en stor tyngd vid valet av vinnande anbud. Detta var inte ovanligt i liknande upphandlingar och anbudsfrågan hade innehållit en detaljerad beskrivning på vilken tyngdpunkt vissa delar av upphandlingen skulle ges vid granskandet av anbud. Höga tyngden på priset av driftsättningen

kunde inte anses vara diskriminerande endast på grund att anbudsgivare kunnat erbjuda olika alternativ.

Marknadsdomstolen granskade därefter frågan om hur månadsavgiften för systemet skulle beräknas. Månadsavgiften skulle räknas baserat på hur många användarnamn som varit aktiva under den föregående månaden, och marknadsdomstolen ansåg det vara obetydligt vilket mätningssätt som användes. Till denna del var anbudsförfrågan tillräckligt specifik för att skapa jämförbara anbud.

Efecte Finland hade också besvärat sig över att mängden behövda experttjänster inte hade anmälts i anbudsförfrågan. Den upphandlande enheten hade informerat att experttjänsterna inkluderats i anbudsförfrågan endast för oförväntade situationer, och att mängden behövda tjänster därför omöjligt kunnat specificeras. Till andra delar gällande t.ex. hur kostnaderna skulle uppskattas och vilken tyngd denna skulle ha i jämförandet av anbuderna hade beskrivits tillräckligt specifikt. Detta kunde även konstateras genom att anbuderna inte stort varierade från varandra till denna del. Anbudsförfrågan hade inte enligt marknadsdomstolen möjliggjort olika tolkningar och var därmed inte felaktig till denna del.

Gällande frågan om informationssäkerhetskraven i informationssäkerhetsbilagan konstaterade marknadsdomstolen att inte ett enda anbud hade stängts ut från upphandlingsprocessen på grund av informationssäkerhetsskäl. Dessutom hade det inte kommit fram att anbuderna haft skillnader då det gällt informationssäkerhetskraven. Man hade därmed kunnat lämna in jämförbara anbud baserade på de uppställda kraven. Datasystemet som upphandlades skulle hantera såväl sekretessbelagd kundinformation som information om säkerhetsåtgärder inom systemet. Därför var det enligt marknadsdomstolen motiverat att kräva av leverantörerna att de ska ordna sin verksamhet på ett informationssäkert sätt. Kraven på t.ex. en informationssäkerhetsplan och funktion under specialförhållanden var motiverade och hade dessutom inte stängt något anbud utanför förfarandet.

Till följande granskade marknadsdomstolen frågan om den upphandlande enheten haft en rätt att reservera rättigheter till ändringar i avtalet och dess omfattning, samt om anbudsgivarna kunde anses ha varit tvungna att lämna anbud utan kunskap om i hur stor omfattning systemet skulle tas i bruk. Marknadsdomstolen konstaterade att anbudsförfrågan samt dess bilagor klart nämner vilka kunder som skulle omfattas av upphandlingen. Från anbudsförfrågan har också framgått tjänstens planerade användarmängd 2017. Därmed hade anbudsförfrågan enligt marknadsdomstolen beskrivit upphandlingens omfattning på ett tillfredsställande sätt.

Gällande reserverandet av rättigheter för ändringar i avtalet konstaterade marknadsdomstolen att den upphandlande enheten inte tillsvidare hade gjort en sådan ändring i avtalet som kunde bli föremål för granskning.

Efecte Finland hade klagat över att den upphandlande enheten till det vinnande anbudet hade tillagt priset för förmännens portalanvändning i systemet. Baserat på detta ansåg bolaget att det vinnande anbudet borde ha uteslutits ur anbudsförfarandet som ett anbud som inte motsvarar anbudsförfrågan eller anbudsförfarandets krav. Den upphandlande enheten hävdade att tillägget av priset hade gjorts för säkerhets skull och att tillägget av priset kunde ses försvaga det vinnande anbudets ställning gentemot andra anbud. Den vinnande anbudsgivaren konstaterade att de hade erbjudit ett kostnadsfritt alternativ för förmännen som inte skulle kräva egentlig portalanvändning. I princip betydde detta att förmännen kunde få e-post från systemet genom vilket de kunde acceptera eller avslå ett förslag utan att använda själva systemet. Därför hade priset inte heller ursprungligen tillagts i anbudet. Marknadsdomstolen konstaterade att fastän en ändring i anbudet i princip skulle betyda att ett anbud borde uteslutas från anbudsförfarandet, kunde denna ändring inte anses vara en sådan eftersom det vinnande anbudet till att börja med hade gjorts i enlighet med anbudsförfrågan, dvs. också utan att priset tillades. Anbudsförfrågan hade inte krävt att förmännen måste kunna sköta sina uppgifter inom systemet, och priset för portalanvändningen hade tillagts för säkerhets skull i avsikt att göra anbuderna mer jämförbara till totalkostnad ifall portalanvändningen av någon orsak skulle behövas. Tillägget av priset hade även försvagat det vinnande anbudets ställning. Marknadsdomstolen beslöt att Keski-Uudenmaan informaatioteknologia inte hade agerat mot upphandlingslagens bestämmelser på det sätt Efecte Finland hävdade. Marknadsdomstolen avlog Efecte Finlands talan och beordrade det att ersätta den upphandlande enhetens rättegångskostnader.

Fallet ovan är ett bra exempel på vilken grad av rättssäkerhet en upphandlande enhet kan ha vid upphandling av så komplexa upphandlingsföremål som datasystem. Avgörande i fallet blev att anbudsförfrågan samt dess bilagor lyckades beskriva upphandlingsföremålet samt dess krav på ett tillfredsställande sätt, dvs. med tillräcklig noggrannhet. Fastän man i anbudsförfrågan presenterat ett flertal olika uppgiftshelheter som inte skulle ingå i leverantörens uppgifter vid ibruktage av systemet, om systemets huvudanvändare själv kunde göra det, kan man inte anse anbuderna vara ojämförbara. Rättsfallet fungerar därmed som ett bevis på att anbud inte kan anses vara ojämförbara endast på den grunden att lösningsförslagen för det önskade datasystemet är olika. Olika system erbjuder naturligtvis

olika lösningar med varierande kostnad, vilket endast bör ses som en möjlighet för den upphandlande enheten att faktiskt införskaffa den önskade tjänsten för det ekonomiskt mest fördelaktiga priset.

Fallet ovan redovisar också för det faktum att anbudet måste motsvara kraven i anbudsförfrågan för att enligt lagen kunna anses vara jämförbara. Ett anbud som erbjuder en lösning som inte kan erbjuda det önskade slutresultatet kan därmed inte inkluderas i anbudsförfarandet. Enligt mig accentuerar fallet därmed bra den upphandlande enhetens behov att agera omsorgsfullt genom hela upphandlingsprocessen, dvs. från planeringen till skapandet av upphandlingsdokumenten och från anbudsförfrågan till upphandlingsbeslutet. I det följande går jag vidare till att redogöra för det skede i upphandlingsprocessen som följer anbudsförfrågan, valet av anbudssökande, anbudsgivare samt anbud.

3.5 Val av anbudssökande, anbudsgivare samt anbud

Processen för väljandet av anbud börjar med kontrollen av anbud och anbudsgivare. Om denna process stadgas i upphandlingslagens 79 §. Baserat på detta lagrum måste den upphandlande enheten innan valet av anbud för det första kontrollera att anbudet överensstämmer med de krav, villkor och kriterier som ställs i upphandlingsannonsen och i upphandlingsdokumenten. Enligt 79 § 3 mom. får den upphandlande enheten besluta att inte välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet om enheten konstaterar att anbudet inte överensstämmer med de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som avses i 81 § 1 mom. punkt 5. Grunderna för direkt uteslutande av anbudssökande stadgas i upphandlingslagens 80 §, medan grunderna för uteslutning som kan göras efter prövning stadgas i 81 §.

Avslutningsvis ska det anbud väljas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga i enlighet med bestämmelserna i upphandlingslagens 93 §. Ekonomiskt mest fördelaktigt är det anbud som har det lägsta priset, är kostnadsfördelaktigt eller har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Som nämnts tidigare ska den upphandlande enheten i upphandlingsannonsen, anbudsförfrågan eller inbjudan att förhandla ange kriterierna för att ett anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller de jämförelsegrunder för förhållandet mellan pris och kvalitet som används. Den upphandlande enheten måste alltså i något av de ovan nämnda upphandlingsdokumenten specificera den relativa viktningen av jämförelsegrunderna. Den upphandlande enheten kan välja att prioritera vissa kvalitativa, samhällsrelaterade eller sociala aspekter, miljöaspekter eller innovativa egenskaper vid jämförelsen

av förhållandet av pris och kvalitet. Kvalitetskriterierna kan anses vara speciellt viktiga vid upphandling av datasystem, eftersom dessa kan innehålla t.ex. tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, tillgänglighet, utformning med tanke på samtliga användares behov, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, underhåll samt leveransdag, leveranstid eller tid för fullgörande samt andra leveransvillkor.

Den upphandlande enheten kan också enligt upphandlingslagens 95 § använda livscykelkostnaderna som kriterium vid bedömningen av kostnaderna för upphandlingen. Sådana kostnader är bl.a. kostnaderna för förvärv, driftskostnader samt underhållskostnader som är normala i fråga om datasystem, som ofta kan beaktas som tjänster med en livscykel. Om den upphandlande enheten tänker bedöma kostnaderna utifrån ett livscykelkostnadsperspektiv ska detta anges i upphandlingsdokumenten. Den upphandlande enheten måste också då ange vilka uppgifter som anbudsgivarna och anbudssökandena ska lämna för beräkning av kostnaderna och vilken metod som kommer att användas vid beräkningen av livscykelkostnaderna.

3.6 Upphandlingsbeslut och upphandlingskontrakt

Enligt § 123 i upphandlingslagen ska den upphandlande enheten fatta ett skriftligt beslut om de avgöranden som påverkat anbudssökandenas och anbudsgivarnas ställning samt om anbudsförfarandets utgång. Det skriftliga beslutet måste också motiveras. Från avgörandet måste det framgå vilka faktorer som väsentligt påverkat beslutet som t.ex. grunderna till att en anbudsgivare uteslutits ur förfarandet eller ett till att ett anbud förkastats. De viktigaste jämförelsegrunderna för de godkända anbuden måste också framgå. Ett beslut som avses i § 123 måste inte fattas om det är frågan om en kompletterande beställning vid en direktupphandling, eller om det är frågan om en temporär upphandling som baserar sig på att besvär anförts hos marknadsdomstolen. Ett beslut enligt 123 § behöver inte heller fattas vid upphandling som grundar sig i villkoren i ett ramavtal. Den upphandlande enhetens beslut med motivering samt besväransvisning och rättelseanvisning ska också enligt upphandlingslagens 127 § skriftligt delges till dem saken gäller.

Efter att ett beslut om upphandling fattats ska den upphandlande enheten enligt 128 § i upphandlingslagen ingå ett upphandlingskontrakt som uppstår genom ingående av ett separat, skriftligt kontrakt. Väsentliga ändringar till upphandlingskontrakt som till värde överskrider EU-tröskelvärdena får inte göras under kontraktperioden utan ett nytt upphandlingsförfarande. Vad som beaktas som väsentliga ändringar stadgas i

upphandlingslagens 136 §. För upphandlingskontrakt som överskrider EU-tröskelvärdena, för tjänsteupphandlingar som överskrider det nationella tröskelvärdet samt vid vissa ramavtal och dynamiska inköpssystem som införs skall den upphandlande enheten skapa en rapport om upphandlingsförfarandet. Från denna rapport måste det enligt 124 § i upphandlingslagen framgå:

- 1) kontaktuppgifterna för den upphandlande enheten samt föremålet för och värdet av upphandlingskontraktet, ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet,
- 2) namnen på de anbudssökande och anbudsgivare som i enlighet med 80, 81 och 83 § har uteslutits ur eller valts till förfarandet, samt de grunder på vilka de uteslutits eller valts,
- 3) skälen till att anbud som befunnits onormalt låga har förkastats,
- 4) skälen till att det lägsta priset har använts som enda kriterium vid bedömningen av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt,
- 5) skälen till att upphandlingen inte har delats upp,
- 6) skälen till att ett krav på mer än dubbel omsättning har ställts på en leverantör,
- 7) namnet på den anbudsgivare som blivit vald som avtalspart, urvalskriterierna samt en bedömning av vilka delar av kontraktet eller ramavtalet som kommer att läggas ut på entreprenad till tredje parter eller namnen på eventuella underleverantörer,
- 8) skälen till att direktupphandling, förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog har använts,
- 9) skälen till att upphandlingen har avbrutits,
- 10) skälen till att andra medel för kommunikation än elektroniska medel har använts,
- 11) en beskrivning av de intressekonflikter som eventuellt konstaterats i upphandlingsförfarandet och de åtgärder som vidtagits med anledning av dem.

Rapporten ska sparas i minst tre år från det datum då upphandlingskontraktet ingicks och skall på begäran sändas till Europeiska kommissionen och till arbets- och näringsministeriet.

En som ärendet gäller har enligt upphandlingslagens 145 § rätt att föra ett ärende om upphandling till marknadsdomstolen genom att anföra besvär.

4. Upphandlingssätt

4.1 Upphandlingssätten

I detta kapitel kommer jag att redogöra för de olika upphandlingssätten, samt försöka bedöma vilka upphandlingssätt som bäst lämpar sig för upphandling av it-program. De olika upphandlingssätten finns beskrivna i upphandlingslagen 32 § - 55 §. Vilket upphandlingsförfarande man väljer beror oftast på upphandlingsföremålet och värdet på upphandlingen. De olika upphandlingsförfarandena som finns till förfogande enligt upphandlingslagen är: 1) Öppet förfarande, 2) Selektivt förfarande, 3) Förhandlat förfarande, 4) Konkurrenspräglad dialog, 5) Ramavtal, 6) Direktupphandling, 7) Innovationspartnerskap, 8) Elektroniska auktioner, 9) Dynamiska inköpssystem, 10) Elektroniska kataloger och 11) Projekttävling. Inledningsvis kunde det sägas att då det är fråga om EU-upphandlingar använder man i första hand öppet eller selektivt förfarande. Om det konstateras vara svårt att definiera upphandlingsföremålet eller upphandlingsavtalets kriterier kan man vid behov även använda sig av förhandlat förfarande eller konkurrenspräglad dialog. Tidsfrister mellan olika upphandlingsförfaranden kan skilja sig åt så detta kan också påverka valet av upphandlingssätt.³⁷ Till näst redogör jag för de tidigare uppräknade upphandlingsförfarandena i ordning från det mest använda till det mest sällsynta, samt granskar jag deras användbarhet vid upphandling av datasystem.

4.1.1 Öppet förfarande

Öppet förfarande är det mest använda förfarandesättet. Vid öppet förfarande publicerar den upphandlande enheten en upphandlingsannons och tillgängliggör en anbudsfrågan, utifrån vilka alla intresserade leverantörer får lämna anbud. Efter att anbuderna lämnats in kan den upphandlande enheten sända en anbudsfrågan till leverantörerna som anses vara lämpliga. Fördelen med ett öppet förfarande brukar anses vara att processen inte innehåller fler skeden eller fler tidsfrister. Problematiskt för ett öppet förfarande kan vara fall där ett väldigt stort antal anbud förväntas bli inlämnade. Granskandet och jämförandet av anbuderna kan i dessa fall vara väldigt arbetsdrygt, speciellt om kriterierna för att jämföra anbuderna också är flera.

Processen för ett öppet upphandlingsförfarande påbörjas med att den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons på webbplatsen www.hankintailmoitukset.fi (HILMA). Fastän det inte är obligatoriskt så kan den upphandlande enheten också lägga upp en annons

³⁷ Eskola et al. 2011, s. 145.

på andra fora, som t.ex. på sin egen webbplats eller i en tidning. Efter detta kan den upphandlande enheten göra en anbudsförfrågan hos redan lämpligt rekognoserade leverantörer. Vid ett öppet förfarande kan alla intresserade leverantörer på basis av upphandlingsannonsen be om materialet som behövs för att lämna in ett anbud. Den upphandlande enheten måste skicka dokumenten till en intresserad anbudsgivare inom sex dagar från dagen av förfrågan, och den upphandlande enheten kan inte avstå från att skicka dokumenten. Det är på potentiella leverantörens ansvar att fråga efter dokumenten i god tid, så att den hinner skicka in sina anbud inom den givna tidsramen. Den upphandlande enheten kan också ställa ett särskilt sista datum för att fråga efter anbudsmaterialet och för inlämnandet av anbuden. Den upphandlande enheten kan också bestämma att göra materialet tillgängligt på internet, men i detta fall måste den upphandlande enheten ordna tillgängligheten på ett sådant sätt att enheten kan få reda på vem som varit efter dokumenten. Detta kan t.ex. göras genom att kräva registrering och inlämnande av kontaktuppgifter innan man kommer åt dokumenten.³⁸

Vid öppet förfarande måste tiden för leverantörer att be efter anbudsmaterial och för att skicka anbud vara minst 52 dagar från dagen då upphandlingsannonsen publicerats. Denna tidsfrist kan minskas till 22 dagar ifall den upphandlande enheten har publicerat en förhandsannons minst 52 dagar och högst 12 månader innan publicerandet av upphandlingsannonsen. I detta fall måste förhandsannonsen innehålla all information som upphandlingsannonsen skulle innehålla.³⁹ Ifall man använder ett elektroniskt förfarande kan man minska tidsfristen med ytterligare 7 dagar, och ytterligare 5 om anbudsdokumenterna är tillgängliga. I Finland är elektroniska förfarandet det huvudsakliga upphandlingssättet, så baserat på ifall dokumenten finns tillgängliga, är tidsfristen i de flesta fall 45 eller 40 dagar. Om en förhandsannons publicerats i tid kan tidsfristen minska till 22 dagar.

Efter att anbuden skickats in måste den upphandlande enheten granska anbuden och hur de motsvarar anbudsförfrågan. Det anbud som bäst motsvarar kriterierna i upphandlingsannonsen och anbudsförfrågan vinner anbudstävlingen. I regel ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljas. Som kriterier för ekonomisk fördelaktighet kan väljas det anbud som för den upphandlande enheten har det lägsta priset, är kostnadsmässigt mest fördelaktigt eller har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Vilket av dessa som

³⁸ Eskola et al. 2011, s. 152. Information om vem som varit efter materialet är nödvändigt t.ex. ifall man måste informera om eventuella fel i upphandlingsannonsen eller i anbudsförfrågan, eller då den upphandlande enheten vill skicka ett svar på en uppkommen fråga till alla potentiella anbudsgivare.

³⁹ Eskola et al. 2011, s. 153.

ges större tyngdpunkt måste anmälas i upphandlingsannonsen eller vid anbudsförfrågan.⁴⁰ Enligt upphandlingslagens 93 § ska den upphandlande enheten, ifall den vid annan upphandling än varuupphandling tänkt använda endast det lägsta priset som kriterium för vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt, ange skälen till detta i upphandlingsdokumenten, i upphandlingsbeslutet eller i den särskilda rapporten om upphandlingsförfarandet.

Fördelen och nackdelen med öppet förfarande är att det är upphandlingssättet som de flesta känner till. Öppet förfarande blir därmed ofta valt som upphandlingsförfarande eftersom det är förfarandet som är bekant till den upphandlande enheten.⁴¹ Därför kan det kännas lättare för den upphandlande enheten att använda öppet förfarande fastän ett annat förfarande i verkligheten skulle lämpa sig bättre för upphandlingen. Man skulle också kunna tänka sig att valet påverkas av hur brådskande det är att inleda upphandlingsförfarandet. På grund av att detta upphandlingssätt är det mest kända förutspår jag att öppna förfarandet även tillämpats en hel del vid upphandling av datasystem. Öppet förfarande användes t.ex. i det tidigare redogjorda fallet MAO:843/17. En nackdel för det öppna förfarandet, speciellt vid upphandling av datasystem, kunde tänkas vara att den upphandlande enheten inte har en möjlighet att förhandla med anbudsgivarna. Datasystem är ofta komplexa helheter vilket leder till att förhandlingsmöjligheten är till fördel för att identifiera det för den upphandlande enheten mest lämpliga anbudet. På grund av att datasystem är komplicerade helheter rekommenderar jag inte heller att öppet förfarande väljs vid brådskande situationer eftersom en hel del anbud kan förväntas bli inlämnade vid ett öppet förfarande. Granskandet och jämförandet av anbuden kan då vara väldigt arbetsdrygt, speciellt om kriterierna för att jämföra anbuden också är flera.

4.1.2 Selektivt förfarande

Det selektiva förfarandet är det näst mest använda upphandlingsförfarandet.⁴² Det selektiva förfarandet innebär att den upphandlande enheten har en möjlighet att begränsa antalet av anbudsgivare som har möjlighet att delta i anbudstävlingen. Jämfört med det öppna förfarandet har det selektiva förfarandesättet alltså två skeden.

⁴⁰ Eskola et al. 2011, s. 153.

⁴¹ Eskola et al. 2017, s. 217.

⁴² Eskola et al. 2017, s. 219. Selektivt förfarandet är det näst mest använda upphandlingsförfarandet vid EU-upphandlingar, men eftersom så gott som alla upphandlingar som gäller datasystem är EU-upphandlingar valde jag att inte specificera detta i brödtexten. Jag antar att upphandlingssättet är det näst mest använda även i nationella upphandlingar.

Processen i det selektiva förfarandet påbörjas med att den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons. Efter att annonsen blivit publicerad får alla intresserade leverantörer lämna in en ansökan om att få delta. Den upphandlande enheten väljer sedan ut de anbudssökande som får lämna anbud, och skickar en anbudsfrågan till de utvalda. Antalet anbudssökande som bjuds in att lämna anbud kan också i förväg begränsas i upphandlingsannonsen.

Den upphandlande enheten har en möjlighet att uppmana lämpliga leverantörer att lämna in en anbudsansökan, men den får inte bjuda in sådana leverantörer till processen som inte lämnat en anbudsansökan. Enligt 33 § 3 mom. i upphandlingslagen måste antalet anbudssökande som bjuds in till förfarandet med hänsyn till upphandlingens omfattning och art vara tillräckligt stort för att säkerställa en verklig konkurrens. Minst fem anbudssökande ska i selektivt förfarande bjudas in att delta, så länge inte antalet lämpliga sökande är lägre. Om antalet lämpliga sökande är lägre, kan den upphandlande enheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in alla anbudssökande som uppfyller lämplighetskraven att lämna anbud. Den upphandlande enheten måste alltså välja anbudsgivare enligt de minimikrav som ställs i upphandlingsannonsen samt baserat på de valda bedömningsgrunderna. Om en leverantör inte uppfyller kraven får den inte bjudas in till anbuds förfarandet trots att antalet lämpliga sökande skulle vara lägre än fem.⁴³ Processen behöver inte heller i detta fall börjas från början. Den upphandlande enheten har ändå en möjlighet att förlänga ansökningstiden men i detta fall måste man lägga upp en ny upphandlingsannons. De som redan lämnat in en ansökan måste informeras om förlängningen och de har då möjlighet att ändra eller uppdatera sin redan inskickade ansökan.⁴⁴

Den upphandlande enheten är inte tvungen att lägga tyngdvärden på kriterier och bedömningsgrunder som används vid valet av anbudsgivare. Ifall tyngdvärden trots det ställs, måste dessa anmälas i upphandlingsannonsen.⁴⁵ Ställande av tyngdvärden kan vara att föredra, eftersom det underlättar både upphandlande enhetens jämförande av anbud samt anbudsgivarens arbete vid formandet av anbud. Ett annat alternativ är att man i upphandlingsannonsen anmäler kriterierna i viktighetsordning. Ifall inga tyngdvärden ställs måste alla kriterier och bedömningsgrunder betraktas som likvärdiga. Valen av anbudsgivare måste göras med dessa grunder och de måste motiveras. Även de anbudssökande som inte blir

⁴³ I rättsfallet MAO:47/03 dömdes upphandlande enheten ha agerat fel då den bjudit in ett företag som inte lämnat in en skriftlig ansökan om att få delta.

⁴⁴ Eskola et al. 2011, s. 156.

⁴⁵ Eskola et al. 2011, s. 158.

utvalda måste informeras om beslutet. Oftast väljs anbudsgivarna genom en bedömning av deras ekonomiska, tekniska och professionella kompetens.⁴⁶

Vid selektivt förfarande måste anbudssökande ha minst 37 dagar på sig att lämna in sin ansökan. För inlämnande av anbud måste minst 40 dagar reserveras från den dag inbjudan att göra anbud gjordes. Det finns inga krav på hur länge det får ta att gå igenom ansökningarna eller hur länge det får ta innan inbjudan till anbudsprocessen skickas. Likt det öppna förfarandet, kan även tidsfristen för anbudsgivande förkortas till 22 dagar ifall man publicerat en förhandsannons. Ifall man använder elektroniskt förfarande kan man här minska tidsfristen för inlämnandet av anbudsansökan med 7 dagar, och med 5 dagar för inlämnandet av anbud. Det finns en möjlighet för den upphandlande enheten att använda ett försnabbat förfarande om det inte finns tillräckligt tid för den normala tidsfristerna, och man måste påskynda processen. I detta fall måste 15 dagar reserveras för inlämnande av ansökan, 10 om man använt elektroniskt förfarande. Man måste också reservera minst 10 dagar för att lämna in anbuden från den dagen som anbudsförfrågan skickades.

