



Upphandling av IT

- inlåsnings effekter och möjligheter

Uppdragsforskningsrapport 2013:2

En rapport skriven av
Richard Wessman
på uppdrag av Konkurrensverket

Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2013:2

Utreddare: Richard Wessman

ISSN-nr 1652-8069

Konkurrensverket, 2013

Foto: Matton Images

Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ingår att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet.

Konkurrensverket har gett jur dr Richard Wessman i uppdrag att, inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning, undersöka varför det vid upphandling av IT-system ofta åberopas att endast ett visst företag kan leverera upphandlingsföremålet, vilket gör att upphandlingen inte kan konkurrensutsättas.

Till projektet har knutits en referensgrupp som har bestått av Björn Lundell (Högskolan i Skövde), Daniel Melin (Kammarkollegiet), Niklas Fyhr (Almega). Från Konkurrensverket har Henrik Grönberg, Mathias Lassinanti Jansson, Staffan Martinsson, och Joakim Wallenklint deltagit.

Det är författaren som svarar för slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, mars 2013

Dan Sjöblom
Generaldirektör

Författarens förord

Under arbetet med den här rapporten har advokatfirman von lode assisterat. Ett särskilt tack riktas till de biträdande juristerna Anders Unneback, David Johansson och Måns Sjöstrand samt praktikanterna Sebastian Frintzer, Rebecka Harding, Emelie Norberg-Kling, Gabriella Kiluk och Isabella Palmgren.

Innehåll

Sammanfattning	7
Summary	10
1 Inledning	13
1.1 Arbetets disposition	13
1.2 IT-avtalets komplexa natur	13
1.3 Begreppet inlåsningsseffekt.....	14
1.3.1 Exempel från andra områden.....	14
1.3.2 Behov av rättsliga justeringar	15
1.4 Grunderna för inlåsningsseffekter i dagens IT-avtal	15
1.5 Obalans i de upphovsrättsliga förutsättningarna.....	16
1.5.1 Den upphovsrättsliga spelplanen	16
1.5.2 Standarder och open source.....	18
1.6 Inlåsningsseffekter och offentlig upphandling.....	19
2 Upphovsrätt, teknik och inlåsningsseffekter	21
2.1 Den upphovsrättsliga bakgrunden.....	21
2.1.1 Ensamrätten till datorprogram.....	23
2.1.2 Undantag från ensamrätten till datorprogram	23
2.2 IT-avtalets förutsättningar	29
2.2.1 IT-avtalets rättsliga grunder	29
2.2.2 IT-avtalet – en sammansatt avtalskonstruktion.....	30
2.2.3 Avtalsparternas skilda intressen	31
2.3 Tolkning av IT-avtal.....	33
2.3.1 Utgångspunkter för tolkningen.....	33
2.3.2 Särskilt om specifikationsprincipen.....	35
2.3.3 Har vi ett ändamålsenligt skydd för datorprogram?	41
2.4 Öppna lösningar	43
2.4.1 Öppen källkod och öppen standard	43
2.4.2 Främjandet av öppen programvara.....	46
3 Upphandlingsregler och inlåsningsseffekter	49
3.1 Upphandlingsrättsliga utgångspunkter.....	49
3.2 Tekniska skäl eller ensamrätt	55
3.3 Kompletteringar	59
3.4 Tekniska specifikationer.....	61
3.5 Upphandling av IT-system - skilda faser.....	64
3.6 Sammanfattande synpunkter	66

4	Empiriska resultat	67
4.1	Tillvägagångssätt och sammanfattning av resultaten	67
4.1.1	Upphandlarperspektivet	67
4.1.2	Leverantörsperspektivet.....	68
4.2	Redovisning av svar från upphandlare.....	69
4.2.1	Urval.....	69
4.2.2	Probleminventering	70
4.3	Redovisning av svar från leverantörer	84
4.4	Fördjupande intervjuer	97
4.4.1	Redogörelse för intervjuerna	97
4.5	Sammanfattning av empiriska resultat	104
5	Slutsatser och rekommendationer	107
5.1	Behovet av att begränsa upphovsrätten.....	107
5.2	Leverantörens upphovsrätt och myndighetens plikt att upphandla.....	113
6	Referenser	115

Sammanfattning

Frågeställning och disposition

Temat för det föreliggande arbetet är inlåsnings effekter vid upphandling av IT-system. Undersökningen fokuserar på de problem som en myndighet står inför vid upphandling av IT-system. Det finns en uppenbar risk, vid inköp av ett komplext system, som kanske omfattar såväl specialanpassade datorprogram, som tekniskt avancerad hårdvara, att myndigheten fastnar i ett långvarigt beroendeförhållande till det företag som har levererat systemet och äger immateriella rättigheter, såsom upphovsrätt, till detta.

Även om myndigheten känner sig nöjd med villkoren i det ursprungliga avtalet, så kan senare uppkomna behov av service, uppdatering och uppgradering samt tilläggstjänster innebära att avtalsrelationen, betraktad i dess helhet, under en längre tidsperiod, blir mindre lyckad från myndighetens perspektiv. Beroendet till en viss leverantör kan även leda till svåra rättsliga frågor avseende myndighetens skyldighet att konkurransutsätta och upphandla ifrågavarande tjänster och varor.

Undersökningen beaktar även leverantörens perspektiv. Givetvis ger leverantörens kontroll över IT-systemet, genom immateriella rättigheter såsom upphovsrätt, uttryck för de investeringar som leverantören gjort i sitt arbete med systemet. Upphovsrätten ger exempelvis incitament till utveckling av ny programvara, på samma sätt som patenträtten ger incitament till forskning och utveckling. När man ser till den samhällsekonomiska effekten av IT-avtal mellan myndigheter och leverantörer bör även den aspekten beaktas.

Den empiriska delen av arbetet har delats in i tre delar: ett par enkäter riktade till (a) de statliga och kommunala enheter, som upphandlar IT-system, och (b) de företag som levererar IT-system samt vidare (c) djupintervjuer med berörda aktörer inom dessa båda grupper. Inom ramen för dessa empiriska studier har ett antal frågor ställts, bland annat rörande förekomsten och karaktären av ifrågavarande inlåsnings effekter samt möjligheten att komma tillrätta med dessa problem.

En underliggande fråga, vilken är intimt förknippad med problemställningen rörande IT-avtal och inlåsnings effekter, är huruvida beställaren av ett IT-system bör sträva efter att minimera nyttjandet av proprietära lösningar, såsom proprietär programvara, till förmån för öppna lösningar, såsom öppen programvara (open source), eller öppen standard, såsom en öppen teknisk lösning i ett visst område. De upphandlande enheternas arbete med att främja sådana öppna lösningar blir härvid av ett centralt intresse.

Den empiriska studien förbereds och kompletteras av en skrivbordsundersökning rörande dels upphovsrätten till datorprogram, inbegripet de rättsliga

förutsättningarna för IT-avtal och den rättsliga tolkningen av avtalens närmare innebörd, dels de upphandlingsrättsliga frågor, som kan uppstå i anslutning till upphandling av IT-system. Den rättsvetenskapliga analysen berör bland annat utvecklingen i svensk och europeisk rättspraxis.

Resultat

Av den empiriska undersökningen framgår att ett stort antal upphandlande enheter upplever att det är svårt att byta ut befintliga leverantörer av IT-system. Vissa upphandlande enheter anger att leverantörer initialt ger förmånliga priser på grundsystem, för att längre fram under samarbetet ta ut en högre ersättning för tilläggssystem och support. Ett stort antal upphandlande myndigheter sitter med befintliga system, som är av väsentlig betydelse för verksamheten, och som i praktiken är svåra eller omöjliga att byta ut. Det är dock endast en minoritet av upphandlarna som vidtar konkreta åtgärder för att undvika inlåsnings effekter.

En del upphandlare anger att anpassningar, ändringar, tillägg, moduler eller uppgraderingar ofta endast kan levereras av den befintlige leverantören, med hänsyn till dennes särskilda kunskap om och upphovsrätt till programvaran. Ett flertal leverantörer uppger däremot att det inte finns några särskilda svårigheter med att tillhandahålla tilläggstjänster även när de själva inte har levererat grundsystemet. Av båda enkäterna framgår att det råder en viss obalans i kunskapsnivån mellan beställare och leverantörer. Leverantörerna, med en större branschkunskap, har ett kunskapsövertag.