Det selektiva förfarandet kan vara att föredra, ifall det förväntas ett stort antal anbud eller stora skillnader i anbudens kvalitet, inte minst för ekonomiska orsaker.⁴⁷ En annan fördel med det selektiva förfarandet är att man kan tillämpa upphandlingssättet på alla typer av upphandlingar, och därmed även vid upphandling av datasystem. Samtidigt som man sparar på resurser genom att inte tillåta alla att lämna anbud, kan det ta mer tid att genomföra ett selektivt förfarande. En nackdel med det selektiva förfarandet har ofta ansetts vara längre behandlingstider, speciellt i upphandlingar som överskrider EU-tröskelvärden. Eftersom det selektiva förfarandet innehåller fler skeden finns det även fler beslut att fatta, vilket naturligtvis innebär fler beslut som kan överklagas. Eftersom upphandling av datasystem inte sällan överskrider EU-tröskelvärden, kan man anse att det selektiva förfarandet inte heller är att föredra ifall det finns brådska i att genomföra upphandlingen. Med tanke på hur stora och komplexa helheter det är frågan om vid upphandling av datasystem, skulle jag rekommendera att påbörja upphandlingen i god tid för att undvika brådska, och oftast brukar också den upphandlande enheten känna till detta.

⁴⁶ RP 108/2016 rd, s. 126.

⁴⁷ Eskola et al. 2011, s. 155.

4.1.3 Förhandlat förfarande

Det tredje upphandlingssättet, det förhandlade förfarandet kan vara att föredra ifall man behöver ett mer dynamiskt förhandlingssätt, men förhandlat förfarande kan endast användas för EU-upphandlingar då kriterierna för dess användande blir uppfyllda.⁴⁸ Liket som namnet för processen föreslår, möjliggör det förhandlade förfarandet förhandlingar mellan den upphandlande enheten och anbudsgivare.⁴⁹ Det finns inte heller några exakta krav på hur ett förhandlat förfarande ska gå till, vilket ger ett större handlingsutrymme åt den upphandlande enheten. Det faller på den upphandlande enhetens ansvar att planera förhandlingarnas innehåll, tidtabell och förhandlingsskeden. Som bäst kan det förhandlade förfarandet leda till totalt jämförbara anbud. Förhandlingssättets styrka kan dock också bli en svaghet eftersom sättet kräver betydligt mer planering för den upphandlande enheten. Dessutom kan det bevisa sig svårt att uppfylla alla krav för ett jämlikt förfarande. Det kan även bevisa sig arbetsdrygt att hålla sig till rimliga tidtabeller då processen kräver mycket arbete och då det inte finns klara bestämmelser för hur länge processens olika skeden får ta. Det förhandlade förfarandet tar oftast betydligt längre än de öppna och selektiva förfarandesätten, och brukar därför också vara mer arbetsdrygt och dyrare för både anbudsgivarna och den upphandlande enheten.⁵⁰ Det förhandlade förfarandet har trots detta gjorts enklare och mer dynamiskt genom den uppdaterade upphandlingslagen av 2017, vilket jag vill tänka att har lett till att allt fler har börjat föredra förhandlat förfarande i jämförelse till t.ex. det selektiva förfarandet. De allt mer utvecklade elektroniska förfarandesätten som gjort upphandlingsdokumenten lättare tillgängliga anses också ha kunnat påverka ifrågasvarande trend.⁵¹

Förhandlat förfarande är inte tillämpligt i alla fall. Den upphandlande enheten kan välja det förhandlade förfarandesättet endast då kriterierna för dess användning blir fyllda, och användningen skall vid behov kunna motiveras inför marknadsdomstolen. Om dessa kriterier stadgas det i upphandlingslagens 34 §. Enligt upphandlingslagen kan den upphandlande enheten välja förhandlat förfarande i fem fall.

⁴⁸ Eskola et al. 2017, s. 224. I nationella upphandlingar kan man efter den uppdaterade upphandlingslagen trädde i kraft 2017 använda förhandlat förfarande i alla upphandlingsfall. Eftersom upphandlingar av datasystem är dyra och EU-tröskelvärden oftast överskrider, baserar jag detta kapitel på förhandlat förfarande där kriterier måste mötas.

⁴⁹ RP 108/2016 rd, s. 126.

⁵⁰ Eskola et al. 2017, s. 226.

⁵¹ Eskola et al. 2017, s. 223.

För det första kan den upphandlande enheten välja förhandlat förfarande vid upphandling ifall den upphandlande enhetens behov inte kan tillgodoses utan anpassning av existerande lösningar. Förhandlat förfarande kan alltså inte användas vid upphandling av varor som är användbara och redan finns tillgängliga på marknaden. Detta kriterium kan lätt anses mötas vid upphandling av datasystem, då det i regel alltid kommer att krävas anpassning för att även existerande lösningar ska kunna möta alla den upphandlande enhetens behov.

Det andra fallet där förhandlat förfarande kan väljas är vid upphandling som inbegriper formgivning eller innovativa lösningar. Detta innebär att förhandlat förfarande kan användas ifall föremålet för upphandlingen är en långt utvecklad produkt som t.ex. ett datasystem, som för oss är av intresse. Förhandlat förfarande kan anses vara väldigt praktiskt vid upphandling av datasystem eftersom man genom förhandlingarna kan säkerställa sig om att varan faktiskt motsvarar den upphandlande enhetens behov.

Det tredje fallet där förhandlat förfarande kan användas är enligt lagen vid upphandlingar där upphandlingskontraktet inte kan ingås utan föregående förhandlingar på grund av särskilda omständigheter i anslutning till upphandlingens art, komplexitet eller rättsliga och ekonomiska utformning eller på grund av riskerna i anslutning till dessa. Sådana situationer kan tänkas vara upphandlingar där det är svårt att på förhand bedöma upphandlingens exakta innehåll eller kostnadseffekter eller de villkor som uppställs av projektets finansiärer.⁵²

Som den fjärde situationen där förhandlat förfarande kan tillämpas är fall där en beskrivning av föremålet för upphandlingen inte kan utarbetas med tillräcklig precision genom att hänvisa till en standard, en europeisk teknisk bedömning, en gemensam teknisk specifikation eller en teknisk referens. De ovannämnda standarderna, bedömningarna, specifikationerna och referenserna har som syfte att underlätta kategoriseringen av föremålet för olika upphandlingar. Ifall detta bevisar sig svårt på grund av avsaknaden av ett lämpligt kategoriseringssätt, kan förhandlingar vara ett sätt att kategorisera föremålet.⁵³

Dessutom kan den upphandlande enheten som det femte fallet också välja att övergå till förhandlat förfarande från ett öppet eller selektivt förfarande ifall det vid förfarandet endast har erhållits anbud som inte motsvarar anbudsfrågan, eller om anbuderna inte kan

⁵² RP 108/2016 rd, s. 127.

⁵³ Eskola et al. 2017, s. 225.

godkännas. Det kan då vara nödvändigt för den upphandlande enheten att övergå till förhandlat förfarande för att genom förhandlingar få anbudet att motsvara anbudsförfrågan. I detta fall behöver inte en ny upphandlingsannons publiceras om alla anbudsgivare som uppfyller minimikraven enligt 79-92 § i upphandlingslagen, och lämnat ett anbud i det föregående förfarandet som uppfyller formkraven bjuds in att delta i det förhandlade förfarandet. I praktiken blir en övergång till förhandlat förfarande enligt lagen aktuell främst i fall där det i anbudet presenterats ett alternativt sätt att förverkliga upphandlingen, fastän det inte enligt anbudsförfrågan varit godkänt. Det andra och mer förekommande alternativet till att den upphandlande enheten övergår till förhandlat förfarande är att alla anbudet på något sätt är bristfälliga.⁵⁴

Processen för ett förhandlat förfarande börjar på samma sätt som det selektiva förfarandet. Detta innebär att processen inleds med att den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons, varefter alla intresserade leverantörer får lämna in en ansökan om att få delta i upphandlingen. I upphandlingsannonsen, anbudsförfrågan eller i inbjudan att förhandla måste den upphandlande enheten beskriva sina behov och de egenskaper som krävs av de varor, tjänster eller de byggnadsentreprenader som ska upphandlas, och grunderna för vad som utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ifall den upphandlande enheten önskar att i förväg begränsa antalet anbudsgivare som bjuds till förhandlingar, måste det högsta antalet deltagare nämnas i upphandlingsannonsen. Efter att leverantörerna lämnat in anbudsansökan, väljer den upphandlande enheten ut lämpliga leverantörer från dem som lämnat in ansökan till att förhandla, och informerar alla som ansökt om sitt beslut. De valda leverantörerna förhandlar sedan om villkoren för upphandlingskontraktet med den upphandlande enheten. Den upphandlande enheten får inte bjuda in sådana anbudssökande till förfarandet som inte har lämnat en anbudsansökan eller som inte uppfyller de krav som den upphandlande enheten ställer.

Den upphandlande enheten ska bjuda in de anbudssökande som har valts ut till förhandlingarna att lämna preliminära anbud utifrån vilka förhandlingarna förs. Vid förhandlat förfarande ska minst tre anbudssökande bjudas in att delta, om inte antalet lämpliga sökande är lägre. Om antalet lämpliga anbudssökande är lägre än tre, kan den upphandlande enheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in alla anbudssökande som uppfyller lämplighetskraven att lämna ett preliminärt anbud. Om det angetts på förhand i

⁵⁴ Eskola et al. 2011, s. 166.

upphandlingsannonsen eller anbudsfrågan, får den upphandlande enheten välja ett av de preliminära anbuden utan förhandlingar. Denna möjlighet skapades genom den uppdaterade upphandlingslagen som trädde i kraft 2017. Detta kan anses ha både sina fördelar och nackdelar. Fördelen med detta är att det skapar press för anbudsgivarna att satsa på de preliminära anbudens innehåll, och att den upphandlande enheten sparar tid och resurser genom att välja ett preliminärt anbud utan förhandlingar. Nackdelen är att man förbiser förhandlingarna, och därmed styrkan av förfarandesättet. Det finns en stor möjlighet att den upphandlande enheten genom att välja ett preliminärt anbud går miste om ett framtida anbud som bättre motsvarar den upphandlande enhetens behov.⁵⁵

I fall ett preliminärt anbud inte väljs förhandlar den upphandlande enheten med leverantörerna med målet att anpassa anbuden till att motsvara de behov som den upphandlande enheten nämnt i upphandlingsannonsen och anbudsfrågan. Anbudsgivarna kan alltså baserat på förhandlingarna lämna in nya anbud som bättre motsvarar kraven. Den upphandlande enheten får ändra på både anbudsfrågan och inbjudan under förhandlingarnas gång, men själva kraven för upphandlingen får inte ändras efter att de först blivit tillgängliga genom diverse annonser. Den upphandlande enheten ska i detta fall skriftligt informera alla anbudsgivare som deltar i förhandlingarna om alla ändringar av innehållet i upphandlingsannonsen, anbudsfrågan eller inbjudan att förhandla. Anbudsgivarna ska också ges tillräckligt med tid för att kunna skicka in ändrade anbud. Förhandlingarna får göras stegvis så att antalet anbud begränsas under förhandlandets gång, men i detta fall måste det anges i förväg i upphandlingsannonsen, anbudsfrågan eller i inbjudan att förhandla. Begränsandet ska då göras baserat på de tidigare nämnda kriterierna och jämförelsekriterierna.

Som vi berört många gånger tidigare, måste den upphandlande enheten behandla anbudsgivare på ett likvärdigt sätt även under förhandlingarna. Detta innebär t.ex. att den upphandlande enheten inte får dölja information från vissa deltagare, eller utan samtycke av en anbudssökande eller anbudsgivare för de övriga anbudsgivarna röja konfidentiell information som denne lämnat. Om det finns samtycke skall det anges specifikt vilken information det gäller.

Förhandlingarna avslutas genom att den upphandlande enheten informerar anbudsgivarna om detta. Efter det skickar den upphandlande enheten den slutliga anbudsfrågan till

⁵⁵ Eskola et al. 2017, s. 227.

anbudsgivarna och ställa en tidsfrist för inlämnandet av de slutliga anbuden. Efter det väljer den upphandlande enheten ett vinnande anbud enligt bestämmelserna i upphandlingslagens 93 §. Det kan anses var nämnvärt att alla anbud i alla faser av förfarandet måste vara skriftligt framställda. Fastän förhandlingarna förs muntligt, måste de dokumenteras antingen genom protokoll eller inspelningar.⁵⁶

Som jag redan framfört tidigare i kapitlet anser jag det förhandlade förfarandet passa utmärkt för upphandling av datasystem. Kraven för dess användning är lätta att möta vid upphandling av datasystem då beskrivningen av upphandlingens föremål kan vara svår att göra med tillräcklig precision. Dessutom kan man övergå till förhandlat förfarande om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte inkommit lämpliga anbud, vilket ställer frågan om det inte skulle ha varit bäst att använda förhandlat förfarande från första början. Som sagt är det förhandlade förfarandets styrka och nackdel att förfarandesättet kräver betydligt mer planerande för den upphandlande enheten. Det kan bevisa sig arbetsdrygt att hålla sig till rimliga tidtabeller då processen kräver mycket arbete och det inte finns klara bestämmelser för hur processen ska se ut eller hur länge processens olika skeden får ta. Det förhandlade förfarandet tar oftast betydligt längre än de öppna och selektiva förfarandesätten, och brukar därför också vara dyrare för både anbudsgivarna och den upphandlande enheten. Ifall man övergår till förhandlat förfarande från ett öppet eller selektivt förfarande kan det anses bli en ännu längre och dyrare process. Avslutningsvis måste jag konstatera att styrkorna med upphandlingssättet vid upphandling av datasystem kan anses väga mer än den utdragna tiden för processens slutförande. Som jag sagt tidigare rekommenderar jag att den upphandlande enheten inte har bråttom vid upphandling av datasystem.

4.1.4 Konkurrenspräglad dialog

Konkurrenspräglad dialog är ett annat upphandlingssätt som ökat i popularitet under de senaste åren.⁵⁷ Upphandlingssättet skapades ursprungligen för att vara tillämpligt i speciellt stora och utmanande upphandlingar, som kommer att ta en tid att slutföra, och förfarandet kommer högst antagligen att kräva en hel del resurser från inblandade. Enligt upphandlingslagens 36 § 2 mom. får den upphandlande enheten använda konkurrensutpräglad

⁵⁶ Eskola et al. 2017, s. 228.

⁵⁷ Eskola et al. 2017, s. 234.

dialog enligt samma villkor som vid det förhandlade förfarandet.⁵⁸ Detta betyder att något av de villkor som presenterats i föregående stycket måste mötas.

Konkurrensutpräglade dialogen brukar ofta jämföras med det förhandlade förfarandet, och man kunde säga att båda upphandlingssätten har sina fördelar, fastän de i princip är väldigt lika varandra.

Skillnaden mellan det förhandlade förfarandet och den konkurrenspräglade dialogen brukar sägas vara ändmålet med förhandlingarna eller förhandlingarnas syfte. Det finns alltså en liten skillnad mellan upphandlingssätten gällande deras tillämpningssituationer, trots att gränsen ibland kan vara svår att identifiera. Som ett exempel finns det inte finns några fasta regler för hur processen i ett förhandlat förfarande skall se ut, och därför kan den upphandlande enheten vid ett förhandlat förfarande stöda sig av de stegbeskrivningar som finns för den konkurrenspräglade dialogen.

Största skillnaden mellan dessa två upphandlingssätt kunde ses vara att förhandlingarna i den konkurrenspräglade dialogen måste göras innan anbuden. Detta beror på att föremålet för förhandlingarna är olikt jämfört med det förhandlade förfarandet. I den konkurrenspräglade dialogen är förhandlingsföremålet att identifiera det bästa sättet att genomföra upphandlingen, medan så inte är fallet vid det förhandlade förfarandet där det inte finns bestämmelser för när förhandlingarna skall göras.⁵⁹ Själva anbuden kommer också mellan upphandlingssätten att skilja sig, eftersom de slutliga anbuden i den konkurrenspräglade dialogen baserar sig på de lösningsförslag som valts ut genom förhandlingarna. I det förhandlade förfarandet måste den upphandlande enheten inte basera sin anbudsförfrågan på alternativ som deltagarna presenterat. Vid det förhandlade förfarandet kan förhandlingarna dessutom fortsätta efter att anbudsförfrågan gjorts, vilket inte är fallet vid en konkurrenspräglad dialog. En annan väsentlig skillnad mellan förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog är att förhandlingarna vid konkurrenspräglad dialog leder till att lösningsalternativen minskas till ett eller flera godtagbara alternativ, medan förhandlingarna som förs vid förhandlat förfarande resulterar i en slutlig anbudsförfrågan och slutliga anbud.⁶⁰

Den upphandlande enheten kan alltså ha nytta av att använda konkurrenspräglad dialog då den inte alls på ett objektivt sätt kan definiera de rättsliga eller ekonomiska kraven eller de

⁵⁸ RP 108/2016 rd, s. 131.

⁵⁹ Eskola et al. 2011, s. 199.

⁶⁰ RP 108/2016 rd, s. 132.

tekniska förutsättningarna för att möta sina behov.⁶¹ Det kan finnas olika sätt att förverkliga det som den upphandlande enheten vill ha, och förhandlingarna siktar på att utreda det bästa sättet att förverkliga det önskade. Vid förhandlat förfarande känner den upphandlande enheten redan till vad de vill ha, och förhandlingarna siktar därmed här till att få de slutliga anbudena så anpassande till behoven som möjligt.⁶² Situationer där den konkurrensutpräglade dialogen kunde tänkas användas är vid större upphandlingar gällande infrastruktur, högteknologi, eller vid upphandlingar där det inte är ändamålsenligt att låsa in för mycket kriterier på förhand, utan istället lämna utrymme för innovativa lösningar. Även för detta upphandlingssätt är ändamålet att till slut välja det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet enligt det som stadgas i upphandlingslagens 93 §. Kriterierna måste anges i förväg i upphandlingsannonsen eller i projektbeskrivningen, och dessa får inte ändras, eftersom den upphandlande enheten annars under processen kunde ändra på kriterierna för att vara fördelaktiga till en viss anbudsgivare. Om den upphandlande enheten väljer att använda konkurrensutpräglad dialog, måste den kunna bevisa att det objektivt sett är fråga om en speciellt utmanande upphandling.

Processen för den konkurrenspräglade dialogen börjar med att den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons, varefter alla intresserade leverantörer får ansöka om att få delta i upphandlingen. I upphandlingsannonsen måste den upphandlande enheten meddela sina krav, en preliminär tidtabell, bedömningsgrunderna för det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och ifall förhandlingarna kommer att föras i fler omgångar. Bedömningen av ekonomisk fördelaktighet måste vid konkurrenspräglad dialog fokusera på relationen mellan kostnad och kvalitet, till skillnad från andra upphandlingssätt där det går att endast fokusera på kostnaden. Detta är viktigt på grund av att det kan finnas olika sätt att förverkliga upphandlingen som inte går att jämföras med varandra endast genom kostnad.⁶³

Minst 37 dagar måste ges för anbudsgivare att kunna lämna in en ansökan att delta. Om upphandlingsannonsen görs elektroniskt, kan man minska på tidsfristen till 30 dagar. Efter att leverantörerna ansökt om att få delta skickar den upphandlande enheten ut en inbjudan att förhandla till utvalda anbudssökanden. I inbjudan måste den upphandlande enheten ange en tid och plats för förhandlingarna, samt anmäla vilket språk som används.

Efter att godkända anbudssökanden blivit inbjudna till förhandlingar, för den upphandlande enheten en dialog med dem för att kartlägga och bestämma hur dess behov bäst ska kunna

⁶¹ RP 108/2016 rd, s. 132.

⁶² Eskola et al. 2017, s. 234.

⁶³ Eskola et al. 2017, s. 235.

tillgodoses. Förhandlingarna kan gälla allt det som läggs fram i upphandlingsannonsen. Den upphandlande enheten har därmed en möjlighet att diskutera olika rättsliga, ekonomiska och tekniska möjligheter med de olika deltagarna. Alla deltagare måste under förhandlingarna behandlas jämlikt. Detta innebär t.ex. att den upphandlande enheten inte får avslöja en anbudsgivares förslag och lösningar till de andra anbudsgivarna utan anbudsgivarens godkännande. Det samma gäller då det kommer till given konfidentiell information. Den konkurrenspräglade dialogen är det enda upphandlingssättet som även skyddar sådana idéer som företag inte enligt upphovsrättslagen har ensamrätt till. Meningen är här att skydda anbudsgivarna så att de skulle uppmuntras avslöja sina allra innovativaste lösningar. Bestämmelserna om sekretess har dock inte alltid fungerat på önskvärt sätt, och den upphandlande enheten har ibland avslöjat information till de andra deltagarna som den inte skulle ha haft tillstånd till. Ibland har det skett rent på grund av misstag, t.ex. ifall en anbudsgivare inte specifikt nämnt vilken information som är konfidentiell. Det har även funnits fall där den upphandlande enheten tagit risken att av att avslöja information i sin strävan efter ekonomisk fördelaktighet.⁶⁴

Den upphandlande enheten får i förväg begränsa antalet anbudssökande som bjuds in att delta i dialogen, men då måste det lägsta och vid behov högsta antalet anbudssökande som bjuds in anges i upphandlingsannonsen. De anbudssökande som godkänns som anbudsgivare måste väljas på basis av det förfarande som beskrivs i upphandlingsannonsen och de minimikrav på lämplighet och de bedömningsgrunder som anges där. Anbudssökande som inte uppfyller kraven får inte bjudas till dialogen. Samma gäller för anbudssökande som inte lämnat en anbudsansökan. I en konkurrenspräglad dialog måste minst tre anbudssökande bjudas in att delta om inte antalet lämpliga sökande är lägre. Antalet baserar sig på att säkerställa en verklig konkurrens. Om antalet lämpliga anbudssökande är lägre än tre, kan den upphandlande enheten fortsätta dialogen genom att bjuda in alla anbudssökande som uppfyller lämplighetskraven att inleda dialogen.

Förhandlingarna kan föras i flera omgångar, under vilka den upphandlande enheten kan be anbudsgivarna att specificera sina lösningsförslag. Likt det förhandlade förfarandet, kan förhandlingarna i den konkurrenspräglade dialogen också göras i flera omgångar, så att man stegvis begränsar mängden lösningsförslag som behandlas genom att tillämpa tidigare anmälda kriterier. Den upphandlande enheten kan belöna deltagarna i den

⁶⁴ Eskola et al. 2011, s. 194.

konkurrenspräglade dialogen med pengar eller genom andra pris. Belöningens storlek kan vara bra att spegla risken en deltagare tar genom att delta, t.ex. om en deltagares lösningsförslag skulle avslöjas till de andra. Den upphandlande enheten måste fortstätta förhandlingarna tills den lyckas identifiera de lösningsförslag som lämpar sig för att genomföra upphandlingen. Den upphandlande enheten måste meddela deltagarna då förhandlingarna slutförts. Efter att förhandlingarna har slutförts, skall den upphandlande enheten be deltagarna från de lämpliga anbudsgivarna om sina slutliga anbud. Anbudsgivarna har då möjlighet att lämna in ett eller flera anbud. Efter att de slutliga anbuden skickats in, har den upphandlande enheten fortfarande möjlighet att be anbudsgivarna att specificera sina anbud. I detta skede får dock endast väldigt små ändringar göras till anbudens innehåll.

Den upphandlande enheten granskar sedan anbuden och väljer vinnaren baserat på bestämmelserna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Efter att det mest fördelaktiga anbudet blivit valt, kan den vinnande anbudsgivaren åter bes specificera sitt anbud. Det får ändå igen endast vara fråga om väldigt små ändringar, så att inte anbudsprocessen riskerar bli förvrängd.

Som en sammanfattning är alltså en av fördelarna med konkurrenspräglad dialog att den upphandlande enheten kan lämna planerandet av upphandlingen till anbudsgivarna vid fall där de inte själv är tillräckligt kunniga inom ett område. Datasystem innehåller oftast många komplexa helheter som den upphandlande enheten inte nödvändigtvis vet hur det är bäst att utföra med tanke på slutprodukten. Då kunde det vara lämpligt att låta anbudsgivarna försöka lösa problemet. Konkurrenspräglad dialog är alltså ett bra alternativ då den upphandlande enheten vet vad den vill ha, men inte är säker på vad som är det bästa sättet att nå det man önskar. Vid upphandlingen av ett datasystem kunde det t.ex. vara så att den upphandlande enheten vet hurudan slutprodukt de vill ha samt dess kriterier, men inte vet om det är bäst att skapa sitt eget system eller köpa en licens till ett redan existerande system som kunde modifieras att möta dess behov. Enligt rättslitteratur lär det ha sagts att den konkurrenspräglade dialogen kan bli tillämplig för upphandling av datasystem speciellt då det är fråga om en stor och speciellt svår upphandling att definiera, planera och utföra eller ifall det finns olika lösningar som man önskar utreda genom dialog, eller om ett stort och speciellt komplext informationsnätverk som skall byggas, och olika lösningar önskas utredas genom dialog.⁶⁵ Styrkan med den konkurrenspräglade dialogen vid upphandling av datasystem kan

⁶⁵ Eskola et al. 2011, s. 189.

anses vara rätt lik den vid det förhandlade förfarandet. Den konkurrenspräglade dialogen ger en större möjlighet för innovativa lösningar men för övrigt anser jag det vara en större styrka vid upphandling av datasystem att den upphandlande enheten redan vet vad den önskar upphandla. Baserat på detta skulle jag anse det förhandlade förfarandet vara att föredra framom den konkurrenspräglade dialogen.