Av den rättsliga undersökningen framgår att tolkningen av upphovsrätten och upphovsrättsliga avtal, inom området för upphandling av IT-system, inte bör ske med utgångspunkten att upphovsrättshavaren är en svagare part med ett särskilt skyddsbehov. Föreliggande studie indikerar snarare att det är leverantören som har en starkare ställning, med beaktande av tillgång till information och kunskap i anslutning till avtalens ingående. Mot denna bakgrund förordas bland annat en restriktiv tillämpning av den så kallade specifikationsprincipen vid tolkning av IT-avtal.

När det gäller den upphandlingsrättsliga undersökningen framgår att det ställs höga krav på en upphandlande enhet som vill åberopa ett undantag från konkurrensutsättning. Den utredning, som skall ligga till grund för ett sådant undantag, bör vara strukturerad och tydligt dokumenterad. Något som särskiljer upphandling av IT-system från upphandling i allmänhet, är att beroendet av en befintlig leverantör, mot bakgrund av dennes immateriella rättigheter och särskilda kunskap, kan vara större än vad som normalt är fallet. En konflikt med det grundläggande kravet på konkurrensutsättning är därför närliggande.

Slutsatser

En slutsats är att det är viktigt att redan genom förfrågningsunderlaget och avtalsskrivningen motverka framtida inlåsningsituationer. Det kan ske genom krav på öppna standarder och interoperabilitet samt genom att leverantören samtycker till att myndigheten själv, eller genom valfri anlita aktör, får förändra eller anpassa IT-systemet, inbegripet programvaran. Det är alltså viktigt för de upphandlande enheterna att så tidigt som möjligt uppmärksamma, analysera och motverka inlåsnings effekterna.

En ökad samverkan mellan svenska och europeiska upphandlande myndigheter, inom IT-området, är önskvärd. Syftet med en sådan samverkan är att skapa förutsättningar för en mer rationell IT-användning, genom koordination mellan upphandlande myndigheter, samt att minska den informations- och kunskapsklyfta som finns mellan leverantörer och beställare.

Vidare bör IT-system upphandlas under villkor som möjliggör en självständig vidareutveckling av systemen och som ger den upphandlande myndigheten kontroll över sin investering. Krav på ökad transparens, avseende systemens funktion och uppbyggnad, kan stimulera kompetensutveckling och innovation.

Summary

Questions

This study focuses on problems faced by public entities when procuring IT systems. When purchasing a complex system, including custom-made computer programs as well as technically advanced hardware, there is a significant risk that the buyer is locked in a long-term relationship with the company that supplied the system and owns the intellectual property rights, including copyrights, to the system.

Even if public entities are satisfied with the conditions in the original agreement, the later need for updates and upgrades – as well as other additional services – may have an effect on the overall assessment. If the contractual relationship is assessed in its entirety and over a long period of time, such an agreement may be deemed as less successful in the perspective of the public entities. The dependency on a single supplier may also lead to serious legal issues related to the obligations under applicable law as regards public procurement.

This study also examines the related issues from the perspective of the suppliers. The suppliers of IT systems control their product through intellectual property rights, such as copyright. These intellectual property rights are the reward for the investments made by the suppliers in creating the systems. Copyright law gives the necessary incentives for the development of new software in the same way that patent law provides incentives for research and development in the technical field.

The empirical part of the study has been divided into three parts: (i) surveys directed to the governmental and municipal entities procuring IT systems; (ii) surveys directed to the companies that provide IT systems and; (iii) personal interviews with relevant individuals within both groups. In these empirical studies a number of questions were asked, regarding, *inter alia*, the existence and nature of the relevant lock-in effects and the possibility to overcome such problems.

An underlying question, which is closely connected to research related to IT agreements and lock-in effects, is whether the purchaser of an IT system should seek to minimize the use of proprietary solutions (such as proprietary software) in favor of either open solutions (such as open-source software) or open standards (such as an open-technology solution in a specific area).

The empirical study is prepared and supplemented by a study of, on one hand, copyright law in relation to computer programs (including the legal conditions for IT contracts and the legal interpretation of the precise meaning of the agreement) and, on the other hand, the legal public procurement issues that may arise in connection with the procurement of IT systems. The legal analysis focuses on, *inter alia*, the development of relevant Swedish and European case law.

Results

The empirical study suggests that a large number of procuring entities find it difficult to replace their existing suppliers of IT systems. Some entities indicate that suppliers initially offer low prices on the original system in order to, at a later stage, charge a higher price for additional systems and support. A large number of public entities have systems that are essential for their business but are difficult or even impossible to replace. However, only a minority of the procuring entities take any actual measures to avoid lock-in effects.

Because of the specific knowledge of the existing suppliers and their copyright to the software, some contracting entities state that adjustments, changes, additions, modules or upgrades can, in many cases, only be delivered by the existing supplier. Several suppliers, however, indicate that there are no particular difficulties in providing additional services even if they are not the original supplier of the system. Both surveys show that there is an imbalance between buyers and suppliers as regards to knowledge. It is clear that suppliers with vast experience of the industry normally have an advantage as far as information and knowledge are concerned.

The legal study indicates that the interpretation of copyright law and copyright agreements, within the area of procurement of IT systems, should not be based on the assumption that the copyright holder is the weaker party with need of special protection. On the contrary, the study indicates that the supplier has a strong position with regards to access to information and know-how in conjunction with the drafting of the agreement. Taking this into consideration, it is advisable that the so-called *principle of specification* (which is designed to protect the rights holder) is applied restrictively and with due consideration when interpreting this type of IT agreements.

The legal study furthermore indicates that procuring entities have difficulties claiming an exemption from the basic principle of public procurement, namely exposure to competition between several suppliers. The reasons for such an exemption must be clearly structured and documented. The procurement of IT systems is distinguished by the fact that the buyer is dependent of its supplier because of the supplier's intellectual property rights and specific knowledge. This may lead to a conflict with the fundamental requirements for public procurement.

Conclusions

In order to efficiently prevent lock-in situations related to a specific IT system, measures must be taken during the early stages of public procurement. During the early stages, the purchaser still has the possibility to counter lock-in effects by the structuring and balancing of the initial agreement with the supplier. The prevention of lock-in effects can be achieved by requiring open standards and interoperability.

Prevention can also be achieved through clauses in the agreements that allow modifications of the IT systems, including software, made by the procuring entities themselves or by any third party. To summarize, the contracting public entities must, during the initial stages of a public procurement, carefully analyze the situation and take the necessary measures in order to prevent future lock-in effects.

An increased collaboration between Swedish and European contracting public entities within the IT field is desirable. Such an interaction may facilitate the creation of conditions for a more rational use of IT systems. This could be accomplished through coordination between procuring entities as well as the reduction of the gap of information and knowledge between suppliers and customers.

Moreover, IT systems should be procured under conditions which allow an independent development of the systems and which give the procuring entity control over its investment. Requirements regarding increased transparency of the function and structure of the systems may stimulate development and innovation.

1 Inledning

Föreliggande studie riktar sig främst till de myndigheter som upphandlar IT-system och de företag som levererar sådana system. Generellt benämns myndigheterna som beställare och företagen som leverantörer.¹ Studien är emellertid av intresse även för andra som kommer i kontakt med avtal rörande IT-system, exempelvis domstolar eller skiljenämnder som tolkar sådana avtal. Ett stort antal av de synpunkter, som framgår av undersökningen, torde vidare vara analogt tillämpliga på upphandling av IT-system inom den privata sektorn.

Ämnet för studien är de inlåsnings effekter som kan uppstå vid upphandling av IT-system.² Frågor om inlåsnings effekternas innebörd, omfattning och grunder berörs härvid. Vidare behandlas de möjligheter som finns att motverka sådana effekter för att därmed bland annat främja en mer effektiv konkurrens på den ifrågavarande marknaden. Vid sidan av en empirisk studie, baserad på såväl beställarens som leverantörens perspektiv, undersöks den rättsliga reglering som ligger till grund för avtalens tolkning och tillämpning.