4.1.5 Ramavtal

Ramavtalet, som inte är ett upphandlingssätt i sig, är ett ytterligare alternativ som den upphandlande enheten har till sitt förfogande, och möjliggör att den upphandlande enheten kan ingå ett avtal mellan en eller fler upphandlande enheter och en eller flera leverantörer. Syftet med ramavtalet är att fastställa priser och planerade kvantiteter för ingående av upphandlingskontrakt under en viss tidsperiod. Även övriga villkor kan fastställas genom ramavtalet. Ramavtalet är ett fastställt kontrakt, och t.ex. eventuell beställning av olika varor kräver inga nya avtal. Den upphandlande enheten kan baserat på ramavtalet förvänta sig att ett företag levererar eventuella varor, tjänster eller entreprenader som ingått i avtalet, och företagen kan förvänta sig att den upphandlande enheten gör sin beställning baserat på avtalet. Tillämpning av ramavtal vid en upphandling kan vara att föredra t.ex. i situationer där varor och priser utvecklas snabbt och det inte är ändamålsenligt för den upphandlande enheten att binda sig till fasta priser och bestämmelser. Tänkbara tillämpningsområden är t.ex. upphandling av informationsteknik eller upphandling av tjänster där det inte är ändamålsenligt att fastslå mängden av tjänsten i förväg.⁶⁶

Vid användning av ramavtal i samband med en upphandling måste en upphandlingsannons publiceras precis som vid övriga upphandlingar. Vid ingående av ramavtal kan de upphandlande enheten använda sig av alla förfarandesätten om kriterierna för dess användning blir fyllda. Detta innebär att öppet och selektivt förfarande kan användas i alla fall, och förhandlat förfarande och konkurrenspräglad dialog ifall kriterierna möts. Samma regler gäller därmed för upphandlingar genom ramavtal som utan.

Enligt upphandlingslagens 42 § ska den upphandlande enheten välja en eller flera leverantörer för ramavtalet. Antalet leverantörer ska anges i förväg antingen i upphandlingsannonsen, inbjudan att förhandla eller i anbudsförfrågan. Det finns dock också undantag för när den upphandlande enheten inte i förväg måste ange antalet leverantörer. Ifall upphandlingen t.ex. gäller varor eller tjänster som leverantörer har olik kapacitet att erbjuda, kan den

⁶⁶ Eskola et al. 2011, s. 257.

upphandlande enheten välja att istället för antalet leverantörer ange de regler som avgör hur många leverantörer som väljs, t.ex. vad den krävda kapaciteten är.⁶⁷ Det i upphandlingsdokumenten angivna antalet leverantörer ska väljas, om inte antalet anbudsgivare som uppfyller lämplighetskraven eller antalet godtagbara anbud är lägre.⁶⁸

Om avtal görs mellan fler upphandlande enheter, måste dessa anges på förhand i upphandlingsannonsen eller i andra upphandlingsdokument. Ramavtalet innebär därmed ett slutet förfarande, och endast de upphandlande enheter som angetts i upphandlingsdokumenten och utvalda företag kan använda sig av avtalet. Den upphandlande enheten kan t.ex. inte be enskilda anbud från någon annan än de som är parter i ramavtalet, om inte detta anmälts på förhand.⁶⁹ Anmälningsskyldigheten baserar sig på att underlätta anbudsgivarnas formande av anbud, och det finns bestämmelser för hur de upphandlande enheterna ska anmälas.

Ett ramavtal gäller huvudsakligen i högst fyra år. Ifall föremålet för upphandlingen nödvändigt kräver det kan ramavtalet i undantagsfall vara giltigt en längre tid. Alla kontrakt som är avsedda att göras under ramavtalet måste alltså ingås inom fyra år, och inga betydande ändringar får göras i ramavtalets villkor under dess giltighetstid. Ett kontrakt som stiftats i enlighet med ramavtalet kan ändå vara en längre eller kortare tidsperiod än själva ramavtalet.⁷⁰ Ett exempel på ramavtal som kan vara längre än fyra år är t.ex. vid upphandling av datasystem, eftersom systemet då kan vara avsett för användning under en längre tidsperiod och kräver uppehåll. Också utbildningsbehoven hos den personal som behövs för att genomföra upphandlingen kan påverka längden av giltighetstiden.

Som jag nämnt tidigare kan ramavtal göras med en eller flera leverantörer. Ifall den upphandlande enheten har ingått ett ramavtal med en enda leverantör, ska den upphandling som grundar sig på ramavtalet göras i enlighet med villkoren som fastställts i ramavtalet. Upphandlingen kan då göras utan konkurrensättning, och beställningen skall huvudsakligen göras hos denna leverantör. I praktiken skickar den upphandlande enheten en beställning till leverantören enligt de bestämmelser om pris, kvalitet och leveranstid som fastställts i

⁶⁷ Eskola et al. 2017, s. 258.

⁶⁸ RP 108/2016 rd, s. 142.

⁶⁹ Eskola et al. 2017, s. 259. I vissa fall kan det vara godtagbart för den upphandlande enheten att avvika från ramavtalet. T.ex. om kontrakt inte gjorts med leverantörerna, har den upphandlande enheten en möjlighet att ordna en öppen anbudstävling.

⁷⁰ RP 108/2016 rd, s. 143.

ramavtalet. Den upphandlande enheten kan trots detta be en anbudsgivare att skriftligen precisera eller komplettera sitt anbud för att tillämpas för en viss situation.⁷¹

Ifall den upphandlande enheten ingått ett ramavtal med flera leverantörer finns det inte i lagen bestämmelser från vilken leverantör en viss beställning skall göras. Den upphandlande enheten kan då använda sig av olika modeller för att avgöra detta baserat på naturen av ramavtalet.

Den första modellen gäller ramavtal där alla villkor är fastställda. Eftersom alla villkor för ramavtalet är fastställda kan upphandlingarna som baserar sig på ramavtalet göras utan anbudstävling, enligt de villkor som fastsällts. I denna modell har man på förhand anmält hur olika anbudsgivare kommer att rangordnas baserat på beställningens art. I praktiken innebär detta att den upphandlande enheten tillämpar de bestämmelser som på förhand fastställts skilt för varje beställning. Rangordningen kan göras på olika sätt, men det brukar vara populärt att följa bestämmelserna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ifall den leverantör som gjort det bästa anbudet inte har en möjlighet att verkställa beställningen, beställer man från leverantören med det näst bästa anbudet med antagandet att fler leverantörer har möjlighet att erbjuda önskat föremål. Även andra lösningar finns tillämpliga, men den upphandlande enheten måste följa bestämmelserna om en jämlik behandling, och beslut kan inte göras utan objektiv grund.⁷²

Den andra modellen gäller ramavtal där alla villkor inte är fastställda, och här har den upphandlande enheten en möjlighet att konkurrensutsätta upphandlingen på nytt. I princip innebär detta att en anbudstävling görs inom ramavtalet efter att man konsulterat ramavtalets parter. Det finns inga exakta bestämmelser om sättet som anbudstävlingarna inom avtalet ska verkställas, men sättet måste i förväg anmälas i något av upphandlingsdokumenten. Den upphandlande enheten måste därför vara speciellt uppmärksam vid ställandet av krav och villkor för ramavtalet, då dessa inte går att ändras efter ingåendet av avtalet.

Vid ramavtal där alla villkor inte fastställts ska den upphandlande enheten ordna en skriftlig anbudstävling bland parterna av ramavtalet gällande upphandlingen av de enskilda produkterna. Ett skriftligt anbud måste dock inte bes från en leverantör som inte erbjuder produkten som är föremål för upphandlingen.⁷³ En upphandlingsannons måste inte publiceras

⁷¹ RP 108/2016 rd, s. 143.

⁷² Eskola et al. 2017, s. 262.

⁷³ Eskola et al. 2017, s. 263.

för en upphandling inom ett ramavtal, och upphandlingslagens bestämmelser om tidsfrister måste då inte följas. I den skriftliga anbudsfrågan måste den upphandlande enheten ändå bestämma en anbudstid som är tillräcklig med beaktande av upphandlingens karaktär och hur lång tid som kan tänkas behövas för att utarbeta ett anbud. Anbuderna ska lämnas skriftligt och innehållet i dem ska vara konfidentiellt tills anbudstiden har gått ut. Ifall elektroniska medel kan användas vid inlämnandet av anbuderna kan tidfristen för att lämna in anbud vara väldigt kort. Elektroniska auktioner och elektroniska kataloger presenteras senare i detta kapitel, men det är redan nu värt att nämna deras duglighet att tillämpas vid anbudstävlingen inom ett ramavtal. Ifall elektroniska medel används måste detta anmälas i upphandlingsdokumenten. Vid ramavtal där alla villkor inte är fastställda har den upphandlande enheten också en möjlighet att skriftligt be en part eller leverantör att noggrannare beskriva sitt anbud, vilket inte är möjligt om villkoren är fastställda. Den upphandlande enheten ska till slut välja det bästa anbudet i enlighet med de i anbudsfrågan angivna kriterierna för att ett anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det slutliga beslutet om inköp måste skickas till alla leverantörer som deltog i anbudstävlingen.

Efter ikraftträdandet av den nya upphandlingslagen har det också blivit möjligt att tillämpa en *hybridmodell* där en del villkor fastställs och en del inte.⁷⁴ Hybridmodellen innebär i praktiken att vissa upphandlingar inom ett ramavtal kan göras genom en anbudstävling och vissa utan anbudstävling i enlighet med de på förhand anmälda rangordningskriterierna. Hybridmodellen kan vara den upphandlande enheten till nytta vid upphandlingar inom ramavtal där beställningar av olika varor med varierade storlek och komplexitet ska göras. Ifall hybridmodellen ska tillämpas måste detta anmälas på förhand i upphandlingsdokumenten. Kriterierna för gränsdragningen mellan beställningar som kan göras utan anbudstävling och beställningar som ska konkurrensutsättas måste också anmälas på förhand.

Vid offentlig upphandling av datasystem är det inte en dålig idé att tillämpa ramavtal. Som sagt påverkar detta val inte valet av förfarandesätt, och kan möjliggöra lättare utvidgning av datasystemets användningsområde ifall ramavtalet ingås med fler upphandlande enheter. Som ett exempel för tillämpning av ramavtal vid upphandling av datasystem kan jag se en situation där det är meningen att ta i bruk ett och samma datasystem inom ett helt förvaltningsområde, och detta inte kan göras på samma gång, eller om systemet måste

⁷⁴ Eskola et al. 2017, s. 265.

tillämpas för de olika användarna. Jag kan också tänka att utvecklingsarbetet för ett datasystem är lättare att upphandlas inom ett slutet ramavtal. Styrkan med ramavtalet är därmed att man inte behöver fastslå mängden av tjänsten i förväg. Ramavtalet kan också rädda den upphandlande enheten från rättsåtgärder vid återkommande upphandling, som t.ex. vid utvecklingsavtal gällande ett program.

4.1.6 Direktupphandling

Direktupphandlingen som upphandlingssätt är en avvikelse från plikten att skapa en anbudstävling.⁷⁵ Direktupphandling är nämligen ett upphandlingsförfarande där den upphandlande enheten själv väljer ut leverantörerna som deltar i förfarandet och förhandlar sedan med dessa om villkoren för upphandlingskontraktet. Den upphandlande enheten behöver inte vid direktupphandling publicera en upphandlingsannons, och den upphandlande enheten har här även möjligheten att välja endast en leverantör till förhandlingar gällande ett upphandlingskontrakt.⁷⁶ Tillämpandet av direktupphandling är dock endast möjligt ifall de i lagen uppräknade förutsättningarna för dess användning blir uppfyllda. Den upphandlande enheten måste också kunna motivera och vid behov bevisa att förutsättningarna var mötta vid ingåendet av kontraktet. Varje leverantör som är verksam på samma fält som direktupphandlingen gäller har en möjlighet att besvära sig över direktupphandlingen.

Om förutsättningarna för användning av direktupphandling stadgas i upphandlingslagens 40 § och 41 §. Enligt 40 § 2 mom. punkt 1 kan den upphandlande enheten vända sig till direktupphandling om det vid ett öppet eller ett selektivt förfarande inte har kommit in några lämpliga anbudssökningar eller anbud, eller ifall det inte kommit in några anbudssökningar eller anbud över huvudtaget.⁷⁷ En annan förutsättning är att de ursprungliga villkoren i själva anbudsförfrågan inte kommer att ändras väsentligt. Ifall de ursprungliga villkoren i anbudsförfrågan ändras väsentligt måste en ny anbudstävling ordnas och en ny anbudsförfrågan ska då publiceras. I ett sådant fall att villkoren ändras väsentligt är det inte möjligt att tillämpa direktupphandling.⁷⁸ Med en väsentlig ändring av villkoren brukar i allmänhet menas situationer där villkoren i anbudsförfrågan ändras så att även andra företag än de som deltagit i den ursprungliga anbudstävlingen kan delta.

⁷⁵ RP 108/2016 rd, s. 137.

⁷⁶ RP 108/2016 rd, s. 137.

⁷⁷ Enligt 40 § 3 mom. kan ett anbud anses vara olämpligt om anbudet är onödigt för upphandlingskontraktet och uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov och krav enligt upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan. Enligt RP 108/2016 rd, s. 137 kan detta jämföras med att inget anbud har lämnats.

⁷⁸ Eskola et al. 2017, s. 244.

Vid sidan om det tidigare nämnda lagrummet finns det också ett flertal andra situationer där direktupphandling kan godkännas. En av dessa andra situationer är om upphandlingen bara kan genomföras av en viss leverantör på grund av tekniska skäl eller skäl som anknyter till skydd av ensamrätt. I detta fall måste det vara säkert att det inte finns något förnuftigt alternativ eller substitut för upphandlingen och att avsaknaden av konkurrens inte beror på konstgjorda begränsningar i villkoren för upphandlingen. Den upphandlande enheten har i dessa fall också ansvar att bevisa att ingen annan leverantör har en liknande möjlighet att uppfylla de tekniska krav som ställts för upphandlingen. Detta kunde t.ex. tänkas bero på kunskap eller material som endast en leverantör har till sitt förfogande. Tekniska skäl kan också utgöras av särskilda driftkompatibilitetskrav som måste uppfyllas i syfte att säkerställa att t.ex. varor eller tjänster är kompatibla med varandra.⁷⁹ I verkligheten har detta dock vid upphandling av datasystem inte alltid godkänts som en motivering för tillämpandet av direktupphandling. Mer om denna problematik följer senare i avhandlingen.

Liknande de tekniska skälen kan man tillämpa direktupphandling i situationer där syftet med upphandlingen är att skapa eller förvärva ett unikt konstverk eller konstnärlig prestation. Som kriterium för detta är att konstverket eller den konstnärliga prestationen får sin unika natur genom konstnären i fråga.⁸⁰

Direktupphandling får också tillämpas om det är absolut nödvändigt att ingå ett kontrakt och det är omöjligt att iaktta de föreskrivna tidsfristerna på grund av synnerlig brådska till följd av omständigheter som den upphandlande enheten inte har kunnat förutse och som är oberoende av enheten. Den upphandlande enheten kan alltså inte syfta till synnerlig brådska ifall denne själv dröjt på upphandlingen. Situationer som bestämmelsen kan komma att omfatta är t.ex. naturkatastrofer, olyckor, och om t.ex. kritiska apparater oförutsägbart går sönder. Till synnerlig brådska som möjliggör direktupphandling kunde även räknas anskaffningar som relaterar till humanitära orsaker som t.ex. en flyktingskris.⁸¹

Till undantagssituationer för att kunna använda direktupphandling räknas också situationer där den vara som upphandlas tillverkas endast för forskning, experiment, produktutveckling eller vetenskapliga ändamål och om det inte är fråga om en vara som massproduceras i syfte att säkerställa ekonomisk lönsamhet eller i syfte att täcka forsknings- och utvecklingskostnader. Syftet med bestämmelsen är att inte möjliggöra en snedvridning på

⁷⁹ RP 108/2016 rd, s. 138.

⁸⁰ RP 108/2016 rd, s. 138.

⁸¹ Eskola et al. 2017, s. 248.

marknaden genom att med statliga medel börja täcka produktutvecklingskostnader av ett privat företag.⁸² Detta undantag kan endast tillämpas vid upphandling av varor och produkter, och kan därmed inte tillämpas vid anskaffningen av en tjänst.

Direktupphandling är också möjligt om upphandlingen gäller varor som noterats och förvärvats på en råvarumarknad. Innanför detta kan tänkas falla t.ex. anskaffning av bränsle eller lantbruksprodukter från en råvarubörs eller annan liknande offentligt noterad handelsplats. Som kriterium för råvarubörsen eller handelsplatsen är att deras öppenhet garanterar marknadspriset. Detta är möjligt för att öppenheten möjliggör övervakning av att priserna följer utvecklingen på marknaden.⁸³ Direktupphandling kan också tillämpas då varor inköps särskilt förmånligt, antingen hos en leverantör som lägger ner sin affärsverksamhet eller hos en aktör som svarar för förvaltningen av ett konkursbo eller en utredare vid insolvensförfarande, ackord eller motsvarande förfarande.

Det finns också en möjlighet att direktupphandla ifall det är fråga om en tjänsteupphandling som görs utifrån en projekttävling och som enligt tävlingsreglerna ska göras med den som vinner tävlingen, eller om vinnarna är flera, med någon av dem. I så fall ska alla vinnare bjudas in att delta i förhandlingarna. Direktupphandlingen kan i detta fall inte gälla en mer omfattande upphandling än den som varit föremål för projekttävlingen.

Enligt upphandlingslagens 41 § har den upphandlande enheten en möjlighet att i undantagsfall göra en ny direktupphandling vid varuupphandling hos en leverantör man tidigare gjort ett direktupphandlingskontrakt med. I detta fall måste det vara frågan om en kompletterande beställning vars syfte är att delvis ersätta eller utvidga den tidigare leveransen eller utrustningen. En förutsättning för detta är att ett byte av leverantör skulle leda till upphandling av varor med annorlunda tekniska egenskaper med åtföljande inkompatibilitet eller oproportionerliga tekniska svårigheter vid drift och underhåll. Sådana direktupphandlingar måste dock göras inom tre år från den dag det ursprungliga direktupphandlingskontraktet ingicks. Den upphandlande enheten har också en möjlighet att göra en ny direktupphandling när ett nytt byggentreprenadskontrakt eller en ny tjänsteupphandling som motsvarar en tidigare byggentreprenad eller tjänsteupphandling ingås med den ursprungliga leverantören. En förutsättning är att en eventuell senare direktupphandling nämns i den ursprungliga upphandlingsannonsen och att det uppskattade värdet av en kompletterande tjänst eller ny

⁸² RP 108/2016 rd, s. 139.

⁸³ RP 108/2016 rd, s. 139.

byggentreprenad har beaktats vid beräkning av det totala värdet av det ursprungliga kontraktet. Även här gäller bestämmelsen om att den nya direktupphandlingen måste göras inom tre år från det ursprungliga kontraktet. Denna punkt tycker jag att är väldigt intressant baserat på rättsfallet C-796/18, där EU-domstolens beslut syftade till att Staden Köln borde ha anordnat en ny upphandling för utvecklingen av programvaran IGNIS Plus för att inte "ett privat företag gynnas i förhållande till sina konkurrenter." Frågan är då om det är möjligt att på basis av 41 § i upphandlingslagen göra en ny direktupphandling för en senare uppdatering av ett datasystem på grund av att ingen annan kan förväntas klara av uppgiften? Ett sådant fall kunde lätt tänkas uppstå baserat på att endast den ursprungliga leverantören har äganderätten till källkoderna. Baserat på den kunskap ja lyckats samla misstänker jag att detta är möjligt, fastän den upphandlande enheten här kan möta en hel del problem. Som sagt måste en eventuell senare direktupphandling nämnas i den ursprungliga upphandlingsannonsen och det uppskattade värdet av en kompletterande tjänst måste ha beaktats vid beräkningen av det totala värdet av det ursprungliga kontraktet. Värdet på en framtida ny upphandling kan vara svår att uppskatta vid upphandling av datasystem då mängden av den behövda tjänsten kan vara omöjlig att förutspå.

Överlag misstänker jag att direktupphandling kan vara svårt att tillämpa vid upphandling av datasystem, eftersom det kan vara svårt att motivera varför upphandlingen till att börja med bara kan genomföras av en viss leverantör. Vid ett sådant fall att endast en leverantör enligt den upphandlande enheten förväntas kunna förverkliga upphandlingen kan jag tänka mig att en hel del frågor ställs gällande den upphandlande enhetens motiv vid beskrivandet av föremålet av upphandlingen. Jag ser inte heller möjligheten att kunna basera en direktupphandling på synnerlig brådska då det kommer till upphandlingen av ett datasystem. Jag kan förutspå situationer där en upphandlande enhet skulle önska sig tillämpa direktupphandling vid upphandlingen ett datasystem t.ex. för att göra processen snabbare och för att upphandlingsprocesser kan vara dyra. Jag tror dock inte att detta är möjligt i praktiken, och ett sådant försök skulle högst antagligen mötas av missnöje bland andra leverantörer på det informationstekniska fältet. Som vi även märkte i fallet MAO:256/2021 som behandlades tidigare i undersökningen är direktupphandling alltid möjligt då värdet på upphandlingen inte överskrider de nationella tröskelvärdena, eftersom bestämmelserna i upphandlingslagen inte då behöver tillämpas. Detta anser jag fortfarande vara en väldigt osannolik situation vid upphandling av datasystem, och i allmänhet skulle jag rekommendera en upphandlande enhet att undvika direktupphandling om den inte är säker på värdet av upphandlingen.

4.1.7 Innovationspartnerskap

Innovationspartnerskapet är ett alldeles nytt upphandlingssätt som baserar sig på upphandlingsdirektivet från 2014 (2014/24/EU).⁸⁴ Tanken bakom detta upphandlingssätt är att den upphandlande enheten skall ha en möjlighet att skaffa en vara, en tjänst eller en entreprenad som inte ännu existerar på marknaden. Den upphandlande enheten får alltså välja innovationspartnerskap, om den upphandlande enhetens behov inte kan tillgodoses genom inköp av varor, tjänster eller byggtreprenader som redan finns tillgängliga på marknaden. Det är i princip själva forsknings- eller utvecklingsarbetet som är föremål för en anbudstävling, efter vilken den slutliga varan, tjänsten eller byggtreprenaden kan inköpas. Fördelen med detta upphandlingssätt är att den upphandlande enheten har en möjlighet att skapa ett långvarigt samarbete med en leverantör, och därmed har man en möjlighet att ständigt utveckla varan eller tjänsten.⁸⁵ Upphandlingssättet minskar också risken för att en leverantörs idéer avslöjas till andra företag.

Processen vid innovationspartnerskap påbörjas med att den upphandlande enheten publicerar en upphandlingsannons. Därefter får alla intresserade leverantörer ansöka om att få delta i upphandlingen. I upphandlingsannonsen måste den upphandlande enheten definiera vad det är som skall utvecklas, och varför dennes behov inte kan mötas av en vara eller tjänst som redan existerar. Likt andra upphandlingssätt måste också kraven för själva upphandlingsföremålet bestämmas i upphandlingsannonsen. Enligt 39 § i upphandlingslagen ska kraven vara tillräckligt precist utformade för att leverantörerna ska kunna bedöma upphandlingens art och omfattning och besluta om de ska lämna en anbudsansökan.

Efter att upphandlingsannonsen har publicerats är det meningen att bjuda in anbudssökande till förhandlingar. Likt förfarandet vid det förhandlade förfarandet får den upphandlande enheten vid innovationspartnerskap i förväg begränsa antalet anbudssökande som bjuds in att delta i förhandlingarna. Det lägsta antalet anbudssökande som bjuds in att delta i förhandlingarna samt vid behov det högsta antalet anbudssökande ska då anges i upphandlingsannonsen. De anbudssökande som godkänns som anbudsgivare ska väljas utifrån de minimikrav på lämplighet som anges i upphandlingsannonsen samt utifrån bedömningsgrunderna. Vid valet av anbudssökande ska det göras en bedömning av de anbudssökandes kapacitet på området för forskning och utveckling och när det gäller att

⁸⁴ RP 108/2016 rd, s. 133.

⁸⁵ RP 108/2016 rd, s. 134.

utveckla och genomföra innovativa lösningar. Den upphandlande enheten får till förfarandet inte bjuda in anbudssökande som inte har lämnat en anbudsansökan eller som inte uppfyller de krav som den upphandlande enheten ställer. Antalet anbudssökande som bjuds in att delta i förhandlingarna ska med hänsyn till upphandlingens omfattning och art vara tillräckligt stort för att säkerställa verklig konkurrens. Vid innovationspartnerskap ska minst tre anbudssökande bjudas in att delta, om inte antalet lämpliga sökande är lägre. Om antalet lämpliga anbudssökande är lägre än tre, kan den upphandlande enheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in alla anbudssökande som uppfyller lämplighetskraven att lämna ett preliminärt anbud.

På själva förhandlingarna tillämpas vad som i 35 § föreskrivs om det förhandlade förfarandets gång. Den upphandlande enheten får inte välja ett partnerskap utifrån ett preliminärt anbud. Efter förhandlingarna skall det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljas utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt det som stadgas i 93 §. Den upphandlande enheten kan besluta att inrätta ett innovationspartnerskap med en eller flera anbudsgivare som bedriver separat forsknings- och utvecklingsverksamhet.

Enligt 39 § 3 mom. ska innovationspartnerskapet delas upp i successiva steg som följer de olika skedena i forsknings- och innovationsprocessen. Den upphandlande enheten ska då ställa upp delmål för partnern eller partnerna och bestämma om utbetalning av ersättning. Om innovationspartnerskapet omfattar flera leverantörer, kan den upphandlande enheten minska antalet partner genom att avsluta enskilda upphandlingskontrakt som gäller partnerskapet. En förutsättning är att det i upphandlingsdokumenten anges att partnerskapet äger rum i successiva steg och vilka villkor som gäller för detta. I detta fall får den upphandlande enheten på basis av målen för partnerskapet efter varje avslutat skede avsluta innovationspartnerskapet med en partner, men detta är absolut inte ett krav.

Ifall utvecklingsarbetet leder till ett resultat, behöver man inte ordna ett nytt anbudsförfarande för att anskaffa resultaten av utvecklingsarbetet. Som krav på detta är att upphandlingen görs med de partner som bjudits in till förfarandet och om utvecklingsresultaten och anskaffningen av dem motsvarar de prestandanivåer och maximikostnader som överenskommit mellan de upphandlande enheterna och deltagarna i förfarandet. Med dessa krav vill man motarbeta att en partner skulle få en orimligt stor ersättning för sitt arbete, och att därmed säkerställa att resultatet fortfarande är det bästa med tanke på pris och kvalitet.

Eftersom ett innovationspartnerskap kan innehålla flera partners, ska den upphandlande enheten i upphandlingsannonsen, anbudsförfrågan eller inbjudan att förhandla uppge arrangemangen för immateriell äganderätt. Den upphandlande enheten får inte utan en partners specifika samtycke för de övriga partnerna röja lösningar som dessa har föreslagit eller annan konfidentiell information som lämnats under förfarandets gång.

Jag tänker mig att innovationspartnerskap kunde vara speciellt lämpligt vid upphandlingar av datasystem, eftersom teknologin lever i en ständig utveckling. Ju mer omfattande varan är tänkt att vara, desto större är fördelen. En annan klar fördel här är att den upphandlande enheten genom en marknadsundersökning har en möjlighet att ta reda på hur dess behov bäst kommer att kunna mötas. Med tanke på t.ex. datasystem för informationshantering kan jag också se en klar fördel i upphandlingssättet eftersom man här kan utveckla varan efter inköpet. Då lagar på området ändras eller då nya lagar träder i kraft kommer högst tydligen kraven på datasystemet och hur information får lagras att ändras, vilket kräver att varan utvecklas till att möta de nya lagbaserade behoven. Utmaningen kan dock tänkas vara att det redan existerar en hel del olika informationshanteringssystem, och den upphandlande enheten skall kunna bevisa att systemet de önskar utveckla inte redan finns på marknaden. Då är det åter en fördel ju mer omfattande systemet måste vara. Då det gäller datasystem överlag måste det också sägas att det existerar en hel del olika lösningar på marknaden som kunde tänkas möta en upphandlande enhets behov genom anpassning, vilket jag förväntar att medför problem för att tillämpa innovationspartnerskap vid upphandling av datasystem i praktiken.

4.1.8 Elektronisk auktion

Elektroniska auktioner utgör ett av upphandlingssätten jag kommer att redogöra för, fastän elektronisk auktion inte är ett upphandlingssätt i sig. Elektronisk auktion kan användas som ett led i konkurrensutsättningens sista skede under öppet förfarande, selektivt förfarande, förhandlat förfarande, ramavtal (när de leverantörer som valts ut för ett ramavtal konkurrensutsätts på nytt genom en anbudstävlig inom ramavtalet), eller vid dynamiska inköpssystem. Elektronisk auktion kan därmed inte användas under konkurrenspräglad dialog eller vid innovationspartnerskap. Ifall den upphandlande enheten tänkt använda sig av elektronisk auktion under upphandlingen ska detta anges i upphandlingsannonsen. Dessutom måste vissa krav för användningen först mötas. Enligt 44 § 3 mom. är en förutsättning för användning av en elektronisk auktion att innehållet i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan kan utarbetas tillräckligt exakt. Byggentreprenader och tjänsteupphandlingar

som innehåller immateriella prestationer och som inte kan rangordnas med stöd av automatiska utvärderingsmetoder kan därmed inte bli föremål för elektronisk auktion. Elektroniska auktioner får inte genomföras så att föremålet för upphandlingen ändras från det som har angetts i upphandlingsannonsen eller förfrågningsunderlaget.

Förfarandet vid en elektronisk auktion görs med hjälp av elektroniska medel med syfte att presentera nya lägre priser eller nya värden för vissa delar av anbuden till den upphandlande enheten.

Innan en elektronisk auktion kan inledas ska den upphandlande enheten genomföra en första fullständig utvärdering av anbuden i enlighet med kriterierna för att ett anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga samt den viktning som fastställts för dem. Den elektroniska auktionen möjliggör sedan en rangordning av anbuden med stöd av automatiska utvärderingsmetoder. Efter den preliminära utvärderingen av anbuden ska den upphandlande enheten via elektroniska förbindelser lämna en begäran om att med hjälp av elektroniska medel föreslå nya priser eller nya värden för jämförelsegrunderna till alla som lagt fram ett godtagbart anbud. En inbjudan att delta i en elektronisk auktion ska enligt 46 § i upphandlingslagen innehålla:

- 1) alla nödvändiga upplysningar om det elektroniska auktionssystem som används och om de tekniska förutsättningarna för de elektroniska kommunikationsförbindelser som används,
- 2) uppgifter om vilken dag och tid den elektroniska auktionen kommer att inledas,
- 3) vid behov, antalet skeden i den elektroniska auktionen och tidsplanen för varje skede,
- 4) den matematiska formel som används för att vid den elektroniska auktionen bestämma den nya automatiska rangordningen med avseende på de nya priser eller nya värden som lämnas; om det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet används som ett kriterium för att ett anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska formeln innefatta en relativ viktning av alla valda jämförelsegrunder; eventuella prisintervall ska anges i förväg med ett bestämt värde,
- 5) en separat formel för varje alternativ, om alternativa anbud är tillåtna,
- 6) grunderna för när av den elektroniska auktionen avslutas samt eventuellt den tid efter det sista anbudet som nya anbud inväntas.

Till en inbjudan att delta i en elektronisk auktion ska också fogas resultaten av den preliminära fullständiga utvärderingen. Den fullständiga utvärderingen ska innehålla en bedömning av innehållet i ett anbud och i fråga om öppet förfarande även en bedömning av anbudsgivarens lämplighet. Till en inbjudan som sänds till en enskild anbudsgivare kan dessutom fogas en uppgift om hur anbudsgivaren placerar sig i förhållande till de övriga anbudsgivarna, dock utan att avslöja de övriga anbudsgivarnas namn.

Enligt 47 § i upphandlingslagen kan en elektronisk auktion inledas tidigast två vardagar efter att inbjudan har sänts ut. Under de olika skedena av auktionen ska den upphandlande enheten lämna alla godkända anbudsgivare tillräckliga upplysningar för att de ska veta sin plats i rangordningen. Den upphandlande enheten får trots det inte röja anbudsgivarnas namn under processen. Oftast sker upplysningarna om rangordningen automatiskt via det elektroniska systemet som används, men ibland kan den upphandlande enheten dela ut ytterligare upplysningar via andra medel om detta anmälts i upphandlingsdokumenten. I detta fall skall alla anbudsgivare meddelas samtidigt för att garantera en likvärdig behandling av anbudsgivarna.⁸⁶

Processen för en elektronisk auktion avslutas på tre olika sätt. Det första sättet är att den upphandlande enheten i inbjudan har fastställt en dag och ett fastställt klockslag då auktionen avslutas. Det andra sättet att avsluta processen är när nya anbud som motsvarar kraven inte längre lämnas. Då måste man i inbjudan ha angivit hur länge efter det senaste anbudet kan vänta med att lämna in ett ytterligare anbud. I praktiken innebär detta att man efter den egentliga anbudstididen ger tilläggstid i ett antal minuter så att anbudsgivare hinner reagera på det senaste anbudet. Det tredje sättet för att avsluta en elektronisk auktion är när antalet olika etapper i auktionen uppnås. En skiljd auktion kan t.ex. ordnas för pris och tidsfrist, och med detta avslutningssätt menas att man slutfört auktionerna för alla etapperna.

Jag ser inget direkt hinder för användningen av elektronisk auktion som ett verktyg vid upphandling av datasystem, om lämpligt upphandlingssätt tillämpas. Eftersom upphandlingar av datasystem i huvudsak gäller stora helheter, kan det dock krävas en del satsningar i systemet för att göra anbuden jämförbara. En förutsättning för användandet av elektronisk auktion är därför att innehållet i upphandlingsannonsen eller anbudsfrågan utarbetas tillräckligt exakt. Om upphandlingen innehåller immateriella prestationer som inte kan

⁸⁶ RP 108/2016 rd, s. 148.

rangordnas med stöd av automatiska utvärderingsmetoder kan elektronisk auktion inte tillämpas. Så kan lätt tänkas vara fallet vid upphandling av datasystem.

4.1.9 Dynamiska inköpssystem

En upphandlande enhet kan välja dynamiska inköpssystem som upphandlingsätt för att skaffa sig en mer vanlig vara, tjänst eller byggnadsentreprenad som är allmänt tillgänglig på marknaden. Med ett dynamiskt inköpssystem menar man ett fullständigt elektroniskt upphandlingsförfarande och den skall under hela giltighetstiden vara öppen för alla leverantörer som uppfyller lämplighetskriterierna.

Den upphandlande enheten ska införa ett dynamiskt inköpssystem genom att meddela detta i en upphandlingsannons om selektivt förfarande. I upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan ska det anges vilken typ av köp och vilka kvantiteter som systemet avser, och dessutom måste all behövlig information lämnas om det dynamiska inköpssystemet, om den elektroniska utrustning som används, de tekniska arrangemangen för anslutning samt de tekniska specifikationerna. Dessutom måste den upphandlande enheten anmäla om den tänkt använda sig av elektronisk auktion vid jämförelse av anbuden, eller ifall den tänkt använda sig av elektroniska kataloger för inlämnandet av anbud eller vid samlingen av dessa.⁸⁷ I upphandlingsannonsen måste det även informeras hur länge inköpssystemet varar. Om durationen av systemet ändras, måste en ny upphandlingsannons publiceras.

Vid införandet och användningen av ett dynamiskt inköpssystem ska den upphandlande enheten använda enbart elektroniska medel för kommunikation. Den upphandlande enheten måste också följa regleringen av ett selektivt förfarande i alla faser av det dynamiska inköpssystemet fram till att upphandlingsbeslutet fattats. Den upphandlande enheten har inte heller tillstånd ta ut några avgifter från leverantörer för deras deltagande i det elektroniska systemet. Den upphandlande enhet som har infört ett dynamiskt inköpssystem har dock en möjlighet att tillfälligt stänga systemet när som helst under det dynamiska inköpssystemets varaktighet. Information om möjligheten att stänga det dynamiska inköpssystemet ska i detta fall ges när det dynamiska inköpssystemet införs. När det dynamiska inköpssystemet är stängt kan enskilda upphandlingar inte göras inom ramen för systemet.

⁸⁷ RP 108/2016 rd, s. 150.

Alla intresserade leverantörer kan under hela dynamiska inköpssystemets varaktighet ansöka om rätt att få delta i systemet. Den upphandlande enheten ska också ta med alla anbudssökande som uppfyller lämplighetskraven. Om den upphandlande enheten har delat in inköpssystemet i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader ska den precisera vilka lämplighetskrav för anbudssökande som tillämpas inom respektive kategori. Antalet anbudssökande som tas med i inköpssystemet får inte begränsas.

Den upphandlande enheten ska fatta beslut om att ta med anbudssökande i inköpssystemet inom 10 arbetsdagar från den dag då ansökan om att få delta i ett dynamiskt inköpssystem togs emot eller från den dag då systemet öppnas på nytt om ansökan inkommer när systemet är stängt. Den upphandlande enheten får i enskilda fall förlänga tidsfristen till 15 arbetsdagar, om det vid utvärderingen av tillträdet till systemet finns skäl att granska kompletterande dokumentation eller annars kontrollera om lämplighetskraven uppfylls eller om det annars är motiverat. Den upphandlande enheten kan också förlänga utvärderingsperioden om ingen anbudsfrågan publiceras inom ramen för inköpssystemet, och inget beslut om tillträde till systemet fattats. Detta kunde t.ex. tänkas hända om den upphandlande enheten på en och samma gång mottar en stor del ansökningar om att få delta, och den upphandlande enheten önskar att gå igenom ansökningarna på ett tillfredställande sätt.⁸⁸ Den upphandlande enheten ska då i upphandlingsdokumenten ange längden på den möjligtvis förlängda utvärderingsperioden. Den upphandlande enheten ska ändå så snabbt som möjligt informera en anbudssökande om huruvida denne tagits med i det dynamiska inköpssystemet.

Varje enskild upphandling inom ett dynamiskt inköpssystem ska konkurrensutsättas och den upphandlande enheten ska begära de anbudssökande som tagits med i systemet att lämna anbud på alla separata upphandlingar som görs inom det dynamiska inköpssystemet. Om det dynamiska inköpssystemet har delats in i olika kategorier av varor, tjänster eller byggtreprenader, ska den upphandlande enheten uppmana alla anbudssökande inom respektive kategori att lämna anbud. Den upphandlande enheten får när som helst under det dynamiska inköpssystemets varaktighet kräva anbudssökande att lämna in reviderade och uppdaterade versioner av upphandlingsdokument eller relevanta utredningar. För lämnande av utredningar ska det reserveras en skälig tid som dock ska vara minst 5 arbetsdagar från den dag då begäran sändes.

⁸⁸ RP 108/2016 rd, s. 151.

På valet av anbud tillämpas upphandlingslagens 93–96 §. Kriterierna för att en upphandling inom det dynamiska inköpssystemet är den ekonomiskt mest fördelaktiga kan bestämmas närmare i den anbudsförfrågan som gäller upphandlingen, men som vanligt skall det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljas.

Möjligheten för användning av dynamiska inköpssystem vid upphandlingen av datasystem beror på datasystemets art, eftersom upphandlingssättet endast kan användas för upphandlingen av en mer vanlig vara eller tjänst som är allmänt tillgänglig på marknaden. Jag misstänker dock att de flesta datasystem inte faller inom upphandlingssättets tillämpningsområde på grund av deras ofta komplexa natur. Redan det faktum att ett datasystem måste anpassas för att möta den upphandlande enhetens behov kan föra upphandlingen utanför tillämpningsområdet för ett dynamiskt inköpssystem. Därmed anser jag det inte vara den bästa idén för en upphandlande enhet att fundera på tillämpandet av detta förfarandesätt vid upphandling av ett datasystem, fastän det kan finnas undantag.

4.1.10 Elektroniska kataloger

Elektroniska kataloger är inte ett upphandlingssätt i sig, utan utgör ett nytt sätt att samla anbuden i samband med andra upphandlingssätt. Tanken bakom elektroniska kataloger är att anbudsgivarna genom att använda katalogen kan presentera anbuden till den upphandlande enheten på ett gemensamt sätt, vilket underlättar den upphandlande enhetens genomgång av anbuden. Ifall den upphandlande enheten önskar att använda sig av elektroniska kataloger ska detta nämnas i upphandlingsannonsen. Den upphandlande enheten har därmed rätt att i upphandlingsannonsen kräva att anbuden ska lämnas in i form av en elektronisk katalog eller att de ska innefatta en sådan. Den upphandlande kan också välja att i upphandlingsannonsen tillåta användningen av elektroniska kataloger utan att kräva dem.⁸⁹ Syftet bakom detta är att främja konkurrensen, förenkla upphandlingsförfarandena samt att lätta på den administrativa bördan för parterna.

Förutsättningen för användandet av elektroniska kataloger i anslutning till upphandlingsförfarandet är att de elektroniska katalogerna utarbetas och levereras till den upphandlande enheten i enlighet med de krav på elektroniskt informationsutbyte som anges i upphandlingslagens 62 §. En förutsättning för användandet av elektroniska kataloger enligt 62 § är att informationsutbytet i anslutning till upphandlingsförfarandet sker genom elektroniska medel.

⁸⁹ RP 108/2016 rd, s. 153.

Den upphandlande enheten ska också i upphandlingsannonsen eller i anbudsförfrågan ange uppgifter om format, den elektroniska utrustning som används samt tekniska arrangemang för anslutning och specifikationer för katalogen. De elektroniska katalogerna ska uppfylla de krav som den upphandlande enheten ställer gällande informationsutbytet i upphandlingsannonsen, anbudsförfrågan eller förfrågningsunderlaget samt kraven på format för anbud och elektroniska kataloger. Kraven på format, utrustning och tekniska arrangemangen för anslutning får ändå inte orsaka omotiverade hinder för leverantörer att delta i förfarandet.⁹⁰ Detta betyder att de verktyg och anordningar som används för kommunikation samt deras tekniska egenskaper, ska vara allmänt tillgängliga och kompatibla med allmänt använda informations- och kommunikationstekniska produkter och får inte därmed vara diskriminerande och begränsa leverantörernas tillträde till upphandlingsförfarandet.

Upphandlingslagens 62 § nämner också vissa undantag för när informationsutbytet i anslutning till upphandlingsförfarandet får ske via post, något annat lämpligt leveranssätt eller en kombination av dessa och elektroniska medel. Det finns alltså ett antal olika situationer där det är godkänt att avvika från det som nämnts tidigare. Det första undantaget är ifall användningen av elektroniska medel för kommunikation på grund av upphandlingens särskilda art kräver speciella verktyg, anordningar eller filformat som inte finns allmänt tillgängliga eller inte stöds av allmänt tillgängliga applikationer. Andra undantaget är då applikationen som använts vid lämnande av anbud använder filformat som inte kan användas av någon annan öppen eller allmänt tillgänglig applikation eller som anbudsgivaren av skäl som gäller licenserna för applikationer inte kan göra tillgänglig för nedladdning eller fjärranvändning av den upphandlande enheten. Det tredje undantagsfallet är då användningen av elektroniska medel för kommunikation kräver specialutrustning som inte är allmänt tillgängligt. Det fjärde undantagsfallet är då det i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan efterfrågas en fysisk modell eller arkitektmodell som inte kan översändas med hjälp av elektroniska medel. Undantagsfall nummer fem är då användningen av andra än elektroniska medel för kommunikation är nödvändig på grund av brott mot säkerheten i elektroniska medel för kommunikation. Användning av andra än elektroniska medel för kommunikation kan också vara nödvändigt i syfte att skydda den särskilt känsliga karaktären hos information som behandlas vid upphandlingsförfarandet, och om skyddet inte kan säkerställas på korrekt sätt genom användning av elektroniska verktyg och utrustning som antingen är allmänt

⁹⁰ RP 108/2016 rd, s. 153.

tillgängliga för leverantörer eller kan göras tillgängliga för dem. Under vissa förutsättningar är det t.o.m. godkänt att genomföra informationsutbytet i anslutning till upphandlingsförfarandet muntligt. I detta fall är det förutsatt att innehållet i den muntliga kommunikationen dokumenteras i tillfredsställande utsträckning. I synnerhet sådan muntlig kommunikation med anbudsgivare som kan ha en betydande inverkan på innehållet i och bedömningen av anbuden ska dokumenteras i tillräcklig utsträckning och på lämpligt sätt. Det är ändå inte tillåtet att anbudsförfrågningar och andra upphandlingsdokument, anbudsansökningar och anbud lämnas muntligt och det får inte heller krävas att de lämnas muntligt.

Elektroniska kataloger kan användas vid konkurrensutsättningen vid ramavtal om ramavtalet har ingåtts med fler än en leverantör och detta gjorts som elektroniska kataloger. I detta fall uppdateras katalogerna för den nya konkurrensställningen. Om den upphandlande enheten önskar att göra konkurrensställningen baserat på uppdaterade kataloger måste den begära att anbudsgivarna uppdaterar sina elektroniska kataloger som anpassats till kraven i den upphandling som grundar sig på ramavtalet. Ett alternativ är också att den upphandlande enheten själv samlar in de uppgifter som behövs för att upprätta ett anbud som uppfyller kraven från de elektroniska kataloger som redan lämnats in. Ifall den upphandlande enheten tänkt samla in uppgifterna själv, måste den upphandlande enheten i anbudsförfrågan ange att detta förfarande används. Den upphandlande enheten måste före insamlingen av uppgifter informera anbudsgivarna om förfarandet och den dag och den tidpunkt då den har för avsikt att ur elektroniska kataloger samla in de uppgifter som behövs för att upprätta anbud vid den upphandling som grundar sig på ramavtalet. Meningen med detta är att ge anbudsgivare en möjlighet att neka till en sådan insamling av uppgifter.⁹¹ Om anbudsgivaren nekar till den upphandlande enhetens självständiga insamling av uppgifter måste den upphandlande enheten tillåta att anbudsgivaren själv samlar och framställer de behövda uppgifterna.⁹² Den upphandlande enheten är därför också tvungen att reservera tillräckligt med tid mellan sitt meddelande och insamlingen av uppgifter. Innan beslut om den upphandling som grundar sig på ramavtalet fattas måste den upphandlande enheten presentera de insamlade uppgifterna för anbudsgivaren. Anbudsgivaren har då en möjlighet att alternativt rätta de insamlade uppgifterna eller bekräfta att anbudet som upprättas inte innehåller sakfel.

⁹¹ RP 108/2016 rd, s. 154.

⁹² Eskola et al. 2017, s. 276.

Elektroniska kataloger kan också användas i samband med dynamiska inköpssystem. När den upphandlande enheten använder ett dynamiskt inköpssystem får den därmed kräva att anbud lämnas i form av en elektronisk katalog. En förutsättning är att det till ansökan om deltagande i det dynamiska inköpssystemet har fogats en elektronisk katalog som uppfyller de krav på innehåll och form som ställs i upphandlingsdokumenten. Anbudsgivarna ska naturligtvis ges ett tillfälle att komplettera denna katalog.

4.1.11 Projekttävling

Projekttävlingen är det sista upphandlingssättet jag kommer att gå igenom i detta kapitel. Projekttävlingen är ett förfarande som möjliggör att den upphandlande enheten kan skaffa en projektplan eller en upphandling som väljs ut av en jury genom en tävling.⁹³ Upphandlingslagen tillämpas på projekttävlingar som ordnas med syftet att leda till att skapa en tjänst, och till projekttävlingar där deltagarna får ersättning för att delta. Den upphandlande enheten kunde därmed genom en projekttävling t.ex. skaffa sig till datasystem relevanta planer som en teknisk plan eller en informationshanteringsplan. Det har dock varit rätt sällsynt att projekttävlingar använts för planer inom det informationstekniska fältet.⁹⁴ Planer inom det för oss relevanta fältet har istället inte sällan upphandlats genom förhandlat förfarande. Som en upplysning önskar jag också säga att endast vissa av upphandlingsdirektivets förfaranderegler tillämpas på projekttävlingar utöver de uttryckliga bestämmelserna om projekttävlingar. Därför kan man anse projekttävlingen vara ett av de flexibla förfarandesätten trots att det inte alltid är det mest ändamålsenliga.⁹⁵

Orsaken till att jag inte tänker redogöra för detta upphandlingssätt lika djupgående som de föregående är att det vid projekttävlingar är planen som är föremålet för upphandlingen och inte själva slutprodukten. Trots det kommer jag snabbt beskriva hur processen går till.

En projekttävling kan i allmänhet verkställas genom öppet förfarande, så att alla som önskar har möjlighet att delta, eller genom ett selektivt förfarande, där deltagarna väljs genom på förhand bestämda grunder. Antalet deltagare som bjuds in att delta i en projekttävling ska dock alltid vara så stort att verklig konkurrens säkerställs. Deltagande i en projekttävling får inte begränsas på diskriminerande grunder, regionala grunder eller på den grunden, att deltagarna ska vara antingen fysiska eller juridiska personer. Deltagande kan dock begränsas

⁹³ Eskola et al. 2017, s. 277.

⁹⁴ Eskola et al. 2017, s. 277.

⁹⁵ RP 108/2016 rd, s. 154.

med olika lämplighetskrav som t.ex. yrkeskvalifikationer. Ifall man tänkt begränsa antalet deltagare måste grunderna för detta anmälas på förhand t.ex. i upphandlingsannonsen.

Enligt 55 § i upphandlingslagen ska en projekttävling ha en jury som består av fysiska personer som är oberoende i förhållande till deltagarna i projekttävlingen. Ifall det krävs särskilda yrkeskvalifikationer av dem som deltar i en projekttävling, ska minst en tredjedel av jurymedlemmarna ha dessa eller motsvarande kvalifikationer. I sitt arbete måste juryn vara självständig både i sina beslut och yttranden. Deltagarnas förslag på planer ska bedömas anonymt och utifrån de kriterier som anges i annonsen om projekttävlingen. Anonymiteten ska bevaras tills juryn har avgett sitt slutliga yttrande eller meddelat sitt beslut.

Deltagarna kan vid behov an juryn uppmanas att besvara frågor som de har i syfte att klargöra aspekter i anslutning till planerna. Dialogen mellan juryn och deltagarna ska upprättas i detaljerade protokoll. Utöver ett protokoll över bedömningen av planerna ska juryn upprätta ett protokoll som undertecknas av medlemmarna och som innehåller en rangordning av planerna, deras förtjänster, juryns kommentarer och eventuella punkter som kan behöva klargöras. Med vinnaren eller vinnarna i projekttävlingen kan sedan ett tjänsteupphandlingskontrakt ingås. Fördelen med projekttävlingar i allmänhet är att belöningen genom pris minskar den ekonomiska ansträngningen för deltagarna.

Jag kan tänka mig att projekttävlingen kunde tillämpas i vissa situationer då man önskar upphandla sig ett datasystem. Upphandlingar gällande datasystem innehåller ofta idrifttagnings projekt som kunde bli föremål för projekttävling. Man kunde alltså i vissa fall se hela ibruktageandet av en programvara som ett projekt som inkluderar alla tjänster som medförs av ibruktageandet av varan. Som jag framfört tidigare kunde en upphandlande enhet också genom en projekttävling tänkas skaffa sig för datasystem relevanta planer. Själv anser jag att detta inte är så ändamålsenligt och jag förstår bra att man istället valt att tillämpa t.ex. förhandlat förfarande.

4.2 Bedömning av upphandlingssätten för upphandling av datasystem

Nu när jag redogjort för de olika upphandlingssätten skall jag försöka sammanfatta de analyser jag gjort i detta kapitel. Därmed ger jag mig in på att besvara forskningsfrågan om hur bra de olika förfarandesätten lämpar sig för upphandling av datasystem.