1.1 Arbetets disposition

Efter denna inledning, inom ramen för vilket vissa generella frågor berörs, följer ett avsnitt rörande upphovsrätt till datorprogram och know-how avseende tekniska lösningar, som grunder för leverantörens exklusivitet och den därav följande inlåsnings (2 Upphovsrätt, teknik och inlåsnings effekter). Därefter följer en analys av vissa frågor som har att göra med den upphandlingsrättsliga regleringen, särskilt avseende tekniska specifikationer och undantag från upphandlingsskyldighet (3 Upphandlingsregler och inlåsnings effekter). Sedan redovisas resultaten av den empiriska undersökningen, vilken består av webb-baserade enkäter och uppföljande djupintervjuer (4 Empiriska resultat). Slutligen följer en sammanfattande analys (5 Sammanfattande analys) och en redovisning av referensmaterial (6 Referenser).

1.2 IT-avtalets komplexa natur

Förenklat kan ett IT-avtal betraktas som en överenskommelse mellan å ena sidan en leverantör av ett paket av varor och tjänster, vilket – även det förenklat – kan benämnas som ett IT-system, och å andra sidan en beställare av ifrågavarande paket eller system. En central komponent i IT-avtal är rätten att använda ett eller

¹ Begreppet leverantör inbegriper företag som utvecklar och levererar IT-system, med allmänt utformade eller specialanpassade datorprogram och/eller hårdvara.

² Liknande frågor har berörts i tidigare studier, se exempelvis Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044 och Lundell, B., 2011, *e-Governance in public sector ICT procurement: what is shaping practice in Sweden*, European Journal of ePractice 2011 No. 12.

flera datorprogram, så kallad mjukvara, vilken i förekommande fall kan vara knuten till en viss hårdvara. Ibland är även hårdvaran, som ett led i IT-avtalet, tillhandahållen av leverantören.

I IT-avtalet, eller i separata tilläggsavtal, behandlas frågor om möjlighet för beställaren att från leverantören erhålla underhåll och service samt uppgraderingar och nya versioner av mjukvaran. Det rör sig om en sammansatt avtalsform med inslag av köp av varor, tillhandahållande av tjänster och nyttjanderätt till immaterialrättsligt skyddade objekt, såsom datorprogram skyddade av upphovsrätt. Givetvis kan även tillhandahållande eller överföring av kunskap, så kallad know-how, ligga inom ramen för det paket som leverantören genom IT-avtalet förser beställaren med.

1.3 Begreppet inlåsningsseffekt

I en europeisk studie om inlåsningsseffekter och IT-system beskrivs inlåsningsseffekter vid upphandling av sådana system enligt följande:

“‘Lock-in’ – a long term dependence on a particular vendor or supplier beyond the boundaries of individual procurement actions.”³

Det rör sig således om ett varaktigt beroende av en viss leverantör bortom gränserna för en enskild upphandling, det vill säga att beställaren inte inom ramen för en viss upphandling har möjlighet att förutse och planera de framtida behov, exempelvis av underhåll, uppgradering och komplettering, som kanske enbart – av tekniska, ekonomiska och rättsliga skäl – kommer att kunna tillgodoses av en viss leverantör, normalt det företag som har levererat ursprungssystemet.

1.3.1 Exempel från andra områden

Den konceptuella grunden för idén om inlåsningsseffekter kan ifrågasättas. Begreppet inlåsningsseffekt har i sig en negativ klang och antyder att marknaden inte fungerar på ett optimalt sätt. Den normala konkurrensen, på en fri marknad, sätts ur spel på grund av att parterna i vissa avtalsrelationer är fastlåsta i varandra (eller den ena parten fastlåst i en relation till den andra). Man kan emellertid inte ta för givet att en inlåsningsseffekt är negativ från samhällsekonomisk synpunkt, även om en avtalspart upplever effekten som negativ.

En hyresvärd kan exempelvis, på grund av hyresgästens besittningsskydd, känna sig inlåst i en avtalsrelation, men det behöver inte innebära att den hyresrättsliga inlåsningsseffekten i sig är samhällsekonomiskt ineffektiv. För att avgöra det måste

³ Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044. Se också Ghosh, R.A. m.fl., 2008 *OSOR guidelines public procurement and open source software*, IDABC Dissemination of Good Practice in Using Open Source Software (GPOSS).

man givetvis se till ett stort antal faktorer, stabiliteten på hyresmarknaden, sociala hänsyn och så vidare.

De flesta varaktiga avtalsrelationer för vid närmare betraktande med sig olika former av inlåsnings effekter - rättsliga, kommersiella eller till och med moraliska. Man kan som nyss nämnts studera marknaden för hyresavtal, såsom hyra av bostad eller av kommersiella lokaler, och de "inlåsnings effekter" som den rättsliga regleringen - inte minst hyresgästens besittningsskydd - på detta område för med sig. Ett intressant exempel på en typiskt sett varaktig avtalsrelation är franchiseavtal, där franchisegivaren och franchisetagaren hamnar inte bara i en rättslig inlåsnings, genom avtalsbildningen, utan även i en form av kommersiellt beroendeförhållande, som ofta för lång tid "låser in" parterna i en relation. Franchisetagaren är beroende av nyttjandet av franchisegivarens kunskap och anseende (genom varumärket) och franchisegivaren av en kontinuerlig tillströmning av franchiseavgifter. Det är således möjligt att skilja mellan rättsliga och kommersiella orsaker till inlåsnings i avtalsförhållanden.

Inom ramen för familjerätten ser man hur institutionen äktenskapet, i vart fall i vissa rättsordningar, mer eller mindre starkt låser in det gifta paret i en långvarig relation, exempelvis genom regler om betänketid vid äktenskapsskillnad. Här kan även, vid sidan av den rättsliga regleringen och de ekonomiska omständigheterna i en familj, samhällets moralbildning skapa en form av inlåsnings effekt. När man betraktar ett sådant "varaktigt avtalsinstitut" är det emellertid långt ifrån säkert att "inlåsnings effekten" från samhällsekonomisk synpunkt är en negativ effekt och om så skulle vara fallet, så kan de balanseras upp av samhällsekonomiska fördelar.

1.3.2 Behov av rättsliga justeringar

Även om det således, när man tar ett par steg tillbaka och begrundar en avtalsrelation från en samhällsekonomisk utgångspunkt, inte är givet att inlåsnings effekter, vare sig de är rättsliga, kommersiella eller har någon annan – såsom moralisk – grund, är att betrakta som negativa, så är det lika självklart att den begränsning av den fria marknadens mekanismer som en sådan inlåsnings för med sig kan vara oönskad, inte enbart från den (eller de) inlåsta partens sida, utan med hänsyn till marknaden och samhället i stort. Det kan därför finnas skäl att närmare analysera grunderna till inlåsnings effekterna och väcka frågan om en justering, exempelvis av de rättsregler som styr eller påverkar avtalstypen och därmed så att säga lägger fast spelplanen för marknadsområdet, är föranledd.

1.4 Grunderna för inlåsnings effekter i dagens IT-avtal

Inom ramen för denna undersökning studeras närmare grunden för inlåsnings effekter i anslutning till IT-avtal. En typisk situation är att beställaren gör en betydande initial investering i ett IT-system från en viss leverantör och därefter,

exempelvis när det gäller underhåll och uppgradering av systemet eller inköp av kompletterande hård- eller mjukvara, är bunden till att även fortsättningsvis använda samma leverantör. En liknande bundenhet uppstår normalt inte vid leverans av exempelvis en järnvägsräls. Här kan en betydande initial investering göras avseende rälsen, som därefter kan underhållas, uppgraderas och kompletteras genom beställningar från andra leverantörer.

De inlåsningseffekter som uppstår avseende IT-avtal har ett par grundläggande orsaker. För det första skapar leverantörens immateriella rättigheter och då särskilt upphovsrätten, som genom sin juridiska konstruktion ger upphovsrättshavaren en i princip fullständig ensamrätt till allt tänkbart förfogande avseende verket - enbart begränsad genom närmare i lag angivna undantag, en betydande inlåsningseffekt. Om inte annat avtalats har leverantören genom sin upphovsrätt en exklusiv rätt att underhålla och uppgradera systemet. Den upphovsrättsliga inlåsningseffekten förstärks genom att upphovsrättsliga avtal normalt tolkas till fördel för upphovsrättshavaren, bland annat genom en tillämpning av den så kallade specifikationsprincipen. En ytterligare förstärkning av inlåsningseffekten har uppstått på grund av den med tiden alltmer utvidgade möjligheten att patentera mjukvarurelaterade uppfinningar. Patenträtten, med dess skydd för underliggande idéer, kan således komma att förstärka leverantörens upphovsrättsligt skyddade position.

För det andra avser IT-avtal ofta komplexa tekniska lösningar, vilka sällan är särskilt anpassade av leverantören för beställarens särskilda behov. Behovet av leverantörens särskilda kunskap kan i sig, vid sidan av den immateriella ensamrätten, skapa en inlåsningseffekt.

1.5 Obalans i de upphovsrättsliga förutsättningarna

Inom ramen för detta arbete ifrågasätts om den upphovsrättsliga regleringen, inte minst hur upphovsrättsliga avtal behandlas i en rättslig kontext, exempelvis genom tolkning, är helt och hållet tillfredsställande. Upphovsrättens grundläggande ensamrättskonstruktion, och det sätt på vilket man juridiskt behandlar upphovsrättsliga avtal, har sin historiska grund i en situation där upphovsrättshavaren, exempelvis en enskild konstnär eller författare, var i en underlägsen ställning, både kommersiellt och när det gäller informationstillgång, i förhållande till en jämförelsevis stark marknadsaktör, såsom ett förlag.

1.5.1 Den upphovsrättsliga spelplanen

Vid tiden för utmejslandet av den upphovsrättsliga spelplanen hade domstolarna i sin rättstillämpning för ögon ett förhållande som skiljer sig betydligt från dagens diversifierade upphovsrättsliga marknad. Domstolarna torde inte ha utgått från dagens verklighet, med upphovsrättshavare som ofta är större IT-företag – vilka

automatiskt genom anställningsavtalen tillerkänns de immateriella tillgångar som skapas inom ramen för verksamheten - och är minst lika starka som sin motpart - beställaren. I kraft av sin speciella kompetens får upphovsrättshavaren idag till och med ofta ett övertag i avtalsrelationen. En annan viktig skillnad, när man jämför med den historiska utgångspunkten för upphovsrätten, är givetvis de möjligheter och problem som den digitaliserade marknaden skapar, exempelvis när det gäller frågor om exemplarframställning av datorprogram.

En viktig rättslig grund för den disposition av rättigheter som IT-avtalet medför är leverantörens upphovsrätt till mjukvaran.⁴ Genom en särskild juridisk konstruktion, tillämplig i Sverige och EU, uppstår upphovsrätten till datorprogram initialt hos de fysiska personer som skapar programmet, exempelvis personer som är anställda hos leverantören, men i dessa fall övergår upphovsrätten automatiskt till arbetsgivaren som en följd av anställningsförhållandet.⁵ Genom IT-avtalet disponerar leverantören över sin upphovsrätt på ett mer eller mindre omfattande sätt.

IT-avtal utgår normalt från en mer begränsad upplåtelse, det vill säga att beställaren får rätt att använda mjukvaran, kanske under en viss tidsperiod, men ibland kan det röra sig om en överlåtelse av upphovsrätten som sådan, på så sätt att beställaren genom avtalet övertar de ekonomiska rättigheterna - det vill säga rätten att framställa exemplar av programmet och att göra det tillgängligt för allmänheten. Den ideella delen av upphovsrätten, vilken inbegriper en rätt till namngivelse i enlighet med god sed och en rätt att förhindra kränkande ändringar av verket, stannar i princip alltid⁶ kvar hos upphovsrättshavaren.⁷ När det gäller just datorprogram följer dock av upphovsrättslagen att upphovsrätten i dess helhet, inbegripet även den ideella rätten, övergår till arbetsgivaren genom anställningsförhållandet. Även den ideella rätten kan således överföras från leverantören till beställaren.

En slutsats som dras i denna del är att den utgångspunkt vilken upphovsrättslagen utgår från, med en omfattande rätt för leverantören såsom upphovsrättshavare att kontrollera användningen av verket, exempelvis avseende frågor om

⁴ Givetvis kan leverantören ibland härleda sin rätt till ett tidigare led, så är exempelvis fallet när det rör sig om en svensk agent, återförsäljare, distributör eller någon annan form av mellanman, representerande ett utländskt programvaruföretag. Här talas något förenklat om leverantören.

⁵ Av 40 a § URL framgår att upphovsrätten till ett datorprogram, som skapas av en arbetstagare som ett led i hans arbetsuppgifter eller efter instruktioner av arbetsgivaren, övergår till arbetsgivaren, såvida inte något annat har avtalats.

⁶ Den ideella rätten kan upphovsmannen, enligt 3 § URL, "med bindande verkan eftergiva endast såvitt angår en till art och omfattning begränsad användning av verket".

⁷ Enligt 3 § URL gäller att "då exemplar av ett verk framställs eller verket göres tillgängligt för allmänheten, ska upphovsmannen angivas i den omfattning och på det sätt god sed kräver". När det gäller datorprogram, till skillnad från andra litterära verk såsom romaner och journalistiska artiklar, torde dock namngivelse sällan krävas. Vidare framgår av samma bestämmelse att "ett verk må icke ändras så, att upphovsmannens litterära eller konstnärliga anseende eller egenart kränkes; ej heller må verket göras tillgängligt för allmänheten i sådan form eller i sådant sammanhang som är på angivet sätt kränkande för upphovsmannen". Inte heller denna del av den ideella upphovsrätten, den så kallade respekträtten, torde normalt komma att aktualiseras när det gäller den litterära verkstypen datorprogram.

uppgradering, underhåll och service, stärkt av upphovsrättshavarevänliga tolkningsregler avseende upphovsrättsliga avtal, kan leda till rättsliga inlåsnings effekter på marknaden för IT-avtal. Dessa effekter upplevs inte bara som negativa från beställarens, så att säga privatekonomiska, perspektiv utan medför även – från ett strikt samhällsekonomiskt perspektiv – en form av obalans i avtalsrelationen, vilket kan skapa ett reellt marknadsproblem. Det torde dock finnas skilda sätt att motverka den nämnda obalansen och inlåsningsen.

Dels bör beställarna, exempelvis upphandlande myndigheter, sträva efter att optimera sin initiala ingång i avtalsrelationen med leverantören. Det är givetvis en fråga om information och kunskap, men klart är att en sådan optimering kan ske genom krav på öppna eller standardiserade mjukvarulösningar i den utsträckning som är teknisk möjlig och även krav på en vidare rätt för beställaren till förekommande proprietär programvara eller nyttjandet av denna. En sådan initial optimering kan också ske genom avtalstekniska lösningar, såsom klausuler avseende optioner på framtida avtal enligt vissa villkor.

Dels bör den rättsliga tolkningen, såväl av den upphovsrättsliga lagstiftningen som av de upphovsrättsliga avtalen, moderniseras på så sätt att den, i vart fall i viss utsträckning, lämnar den förlegade utgångspunkten i ett särskilt behov av skydd för upphovsrättshavaren såsom en svag avtalspart. Ett exempel är specifikationsprincipen, som bör falla tillbaka för de mer grundläggande tolkningsprinciperna på den allmänna avtalsrättsens område, när det gäller den ifrågasatt avtalstypen.

En sådan nyanserad syn på och tolkning av upphovsrätten till datorprogram och de avtal som rör IT-system står inte i strid med immaterialrättens grundläggande syfte, det vill säga att ge incitament till utveckling och skapande av de immaterialrättsligt skyddade objekten, exempelvis datorprogram och annan teknik. Upphovsrätten som sådan ifrågasätts inte, endast gränserna för dess kommersiella exploatering.