För det första kan jag konstatera att det förhandlade förfarandet och den konkurrenspräglade dialogen enligt mig är de bästa upphandlingssätten att tillämpa vid upphandling av

datasystem. Detta anser jag helt enkelt på grund av att det vid upphandling av datasystem kan bevisa sig svårt för den upphandlande enheten att beskriva upphandlingens föremål med en tillräcklig precision. Datasystem är ofta väldigt komplexa till sin natur och den upphandlande enheten vet inte alltid själv heller vad som skulle vara det bästa sättet att förverkliga upphandlingen. I dessa fall gynnas den upphandlande enheten av möjligheten att förhandla med de olika leverantörerna för att identifiera de bästa alternativen. Situationer där den konkurrenspräglade dialogen kan anses kunna betjäna den upphandlande enheten bättre än det förhandlade förfarandet är då den upphandlande enheten helt saknar kunskap om föremålet för upphandlingen och hur den borde förverkligas.

Det selektiva förfarandet är enligt mig det nästa upphandlingssättet i rangordningen av lämpliga upphandlingssätt för upphandling av datasystem. Styrkan i det selektiva förfarandet är att den upphandlande enheten undgår behandlingen av enorma mängder anbud genom att på förhand kunna begränsa mängden anbudsgivare. Därför anser jag det selektiva förfarandet besegra det populärare öppna förfarandet vid upphandling av datasystem. Det selektiva förfarandet brukar på grund av samma orsak även vara förmånligare för den upphandlande enheten än det öppna förfarandet, fastän den selektiva varianten kan ta en längre tid att genomföra då ett extra arbetsskede medförs av att man begränsar mängden anbudsgivare.

Baserat på det jag lärt mig i min avhandling rekommenderar jag varmt tillämpningen av ramavtal vid upphandling av datasystem. Ramavtalet kan tillämpas vid de flesta förfarandesätt och i alla de förfarandesätt som jag rekommenderat ovan. Ramavtalet gör det enklare för den upphandlande enheten att göra nya upphandlingar, t.ex. gällande framtida utveckling av programvaran, från samma leverantör utan att det uppkommer rättsliga problem. Jag kommer att göra en mer detaljerad analys om ramavtalets styrka i följande kapitel.

Som jag anförde tidigare kunde innovationspartnerskap som det nyaste upphandlingssättet ha en plats vid upphandling av datasystem, eftersom teknologin lever i en ständig utveckling. Fördelar i tillämpandet av innovationspartnerskap är möjligheten för den upphandlande enheten att ta reda på hur dess behov bäst kommer att kunna mötas och specifikt vid upphandling av datasystem att man har en möjlighet att utveckla varan efter upphandlingen. Innovationspartnerskapet kan dock endast användas då man upphandlar en vara som inte redan existerar på marknaden, och utmaningen är då att det redan existerar en hel del olika datasystem. Därför förväntar jag mig att det är problematiskt för en upphandlande enhet att tillämpa innovationspartnerskap vid upphandling av datasystem i praktiken.

Som en annan mellanliggare bland upphandlingssätten är projekttävlingen. Projekttävlingen kan i princip tillämpas vid upphandling av datasystem, men jag ser inte nyttan i dess användning då man istället för att ordna en projekttävling har en möjlighet att förhandla fram det bästa lösningsalternativet genom det förhandlade förfarandet eller den konkurrenspräglade dialogen. Projekttävlingen är därmed inte det enda sättet att få fram innovativa lösningar. Projekttävlingen kunde tillämpas även delvis t.ex. för att skapa en projektplan för upphandling av ett datasystem men jag ser inte nyttan för den upphandlande enheten att förfara på detta sätt.

Det överlägset svagaste förfarandesättet för upphandling av datasystem är direktupphandlingen. För det första kan direktupphandling användas lättast vid upphandlingar där värdet på upphandlingen underskrider nationella tröskelvärden. Bestämmelserna i upphandlingslagen blir inte tillämpliga vid upphandlingar som inte överskrider nationella tröskelvärden och vid dessa fall är det mer än motiverat att använda direktupphandling pga. dess effektiva natur. Problemet uppkommer dock vid upphandling av datasystem från att dessa upphandlingar ofta är dyrare och mer än ofta överskrider de nationella tröskelvärdena. Om det uppskattade värdet för en upphandling förväntas överskrida nationella tröskelvärden, och den upphandlande enheten fortfarande önskar direktupphandla utan anbudstävling, måste den enheten noggrant och övertygande kunna motivera detta genom någon av punkterna i upphandlingslagens 40 §. Detta kan ofta vara problematiskt med tanke på bestämmelserna om icke-diskriminering och mängden olika lösningsalternativ som kan tänkas finnas inom fältet.

5. Datasystemspecifika upphandlingsproblem

Detta kapitel är ägnat för genomgång av upphandlingsproblem som jag identifierat som väldigt datasystemspecifika. Eftersom ett datasystem är en mjukvara existerar ingen fysisk produkt som är lätt att definiera. Dessutom kan upphandling av datasystem i teorin ses som en blandning av en varuupphandling och en tjänsteupphandling, fastän upphandlingarna i praktiken skall betraktas som tjänsteupphandlingar då någon form av anpassning av programmet krävs innan ibruktagandet av systemet. På grund av att ett datasystem är en mjukvara är själva produkten ofta baserad på olika källkoder. Ett problem som därmed är väldigt specifikt för upphandling av datasystem är frågan om vem som förvaltar över äganderätten till källkoderna av en programvara. Frågor som möjligtvis måste kunna besvaras är vem som har rätten att utveckla en programvara och i vilka omständigheter upphovsrätten till källkoden kan återopas av tillverkaren. Som ett utmärkt belysande fall för denna problematik har jag identifierat fallet T-19/07, Systran och Systran Luxembourg mot kommissionen från tribunalen.

Fallet T-19/07 är ett komplicerat rättsfall mellan Systran-koncernen och Europeiska kommissionen. Tvisten gällde en talan om skadestånd på grund av att kommissionen utfört underhåll och språklig förbättring av dess system för maskinöversättning tillsammans med en tredje part utan tillstånd av Systran-koncernen som ansåg sig ha upphovsrätt till programvaran. Fallet är speciellt intressant eftersom det behandlar viktiga frågor gällande upphovsrätt och ägande av källkoder. Fallet är väldigt långt och komplicerat vilket leder till att jag måste göra vissa avgränsningar i behandling. Inledningsvis redogör jag för bakgrunden till rättsfallet och därefter görs en huvudsaklig genomgång av parternas yrkanden. Efter detta behandlar jag de olika aktuella frågorna i fallet följt av tribunalens beslut. Det jag valt att undvika är de mindre detaljerna i de många avtal som ingåtts mellan parterna samt den större diskussionen som förts mellan parterna under behandlingen.

Först är det nödvändigt att redogöra för de ursprungliga avtalsförhållandena mellan parterna. Systran Mainframe är den ursprungliga versionen av ett maskinöversättningsprogram som skapades av Peter Toma år 1968, och programmet salufördes av bolaget World Translation Center Inc. och andra koncernbolag (senare WTC-koncernen). Under åren 1975-1987 gjorde Europeiska kommissionen en rad avtal med WTC-koncernen och senare Systran-koncernen (som övertog WTC-koncernen) för en anpassad version av Systran Mainframe programmet som fick namnet EC-Systran Mainframe. Det första sökandebolaget i fallet, Systran SA

(senare bolaget Systran) skapade efter förvärvet av WTC-koncernen år 1986 en ny version på Systran Mainframe programmet för att användas i Unix- och Windowsmiljö. Denna version utvecklades från och med år 1993 och fick namnet Systran-Unix. Europeiska kommissionen ingick år 1997 ett avtal med det andra sökandebolaget i fallet, Systran Luxembourg SA (senare bolaget Systran Luxembourg) gällande en ny version som skulle användas av kommissionen med namnet EC-Systran Unix.

Den 4 oktober 2003 anordnade kommissionen en anbudsinfordran avseende underhåll och språklig förbättring av kommissionens system för maskinöversättning, EC-Systran Unix. Efter denna anbudsinfordran tilldelades bolaget Gosselies två av de tio delar som kontraktet omfattade. I praktiken gällde detta delarna av systemet som använde engelska eller franska som källspråk.

Då bolaget Systran hade fått kännedom om den anbudsinfordran som gjordes den 4 oktober 2003 hade de kontaktat kommissionen och påpekat att de arbeten som den tänkt utföra med bolaget Gosselies som tredje part kunde göra intrång i bolagets immateriella rättigheter. Europeiska kommissionen menade istället att Systran-koncernen inte hade en rätt att invända mot de arbeten som utfördes av Gosselies. Systran-koncernen besvärade sig slutligen över att Europeiska kommissionen utvecklat programmet tillsammans med bolaget Gosselies.

Enligt kommissionen kunde Systran-koncernen inte hävda sina påstådda rättigheter till Systran-programmet, vilket det saluförde i versionen Systran Unix, för att förbjuda det som koncernen anser utgör ett intrång i rätten till detta program från kommissionens sida. Parterna var eniga om att WTC-koncernen och senare Systran-koncernen ensamma hade äganderätten till Systran Mainframe versionen av programmet och rättsfallet kom istället att handla om rättigheterna till versionen Systran Unix, som skrevs på ett annat programspråk för att fungera in en ny datormiljö, ägdes av Systran-koncernen eller inte och ifall Europeiska kommissionen agerat fel då den röjt information till bolaget Gosselies.

Sökandebolagen väckte talan vid tribunalen och yrkade att tribunalen ska förplikta kommissionen att omedelbart upphöra med sina handlingar i form av intrång och röjande av know-how. Sökandebolagen krävde också att allt underlag som kommissionen och bolaget Gosselies innehar, och som återger den informationstekniska utveckling som Gosselies har gjort med utgångspunkt från versionerna EC-Systran Unix och Systran Unix i strid med sökandebolagens rättigheter, tas i beslag och överlämnas till bolaget Systran, eller i vart fall förstörs under någons överinseende. Sökande bolagen yrkade att tribunalen ska förplikta

kommissionen att betala ett minimibelopp på 1 170 328 euro till bolaget Systran Luxembourg och 48 804 000 euro till bolaget Systran, samt förplikta kommissionen att ersätta rättegångskostnaderna. Dessutom yrkade sökandebolagen att tribunalens avgörande på kommissionens bekostnad skulle publiceras i fackpress, facktidningar och på specialiserade webbplatser.

Kommissionen yrkade att tribunalen skall avvisa eller i annat fall ogilla talan samt förplikta sökandebolagen att ersätta rättegångskostnaderna. Kommissionen hävdade att tribunalen inte kunde bedöma huruvida kommissionen felaktigt röjt know-how utan att stödja sig på de olika avtal som reglerade relationerna mellan Systran-koncernen och kommissionen 1975-2002. Tribunalen saknade enligt kommissionen behörighet eftersom skadeståndsansvaret var av avtalsrättslig art. Kommissionen gjorde också gällande att den betvivlar att sökandebolagen innehar de immateriella rättigheterna till versionen Systran Unix av Systran programmet, och bestred att sökandebolagen innehar rättigheter till programmet EC-Systran Unix. I synnerhet hävdade kommissionen att de hade ensam äganderätt till källkoderna till programmets språkdelar. Enligt olika avtal som ingicks åren 1975-2002 påstod kommissionen att de haft en rätt att både före och efter migreringen utveckla versionen EC-Systran Unix i Samarbete med utomstående leverantörer. Baserat på detta menade kommissionen att deras version av systemet för maskinöversättning skulle förbli dess egendom.

Sökandebolagen påpekade att tribunalen var behörig att bedöma i ärendet. Sökandebolagens talan hade sin grund i det förhållandet att kommissionen gjorde eller lät göra ändringar i programmet Systran Unix eller dess version EC-Systran Unix som inte var tillåtna, och som således inte följde av avtal, trots att den inte hade några rättigheter som gav den möjlighet att ändra, och än mindre låta ändra, programmet utan sökandebolagens tillstånd. Kommissionen hade aldrig haft tillstånd att lämna ut de omtvistade uppgifterna till någon utomstående, och eftersom de agerat utanför ramen i avtalen, hade tribunalen enligt dem exklusiv behörighet att behandla frågan. Enligt sökandebolagen röjde kommissionen för det första på ett rättsstridigt sätt bolaget Systrans know-how för tredje man, eftersom de tjänster som beskrivs i anbudsfrågan medförde otillåtet röjande och en ändring av källkoden till Systran-programmet, som sökandebolagen ensam hade äganderätt till.⁹⁶ För det andra hade kommissionen gjort sig skyldig till intrång då bolaget Gosselies utan tillstånd utvecklade

⁹⁶ Know-how definieras i allmänhet som "en viss mängd teknisk information som är hemlig, substantiell och identifierad i någon form." T.ex. affärshemligheter omfattar sådana tekniska uppgifter och får inte överlämnas till en annan person utan tillåtelse av den som lämnat uppgifterna, om överlämnandet på ett allvarligt sätt kan skada denna persons intressen.

versionen EC-Systran Unix, en version av Systran-programmet som var nästan identisk med versionen Systran Unix, som sökandebolagen ensam innehade de immateriella rättigheterna till.

Enligt sökandebolagen hade kommissionen handlat rättsstridigt och skadebringande då den röjt information som kan omfattas av skyddet för Systran-koncernens upphovstätt och know-how till tredje man, bolaget Gosselies, utan sökandebolagens samtycke. Det fanns heller inga uppgifter i handlingarna under målet som visade att kommissionen hade tillåtelse enligt avtal att lämna ut information om versionen Systran Unix och know-how till bolaget Gosselies. Det fanns inte heller något avtal som ingåtts mellan parterna som behandlade frågan om att ge tredje man i uppdrag att utföra vissa arbeten för EC-Systran Unix. Bolaget Systran hade kontaktat kommissionen med avsikt att diskutera frågan men kommissionen hade förnekat bolaget Systrans rättigheter till Systran Unix versionen av programmet, och menade att Systran-koncernen inte hade rätt att motsätta sig de arbeten bolaget Gosselies fått i uppdrag att utföra.

Tribunalen hävdade att det på det immaterialrättsliga området finns en princip om att en klausul om överlåtelse av immateriella rättigheter inte kan presumeras. I detta fall hade det inte framgått någon avtalsbestämmelse som avsåg en överlåtelse av immateriella rättigheter tillhörande bolaget Systran, eller ett av företagen inom Systran-koncernen, som kan åberopas med avseende på versionen Systran Unix av Systran-programmet. De avtalsbestämmelser som kommissionen hade stött sig till var från en förfluten period och gällande den föråldrade versionen Systran Mainframe. Mot denna bakgrund ansåg tribunalen att det framgår från innehållet i sökandebolagens skadeståndsyrkande och av de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar, att sökandebolagen har styrkt de uppgifter som krävs för att tribunalen ska kunna utöva sin utomobligatoriska behörighet i ärendet. På basis av de olika avtalsbestämmelser som kommissionen åberopat för att styrka att skadeståndsyrkandet har sin grund i ett avtalsförhållande konstaterade tribunalen att det inte skett någon överlåtelse av upphovsrätten och att Systran-koncernen inte har gett något tillstånd för att röja information om versionen Systran Unix för tredje man. Baserat på en helhetsbedömning konstaterade tribunalen att den aktuella tvisten inte var av avtalsrättslig art, och att den egentliga frågan nu handlade om huruvida kommissionen agerat felaktigt genom att röja information till tredje man utan innehavarens tillstånd och huruvida detta har medfört skada. Kommissionens krav på att talan ska avvisas på grund av att den har sin grund i ett

avtalsförhållande godtogs inte. Kommissionens påståenden om att talan ska avvisas på grund av att ansökan var oklar kunde inte heller godtas.

Kommissionen hade också påstått att tribunalen saknar behörighet att fastställa att intrång har skett inom ramen för en talan om utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Kommissionen påpekade att upphovsrätten, till skillnad från den övergripande harmonisering på gemenskapsnivå som har skett på varumärkesområdet, endast har blivit föremål för en harmonisering delvis, vilken dock avser skydd för programvaror (direktiv 91/250). Baserat på detta menade kommissionen att talan om intrång gällande upphovsrätt på samma sätt som med patenträtten inte ingår i de rättsmedel som omfattas av gemenskapsdomstolarnas behörighet.

Sökandebolagen svarade genom att hävda att tribunalen är behörig att bedöma huruvida kommissionen har gjort intrång i upphovsrätten till en programvara baserat på den harmonisering som skett på gemenskapsnivå i fråga om det upphovsrättsliga skyddet för en programvara (direktiv 91/250).

Tribunalen hänvisade till den behörighet som den getts via artiklarna 235 EG och artikel 288 EG andra stycket i fråga om utomobligatoriskt skadeståndsansvar. Dessutom fanns det en avsaknad av nationella rättsmedel som kunnat leda till att kommissionen ersätter den skada som sökandebolagen uppger sig ha lidit till följd av det påstådda intrånget. Tribunalen godtog således inte kommissionens påståenden om att talan inte kan tas upp till sakprövning på grund av att tribunalen saknar behörighet för att en nationell myndighet i en medlemsstat kunde ha avgjort frågan.

Till sist gjorde kommissionen gällande att sökandebolagens yrkanden om att tribunalen ska förplikta kommissionen att omedelbart upphöra med sina handlingar i form av intrång och röjande av know-how, förordna om att vissa informationstekniska uppgifter som kommissionen och bolaget Gosselies innehar ska tas i beslag eller förstöras, och förordna om att tribunalens avgörande, på kommissionens bekostnad ska publiceras i facktidskrifter och på specialiserade webbplatser inte kunde tas upp till sakprövning.

Tribunalen hänvisade till 288 EG andra stycket enligt vilken gemenskapen "vad beträffar utomobligatoriskt ansvar ... ersätta skada, som orsakats av dess institutioner eller dess anställda under tjänsteutövning, i enlighet med de allmänna principer som är gemensamma för medlemsstaternas rättsordningar." Dessutom är domstolen enligt artikel 235 EG behörig

att avgöra tvister om sådant skadestånd som avses i artikel 288 EG andra stycket. Av det anförda följde att kommissionens invändningar om rättegångshinder ogillades.

Till näst prövades ärendet i sak på grund av att Gemenskapens utomobligatoriska ansvar enligt 288 EG andra stycket kräver att flera villkor blir uppfyllda. Först måste det bekräftas att handlandet som läggs institutionen till last är rättsstridigt, varefter det skall granskas om det verkligen föreligger en skada och om det finns ett orsakssamband mellan handlandet och skadan. Sökandebolagen påstod att det finns en väsentlig likhet mellan versionerna Systran Unix och EC-Systran Unix, som senare utvecklats av Systran Luxembourg för att tillgodose kommissionens behov. Likheten i versionerna gjorde att sökandebolagen kunde motsätta sig att innehållet i versionen EC-Systran Unix röjs för tredje man utan deras samtycke, på grund av upphovsrätten och know-how avseende versionen Systran Unix. Kommissionen bestred detta genom att hävda att den innehade de immateriella rättigheter som krävdes för de handlingar de utfört.

För att motivera sitt påstående gjorde sökandebolagen skillnad på tre delar av Systran-programmet: kärnan, språkprogrammen och lexikonen. Vid en jämförelse av de två Systran Unix versionerna kan man konstatera att de är nästan identiska, och att Systran Luxembourg använt Systran Unix versionen som bas då den skapat EC-Systran Unix versionen för att integrera lexikonen från EC-Systran Mainframe till denna.

Kommissionen återgav att ändringarna som de gjort till språkversionerna och lexikonen inte medförde någon ändring i systemets kärna eller struktur. Kommissionen hävdade dock att basen till EC-Systran Unix var EC-Systran Mainframe och inte den påstådda Systran Unix. Kommissionen var dock enig om att strukturen i Systran-programmet oberoende av versionen kan delas upp i flera delar.

Den första delen var kärnan, som är programmets huvudsakliga del. Det är kärnan som styr hela översättningsprocessen med hjälp av andra komponenter i programmet, vars funktioner den kontrollerar.

Språkprogrammen som utgör den andra delen av programmet består av en analys, i flera på varandra följande etapper, av homografiska och lexikaliska rutiner, en överföring från källspråk till målspråk och en syntes. Dessa rutiner består av språkregler som har till funktion att modifiera den information som finns i det analysområde som kärnan skapar under översättningsprocessen.

Lexikonen som den tredje delen består av utgör databaser som används av kärnan och språkprogrammen och hjälpprogrammen. De datastrukturer som används i lexikonen har fastställts i översättningsreglerna och i kodningsmanualerna.

Sökandebolagen hade på ett övertygande sätt visat att kärnan styr hela översättningsprocessen i alla versioner av systemet, och kärnans särdrag och betydelse skulle därför framhållas. Kärnan skapar analysområden utifrån information i lexikon som sedan används av språkrutinerna.

Baserat på framkommen information kunde tribunalen fastställa att det föreligger en väsentlig likhet mellan versionen Systran Unix och EC-Systran Unix. Vad beträffar datastrukturerna kunde minst 72 procent bevisas vara identiska. Då det kom till kodningsmanualerna kunde man konstatera att majoriteten av koderna i kodningsmanualen till Systran Unix används även för EC-Systran Unix. Vid granskandet av källkoderna uppfanns att koden för kärndelen i båda versionerna uppgick till 80-95 procent i likhet. Kommissionen kunde inte motsäga dessa fakta. Slutsatsen var att sökandebolagen kunnat åberopa Systran-koncernens rättigheter till Systran Unix. Kommissionen lyckades inte bevisa att EC-Systran Unix hade sin bas i EC-Systran Mainframe, eftersom det framkom fakta om att bolaget Systran Luxembourg använt en stor del av Systran Unix vid skapandet av EC-Systran Unix, och därefter endast integrerat lexikonen från EC-Systran Mainframe till den nya versionen. Bolaget Systran kunde därmed väcka talan således kommissionen inte förebringa bevis på att bolaget Systran inte är innehavare av upphovsrätten till programmet.

Efter detta granskades de olika avtal som ingåtts mellan kommissionen och sökandebolagen genom åren för att bedöma om kommissionen agerat rättstridigt. Dessutom granskades exempel från medlemsstaternas nationella lagar om immateriella rättigheter som hade lagts fram av parterna. Som ett exempel på en allmän princip som är gemensam för medlemsstaternas rättsordningar gjorde sökandebolagen gällande att det i den franska lagen om immateriella rättigheter artikel L 111-1 stadgas att "upphovsmannen till ett intellektuellt verk åtnjuter, enbart på grund att verket har skapats, en exklusiv immateriell rättighet till verket som kan göras gällande gentemot alla." Enligt artikel L 112-2 i samma lag att intellektuella verk även avser "datorprogram, inbegripet förberedande designmaterial." Kommissionen kunde inte lägga fram ett motargument för exemplet. Sammanfattningsvis kunde sökandebolagen i egenskap av Systran-koncernen åberopa upphovsrätten till versionen

Systran Unix eftersom de salufört programmet i flera år innan Systran Luxembourg skapade versionen EC-Systran Unix för att tillgodose kommissionens specifika behov.

Kommissionens påstående om att den inte agerat rättsstridigt genom att röja teknisk och hemlig information till bolaget Gosselies avseende versionen Systran Unix som återfinns i versionen EC-Systran Unix kunde inte godtas fastän kommissionen lyfte fram att den fått vissa rättigheter genom kontrakt och genom den finansiering som skett i dessa sammanhang. Det faktum att kommissionen finansierat utvecklingen av programmet betydde inte att den förvärvat äganderätt till programmet. Överlåtelse av vissa rättigheter skall tolkas restriktivt till förmån för upphovsmannen, och då äganderätten inte uttryckligen ingick i något avtal skulle den tolkas innehas av Systran-koncernen. De enda rättigheter som sökandebolagen hade tillerkänt kommissionen avsåg de lexikon som utvecklats av kommissionen utan bolaget Systrans medverkan, och sökandebolagen hade aldrig bestritt kommissionens äganderätt till de lexikonen som utarbetats av kommissionens avdelningar för att ta hänsyn till det specifika språkbruket vid denna institution.

Tribunalen fann att sökandebolagen kunde åberopa upphovsrätt till de delar som originalversionen Systran Unix återfanns i EC-Systran Unix. Tribunalen fann också att kommissionen inte lyckats bevisa att sökandebolagen inte hade de rättigheter de gjorde anspråk på, och för det tredje hade kommissionen inte lyckats visa att de hade en rätt att låta bolaget Gosselies som tredje man utföra de begärda arbetena utan samtycke från Systran-koncernen.

Efter att ha granskat det arbete bolaget Gosselies begärts att utföra och granskande av den skada som sökandebolagen kunde anses ha lidit, beslöt tribunalen att Europeiska kommissionen skulle utge skadestånd på 12 001 000 euro till Systran SA, och att sökandebolagens talan i övrigt skulle ogillas eftersom domslutet kunde publiceras på en hel del olika forum och den ekonomiska ersättningen ansågs ge ett tillräckligt skydd för bolagets Systrans intressen. Kommissionen beordrades att ersätta rättegångskostnaderna.