1.5.2 Standarder och open source

En empirisk studie, som genomförts inom ramen för detta arbete, visar att en betydande del av de myndigheter som beställer IT-system upplever att man ofta blir bunden till en viss leverantör av IT-system, med andra ord inlåst i avtalsrelationen med leverantören. Det framgår även av undersökningen att det kan finnas skilda orsaker till en sådan inlåsnings effekt. Ett grundläggande problem utgörs av förhållandet att beställarens initiala investering i ett IT-system medför att det blir kostsamt att byta till ett annat system, samtidigt som upphovsrätten till datorprogram och know-how avseende de tekniska lösningarna i det befintliga systemet i praktiken kan komma att ge leverantören exklusivitet till underhåll och uppgradering.

För att motverka sådana inlåsningseffekter kan beställare söka efter standardiserade lösningar och prioritera open source framför proprietär mjukvara. Standarder inom IT-området, oberoende av om de är rättsliga standarder – fastställda av vissa nationella, europeiska eller internationella organ – eller de facto standarder – utvecklade på internet eller IT-området i övrigt – har flera fördelar.⁸ Exempelvis leder öppna standarder⁹ ofta till ekonomiska stordriftsfördelar, lägre licensavgifter, ökade möjligheter till samverkan mellan olika system, lättare tillgänglig information för användarna och en förhöjd kvalitetsnivå avseende produkterna. Även de fördelar som finns från beställarsynpunkt med en användning av open source och det därigenom minskade beroendet av upphovsrättsligt skyddad mjukvara är uppenbara.¹⁰

Det är emellertid inte alltid möjligt, med hänsyn till de särskilda behov som kan komma att ställas på ett visst IT-system, att undvika specifikt utvecklad och anpassad mjukvara som är föremål för beställarens upphovsrättsliga skydd. Det är även svårt för beställaren, med hänsyn till begränsningar avseende information och kunskap, att optimera utformningen av upphandlingar på så sätt att öppna standarder¹¹ och open source får ett så stort utrymme som möjligt. Den empiriska studien visar att en ökad kunskap på beställarsidan och en ökad samverkan mellan beställare är nödvändiga komponenter i en strategi med syfte att minska beroendet av enskilda leverantörer.

1.6 Inlåsningseffekter och offentlig upphandling

Det kan uppstå en svårlöst konflikt mellan å ena sidan den rättsliga, tekniska eller kommersiella inlåsningseffekt som IT-leverantörens immaterialrätt och särskilda kunskap medför och å andra sidan de krav på oberoende och objektiv upphandling som exempelvis följer av lagen om offentlig upphandling.¹² Det kan vara mer eller mindre nödvändigt för beställare, som agerar under detta regelverk, exempelvis myndigheter, att göra gällande undantag från upphandlingsskyldigheten, exempelvis genom åberopande av särskilda skäl såsom ensamrätt, tekniska skäl

⁸ Se europeisk lagstiftning och riktlinjer på området, exempelvis Europaparlamentet och Rådets direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter och beträffande föreskrifter om informationssamhällets tjänster. För den framtida utvecklingen, se Kommissionens skrivelser Com (2011) 311, *A strategic vision for European standards: Moving forward to enhance and accelerate the sustainable growth of the European economy by 2020*, och Com (2011) 315, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European Standardisation etc.*

⁹ Se SOU 2009:86.

¹⁰ Standarder inom IT-området, oberoende av om de är formella standarder – fastställda av vissa nationella, europeiska eller internationella organ – eller standarder som utvecklats av väl ansedda konsortier (som exempelvis W3C) – har potentiellt flera fördelar. Exempelvis leder system baserade på öppna standarder till en minskad risk för olika typer av inlåsning och en stimulans av innovation (se exempelvis Lundell, a.a. 2012). Sådana system kan även ge ekonomiska stordriftsfördelar, lägre licensavgifter, ökade möjligheter till samverkan mellan olika system (genom att interoperabilitet mellan olika system underlättas av öppna standarder), lättare tillgänglig information för användarna och en förhöjd kvalitetsnivå avseende produkterna.

¹¹ Se SOU 2009:86.

¹² Se Europeiska Kommissionens Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (2011).

eller tilläggsbeställning, för att hålla sig kvar i relationen med en viss IT-leverantör. Så kan vara fallet när en stor initial investering har gjorts i ett visst IT-system och det därefter uppstår behov av underhåll, service, uppgradering eller komplettering av mjuk- eller hårdvara.

Om en upphandling ska göras, exempelvis när något sådant nämnt undantag inte kan göras gällande, kan det på grund av den ovan nämnda inlåsningseffekten vara nödvändigt för beställaren att inom ramen för upphandlingen utgå från närmare tekniska specifikationer, vilket i praktiken kan innebära att endast ett företag, den befintliga IT-leverantören, kan erbjuda de ifrågavarande produkterna eller tjänsterna. Även denna upphandlingsrättsliga gränsdragning, avseende möjligheten att ange närmare tekniska eller andra specifikationer, blir således av intresse för frågeställningen om inlåsnings effekter avseende IT-system.

2 Upphovsrätt, teknik och inlåsnings effekter

I detta avsnitt redogörs för upphovsrättens och teknikens påverkan på inlåsnings effekter vid upphandling av IT-system.

2.1 Den upphovsrättsliga bakgrunden

De upphovsrättsliga bestämmelserna rörande datorprogram är utformade i enlighet med europeiska direktiv.¹³ Enligt 1 § URL utgör datorprogram en speciell verkstyp inom litterära verk. Lagen definierar inte vad datorprogram är, något som torde kunna motiveras utifrån den snabba tekniska utvecklingen.¹⁴ Klart är att tekniken spelar stor roll när det kommer till vad i ett datorprogram som ska anses omfattat av det upphovsrättsliga datorprogrambegreppet.¹⁵ Den som skapat ett datorprogram är enligt 1 § p. 2 upphovsrättslagen den som erhåller upphovsrätt. Programmet erhåller upphovsrättsligt skydd under förutsättning att det är originellt i den betydelse att det är upphovsmannens egna intellektuella skapelse.¹⁶ Upphovsrätt ger upphovsrättshavaren ensamrätt att framställa exemplar och göra det upphovsrättsligt skyddade verket tillgängligt för allmänheten.¹⁷ Detta under förutsättning att datorprogrammet kan klassas som ett verk i upphovsrättslig mening. Skyddet uppkommer formlost i och med att verket har skapats.

Datorprogram erhåller ett starkare upphovsrättsligt skydd än andra verk. Detta då datorprogram ansetts vara speciellt känsliga för otillåtet bruk och investeringskostnaderna för att ta fram nya datorprogram ofta är höga. Marknaden för datorprogram är en kapitalintensiv marknad där varorna, d.v.s. datorprogrammen kan kopieras till så låga kostnader att de inte utgör ens en bråkdel av de utgifter som lagts ner på att ta fram programmet.¹⁸ Det förstärkta skyddet innebär bland annat att det inte finns någon rätt att framställa kopior av datorprogram för privat bruk, något som annars brukar tillåtas för upphovsrättsliga verk.¹⁹ Vidare innebär detta skydd även att spridningsrätten begränsas. Upphovsrättshavaren till datorprogram behåller en del av sin spridningsrätt även efter att exemplaren lovligen överlåtits.²⁰ Även för en rättmätig ägare till ett exemplar krävs tillstånd från rättsinnehavaren för uthyrning och

¹³ Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram, se även proposition 1992/93:48 om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m. s. 109.

¹⁴ Westman, D. och Lingberg, A., 2001. *Praktisk IT-rätt*, Norstedts Juridik, Stockholm, ISBN 91-39-00749-9, s. 226.

¹⁵ Wolk, S. 2011, *Det upphovsrättsliga programskyddets gränser*. NIR. 2011/3. s. 295.

¹⁶ Rosén, J., 2009. *Högsta domstolen och EU –domstolen om verkshöjd*. Analys. Infotorg.

¹⁷ 1 och 2 §§ URL.

¹⁸ Skäl 2 i ingressen till Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

¹⁹ Rosén, J, Rättsutlåtande 2008 11 04 och 2009 07 08, s. 3-4.