Kortfattat ansåg tribunalen att sökandebolagen lagt fram tillräckliga uppgifter för att Systran-koncernen kunnat åberopa upphovsrätten till versionen Systran Unix. I avsaknad av bevis från kommissionens sida på att sökandebolagen inte innehade de aktuella rättigheterna hade tribunalen behörighet att avgöra i ärendet. Tribunalen hade bett kommissionen förklara vad dess tvivel beträffande sökandebolagens äganderätt avser, och baserat på denna förklaring hade tribunalen bett sökandebolagen svara på uttalandet. Sökandebolagens experter

redogjorde för en rad juridiska och tekniska argument till stöd för att Systran-koncernen hade upphovsrätt till de versioner av programmet som använder dess källkod. Det kom fram att Systran Unix versionen i princip var en omskrivning till programspråk C av den tidigare versionen Systran Mainframe, som skrivits med assemblerspråk och som med tiden hade blivit föråldrat. Systran Unix versionen hade därmed kommit att ersätta Mainframe-versionen, till skillnad från det faktum att kommissionen påpekade att dennas Unix endast var en portering av dennas Mainframe-version. Kommissionen hade därmed inte kunnat bevisa något som kunde ifrågasätta förekomsten av Systran-koncernens upphovsrätt till Systran Unix versionen eller till de informationstekniska komponenter som programmet består av eller som utgör den operativa källkoden, särskilt då det kommer till delarna som avser programmets grundkärna och språkprogram. Enligt tribunalen skulle det anses att en teknisk uppgift, som hör till ett företags affärshemligheter och som lämnats till kommissionen för särskilda ändamål inte får röjas för tredje man för andra ändamål utan det berörda företags tillstånd. Det som förekommer som avgörande i det rätt komplicerade rättsfallet var att överförelsen av upphovsrätt inte enligt unionsrättsliga principer kan presumeras. Rättigheterna borde uttryckligen ha överförts genom ett avtal för att de inte skall kunna återopas av upphovsmannen till ett program. Det faktum att en upphandlande enhet på egen hand utvecklar en programvara betyder inte att äganderätten till den ursprungliga programvaran förflyttas till den upphandlande enheten. Röjande av hemlig information till tredje part får naturligtvis inte göras utan samtycke från upphovsmannen. Ett sätt för att undvika problem gällande äganderätten till källkoden kunde tänkas vara att detta beaktas redan i upphandlingsannonserna. Som jag framfört tidigare i avhandlingen orsakas en hel del problem vid upphandling av datasystem på grund av bristfällig planering, och i detta fall kunde det vara bra för den upphandlande enheten att redan från första början meddela att de önskar bli ägare av källkoden i samband med upphandlingen. Då är det upp till leverantörerna att avgöra om de önskar delta i anbudsproceduren på den bekostnaden att de genom kontrakt överlåter äganderätten till den upphandlande enheten. Jag kan dock inte avgöra i vilka fall detta förfarandesätt kunde betraktas som en konstgjord begränsning som gynnar en viss leverantör.

Gällande äganderätten till källkoden måste det specificeras att den upphandlande enheten faktiskt i vissa fall kan vara ägare till källkoden. Ett sådant fall kunde t.ex. kunna tänkas vara ett fall där den upphandlande enheten lyckats skaffa sig programvaran genom ett s.k. in-house arrangemang och att det inte därmed är fråga om en licensupphandling. Det finns även andra fall där en upphandlande enhet kan tänkas få äganderätt till källkoden, som t.ex. då den

upphandlande enheten anskaffar en helt egen programvara från en leverantör. Så var fallet t.ex. i kammarrättens i Göteborg avgörande i mål nr 6973-19, där Trelleborgs kommun tillhandahållit ett banbrytande program för automatiserat beslutsfattande från ett företag. I fallet konstaterades att rättspraxis på området är begränsat och jag har inte lyckats hitta något motsvarande rättsfall från en inhemsk domstol. Jag kan därmed endast spekulera med att källkoden överförs till en upphandlande enhet om programvaran redan från början skapas för den upphandlande enheten.

Diskussionen om källkodens offentlighet har också förts vid förberedandet av allmän lagstiftning om automatiserat beslutsfattande inom den offentliga förvaltningen. En intressant del av denna diskussion har varit frågan om källkoden bakom ett automatiserat beslut ska anses utgöra en myndighetshandling enligt bestämmelserna i 5 § 2 mom. av lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999). Fastän man i diskussionen fastställt att en myndighetshandling inte kan anses vara bunden till en viss form av dokumentering, har man ansett att äganderätten till en källkod måste finnas hos myndigheten för att koden skall kunna uppfattas som en myndighetshandling.⁹⁷ Detta betyder att källkoden för ett datasystem i vissa fall kunde ses som en offentlig myndighetshandling om myndigheten själv skapat datasystemet och därmed äger källkoden. I sådana fall har myndigheten en möjlighet att tillämpa offentlighetslagens 24 § om sekretessbelagda myndighetshandlingar för att skydda källkoden. Den första bestämmelsen som kan tänkas skydda en källkod är 24 § 5 mom. om sekretess för handlingar som innehåller uppgifter som kan äventyra förebyggande och utredning av brott, upprätthållandet av allmän ordning och säkerhet eller av ordningen vid en straffanstalt eller tillförlitligheten av Migrationsverkets utredning om en utlämning. En annan grund för sekretess kan tänkas vara 24 § 15 mom. om handlingar som innehåller uppgifter om inspektion som ankommer på en myndighet eller någon annan omständighet som har samband med en övervakningsåtgärd, om utlämnandet av uppgifter ur en sådan handling skulle äventyra övervakningen eller dess syfte. Som en tredje lämplig grund har jag funnit 24 § 20 mom. om handlingar som innehåller uppgifter om en privat företagshemlighet om utlämnandet av uppgifter ur en sådan handling skulle medföra ekonomisk skada för näringsidkaren. I offentlighetslagens 11 § 2 mom. finns också undantag som kan påverka en parts rätt att ta del av en handling, vilket i sin tur kan påverka en myndighets skyldighet att lämna ut källkoden för ett automatiskt beslut. Som tillämpbara grunder för skyddandet av källkoden för ett automatiskt beslut finner jag 11 § 2 mom. punkt 1 om skyddandet av ett

⁹⁷ Hakkarainen et al. 2020. s. 26.

allmänt intresse. 11 § 2 mom. punkt 6 om skyddandet av en annan anbudssökandes eller anbudsgivares företagshemligheter vid offentlig upphandling tror jag inte behöver tillämpas eftersom jag tvivlar på att äganderätten för källkoden i detta fall skulle ha överförts till myndigheten.

Jag tycker det är viktigt att man fört diskussion om skyddet för en källkod vid automatiserat beslutsfattande, men jag anser att det skulle vara minst lika viktigt att börja föra mer diskussion om skyddet för en källkod vid återkommande upphandling av datasystem. Frågan om källkoden vid upphandling av utvecklingsarbete för ett datasystem har berörts fler gånger i avhandlingen. Enligt framkommen information från både rättspraxis och lagtext anser jag bestämmelserna vara motstridiga. För det första kan upphovsrätten till källkoder baserat på fallet T-19/07 inte presumeras. Detta betyder att upphovsrätten behålls av upphovsmannen om inte denna klart överläts genom avtal. För det andra borde Staden Köln enligt fallet C-796/18 ha ordnat en anbudstävlig för utvecklingsarbetet gällande IGNIS-Plus programvaran. Utan att överlåta källkoden kunde utvecklingsarbetet endast slutföras av en leverantör, vilket enligt den finska upphandlingslagen skulle tillåta t.o.m. direktupphandling. Enligt EU-domstolen skulle den hänskjutande domstolen i mål C-796/18 se till att delstaten Berlin och staden Köln delar källkoden till IGNIS-Plus till potentiella anbudssökande och anbudsgivare och se till att tillgången till källkoden i sig är tillräcklig för att säkerställa att de ekonomiska aktörer som berörs av den aktuella upphandlingen behandlas på ett öppet likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Baserat på detta kunde man dra slutsatsen att den upphandlande enhetens felaktiga agerande i vissa fall kan leda till att upphovsmannen för en mjukvara inte kan åberopa upphovsrätten till källkoden och därmed motsätta sig upphandlingen. För att ha undkommit denna problematik kunde det ha varit nödvändigt att från början upphandla IGNIS-Plus programvaran genom tillämpande av ramavtal tillsammans med de olika myndigheterna. Ramavtal är ett av de sätten som jag identifierat som ett sätt att öka rättssäkerheten för både den upphandlande enheten och leverantören vid upphandling av datasystem.

Med tanke på källkoder väcktes en fråga även vid behandlingen av fallet MAO:843/17 och frågan om den upphandlande enhetens rätt att göra ändringar i avtalet vid fall av t.ex. en kommunsammanslagning eller andra ändringar i organisationens omfattning. Vad skulle t.ex. hända vid en kommunsammanslagning om de andra kommunerna redan hade ett kontrakt om ett motsvarande program, och samkommunen önskade förflytta sig till att använda ett och samma system? I princip borde en ny upphandling ordnas för att undgå större besvär men

vilken är då skyldigheten för de tidigare leverantörerna att samarbeta med den nya leverantören för att få väsentlig information överfört till det nya systemet? Viss information kan vara omöjlig att överföra utan att röja sådana uppgifter som den tidigare leverantören inte önskar dela med sig. Denna fråga skulle i praktiken bli avtalsrättslig och den är svår att granska inom ramen för denna avhandling.

Som en annan lösning till källkodsproblematiken som inte inkluderar ramavtal är att den upphandlande enheten helt i upphandlingsdokumenten ställer ett krav på att källkodens ägarskap efter upphandlingen övergår till upphandlaren. Den upphandlande enheten ansvarar själv för att planera upphandlingen på ett sätt som kringgår problem gällande äganderätten till källkoden, och detta är ett av de bästa sätten att öka på rättssäkerheten. En annan möjlighet är att istället kräva att källkoden vid en framtida upphandling skall kunna öppnas för eventuella nya leverantörer till en tillräcklig grad. Dessa klara spelregler som ställs redan vid upphandlingsskedet skapar en bättre förståelse till potentiella anbudsgivare om riskerna med att delta i upphandlingen.

En annan sak som jag identifierat som problematiskt vid upphandling av datasystem är uppskattandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som vi märkte i rättsfallet MAO:H256/2021 skall det i värdet för en upphandling av datasystem anses ingå alla de kostnader som kan anses tillhöra upphandlingen som en teknisk helhet. Som jag konstaterat tidigare i avhandlingen kan vissa kostnader gällande t.ex. anpassning och uppehåll för ett datasystem vara oförutsägbara. Detta kan t.ex. leda till att det oförutsägbara utvecklingsarbetet inte skulle ha behövts göras för ett annat system, vilket i efterhand skulle ha varit den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen. Sådana kostnader skall naturligtvis försöka uppskattas vid anbudsprocessen men i verkligheten kan detta vara svårt att förutspå. Detta kan vara speciellt problematiskt i de fall man upphandlat en licens för ett datasystem, åter på grund av källkodsfrågan. Vid upphandling av en licens förblir rättigheterna till källkoden ofta hos leverantören vilket innebär att oförutsägbara utvecklingsarbeten endast kan genomföras av den ursprungliga leverantören.

6. Upphandlingsförfarandet vid upphandling av datasystem

6.1 Statsrådets kansli och upphandlingen av VAHVA-ärendehanteringslösningen

6.1.1 Inledning

I detta kapitel redogör jag för upphandlingsförfarandena för vissa i praktiken genomförda upphandlingar gällande datasystem, för att senare kunna göra slutsatser om hurdana kriterier som den upphandlande enheten i praktiken har uppställt för ett datasystem och för att uppskatta hur bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen syns i slutprodukten.

I den första upphandlingen som granskas upphandlade Statsrådets kansli tillsammans med Valtori ett informationshanteringssystem vid namn VAHVA. Statsrådets kansli företrädde i upphandlingen med stöd av 2 § i lagen om statsrådet (175/2003) alla statsrådets ministerier. Dessutom företrädde Statsrådets kansli genom ett skilt beslut även Republikens presidents kansli samt Justitiekanslersämbetet. Valtori som är den andra upphandlande enheten verkställer alla statliga IKT tjänster och dess kunder är alla statliga organisationer. Upphandlande enheterna infattar besluten i upphandlingsförfarandet tillsammans.

Statsrådets kansli fungerar i upphandlingen som beställare till ärendehanteringshelheten samt till delen gällande service- och uppehåll. Valtori fungerar som beställare av licenserna. Upphandlingens värde överskrider EU-tröskelvärdet.

Upphandlingsmaterialet gällande VAHVA-systemet som jag granskar i avhandlingen har jag fått tag på genom en begäran av information till Statsrådets kansli.

6.1.2 VAHVA-upphandlingens föremål och målet med upphandlingen

Målet med upphandlingen var att införskaffa ett användarvänligt tillämpningsprogram som uppfyller alla funktionskrav som ställs i anbudsförfrågan och dess bilagor.⁹⁸ Enligt anbudsförfrågan är sådana funktioner är bl.a. ärendehantering, dokumenthantering, diarieföring samt informationshantering. Från lösningen eftersträvades också en möjlighet att ta funktionerna i bruk även delvis enligt behov.⁹⁹

⁹⁸ Med ett tillämpningsprogram, även kallad för en applikationsprogramvara (app), avses en typ av datorprogram som fyller ett direkt syfte för användaren.

⁹⁹ VNK/175/26/2016, *Tarjouspyyntö, 18.11.2016, Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön*, s. 4.

Som målsättning hade Statsrådets kansli att inom i upphandlingsbeskrivningen given tidtabell förflytta sig till gemensamma ärendehanteringssätt inom hela statsrådets organisation. Syftet med upphandlandet av det nya datasystemet var att det nya systemet skulle ersätta den mångfald av olika system som ministerierna hade i bruk, och att hela statsrådet då enhetligt skulle använda sig av samma system.

Upphandlingens föremål beskrivs mer detaljerat i upphandlingsdokumenten och dess bilagor, speciellt bilaga 2, "Hankinnan kohteen kuvaus." Enligt denna bilaga är målet med upphandlingen att införskaffa en användarvänlig ärendehanteringslösning i form av ett tillämpningsprogram. Ärendehanteringslösningen skall vara användarlogisk, och till sin livscykel hållbar och kostnadseffektiv.¹⁰⁰ Den införskaffade lösningen kommer att fungera som statsrådets gemensamma informationsbank, dit information sparas endast en gång. Därmed måste lösningen stöda informationshantering i livscykeln alla skeden.

På en mer generell nivå skall upphandlingen innehålla ärendehanteringslösningen med licenser, leverans- och driftsättningsprojekten samt underhålls- och stödtjänster. Till detta skall höra även de experttjänster som beställs skilt för att stöda mindre utvecklingsarbete och ibruktagande. Leveransen skall innehålla verkställandet av de processer för ärendehantering och den övriga substansen i den utsträckning som nämns i anbudsförfrågan.

Ärendehanteringslösningen skall vara modularisk på ett sätt som gör det möjligt att ta i bruk lösningens funktioner även delvis baserat på kundernas behov. Då har Valtori en möjlighet att välja den lösning som tas i bruk så att Valtori senare kan modifiera den baserat på kundernas behov. Valtori skaffar även uppehålls- och stödtjänster till dessa lösningar som de sedan erbjuder kunderna. Upphållsarbetet av kundernas lösningar skall kunna skötas av Valtori till den delen man inte behöver ingripa i själva ärendehanteringslösningen.

Bilaga 2 innehåller också en beskrivning av de funktioner som lösningen skall innehålla. Den första funktionen som bilagan nämner är **ärendehantering**. Ärendehanteringslösningen skall verkställa och styra de regler och processer som nämns i informationsstyrningsplanen inom ärendehanteringslösningen. Målet är att upphandla en lösning där ärenden och dokument kan identifieras genom användandet av en unik tagg, som stöder principen om att dokument

¹⁰⁰ *Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Hankinnan kohteen kuvaus, 18.11.2016, s. 12.*

sparas inom lösningen endast en gång och att de kan hänvisas till genom länkar. Som ett mål var även att ärendehanteringslösningen är tillgänglig genom fjärrförbindelse och mobil.¹⁰¹

Den andra funktionen bilagan nämner är **dokumenthantering och filhantering**. Ärendehanteringslösningen måste kunna integreras med dokumenthanteringen till en fungerande helhet. Lösningen måste även möjliggöra skapandet av inofficiella arbetsdokument i samma utrymme som de officiella registrerade dokumenten. De officiella dokumenten avser dokument som efter registrering syns till hela organisationen om inte synligheten skilt begränsas enligt sekretessbestämmelser. De registrerade dokumenten måste kunna modifieras även efter officiell registrering. Ärendehanteringslösningen skall innehålla ett utvecklat sätt för elektronisk underskrift.

Nästa funktion som behandlas är **informationsstyrningen**. Målet med denna funktion är att ärendehanteringslösningens informationsstyrningselement möjliggör en kontrollerad elektronisk lagring av dokument samt deras kontrollerade förstörelse. Informationsstyrningslösningen måste också stöda slutanvändarens skapande av information, samt stöda hanteringen av information som integreras till lösningen från andra system.

Av **arkiveringen (lagringslösningen)** krävs att informationen lagras oförändrad och att den möjliggör användning av fler arkivskapare. Lagringslösningen måste stöda överförandet av material enligt informationsstyrningsplanen till området för nationell och långvarig arkivering. Lösningen måste möjliggöra användandet av ett aktivt och ett passivt arkiv.

Förstörandet och lagringen av dokument måste möjliggöras för alla dokument oberoende av filformat. Förstörningsfunktionen måste vara användarbunden och ärendehanteringslösningen måste kunna forma de krävda rapporterna gällande förstörandet.

Söknings- och rapporteringsfunktionen måste omfatta allt material som finns inom ärendehanteringslösningen, och sökkriterierna måste kunna begränsas för att få mer specifika sökresultat. Lösningen måste klara av att forma av användaren behövd information direkt utan att användaren måste utföra en systemsökning. Ärendehanteringslösningen måste även regelbundet forma rapporter om ärendens och dokumentens livscykel. Lösningen måste också klara av att forma andra rapporter på ett användarvänligt sätt.

¹⁰¹ VNK/175/26/2016, *Tarjouspyyntö, 18.11.2016, Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön*, s. 13.

Inom ärendehanteringslösningen måste man kunna skapa samt kontrollera **arbetskedan**. Övergången från ett arbetsskede till ett annat måste ske automatiserat och så smidigt som möjligt, och kan t.ex. basera sig på informationsstyrningsplanen. Arbetskedan måste även kunna kontrolleras manuellt vid behov. Ärendehanteringslösningen måste möjliggöra en automatiserad och effektiv funktion för delandet av dokument till användare och arbetsgrupper.¹⁰² Som en del av att kontrollera arbetskedan måste inkluderas ett sätt att skapa och kontrollera uppgifter. En användare skall t.ex. kunna skapa en uppgift för en annan användare att behandla, kommentera, modifiera eller få kännedom av ett dokument. Baserat på uppgiften skall mottagaren kunna tilldelas behövda rättigheter till ärendet eller dokumentet. Därtill måste det även vara möjligt att skapa en arbetskö för olika ändamål.

Ärendehanteringslösningen måste klara av **möteshantering** på ett elektroniskt sätt. Genom denna funktion skall det vara möjligt att skapa möten, mötesdokument, och dela materialet till deltagarna. Det är även nödvändigt att kunna kontrollera mötesdeltagarna.

Ärendehanteringslösningen skall kunna klara av **avtalshantering** till en sådan grad att det är möjligt att skapa och underskriva avtal inom lösningen. Dessutom måste det vara möjligt att arkivera avtalen samt följa med deras livscykel, parter och värde. Rapporter om avtalshanteringens funktioner måste också kunna skapas.

Ärendehanteringssystemet måste möjliggöra fullständig **elektronisk service** för personer inom och utanför organisationen. Kunden för denna service (användaren) skall ha en möjlighet att granska, påfylla och skicka vidare sina egna dokument, samt följa med hanteringen av sina egna ärenden. Kunder för servicen kan vara medborgare, företag, föreningar och myndigheter. Dessa skall ha en möjlighet att ta del av de beslut och dokument som dem gäller.

6.1.3 Upphandlingsförfarandet

Upphandlingen gjordes i enlighet med den tidigare lagen om offentlig upphandling (348/2007) genom *förhandlat förfarande*. Den upphandlande enheten har valt förhandlat förfarande eftersom den uppskattat att upphandlandet av ett datasystem är till sin natur en så komplex upphandling att den upphandlande enheten inte lyckas skapa en anbudsförfrågan och

¹⁰² *Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Hankinnan kohteen kuvaus, 18.11.2016, s. 14.*

en uppgiftsbeskrivning med en sådan noggrannhet att det bästa anbudet kunde väljas utifrån ett selektivt förfarande.¹⁰³

Anbudet skulle enligt anbudsförfrågan lämnas skriftligt i två exemplar inom ett stängt kuvert eller i en stängd förpackning. Dessutom skulle anbudet även inlämnas som Word-, Excel-, eller PDF-filer inom en minnesticka. Anbud som inlämnades genom e-post godkändes inte.

Anbudet och dess bilagor skulle lämnas på finska. Vissa delar av lösningsbeskrivningen kunde vara på engelska, och de erbjudna experternas Cv:n fick framställas på engelska. Språkraven för själva ärendehanteringslösningen beskrivs senare i anbudsförfrågan samt dess bilagor.

I enlighet med bestämmelserna om förhandlat förfarande har den upphandlande enheten bjudit in samtliga anbudsgivare till förhandlingar.

6.1.4 Kraven för den erbjudna lösningen

Kraven för den erbjudna lösningen presenterades i anbudsförfrågans bilagor 3A om funktionella krav, 3B om icke-funktionella krav och 4 om informationssäkerhet. De funktionella kraven på ärendehanteringslösningen i bilaga 3A är ca. 650 till antal och innehåller både obligatoriska och icke-obligatoriska funktionskrav för ärendehanteringslösningen, mobilanvändningen, möteshanteringen samt krav på statsbidrag och elektronisk service. De icke-funktionella kraven i bilaga 3B är ca. 330 till antal och innehåller krav på användbarheten, tillgängligheten, integrationen, testningen, användarkraven, loggfilerna, informationsförmedlingen, användaromgivningen, språket, servicedokumentationen, servicehanteringen, och arkitekturen. Informationssäkerhetskraven i bilaga 4 är ca. 90 till antal.

Eftersom de funktionella kraven mest på en mer specifik nivå upprepar det som ingår i beskrivningen av upphandlingsföremålet går jag i denna del istället in på att granska de icke-funktionella kraven i bilaga 3B. Något som jag direkt uppmärksammade är hur bestämmelserna i språklagen även påverkar upphandlingen av datasystem för att användas av offentliga myndigheter. Språkraven behandlas i bilaga 3B kapitel 11. Krav 11.1 kräver att VAHVA-lösningen skall till sin helhet vara användbar på finska. Med helhet i detta sammanhang menas basfunktionerna och ärendehanteringen. Dessutom måste slutanvändaren

¹⁰³ VNK/175/26/2016, *Tarjouspyyntö, 18.11.2016, Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön*, s. 5.

för specifika föremål (som t.ex. framsidan, sökfunktionerna och de mest centrala funktionerna) ha en möjlighet att använda en svensk och engelskspråkig version.¹⁰⁴ enligt 11.4 skall de allmänna användarinstruktionerna produceras på finska, svenska och engelska. I princip är det i språkkraven genomgående att behandlingen sker på finska, men att den mest centrala informationen även skall skapas på svenska. Som framkommer från krav 11.1 måste även slutprodukten till vissa delar fungera på svenska. För övrigt ställer dokumentet t.ex. krav på i hurdan omgivning slutprodukten förväntas fungera, men som i princip inte har att göra med funktioner i själva lösningen. Sådana funktioner är t.ex. funktion i olika internet motorer samt vilka filformat som måste vara kompatibla med programmet. Icke-funktionella krav innehåller dock vissa krav på vad en användare förväntas kunna göra också inom systemet, som t.ex. att en användare smidigt skall kunna navigera i systemet från ett ärende till ett annat inom ramen för givna användarrättigheter.

6.1.5 Uppskattandet av värdet för upphandlingen

Hur värdet på upphandlingen skall räknas av anbudsgivarna regleras i anbudsförfrågans bilagor 5.1 och 5.2. Bilaga 5.1 innehåller bestämmelser om värdeberäkning på delarna gällande leverans, service- och uppehåll samt expertarbete. Till leveransskede 1 tillhör diverse fasta kostnader t.ex. gällande integrationsarbete för att göra lösningen kompatibel med Office och Outlook programvaror tillsammans med annat integrationsarbete.¹⁰⁵ Till fasta kostnaderna räknas även Proof of Concept-leverans samt planeringsarbete för leveransskede 2. I del 2 om service- och uppehåll måste anbudsgivarna sätta fasta månadspriser för alla service- och uppehållsarbeten som beskrivs i upphandlingsdokumenten. Service- och uppehållsarbete kan inte senare faktureras skilt. I del 3 av bilaga 5.1 skall anbudsgivarna erbjuda pris för diverse expertarbete i form €/7,5h som sedan ges ett referensvärde baserat på ett tyngdvärde som lagts baserat på expertens uppgift.

Bilaga 5.2 reglerar värdet på licenserna, licensernas uppehållskostnader samt kundernas service- och uppehållskostnader. Anbudsgivarna måste enligt bilagan anmäla och prissätta alla licenser som behövs för VAHVA-lösningen i dess olika skeden och versioner. Gällande kundernas service- och uppehållskostnader måste ett fast månadspris sättas, som faktureras på efterhand för varje månad. Priset måste innehålla allt det arbete som nämns i upphandlingsdokumenten och kan inte senare faktureras skilt som expertarbete.

¹⁰⁴ *Tarjouspyyntö: VAHVA-asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Liite 3b: Vaatimusmäärittely, ei toiminnalliset vaatimukset*

¹⁰⁵ Liite 5.1 VAHVA_Hintalomake_VNK

6.1.6 Val av anbud och jämförelsekriterier

Från anbud som motsvarar anbudsfrågan skulle det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljas baserat på följande grunder:

- De slutliga jämförelsevärdena som anbudsgivarna fått genom att prissätta sin lösning med hjälp av bilagorna 5.1. och 5.2 skulle ges ett tyngdvärde på 40 %.
- Kvalitetskriterium 1 som bestod av en poängsättning som anbudsgivarna fått genom att svara "ja" på så många icke-obligatoriska krav som möjligt gavs ett tyngdvärde på 10 %.
- Kvalitetskriterium 2 som bestod av poängsättningen av kvalitén av projektplanen enligt anbudsfrågans bilaga 6 skulle ges ett tyngdvärde på 10%.
- Kvalitetskriterium 3 som bestod av poängsättningen av erbjudna experternas kunnande enligt anbudsfrågans bilaga 8 skulle ges ett tyngdvärde på 20 %.
- Kvalitetskriterium 4 som bestod av poängsättningen av datasystemets användbarhet enligt anbudsfrågans bilaga 9 skulle ges ett tyngdvärde på 20%.

6.1.7 Behandlingen av anbud

Bedömningen av anbudsgivarnas lämplighet gjordes i samband med ansökan om att få delta i förfarandet.

Anbud som lämnas in skall motsvara upphandlingsannonsen. Anbud som inte motsvarar upphandlingsannonsen, anbudsfrågan eller villkoren för anbuds förfarandet utesluts ur anbuds förfarandet.

I behandlingen av anbuderna deltog även Statens samordnande upphandlingsenhet Hansel Ab. Vid behandlingen räknas anbudsgivarnas pris- och kvalitetspoäng samman. Anbudet som samlat mest poäng väljs som det vinnande anbudet.¹⁰⁶

Anbudstävlingen i denna upphandling vanns av Tieto Finland Ab. Den upphandlande enheten ingick därmed ett kontrakt med Tieto Finland AB om en ärendehanteringslösning som i dagens läge används inom statsrådets organisation och känns igen som VAHVA-systemet. Källkoden till programvaran ägs av leverantören.

¹⁰⁶ VNK/175/26/2016, *Tarjouspyyntö, 18.11.2016, Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön*, s. 11.

6.2 Folkpensionsanstaltens upphandling av ärendehanteringsslösning

6.2.1 Inledning

Nästa upphandling jag granskar är Folkpensionsanstaltens (senare FPA) senaste upphandling av ärendehanteringsslösning från år 2022. Syftet med upphandlingen var att förnya FPA:s förfarande vid dokumenthantering genom att ta i bruk en ny ärendehanteringsslösning. Med förnyandet av ärendehanteringsslösningen eftersträvades även kostnadseffektivitet genom att både ärendehantering och dokumenthantering digitaliseras till en större grad än tidigare. Upphandlingens värde överskred EU-tröskelvärden och upphandlings sättet som tillämpades var öppet förfarande.

6.2.2 FPA-upphandlingens föremål och målet med upphandlingen

Upphandlingens föremål beskrivs kortfattat i anbudsförfrågan och mer detaljerat i anbudsförfrågans bilaga 1. I anbudsförfrågan beskrivs upphandlingens föremål som ett tillämpningsprogram som verkställs on-premises.¹⁰⁷ Tillämpningsprogrammet skall upphandlas inkluderat uppehållsservice, stödservice, leveransprojekt, samt behöva experttjänster. I anbudsförfrågans bilaga 1 kompletterar denna beskrivning genom att specificera att ärendehanteringsslösningen skall utnyttja FPA:s existerande program för lagring, arkivering och informationssökning.¹⁰⁸ Målet för den nya ärendehanteringsslösningen är att ersätta Diaari-programmet och dokumentarkivet DARK. Användningssyftet är därmed att det nya ärendehanteringssystemet skall möjliggöra elektronisk behandling av FPA:s ärenden samt elektronisk behandling av dokument och deras arkivering. Ärendehanteringsslösningen är inte i första hand menad för att behandla enskilda kunders ärenden. Systemet måste däremot klara av avtalshantering i den utsträckningen att avtal måste kunna skapas, hanteras, efterföljas samt granskas inom systemet. Alla administrativa ärenden samt dokument skall kunna arkiveras i systemet. Därmed kommer lösningen att fungera både som en aktiv ärendehanteringsslösning och som ett passivt arkiv. Dessutom måste lösningen klara av sökfunktioner, skapandet av rapporter och kontakter, elektroniskt godkännande samt hantering av användarnas rättigheter inom systemet.

¹⁰⁷ Kansaneläkelaitos, EU-hankintailmoitus, TARJOUSPYYNTÖ 370967, Hallinnollinen asianhallintaratkaisu, s.2. On-premises lösningar skapas baserat på kundens behov rakt till kundens egna server. Fördelen med on-premises lösningar är att man kan få olika program som kunden använder att komplettera varandra vilket leder till snabbare processer.

¹⁰⁸ Liite 1, Hallinnollinen asianhallintaratkaisu, Hankinnan kohteen kuvaus, s. 1.

Som användare av ärendehanteringslösningen kommer att fungera alla FPA:s anställda, och möjligtvis även andra personer med förtroendeuppdrag. Användarmängden uppskattas till ca. 8100. Alla användare måste klara av att öppna och hantera dokument inom systemet, skapa och tillägga dokument till systemet, godkänna dokument och kontrollera arbetsskeden samt använda sökfunktionerna. Användare som kommer att använda systemet i sitt dagliga arbete är ca. 500. Ärendehanteringssystemet kommer att ha högst 8 huvudanvändare, och informationshanteringssystemet 6 huvudanvändare. Registratorskontoret har 8 användare som skall tilldelas omfattande rättigheter till allt material inom systemet. Nämnade mängderna är inte bindande.

Bilaga 1 innehåller också en mer detaljerad beskrivning av de olika funktionerna som skall ingå i ärendehanteringslösningen. Den första funktionen som beskrivs närmare är **ärende- och dokumenthanteringen**. Den ärendehanteringslösning som upphandlas skall erbjuda funktioner för både skapande och hantering av FPA:s ärenden och dokument i enlighet med bestämmelserna i lagen om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999). Målet är att lösningen är så lätt att använda som möjligt. Lösningen måste kunna användas också utan specialkunskap inom dokumenthantering. Inom lösningen kommer både administrativa ärenden och personalavdelningens ärenden att hanteras. Lösningen måste också stöda beslutstagande baserat på FPA:s arbetsskeden.

Rättigheter inom systemet måste kunna delas baserat på användargrupper och roller. Användarrätten baserar sig på den anställdas arbetsuppgift. Varje användare skall kunna ha en olik nivå av tillgång till information inom lösningen baserat på sin uppgift. Information som menas här är ärenden, dokument samt material med varierande sekretessgrad.

Lösningen måste möjliggöra FPA:s förflyttning till elektroniska processer, där dokument lagras och hanteras elektroniskt, så automatiserat och användarvänligt som möjligt. Som ett mål för framtiden är att lösningen skall kunna användas på mobil och att lösningen skall gå att integreras till FPA:s framtida system för elektronisk underskrift.¹⁰⁹

Den andra funktionen som bilaga 1 beskriver närmare är **avtalshanteringen**. Den ärendehanteringslösning som upphandlas måste innehålla en mekanism för avtalshantering, antingen inom ärendehanteringssystemet eller som ett separat system. Ifall lösningen innehåller ett separat system för avtalshantering skall informationen automatiskt överföras

¹⁰⁹ Liite 1, Hallinnollinen asianhallintaratkais, Hankinnan kohteen kuvaus, s. 4.

från avtalshanteringssystemet till ärendehanteringssystemet. Avtalshanteringen måste möjliggöra skapande, hantering och lagring av avtal i ett elektroniskt arkiv. Dessutom måste avtalens tidsfrister kunna efterföljas och avtalen måste kunna hanteras på samma sätt som övriga dokumenten och samma ärenden skall kunna innehålla både avtal och andra dokumenttyper.

Den tredje funktionen som beskrivs är **informationsstyrningssystemet**. Informationsstyrningssystemet måste erbjuda dokumenten de behövda detaljuppgifterna automatiskt baserat på informationshanteringsplanen.

Det **elektroniska arkivet** är den nästa funktionen som beskrivs. Förkortat måste den lösning som upphandlas erbjuda hantering av fler arkivhelheter, som t.ex. ett aktivt och ett passivt arkiv. Passivarkivet är menat för dokument som är menade för lagring i över 10 år. Det elektroniska arkivet måste även kunna stöda förstörandet av material efter att lagringstiden gått ut eller överflyttningen av material till nationalarkivets förvar. Arkivet måste stöda alla de vanligaste filtyperna för dokument, bild, video och ljud.¹¹⁰

Tillämpningsprogrammets **uppehåll och stödservice** måste innehållas i upphandlingen. FPA skall få användarrätten till alla uppdateringar och versioner som systemet får i framtiden. FPA fattar självständigt beslutet för vilka framtida uppdateringar eller versioner som FPA tar i bruk. Leverantören skall meddela FPA kontaktuppgifterna till tillverkaren av tillämpningsprogrammet för sådana fall där fel uppträffas inom systemet.

En större helhet som beskrivs är **leveransprojektet** för ärendehanteringslösningen. Leveransprojektet verkställs som ett samarbete mellan FPA och leverantören och innehåller ärendehanteringslösningen med behövda funktioner, integrationen samt migrationen.¹¹¹ Leveransen får räkna högst 16 månader. Leverantören skall undervisa FPA:s projektdeltagare, registratorskontorets anställda samt de kommande huvudanvändarna i användningen av lösningen till de delar som de baserat på sin kommande uppgift kommer att behöva inläring till.

Bilaga 1 räknar även upp experttjänster som kan beställas skilt vid behov. Som sådana tjänster nämns arbete som inte ingår i leveransprojektet, utbildning som inte ingår i leveransprojektet,

¹¹⁰ Liite 1, Hallinnollinen asianhallintaratkaisun, Hankinnan kohteen kuvaus, s. 5.

¹¹¹ Liite 1, Hallinnollinen asianhallintaratkaisun, Hankinnan kohteen kuvaus, s. 7. Integrationen innebär att lösningen anpassas till att fungera tillsammans med de andra systemen som används. Migrationen innebär överflyttandet av material från andra system till den nya lösningen.

uppgifter som medförs av att kontraktet går ut, integration som inte tillhör leveransprojektet, utvecklingsarbete samt dess planering, deltagande i informationssäkerhetsarbete, eller konsulteringsarbete.

6.2.3 Kraven för den erbjudna lösningen

Kraven för den erbjudna lösningen presenteras i anbudsförfrågans bilaga 2. Bilaga 2 räknar upp de olika kraven som ställs för lösningen inom 8 kapitel. Kapitlen som kraven är uppdelade i är ärendehanteringslösningens allmänna krav, informationsstyrningssystemets funktionella krav, ärendehanteringssystemets, avtalshanteringens och elektroniska arkivets funktionella krav, avtalshanteringens metadata, lösningens icke-funktionella krav, integrationskraven, leveransprojektets krav, personalresursernas och ansvarspersonernas krav samt migrationskraven.

Ärendehanteringslösningens allmänna krav är 33 till antalet och innehåller bl.a. krav på att lösningen skall möta de krav som ställs av lagstiftningen på området. Andra krav som ställs i kapitlet är hurdana funktioner som slutanvändaren skall ha till sitt förfogande. I kraven nämns också att dokumenten som leverantören förmedlar måste vara tillgängliga för de vanligaste programmen som t.ex. Microsoft Office-program. Det som jag finner intressant i dessa krav är att lösningens användningsanvisningar endast krävs på finska och att tekniska dokumentationen måste vara på finska eller engelska. Detta anser jag inte vara tillräckligt med tanke på språklagens anvisningar. Språklagen nämns inte heller som en av de lagar som lösningen måste beakta.

Det andra kapitlet i bilaga 2 är de funktionella kraven. Dessa krav innehåller i princip en mer detaljinriktad beskrivning på det som skrevs i beskrivningen av upphandlingsföremålet, dvs. vilka funktioner lösningen måste ha och vilka uppgifter som skall lagras inom systemet.

Kapitel tre innehåller lika så en mer detaljerad beskrivning av de funktionella kraven för ärendehanteringssystemet, avtalshanteringens och elektroniska arkivet. Dessa krav är ca. 350 till antal varför jag väljer att inte mer detaljerat beskriva dessa.

Det fjärde kapitlet räknar endast upp det metadata som skall lagras i avtalshanteringens och jag ser inte det vara av intresse för avhandlingen att beskriva dessa i detalj.

Det femte kapitlet i bilaga 2 beskriver de icke-funktionella krav som ställs för ärendehanteringslösningen. Dessa krav är inte krav på själva systemets innehåll till skillnad

från de funktionella kraven. Som ett exempel är ett av de icke-funktionella kraven att lösningens uppehållsarbete produceras inom EU- eller ETA-området. Ett annat krav i detta kapitel är att FPA skall få alla uppdateringar till sitt förfogande under avtalets giltighetstid. Totalt är de icke funktionella kraven ca. 50 till antal.

Nästa kapitel behandlar kraven på integrationen. Detta kapitel ställer krav på hur ärendehanteringslösningen skall fungera tillsammans med andra program som används som t.ex. MS Office-program. Detta är en klar skillnad till de funktionella kraven på att dokument skall gå att öppnas med de vanligaste filformaten.

Kraven för leveransprojektet räknas också upp skilt i sitt egna kapitel. Detta kapitel delas i allmänna krav, krav på projektgruppen, krav på testandet, krav för ibruktagandet, krav på dokumentationen och krav på undervisandet. De allmänna kraven innehåller krav på t.ex. riskhantering, tidsfrister, arbetsskeden och kvalitetskontroll. Vad de andra delarna ställer krav på förstås från rubriken varför jag inte öppnar dessa mera. Det som jag dock önskar lyfta fram är att undervisningen till användandet av systemet enligt kraven på undervisningen endast krävs på finska.

Följande kapitel innehåller krav på erfarenhet hos anbudsgivarens personal. Som några exempel krävs det att arkitekter har goda språkkunskaper i finska och projektledaren måste ha 600 timmar arbetserfarenhet som projektledare. Olika roller har naturligtvis olika krav.

Det sista kapitlet i bilaga 2 innehåller krav på migrationen. Detta kapitel innehåller krav för överflyttandet av material från tidigare system till den nya lösningens olika arkiv. Även här krävs att det migrerade materialet skall gå att överflytta i de vanligaste filformaten. Som sådana filformat specificeras .gif, .jpeg, .jpg, .pdf, .xls, .doc, .msg, .ppt och .tif-formaten samt olika e-postformat.

6.2.4 Uppskattandet av värdet för upphandlingen

Hur värdet på upphandlingen kommer att beräknas framgår från anbudsförfrågans bilaga 5. Bilagan innehåller 5 kapitel, ett för varje prislelement. Prislelementen är leveransprojektet, de experttjänster som beställs skilt, licenserna, tillämpningsprogrammets uppehåll och stöd och leverantörens uppehålls- och stödservice. Leveransprojektets pris innehåller priset för den arbetsmängd som deltagarna förväntas lägga ner i deras respektive roller inom projektet.

Priselementet innehåller också priset på den arbetsmängd som orsakas av migrationen av material från de gamla systemen Diaari och Dark till det nya systemet.¹¹²

Till de experttjänster som beställs skilt skall uppskattas värdet för det arbete som personer i olika roller möjligtvis måste göra utanför leveransprojektet. Till sådana experttjänster räknas t.ex. undervisningsdagar. Nästa priselement är licenserna och denna innehåller tabeller för att beräkna värdet för licenserna i olika mängder för ett år i taget. Preiselement 4 innehåller som namnet på kapitlet säger en prisuppskattningsblankett för uppehålls- och stödarbete. Värdet skall här uppskattas som en årsavgift. Värdet för leverantörens uppehålls- och stödservice skall ges ett månadspris i kapitel 5.

6.3 Utvecklingsavtalet för ACTA-ärendehanteringssystemet

6.3.1 Inledning

Det andra upphandlingsmaterialet som granskas är inrikesministeriets utvecklingsavtal för ACTA-ärendehanteringssystemet. Som parter i avtalet har fungerat inrikesministeriet samt Fujitsu Finland Ab i form av leverantör. Den ursprungliga upphandlingen gjordes genom tillämpning av ett ramavtal.

Upphållsavtalet gällande ACTA-systemet har jag fått tag på genom en begäran av information till Statsrådets kansli.

6.3.2 Avtalets föremål och målet med avtalet

Målet med avtalet är att uppehålla samt vidareutveckla tillämpningsprogrammet som upphandlats för att användas av byråerna inom inrikesministeriets förvaltningsområde. Tillämpningsprogrammet baserar sig på programvaran CaseM, som är menad för användning i ärende- och dokumenthantering. Leverantören förbinder sig också till att migrera funktioner och material från Sohvi-systemet till ACTA.¹¹³

Service som ingår i avtalet är stödservice, uppehållsservice samt utvecklingsservice. Med stödservice menas stöd som fås från en centrerad servicepunkt gällande behandling, analysering eller vidareändring av serviceförfrågningar till experter. Upphållsservice innebär stöd- eller problemlösningstjänster som erbjuds kunderna av systemet. Till sådan

¹¹² Liite 5, Hallinnollinen asianhallintaratkaisuihin, Ohje ja vertailuhinnan laskennan yhteenveto, s. 2.

¹¹³ Ylläpito- ja jatkokehityssopimus, Sopimus liittymisestä asiankäsittelyyn ja dokumentinhallinnan järjestelmän ylläpitoa koskevaan sopimukseen, joka on solmittu sisäministeriön ja Fujitsu Finland Oy:n välillä, s. 5.

service skall anses ingå all service som stöder den dagliga användningen av systemet. Med utvecklingservice menas åtgärder genom vilka man utvecklar systemets tekniska funktion.

6.3.3 Rättigheterna till systemet

Genom avtalet ges kunden till leverantörens CaseM tillämpningsprogram en evig användarrätt till den del av systemet som blivit levererad innan detta avtal går ut. Efter att avtalet slutat gälla besluts det skilt om leveransen av nya versioner. Kunden får inte ensamrätt till tillämpningsprogrammet.

Kunden skall själv se till att den skaffar rättigheter till de program av tredje parter som behövs för att använda tillämpningsprogrammet.

Genom avtalet överförs inga immateriella rättigheter till kunden. Kunden har ensamrätt till den information som den lagrat i systemet. Kunden får inga rättigheter till tillämpningsprogrammets källkod. Kunden har rätt att överflytta användarrätten till systemet till en annan offentlig organisation i Finland om det krävs på grund av en omfördelning av offentliga uppgifter.¹¹⁴

6.3.4 Avtalets giltighetstid och uppsägning

Avtalet träder i kraft då båda avtalsparterna skrivit under avtalet och är i kraft till den 31.12.2016, varefter den fortsätter att gälla ett år i taget, ifall ingen av parterna skriftligt säger upp avtalet. Uppsägningstiden för avtalet är tre månader.

Oberoende av när avtalet uppsägs är leverantören tvungen att assistera och delta i överförandet av den service som beskrivs i detta avtal till en ny serviceleverantör. Detta arbete skall utföras mot en rimlig ersättning och i enlighet med alla krav som kunden rimligt kan begära. Denna bestämmelse har skrivits in i avtalet för att säkerställa migrering av lagrat material till ett nytt system i det fall att en ny programvara av någon orsak anskaffas i framtiden. I efterhand går det att konstatera att denna förpliktelse var bra att skriva ner i avtalet baserat på det jag framförde tidigare i kapitlet gällande VAHVA-upphandlingen. VAHVA-ärendehanteringslösningen upphandlades i syfte att ersätta den mångfald av olika system som ministerierna hade i bruk och har numera kommit att ersätta ACTA-systemet som inrikesministeriets ärendehanteringsprogram. Fujitsu Finland var därmed tvungen att stöda

¹¹⁴ Ylläpito- ja jatkokehityssopimus, Sopimus liittymisestä asiankäsittelyn ja dokumentinhallinnan järjestelmän ylläpitoa koskevaan sopimukseen, joka on solmittu sisäministeriön ja Fujitsu Finland Oy:n välillä, s. 9.

statsrådets kansli i överförandet av den service som inrikesministeriet fått från Fujitsu till det nya systemet.

6.4 Jämförelse av upphandlingsdokumenten

Nu när jag granskat upphandlingsdokumenten för tre olika upphandlingar kan jag göra vissa slutsatser. För det första framkommer inte de upphandlingssätt som använts som en överraskning. Vid VAHVA-upphandlingen tillämpades förhandlat förfarande eftersom den upphandlande enheten ansåg att ett datasystem till sin natur är så komplex att den inte lyckas skapa en anbudsfrågan och en uppgiftsbeskrivning med tillräcklig precision för att det bästa anbudet kunde väljas utifrån ett selektivt förfarande. Detta går väl ihop med det jag redan tidigare uppskattat gällande de bästa upphandlingssätten för upphandling av datasystem. Vid upphandlingen av FPA:s ärendehanteringslösning användes öppet förfarande. Valet av detta förfarande motiverades inte i upphandlingsdokumenten, men detta gjordes antagligen på grund av att öppet förfarande känns som ett säkert val då de flesta vet hur processen går till. Vid ACTA-upphandlingen handlade det om ett utvecklingsavtal som ingått inom ett ramavtal vilket stöder min poäng om att ramavtal kan öka den upphandlande enhetens möjligheter att undvika besvär vid senare utveckling av ett system, utan att behöva upphandla om utvecklingsarbetet.

För övrigt lärde jag mig genom jämförelse av upphandlingarna att upphandlingar av ärendehanteringslösningar kan se väldigt olika ut även om upphandlingsföremålet i namn är väldigt liknande. Det som jag märkte som en stor skillnad mellan VAHVA-upphandlingen och FPA-upphandlingen var hur kraven för ärendehanteringslösningen framställdes. Detta anser jag att beror på att det inte finns några stränga formkrav på upphandlingsdokumenten. Detta kan ju anses vara en rikedom eftersom det gör upphandlingen lättare men i mitt fall skapade det utmaningar i att kunna jämföra dokumenten. Som en annan orsak till att upphandlingsdokumenten var rätt olika speciellt då det gäller kraven kan jag tänka mig vara upphandlingssättet som tillämpades. Om detta är orsaken är jag aningen överraskad eftersom VAHVA-upphandlingsdokumenten var mer detaljerade till denna del. Styrkan med förhandlat förfarande är att man kan förhandla fram den bästa lösningen utan att i förväg måste beskriva upphandlingsföremålet med en alltför stor noggrannhet. Statsrådets kansli som tillämpat förhandlat förfarande hade oberoende mer detaljerade krav för sin lösning än vad FPA hade för sin lösning. FPA hade som sagt tillämpat öppet förfarande som kanske skulle ha gjort det mer motiverat att på förhand ha fler krav. En möjlig orsak till detta kan såklart vara

omfattningen av upphandlingarna. VAHVA-lösningen skulle ersätta en mångfald av olika tidigare system och tas i bruk i en klart större organisation. Därmed kan mer krav ha varit motiverade trots att man tillämpat förhandlat förfarande. Dessutom är det alltid vid upphandling av datasystem en rikedom om den upphandlande enheten känner till vad den önskar upphandla, eftersom detta ofta sparar både tid och resurser.

En annan sak jag tyckte var intressant när jag jämförde upphandlingsdokumenten var att det inte var möjligt att delta i upphandlingarna på svenska. Överlag fann jag kraven i alla upphandlingar väldigt magra vad gäller språkraven på dokumenten och själva slutprodukten. Naturligtvis förhindrar detta inte medborgarens rätt att sköta sina förvaltningsärenden på svenska men jag undrar om de krav som ställts tillfredsställer bestämmelserna om juridiska personers språkliga rättigheter hos myndigheterna? Jag förstår att engelska tillåts som ett språk vid en EU-upphandling baserat på dess internationella natur men jag undrar varför svenskan som ett officiellt språk i Finland verkar ha fått en underställd position till engelskan. I VAHVA-upphandlingen nämndes att vissa funktioner i slutprodukten skall fungera på svenska, fastän det förblir oklart vilka funktioner som avses med detta krav. Jag kan därmed inte säkerställa till vilken grad detta har beaktats eller till vilka delar slutprodukten går att använda på svenska. I FPA-upphandlingsdokumenten fann jag inga krav på svenskspråkiga funktioner för slutprodukten.

För övrigt framkommer VAHVA-upphandlingen och FPA-upphandlingen som väldigt lika då det kommer till beskrivandet av upphandlingens föremål. Dokumenten för båda upphandlingarna innehåller detaljerade beskrivningar om lösningen som skall upphandlas. Sådana beskrivningar är t.ex. upphandlingens syfte, integrationen, migreringen och de olika funktionella och icke-funktionella kraven för lösningen. Vad gäller de tyngdvärden som använts vid bedömningen av det mest förmånliga anbudet lyckades jag inte få tag på ett liknande dokument för FPA-upphandlingen varför jämförelsen av dessa inte lyckades trots att jag önskat det.

7. Slutsatser

Datasystem uppfattade som både varor och tjänster blir allt vanligare upphandlingsföremål. Därför var en av forskningsfrågorna hur upphandlingslagstiftningen hängt med i den teknologiska utvecklingen. För att formulera detta på ett annat sätt ställdes frågan hur har upphandlingslagstiftningen tillämpats vid upphandling av datasystem och hur bra lämpar sig den nuvarande lagstiftningen för upphandling av datasystem? Jag kommer att återkomma till frågan om hur den nuvarande lagstiftningen lämpar sig för upphandling av datasystem senare i avslutningen.

Mindre frågor som jag önskade besvara var hur värdet för ibruktagandet av en mjukvara skall uppskattas, om ett datasystem är en vara eller en tjänst, samt hur den problematiska äganderätten till källkoder förhåller sig till bestämmelserna om en öppen marknad och likabehandling? Jag skulle också försöka besvara på hur lagstiftningen som existerar på området påverkar kraven som sätts för ett datasystem som upphandlingsföremål och slutprodukt, och vilka upphandlingsförfaranden som bäst lämpar sig för upphandling av datasystem?

Den första frågan jag lyckas besvara är frågan om ett datasystem som upphandlingsföremål skall beaktas som en vara eller en tjänst. Baserat på CPV-koderna i Kommissionens förordning 213/2008/EG och fallet MAO:75/21 konstaterar jag att det kan vara frågan om båda två. Om upphandlingen av ett datasystem exempelvis inkluderar anpassningstjänster ska upphandlingen anses utgöra en tjänstepphandling enligt huvudgrupp 72, medan upphandlingen ska uppfattas som en upphandling av en vara enligt huvudgrupp 48 om föremålet är en färdig programvara som inte behöver anpassas för den upphandlande enhetens behov. Jag uppskattar därtill att de flesta offentliga upphandlingar av datasystem faller inför kategorin för tjänstepphandling, då kraven på programvaran kan variera mellan förvaltningsområden och det knappast finns något program som utan anpassning skulle motsvara alla behov hos den upphandlande enheten.