²⁰ Se 19 § URL. Upphovsrättslig konsumtion förutsätter att(om) exemplaren överlåtits inom EES-området.

utlåning, vilket således innebär att man inte får hyra ut eller låna ut exemplar av datorprogram, även om man har köpt ett exemplar av detta program.²¹

En central del av IT-systemet, som erhåller upphovsrättsligt skydd, är källkoden. Den kan upphovsrättsligt likställas med ett litterärt verk. Det som skyddas är källkodens format och uttryck. Källkodens funktion och bakomliggande idéer, förfaranden, tillvägagångssätt och matematiska begrepp som sådana skyddas emellertid inte.²² Upphovsrättskyddet för datorprogram täcker annorlunda formulerat kodens diverse former, men inte skärmbildsuttrycket.²³ Detta är helt i enlighet med upphovsrättens natur såsom ett formskydd som skyddar den personliga utformning upphovsmannen har gett verket.²⁴ Således utgör det immateriella skyddssystemet ett skydd endast för vissa delar av datorprogrammet.²⁵ Enligt 1 § 3 st. URL skyddas även programmets utseende och design. Så kallat förberedande designmaterial, såsom flödesscheman, diagram eller annat material som nyttjats för utvecklandet av ett datorprogram erhåller samma skydd som datorprogrammet.²⁶

IT-system kan vidare omfatta sammanställningar eller databaser, vilka åtnjuter skydd enligt det så kallade katalogskyddet.²⁷ Denna bestämmelse ger skydd åt sammanställningar av uppgifter. Sammanställningar eller databaser kan även åtnjuta skydd som verk,²⁸ men endast under förutsättning att verkshöjd (en tillräcklig grad av originalitet) föreligger.

Parterna kan avtala om att upphovsrätten ska övergå till beställaren så snart koden skapas eller vid en senare överenskommen tidpunkt.²⁹ Den ideella upphovsrätten, det vill säga rätten att motsätta sig kränkande ändringar av verket och att bli namngiven i enlighet med god sed, kan inte övergå till beställaren, men kan i viss utsträckning efterges av leverantören.³⁰

²¹ Se proposition 2004/05:110 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m. särsk. s 187 ff.

²² Artikel 2 i WIPOs fördrag om upphovsrätt, SÖ 2010:17 och artikel 9.2 i Trade-Related Intellectual Property Rights (Trips)-avtalet.

²³ Wolk. S. *Det upphovsrättsliga programskyddets gränser*. NIR. 2011/3. s. 297.

²⁴ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. Norstedts Juridik, s. 229.

²⁵ Honkasalo. P., 2011, *Kan man äga ett datorprogram?* NIR 2011/4. Sid 397.

²⁶ Öhlund. J. 2002. *Det upphovsrättsliga skyddet mot efterbildning av programvara*, Jure Förlag, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt nr 117, ISBN 9172231459, s. 26.

²⁷ 49 § URL.

²⁸ 1 § upphovsrättslagen.(URL).

²⁹ 27 § URL.

³⁰ 3 § 3 st. och 27 § URL.

2.1.1 Ensamrätten till datorprogram

Upphovsrättshavaren har ensamrätt att vidta vissa ändringar, framställa exemplar av datorprogrammet och att göra det tillgängligt för allmänheten. Exempelvis anses det som överföring till allmänheten att förmedla datorprogram i nätmiljöer.³¹ Denna omfattande ensamrätt kan skapa problem vid den praktiska användningen av datorprogram.³² För att kunna använda ett datorprogram gör datorn kopior av programmet. Dessa kopior lagras sedan i datorns arbetsminne. Med framställning avses varje direkt eller indirekt samt tillfällig eller permanent framställning av exemplar av verket, oavsett i vilken form eller med vilken metod den sker och oavsett om den sker helt eller delvis.³³ Därför kräver all användning som nödvändiggör lagring, överföring och körning av programmet tillstånd från upphovsrättshavaren. Det kan anses väl betungande, men det finns undantag.

2.1.2 Undantag från ensamrätten till datorprogram

I upphovsrättslagens andra kapitel finns undantag från upphovsmannens ensamrätt, som gör att man – trots att inget avtalats – kan använda datorprogrammet för sitt syfte. Det finns ett par undantag, vilka är tillämpliga på upphovsrätten till datorprogram.³⁴ Dessa undantag är något annorlunda än de som gäller för "vanliga" verk, eftersom all användning av ett datorprogram förutsätter reproduktion av programmet i datorns arbetsminne.³⁵ Syftet med undantagen är att möjliggöra för den som förvärvat ett exemplar av ett datorprogram att ändamålsenligt kunna använda detta.³⁶

Beställarens rätt att ändra i programvaran

Den som har förvärvat rätt att använda ett datorprogram får framställa exemplar och vidta ändringar i datorprogrammet om det är nödvändigt för programmets ändamålsenliga användning.³⁷ Det är därmed endast de som rättmätigen förvärvat rätten att använda datorprogrammet, genom exempelvis överlåtelse, upplåtelse eller arv, som har denna rätt. Det kan dock tänkas att det kan uppkomma situationer då rättighetsinnehavaren utan någon avgift ger bort exemplar av datorprogrammet men kräver betalning för lösenord. För att denna rätt att framställa exemplar och vidta ändringar ska gälla även för dessa kopior av programmet krävs det att exemplarägaren även erhållit lösenordet.³⁸ Detta undantag är nödvändigt, eftersom en användning av ett datorprogram normalt innebär att kopior framställs. Undantaget är dock begränsat på så vis att

³¹ Wolk. S. *Det upphovsrättsliga programskyddets gränser*. NIR. 2011/3. s. 291.

³² Mattson. D., *Lagkommentar till URL*, Thomson Reuters, samt 2 § URL.

³³ 2 § URL.

³⁴ 26 g-h §§ URL.

³⁵ Proposition 1988/89:85 om upphovsrätt och datorer. s. 31.

³⁶ Avtalsvillkor som inskränker beställarens rätt enligt 26 g-h §§ URL är att anse som ogiltiga.

³⁷ 26 g § URL.

³⁸ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt.*, s. 268.

exemplarframställningen måste vara nödvändig för att programmet ska kunna användas på ett ändamålsenligt sätt. Kopiorna får inte användas för andra ändamål.³⁹ Exempelvis får således återgivning i form av offentligt framförande inte ske utan tillstånd från rättighetsinnehavaren.⁴⁰

Även ändringar och rättelse av fel får vidtas om de är nödvändiga för att programmet ska kunna användas för dess avsedda ändamål. Programmet får även anpassas om det behövs för den medgivna användningen, liksom rättelse av fel, antingen dessa är "buggar" eller sådana som gör att programmet inte fungerar på det avsedda sättet. Om rättighetshavaren dock kände till datorprogrammets brister då avtalet ingicks torde denna ändringsrätt tolkas restriktivt.⁴¹

Ett ytterligare undantag rör rätten att framställa säkerhetsexemplar när det är nödvändigt. Syftet med detta undantag är att möjliggöra skydd mot risken att ett datorprogram utplånas av misstag eller skadas. Framställning av säkerhetsexemplar måste således ske endast i syfte att nyttja dessa kopior som säkerhet. Om originalet av datorprogrammet inte kan nyttjas får säkerhetskopior användas.⁴² Reglerna om brukskopior och ändringar/rättelser är dispositiva och kan avtalas bort, men regeln om säkerhetskopior är tvingande och kan därmed inte avtalas bort av parterna. Det innebär bland annat att den som upplåter en rätt för någon att använda ett datorprogram kan förbehålla sig rätten att vidta nödvändiga ändringar och rätta fel, men även att parterna kan avtala om en mer långtgående rätt. Intresset för rättighetshavaren att göra sådana möjliga begränsningar torde dock vara minimalt då hela syftet med förvärv eller upplåtelse är att ge kunden möjlighet att använda datorprogrammet.⁴³ Om nyttjandet sedermera skulle ske i strid mot en sådan avtalad snävare användningsrätt utgör inte detta något intrång i upphovsrätten utan är avtalsbrott.⁴⁴

Att ändringsrätten till datorprogram är restriktiv medför att leverantörerna på just denna marknad kan, lättare än leverantörer på andra marknader, tillförsäkra sig eftermarknaden, d.v.s. exempelvis se till att kunderna blir knutna till dem för tjänster rörande service, uppgraderingar och vidareutveckling.⁴⁵

Kravet på att framställningarna/ändringarna/rättelserna ska vara nödvändiga innebär att bestämmelsen inte kan åberopas som stöd för andra ändringar/rättelser eller för framställningar av fler exemplar. Att åtgärderna ska ske för det avsedda ändamålet innebär att de inte får ske för exempelvis användning i en annan dator än den för vilken det upplåtits, i ett annat sammanhang eller överlåtas till någon annan.⁴⁶ Rätten att använda brukskopior och säkerhetskopior upphör när rätten att

³⁹ Adamsson. P. m.fl., 2008, Lagkommentar, Lagarna inom immaterialrätten. Norstedts juridik.

⁴⁰ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. Norstedts Juridik, s. 269.

⁴¹ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. Norstedts Juridik, s. 270.

⁴² Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. Norstedts Juridik, s. 269.

⁴³ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. Norstedts Juridik, s. 269.

⁴⁴ Olsson. H., 2006, Lagkommentar, Upphovsrättslagstiftningen. Norstedts juridik.

⁴⁵ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. Norstedts Juridik, s. 270.

⁴⁶ Olsson. H., Lagkommentar, Upphovsrättslagstiftningen.

använda programmet upphör.⁴⁷ Därmed måste alla framställda brukskopior och säkerhetsexemplar utplånas när licensen för programmet går ut.⁴⁸

Den som har förvärvat en rätt att använda ett datorprogram får även undersöka eller prova programmets funktion för att fastställa de idéer och principer som ligger bakom programmet. Det kallas även för *reverse engineering*. Denna rätt omfattar endast studie och prövning av programmets funktioner. Åtgärderna är endast lovliga under förutsättning att de sker vid ett sådant förfogande (laddning, visning på skärm, körning, överföring eller lagring av programmet) som användaren har rätt att utföra. Någon särskild kopia för detta ändamål får därmed inte framställas. Bestämmelsen om reverse engineering är tvingande och kan inte avtalas bort.⁴⁹ Att notera är att denna rätt inte inskränker upphovsrätten, utan tillser att kundens rätt i dessa hänseenden inte kan inskränkas genom avtalsvillkor. Sådana begränsande villkor anses ogiltiga.⁵⁰

En användare får även vidta alla sådana förfoganden över en sammanställning, vilka är nödvändiga för att sammanställningen ska kunna användas för sitt ändamål. I det ingår bland annat rätten att framställa kopior av sammanställningen. En användning för andra ändamål än det avsedda omfattas emellertid inte av bestämmelsen.

Särskilt om dekompilering

Den som har rätt att använda datorprogrammet får återge och översätta datorprogrammets kod (dekompilering⁵¹) om det är nödvändigt för att uppnå samverkansförmåga mellan det ifrågavarande programmet och ett annat program.⁵² Bakgrunden till bestämmelsen är att de idéer och principer som ligger bakom ett datorprogram inte är upphovsrättsligt skyddade, men för att kunna undersöka dessa måste vidtas åtgärder (dekompilering) som kan utgöra upphovsrättsintrång.⁵³ För att nå dessa delar som inte skyddas av upphovsrätten, exempelvis programmets gränssnitt, kan det vara nödvändigt att omvandla maskinkoden till källkod, det är detta förfarande som menas med dekompilering.⁵⁴ En förutsättning för att detta undantag ska vara tillämpligt är att informationen som blir tillgänglig är nödvändig för att uppnå samverkansförmåga mellan programmet och ett annat program. Åtgärderna får emellertid inte vidtas i syfte att skapa ett nytt program. Om syftet med dekompileringen inte till en början är att skapa ett nytt program så är det i och för sig möjligt att skapa datorprogram som ett resultat av en dekompilering, men då endast under förutsättningen att det nya datorprogrammet inte medför intrång i upphovsrätten till det dekompilerade

⁴⁷ Adamsson. P. m.fl., Lagkommentar, Lagarna inom immaterialrätten.

⁴⁸ Olsson. H., Lagkommentar, Upphovsrättslagstiftningen.

⁴⁹ Olsson. H., Lagkommentar, Upphovsrättslagstiftningen.

⁵⁰ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. Norsteds Juridik, s. 270- 271.

⁵¹ Översättning av ett datorprograms objektкод (maskinläsbar) till källkod (skriven), se prop. 1992/93:48 s. 129-130.

⁵² Enligt 26 h § URL.

⁵³ Prop. 1992/93:48 s. 129-130.

⁵⁴ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. Norsteds Juridik, s.271.

programmet.⁵⁵ D.v.s. det som skyddas är endast programmets form, den kod programmet är skrivet i och således står det fritt för annan att skapa ett nytt program med samma funktioner, under förutsättning att det har en annan form, d.v.s är skrivet i en annan kod. Tillgång till källkoden gör denna process förhållandevis enkel. Detta begränsade skydd har varit föremål för debatt, men vikten av att möjliggöra samverkansförmåga har ansetts väga tyngre då olika standarder för gränssnitt annars skulle kunna skapa konkurrenshinder.⁵⁶

De nyss nämnda dekompileringsåtgärderna ska utföras av någon som har rätt att använda programmet eller fått det i uppdrag av den som har en sådan rätt. Informationen får inte heller vara lättillgänglig på annat sätt.⁵⁷ Det som får dekompileras är endast de delar av originalprogrammet som är nödvändiga för att uppnå avsedd samverkansförmåga. Informationen får inte överlämnas till andra personer om inte detta är nödvändigt för att uppnå avsedd samverkansförmåga. Vidare får informationen inte användas till utveckling, tillverkning eller marknadsföring av ett datorprogram som har en mycket likartad uttrycksform jämfört med det skyddade programmet. Slutligen gäller att informationen inte heller får användas för andra ändamål som utgör intrång i upphovsrätten.⁵⁸ Detta undantag, rätten till dekompilering, är tvingande och parterna kan därmed inte genom avtal inskränka rättigheten.

Att notera är vidare att bestämmelserna i 26 g och 26 h §§ även är tillämpliga på verk som är integrerade i datorprogrammet, såsom exempelvis bilder. Detta är betydelsefullt då datorprogram till stor del levereras med andra integrerade verk.⁵⁹

I *WPL-målet* (2012) behandlade EU-domstolen omfattningen av det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram och utvecklade härvid dels principen att upphovsrätten inte omfattar bakomliggande idéer, dels principen att dekompileringsrätten är tvingande.⁶⁰ Målet rörde en tvist mellan SAS Institute Inc ("SAS") och World Programming Ltd ("WPL"). SAS är ett företag som utvecklar analytisk mjukvara. Under en period om 35 år hade SAS utvecklat en grupp datorprogram, SAS-systemet, skrivet i SAS-systemets eget programspråk, SAS-språk. WPL ansåg att det fanns en efterfrågan för alternativa program i SAS-språk och utvecklade därför självständigt ett system som liknade SAS-komponenternas funktion i så stor utsträckning som möjligt. Det innebar att användare i WPL:s system kunde använda skript, som de utvecklat, i syfte att använda tillsammans med SAS-systemet. SAS menade att WPL begått intrång i företagets upphovsrätt till datorprogrammen och dess tillhörande användarhandledningar. EU-domstolen fastslog att varken ett datorprograms funktion eller dess programspråk och

⁵⁵ Prop. 1992/93:48 s. 130.

⁵⁶ Prop. 1992/93:48 s. 129 f.

⁵⁷ Adamsson. P. m.fl., Lagkommentar, Lagarna inom immaterialrätten.

⁵⁸ Olsson. H., Lagkommentar, Upphovsrättslagstiftningen.

⁵⁹ Westman. D. Lingberg. A. *Praktisk IT-rätt*. s. 269.

⁶⁰ WPL-målet (mål C 406/10 angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av High Court of Justice (England & Wales), Chancery Division (Förenade kungariket) genom beslut av den 2 augusti 2010, som inkom till domstolen den 11 augusti 2010, i målet).

filformat är upphovsrättsligt skyddat. Idéer är nämligen inte skyddade av upphovsrätt.