Hur värdet på en mjukvara skall uppskattas besvaras delvis genom rättspraxis samt de upphandlingsdokument jag granskat. Från fallet MAO:H256/2021 kan vi dra slutsatsen att värdet på ett datasystem skall beräknas för den tekniska helhet som datasystemet och medkommande tjänster utgör. Detta skall gälla även då upphandlingsbesluten gjorts vid skilda tidpunkter. Kortfattat formar alltså upphandlingsbeslut gällande samma datasystem en teknisk helhet. i upphandlingslagens 27 § stadgas att beräkningen av det uppskattade värdet av en

upphandling ska grunda sig på den största totala ersättning exklusive mervärdesskatt som ska betalas. 27 § 3 mom. innehåller bestämmelsen om den tekniska helheten genom att framföra att om en upphandling genomförs samtidigt i form av delkontrakt, ska det uppskattade värdet av samtliga delkontrakt beaktas då det uppskattade totala värdet av upphandlingskontraktet beräknas. Hur värdet på upphandlingen räknats i praktiken framkommer i upphandlingsdokumenten som jag fått tag på från Statsrådets kansli och Folkpensionsanstalten. VAHVA-anbudsfrågans bilagor framför att värdet skall framställas i fasta kostnader t.ex. gällande integrationsarbete. Med ett fast pris räknas även Proof of Concept-leverans samt planeringsarbete medan service- och uppehåll måste ges fasta månadspris. Som ett exempel skulle expertarbete ställas i form € /7,5h som sedan gavs ett referensvärde baserat på ett tyngdvärde som lagts baserat på expertens uppgift. Anbudsgivarna måste också anmäla och prissätta alla licenser som behövdes för VAHVA-lösningen i dess olika skeden och versioner. För service- och uppehållskostnader var man enligt krav från den upphandlande enheten tvungen att ställa ett fast månadspris där priset måste innehålla allt det arbete som nämns i upphandlingsdokumenten och kunde inte senare faktureras skilt som expertarbete. Vid FPA-upphandlingen beräknades värdet av upphandlingen genom priselementen leveransprojektet, experttjänster som beställs skilt, licenserna, tillämpningsprogrammets uppehåll och stöd och leverantörens uppehålls- och stödservice.

Hur lagstiftningen som existerar på området påverkar de krav som ställs för ett datasystem som upphandlingsföremål och slutprodukt besvaras också genom rättspraxis och upphandlingsdokumenten. I bakgrunden för all upphandlingslagstiftning finns som sagt de allmänna förvaltningsrättsliga principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Genom hela upphandlingsprocessen måste principerna om jämlikhet, icke-diskriminering och öppenhet beaktas. I praktiken kan detta få sådana konsekvenser som t.ex. att försenade anbud eller anbud som inte motsvarar anbudsfrågan inte skall beaktas. Den upphandlande enheten måste även utarbeta sin anbudsfrågan samt dess bilagor på ett sådant sätt att upphandlingsföremålet samt dess krav beskrivs på ett tillfredsställande sätt. Med tanke på upphandling av datasystem visas att anbud inte kan anses vara jämförbara på den grunden att lösningsförslagen för datasystemen är olika. Anbudsfrågan kan anses vara tillräckligt specifik även om den samtidigt lämnar utrymme för olika lösningar. Om den upphandlande enheten lyckas beskriva föremålet för upphandlingen noggrant kan två olika lösningsalternativ utgöra jämförbara anbud.

Upphandlingsmaterialet från Statsrådets kansli, Folkpensionsanstalten och Inrikesministeriet upplyser hurudana krav som kan ställas för ett datasystem som upphandlingsföremål och slutprodukt. Som en från upphandlingslagen oberoende lag som syns i både kraven och slutprodukten identifierade jag språklagen. Jag förhåller mig dock aningen kritiskt gentemot tillräckligheten hos dessa språkrav. I t.ex. VAHVA-upphandlingsmaterialet krävdes att den mest centrala informationen skall skapas på svenska. Enligt kraven måste även slutprodukten till vissa delar fungera på svenska, fastän det förblir oklart vilka funktioner som avses med detta krav. Dessutom verkar engelskan ha fått en starkare ställning än svenskan vid varje upphandling.

Vid sidan om språklagens bestämmelser styr de allmänna förvaltningsrättsliga principerna också processen inte minst för att vissa av dessa inarbetats i både EU-direktiven och upphandlingslagen. De förvaltningsrättsliga principerna kan identifieras från att kraven för anbuden i upphandlingsdokumenten var klara och upphandlingarna var ordnade på ett sätt som var lika för varje leverantör. Som ett konkret exempel på detta är bestämmelserna gällande jämförandet av anbuden i VAHVA-upphandlingen. Baserat på upphandlingsmaterialet kan vi också bilda en uppfattning om hur den upphandlande enheten jämfört anbuden baserat på de tyngdvärden som den upphandlande enheten lagt för de olika delarna av upphandlingen. Detta gjordes i VAHVA-upphandlingen så att de slutliga jämförelsevärdena som anbudsgivarna fått genom att prissätta sin lösning skulle ges ett tyngdvärde på 40 %. De av anbudsgivaren erbjudna experternas kunnande skulle gavs ett tyngdvärde på 20 %. Datasystemets användbarhet skulle ges ett tyngdvärde på 20%. Poängen som anbudsgivarna fått genom att svara "ja" på så många icke-obligatoriska krav som möjligt gavs ett tyngdvärde på 10 %, och till slut skulle kvalitén av projektplanen ges ett tyngdvärde på 10%.

Gällande ACTA-programvaran granskade jag endast systemets utvecklingsavtal. Genom granskandet av avtalet lyckades jag bilda en uppfattning om hurudana krav som kan ställas på en leverantör gällande utveckling av ett redan upphandlat program. Det ursprungliga tillämpningsprogrammet hade upphandlats genom ett ramavtal inom inrikesministeriets förvaltningsområde. I avtalet fanns omfattande bestämmelser om användarrätten, men samtidigt bekräftades det att de immateriella rättigheterna samt rätten till källkoden skulle behållas av leverantören. Detta ansågs vara nödvändigt för att inte det skall råda någon osäkerhet i frågan. Jag anser det vara relevant att leverantören enligt utvecklingsavtalet var tvungen att assistera och delta i överförandet av service till en eventuell ny serviceleverantör.

ACTA-systemet ersattes senare i inrikesministeriet genom ibruktage av VAHVA-ärendehanteringslösningen, men ACTA-programvaran används fortsättningsvis av vissa myndigheter inom inrikesministeriets förvaltningsområde. Detta innebär att nya utvecklingsavtal numera slutits mellan leverantören och dessa myndigheter.

Genom avhandlingen lyckades jag även besvara frågan om hur bra de olika upphandlingssätten lämpar sig för upphandling av datasystem. Baserat på det som visas i avhandlingen argumenterar jag för att det förhandlade förfarandet och den konkurrenspräglade dialogen är de bästa upphandlingssätten för upphandling av datasystem. Detta anser jag på grund av att det vid upphandling av datasystem kan visa sig svårt för den upphandlande enheten att beskriva upphandlingens föremål med tillräcklig precision. Då kan det vara en rikedom att kunna förhandla med leverantörer för att få reda på det bästa sättet att slutföra upphandlingen. Detta var också motiveringen som användes av Statsrådets kansli vid VAHVA-upphandlingen. I anbudsfrågan för VAHVA-ärendehanteringslösningen nämndes klart att Statsrådets kansli valt förhandlat förfarande eftersom den uppskattade att den inte kommer att lyckas skapa en anbudsfrågan och en uppgiftsbeskrivning med en sådan noggrannhet att det bästa anbudet kunde väljas utifrån ett selektivt förfarande. Vid sidan om det förhandlade förfarandet kan den konkurrensutpräglade dialogen vara att föredra med linkande grunder som det förhandlade förfarandet, om den upphandlande enheten tilläggvis saknar kunskap om hur det datasystem den önskar upphandla borde förverkligas.

Efter det förhandlade förfarandet och den konkurrenspräglade dialogen skulle jag se att det selektiva förfarandet skulle vara att föredra. Genom att ett till skede tilläggs processen undgår den upphandlande enheten behovet att gå igenom enorma mängder anbud, vilket är orsaken till att jag rekommenderar det selektiva förfarandesättet före det öppna förfarandet. Selektiva förfarandesättet brukar i regel ta en längre tid att genomföra än det öppna förfarandet på grund av att fler beslut måste fattas, men det selektiva förfarandesättet brukar ändå vara billigare för den upphandlande enheten att genomföra på grund av att ett mindre antal anbud måste behandlas. Vid sidan om alla ovan nämnda förfarandesätt kan även ramavtal tillämpas. Jag skulle rekommendera att vid behov tillämpa ramavtal då man upphandlar datasystem eftersom ramavtalet gör det betydligt lättare för den upphandlande enheten att göra nya upphandlingar från samma leverantör utan att det uppkommer problem.

Projekttävling kan också i teorin tillämpas vid upphandling av datasystem fastän jag tvivlar på dess nödvändighet då man istället för att ordna en projekttävling har en möjlighet att

förhandla fram det bästa lösningsalternativet genom det förhandlade förfarandet eller den konkurrenspräglade dialogen. Då projekttävlingen inte heller är det enda sättet att få fram innovativa lösningar kastar en skugga över behövligheten av upphandlings sättet vid upphandling av datasystem.

Det förfarandesätt jag i regel rekommenderar den upphandlande enheten att undvika vid upphandling av datasystem är direktupphandlingen. För det första måste användningen av direktupphandling kunna motiveras väldigt grundligt, vilket inte alltid är så lätt med tanke på bestämmelserna om icke-diskriminering och mängden lösningsalternativ som kan tänkas finnas inom fältet. Om värdet på upphandlingen inte förväntas överskrida nationella tröskelvärden kunde direktupphandling lätt kunna tillämpas, men jag förväntar ett sådant fall vara väldigt sällsynt. Jag anser att fallet MAO:H256/2021 är ett utmärkt exempel på det faktum att upphandling av datasystem sällan till värde underskrider nationella tröskelvärden, då värdet på de tekniska helheterna bör räknas samman. Om det uppskattade värdet för en upphandling förväntas överskrida nationella tröskelvärden, och den upphandlande enheten fortfarande önskar direktupphandla utan anbudstävling, måste den upphandlande enheten noggrant och övertygande kunna motivera detta genom någon av punkterna i upphandlingslagens 40 §.

Slutligen har det blivit dags att försöka besvara den stora frågan, dvs. hur bra den existerande upphandlingslagstiftningen lämpar sig för upphandling av datasystem? Som en av den nuvarande upphandlingslagens absoluta styrkor framgår enligt min uppfattning det breda urvalet av förfarandesätt som kan underlätta den upphandlande enhetens arbetsbörda vid val av rätt alternativ. En kunnig upphandlande enhet har ingen brist på alternativ då det gäller att utföra en upphandling av datasystem. Flera av alternativen kan på olika sätt tillämpas vid och t.o.m. stöder upphandling av datasystem. Vissa upphandlings sätt är dock mer begränsande än de andra, och dessutom påverkas valet av upphandlings sätt också av det uppskattade värdet på upphandlingen. I den stora bilden anser jag att lagstiftaren nog haft som ambition att skapa en upphandlingslag som stöder den upphandlande enheten igenom hela upphandlingsprocessen på ett tillfredsställande sätt. Det är dock en annan fråga att avgöra hur upphandlingslagen lyckas betjäna den upphandlande enheten vid upphandling av datasystem.

Baserat på det jag fått reda på genom undersökningen skulle jag kunna argumentera för att upphandlingslagstiftningen inte fullständigt lyckats bemöta den upphandlande enhetens krav på klara spelregler speciellt vid så komplexa upphandlingar som datasystem. Datasystem är

nämligen ett av de mest komplexa upphandlingsföremålen och det kan vara svårt för den upphandlande enheten att tillräckligt tidigt i processen ge tillräckligt exakta krav för föremålet för upphandlingen samt uppställa minimikrav.

En annan kritisk observation jag gjort gällande den nuvarande upphandlingslagstiftningen är att den inte lyckas reglera förhållandet mellan äganderätt av källkoder och principerna om icke-diskriminering på ett tillfredställande sätt. Fallen C-796/18 och T-19/07 är enligt mig utmärkta för att stöda detta påstående. Enligt rättsfallet T-19/07 som jag granskades i avhandlingen kan upphovsrätten till källkoder inte presumeras vilket leder till att upphovsmannen borde kunna åberopa dessa och motsätta sig till en upphandling som strider mot dess intressen. I det fall att äganderätten ska övergå från leverantören till den upphandlande enheten måste upphandlingskontraktet innehålla en specifik avtalsklausul om övergång av äganderätten. Det andra alternativet för att undgå samma problem som i fallet C-796/18 är att i upphandlingsdokumenten ställa ett krav på att källkoden till en tillräcklig grad skall finnas tillgänglig även för en ny leverantör. Annars framkommer det från fallet C-796/18 att säkerställandet av att de ekonomiska aktörerna som berörs av den aktuella upphandlingen behandlas på ett öppet likvärdigt och icke-diskriminerande sätt i vissa fall kan leda till att upphovsmannen för en mjukvara inte har en möjlighet att åberopa upphovsrätten till källkoden och därmed motsätta sig upphandlingen. Jag anser att det enda sättet som skulle kunna rädda leverantören från att behöva överlåta källkoden till en tredje part utan att detta skrivs in i avtalet är att man ingår ett ramavtal och upphandlar utvecklingsarbetet inom ramavtalet. I princip har den upphandlande enheten ett enormt ansvar för säkerheten av en leverantörs källkod fastän den upphandlande enheten inte skulle äga den. Hur bra den upphandlande enheten lyckas planera upphandlingen kan vara det enda som skyddar leverantören från att i vissa fall ofrivilligt behöva överlåta en del av sin kod till en annan leverantör.

För övrigt lär problemet med upphandlingslagstiftningen med tanke på upphandling av datasystem vara att den lägger ett väldigt stort krav på den upphandlande enheten beträffande beskrivningen av upphandlingens föremål samt på leverantörerna gällande uppskattandet av livscykelkostnaderna för datasystemet baserat på den upphandlande enhetens behov. Som jag märkte i rättsfallet MAO:H256/2021 skall det i det uppskattade värdet för en upphandling av datasystem ingå alla de kostnader som kan anses tillhöra upphandlingen som en teknisk helhet. Som jag påpekat tidigare kan behovet att utveckla ett system avslöjas först i framtiden t.ex. på grund av krav som ställs av ny lagstiftning. Om kostnaderna för utvecklingsarbetet

förväntas bli stora kan detta leda till att utvecklingsarbetet måste upphandlas, fastän den upphandlande enheten i princip pga. äganderätten till källkoden är bunden till den ursprungliga leverantören. Det oförutsägbara utvecklingsarbetet skulle möjligtvis inte heller ha behövt göras i ett annat system, vilket sett i efterhand skulle ha varit den ekonomiskt mest fördelaktiga lösningen. Sådana kostnader skall naturligtvis försöka uppskattas vid anbudsprocessen men i verkligheten kan detta vara svårt att förutspå. Baserat på denna brist på reglering gällande oförutsägbara kostnader anser jag att den nuvarande upphandlingslagen inte på ett optimalt sätt lämpar sig för upphandling av datasystem. I värsta fall kan upphandlingslagstiftningen leda till att ändringar i myndigheters organisation och organisationsstruktur gör att helt nya datasystem måste upphandlas för att ersätta en redan fungerande programvara, eftersom användarbasen är bunden till ett tidigare avtal. Upphandlingslagstiftningen borde därmed, för att bättre lämpa sig för upphandling av datasystem, försöka stöda den upphandlande enheten när oväntade utvecklingskrav för ett datasystem uppkommer. Dessutom borde lagstiftaren försöka lösa problematiken gällande framtida oförväntade kostnader som kan uppkomma vid nödvändigt utvecklingsarbete. För tillfället anser jag att lagstiftningen inte skapar en fullständig rättssäkerhet för den upphandlande enheten vid upphandling av datasystem eftersom vissa problemsituationer i princip endast verkar kunna undgås genom att den upphandlande enheten lyckas planera och förutspå värdet av sin upphandling på ett sätt som är nästan omänskligt krävande. Som sagt framstår ramavtal som ett av de få sätten att försöka skydda en återkommande upphandling från en mer kritisk granskning. Jag misstänker att det som lett till att en upphandlande enhet sällan senare fått problem gällande frågan om ekonomisk fördelaktighet är att detta sällan granskats i efterhand.

Baserat på mina kritiska observationer kan jag alltså konstatera att den nuvarande upphandlingslagstiftningen inte lämpar sig för upphandling av datasystem som ett specifikt upphandlingsföremål och det framstår som uppenbart att lagstiftaren i framtiden måste reagera på detta. EU har inte heller lyckats att genom sina direktiv eller sin rättspraxis skapa någon klarhet på området. Som jag märkt är vissa av de europeiska rättsorganens beslut t.o.m. motstridiga. En lösning för att bemöta den upphandlande enhetens behov på vägledning vid upphandling av datasystem skulle vara att skapa en specifik lag för offentlig upphandling av datasystem. En annan möjlighet kunde vara att införa bestämmelser i lagstiftningen om att rättigheterna till källkoden automatiskt övergår till den upphandlande enheten. Problemet kan då vara att den leverantör som har den bästa lösningen låter bli att delta för att inte behöva

avslöja affärshemligheter. En annan lösning kan vara att lagstiftaren på något sätt uppmärksammar det unika sättet att uppskatta värdet för ett datasystem i lagstiftningen. Om man t.ex. införde en bestämmelse om ett visst fast belopp av ersättning till anbudsgivare som förlorat anbudstävlingen i fall att framtida utvecklingsarbete som utförs med den vinnande anbudsgivaren överskrider det uppskattade värdet med ett visst belopp, kunde rättssäkerheten ökas för alla parter, samtidigt som källkoden skulle vara skyddad. Detta skulle naturligtvis innebära att någon form av anmälningsförfarande eller system för efterföljning av senare kostnader måste upprättas för att skapa transparens i förfarandet. Detta skulle dock innebära att den upphandlande enheten måste vara ännu noggrannare vid uppskattandet av upphandlingens värde, vilket är problematiskt. Hur som helst är det uppenbart att lagstiftningen behöver uppdateras för att bemöta den upphandlande enhetens behov vid upphandling av datasystem. Med tanke på att ett syfte bakom regleringen av offentlig upphandling är att effektivisera användningen av offentliga medel är det inte ändamålsenligt att begränsade offentliga medel slösas på misslyckade upphandlingar av datasystem.

Jag vill avslutningsvis konstatera att det fortfarande finns otaliga möjligheter för fortsatt forskning inom området, inte minst pga. att jag märkt att offentlig upphandling av datasystem inte undersökts mycket tidigare. Mitt val av upplysande rättsfall och det granskade upphandlingsmaterialet har varit väldigt begränsat och t.ex. gällande ACTA-upphandlingen hade jag önskat få tag på ett bredare urval av upphandlingsmaterial. Jag är ändå av den uppfattningen att jag inom ramen för denna avhandling lyckats forma en bra bild över läget för dagens upphandlingslagstiftning beträffande offentlig upphandling av datasystem. Jag vill påpeka att offentlig upphandling av datasystem blir allt viktigare att reglera i framtiden då samhället blir mer automatiserat, och därmed anser jag det även vara högaktuellt att forska inom området. Jag vill även uppmuntra läsaren av denna avhandling till forskning kring andra fenomen som orsakas av den alltmer ökande graden av digitalisering. Som jag framförde i inledningen är frågan om användargränssnitten enligt mig ett intressant föremål för undersökning trots att jag inte i denna avhandling hade en möjlighet att fördjupa mig i frågan. Hur ett datasystem upplevs av en slutanvändare kan ha en rättslig verkan, vilket kan tänkas ställa vissa krav på den framtida lagstiftaren. Det finns också en hel del kvar att studera i själva rättsinformatiken, dvs. i vilken grad it påverkar juridiken och hur olika rättsnormer styr utnyttjandet av tekniken. Jag har inte haft någon möjlighet att fördjupa mig i den avtalsrättsliga aspekten hos kommersiella it-avtal, dvs. i hur it-avtal ser ut från affärsjuristens synvinkel. Detta kunde någon annan avhandlingsskrivare eller forskare möjligtvis ha intresse för. Det

existerande förslaget till ny lagstiftning om automatiserat beslutsfattande i beskattnings- och tullärenden är också ett intressant forskningsobjekt som jag inte hade möjlighet att inkludera i denna avhandling. Som jag framfört tidigare är tematiken kring automatiserat beslutsfattande vid sidan om upphandling av datasystem enligt mig ett av de mest relevanta undersökningsobjekten inom den offentliga rätten i Finland. Hur som helst hoppas jag att denna avhandling kunde fungera som en språngbräda för kommande forskning inom området.

Källor

Monografier och artiklar:

Edvardsson, Tobias, Kommersiella it-avtal, i Cecilia Magnusson Sjöberg (red.), *Rättsinformatik - Juridiken i det moderna informationssamhället*, Studentlitteratur, Lund 2018, s. 393-456.

Eskola, Saila - Kiviniemi, Eeva - Krakau, Tarja - Ruohoniemi, Erkko, *Julkiset hankinnat*, Alma Talent, Helsinki 2011.

Eskola, Saila - Kiviniemi, Eeva - Krakau, Tarja - Ruohoniemi, Erkko, *Julkiset hankinnat*, Alma Talent, Helsinki 2017.

Hakkarainen, Jenni - Koulu, Riikka - Markkanen Kalle, Läpinäkyvät algoritmit? Lähdekoodin julkisuus ja laillisuuskontrolli hallinnon digitalisaatiossa, *Edilex 2020/18*.

Hermansson, Christoffer - Petrusson, Ulf, Artificiell intelligens och juristens kompetens, i Gregor Noll (red.), *AI, digitalisering och rätten : en lärobok (red.)*, Dansk band, 2021, s. 159-204.

Koulu, Riikka - Sankari, Suvi - Sormunen, Sofia, Digitalisoituva julkishallinto: käytettävyyss kuuluu kaikille, *Edilex 2022/36*.

Magnusson Sjöberg, Cecilia, Digital informationshantering i offentlig verksamhet, i Cecilia Magnusson Sjöberg (red.), *Rättsinformatik - Juridiken i det moderna informationssamhället*, Studentlitteratur, Lund 2018, s. 247-370. (Magnusson Sjöberg a)

Magnusson Sjöberg, Cecilia, Om rättsinformatik, i Cecilia Magnusson Sjöberg (red.), *Rättsinformatik - Juridiken i det moderna informationssamhället*, Studentlitteratur, Lund 2018, s. 19-26. (Magnusson Sjöberg b)

Noll, Gregor, Inledning, i Gregor Noll (red.), *AI, digitalisering och rätten: en lärobok*, Dansk band, 2021, s. 13-26.

Suksi, Markku, Är lagstiftning om offentlig upphandling reglering av förvaltningsförfarande eller främjande av konkurrens? - Analys av fördelningen av lagstiftningsbehörigheten mellan riksdagen och lagtinget, *JFT 3/2021*, s. 177-219.

Lagstiftning:

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV.

Lag om informationshantering inom den offentliga förvaltningen (906/2019).

Lag om offentlighet i myndigheternas verksamhet (621/1999).

Lag om offentlig upphandling (348/2007).

Lag om upphandling och koncession (1397/2016).

Statsrådets förordning om samordnad upphandling inom statsförvaltningen (7.9.2006/765).

Regeringens propositioner:

Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lag om informationshantering inom den offentliga förvaltningen och till vissa lagar som har samband med den RP 284/2018 rd.

Regeringens proposition till riksdagen med förslag till lagstiftning om upphandlingsförfarandet RP 108/2016 rd.

Rättsfall:

C-796/18 Informatikgesellschaft für Software-Entwicklung (ISE) mbH mot Stadt Köln, Domstolens dom (fjärde avdelningen) den 28 maj 2020.

MAO:75/21.

MAO:H256/2021.

MAO:470/17.

MAO:472/17.

MAO:843/17.

T-19/07 Systran och Systran Luxembourg mot kommissionen, Tribunalens dom (tredje avdelningen) den 16 december 2010.

Upphandlingsmaterial

Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Tarjouspyyntö, 18.11.2016.

Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Hankinnan kohteen kuvaus, 18.11.2016.

Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Liite 3A, 18.11.2016.

Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Liite 3B, 18.11.2016.

Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Liite 4, 18.11.2016.

Asianhallintaratkaisu valtioneuvoston ja Valtorin käyttöön, Liite x, 18.11.2016.

Kansaneläkelaitos, Hallinnollinen asianhallintaratkaisu, EU-hankintailmoitus, Tarjouspyyntö 370967.

Kansaneläkelaitos, Hallinnollinen asianhallintaratkaisu, Liite 1, Hankinnan kohteen kuvaus.

Kansaneläkelaitos, Hallinnollisen asianhallintaratkaisun hankinta, Liite 2, Hankinnan kohteen vaatimukset.

Kansaneläkelaitos, Hallinnollinen asianhallintaratkaisu, Liite 5, Ohje ja vertailuhinnan laskennan yhteenveto.

Ylläpito- ja jatkokehityssopimus, Sopimus liittymisestä asiankäsittelyn ja dokumentinhallinnan järjestelmän ylläpitoa koskevaan sopimukseen, joka on solmittu sisäministeriön ja Fujitsu Finland Oy:n välillä, 27.03.2015.

Internetskällor:

Upphandlingsmyndigheten - CPV-koder

<https://www.upphandlingsmyndigheten.se/inkopsprocessen/genomfor-upphandlingen/cpv-koder/> (hämtat 14.2.2023).