EU-domstolen följde generaladvokaten Bots yttrande. Generaladvokaten ansåg att ett vidsträckt upphovsrättsligt skydd, i linje med kärandens argumentation, vore detsamma som att möjliggöra monopolisering av idéer och att detta i så fall skulle vara på den tekniska och industriella utvecklingens bekostnad.⁶¹ Domstolen konstaterade att dekompileringsrätt föreligger och att upphovsrättsinnehavaren inte genom licensavtal kan skydda ett datorprogramms bakomliggande idéer och principer.⁶² Domstolen framhöll dock att denna rätt inte innebär att den erhållna informationen får användas för att kopiera datorprogrammet, eller för att vidta andra åtgärder som utgör intrång i upphovsrätten.⁶³ Domstolen konstaterade vidare att återgivning av detaljer i ett datorprogram, eller i en användarhandledning till detta program, som beskrivits i ett annat datorprogramms användarhandledning, kan utgöra intrång i upphovsrätten till den sistnämnda handledningen.⁶⁴ WPL-målet utgör ett indirekt erkännande av att datorprogram skiljer sig från andra upphovsrättsligt skyddade verk. Detta dels då datorprogram är maskinprocesser, men även eftersom skyddet av dem kan leda till konkurrensrättsliga begränsningar och ineffektivitet.⁶⁵ Domstolen klargjorde också tydligt att det inte går att begränsa den lagenliga rätten att dekompilera datorprogram genom licensavtal. Sådana avtal är ogiltiga.⁶⁶

Domstolen framhöll emellertid att även om dekompilering och studier av idéer i sig inte får begränsas genom avtal, så begränsar ändå licensen de metoder som får användas vid dekompilering och studier. Licenstagaren måste nämligen alltid hålla sig till de metoder som licensen ger rätt till. Som exempel kan nämnas en licens som låter licenstagaren ladda, visa, köra samt skapa tillfälliga kopior av programmet, fast med begränsningen att programmet inte får lagras på UNIX-serverar. Som ett led i att dekompilera programvaran får en licenstagare följaktligen ladda, visa, köra och skapa tillfälliga kopior av programmet. Licenstagaren får dock inte, även om detta sker i syfte att dekompilera programvaran, kopiera programmet till en UNIX-server.

Viktigt att notera är att de rättigheter som anges i undantagsbestämmelserna i 26 g och 26 h §§ URL inte utan tillstånd från upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare kan överföras till tredje man. Det innebär att den som bearbetar och uppdaterar ett datorprogram måste härleda sin rätt till detta från

⁶¹ Se dom i WPL-målet p. 39-46.

⁶² Se dom i WPL-målet p. 51-54.

⁶³ Se dom i WPL-målet p. 60.

⁶⁴ Se dom i WPL-målet p. 70.

⁶⁵ Derclaye. E., *The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?* E.I.P.R. 2012, nr 34(8), s. 565-572.

⁶⁶ Derclaye. E., *The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?* E.I.P.R. 2012, nr 34(8), s. 7-8.

upphovsmannen eller dennes rättsinnehavare.⁶⁷ Notera vidare att lovliga och överlåtna kopior av datorprogrammet får säljas vidare.⁶⁸

Källkod kan komma att skyddas som företagshemlighet enligt Lagen om skydd för företagshemligheter. Källkoden får i sådant fall ett utökat skydd utöver upphovsrättsskyddet. Även om källkoden är att klassa som företagshemlighet i lagens mening är de tvingande undantagen i 2 kap URL fortfarande tillämpliga.

Undantagen från upphovsrättshavarens ensamrätt till datorprogram i upphovsrättslagens 26 § härrör från europeisk rätt. När Sverige den 1 januari 1994 anslöt till EES-avtalet⁶⁹ anpassades 26 g §⁷⁰ i enlighet med EG:s direktiv om skydd för datorprogram⁷¹ och flyttades då till 11 a §, för att slutligen hamna i nuvarande paragraf.⁷² Rätten att framställa säkerhetskopior är grundat i det europeiska databasdirektivet.⁷³ Rätten att undersöka datorprogram, reverse engineering, infördes även det i syfte att uppfylla kraven i direktivet.⁷⁴ Även regeln om rätt att nyttja sammanställningar på visst sätt infördes som en anpassning till direktivet. I överensstämmelse med övriga anpassningar som skett av lagen till detta direktiv, så har regeln om sammanställningar inte begränsats till databaser utan är tillämplig på alla sammanställningar.

26 h § rörande dekompilering av datorprogram bygger på artikel 6 i det europeiska softwaredirektivet.⁷⁵ När Sverige tillträdde EES-avtalet infördes regeln först i 11 b § URL. I softwaredirektivet anges att, i överensstämmelse med Bernkonventionen⁷⁶, får bestämmelsen, artikel 6, inte tolkas på sådant sätt att det otillbörligt skadar rättsinnehavarens legitima intressen eller är i konflikt med ett normalt bruk av datorprogrammet. I propositionen bakom införandet av den svenska bestämmelsen⁷⁷ stadgas att regeln i direktivet är en tolkningsregel, och behöver som sådan inte införlivas med upphovsrättslagen. Tolkningsregeln har därmed inte införts i svensk lagtext. Dock är det viktigt att vid rättstillämpning ha i åtanke den restriktiva tolkning som ska ges åt direktivets bestämmelser, och därmed även de nationella bestämmelser som införlivas i syfte att implementera direktivet.

⁶⁷ Rättsutlåtande Jan Rosén 2008 11 04 och 2009 07 08, s. 6.

⁶⁸ 19 § URL.

⁶⁹ Avtalet om det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

⁷⁰ Då 40 a § URL.

⁷¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

⁷² Adamsson. P. m.fl., Lagkommentar, Lagarna inom immaterialrätten.

⁷³ Artikel 5.2.

⁷⁴ Artikel 5.3.

⁷⁵ Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

⁷⁶ Artikel 9.2 i Bernkonventionen som innehåller begränsningar i konventionsstaternas möjlighet att göra inskränkningar i rätten till mångfaldigande av skyddade verk.

⁷⁷ Proposition 1992/93:48, s. 131.

2.2 IT-avtalets förutsättningar

IT-avtalet fungerar ofta som en form av styrdokument, vilket kan underlätta användarens nyttjande av systemet. Det är viktigt att avtalet utformas på ett klart och tydligt sätt, så att inte svåra frågor om tolkning uppstår. Väl fungerande och rätt anpassade tekniska lösningar är viktiga för företag och myndigheter i dagens informationssamhälle. Komplexa och avancerade IT-system underlättar driften av verksamheten och gör den mer effektiv.

Relationen mellan å ena sidan leverantören av ett IT-system och å andra sidan det företag eller den myndighet som ska nyttja systemet blir ofta långvarig. IT-systemet anpassas ofta för en specifik användning och implementeringen av ett visst system kan kräva omfattande förstudier. Verksamheten kan också komma att anpassas efter det valda systemet.

De investeringar som görs vid valet, förvärvet och implementeringen av ett IT-system innebär att användaren inte gärna vill byta system eller leverantör alltför ofta. Mot den bakgrunden blir det avtal som reglerar förhållandet mellan IT-leverantören och företaget eller myndigheten, det vill säga IT-avtalet, av stor betydelse. Det ska ofta gälla under lång tid och avser en rätt att använda lösningar som ofta är såväl komplexa från teknisk synvinkel som nära anpassade för en viss verksamhet.

2.2.1 IT-avtalets rättsliga grunder

IT-avtalet grundar sig ytterst på ett förfogande över vissa immateriella rättigheter, primärt upphovsrätt. Datorprogram skyddas immaterialrättsligt i första hand av upphovsrätt, även om en teknisk lösning, i vilken ett datorprogram ingår som en beståndsdel, även kan skyddas som en uppfinning av patenträtt.⁷⁸ Till skillnad från upphovsrätten, vilken i EU är helt formlös, kräver patenträtten en registreringsåtgärd. Patenträttens stränga krav på global och objektiv nyhet samt uppfinningshöjd skiljer den även från upphovsrättens lägre ställda krav på subjektiv nyhet, det vill säga att den är ny för upphovsrättshavaren själv. Datorprogram som sådana kan inte heller patenteras, de kan endast utgöra en del av en patentbar uppfinning, vilken inbegriper även andra komponenter. Patenträtten kan således endast sägas utgöra en komplettering av det grundläggande upphovsrättsliga skyddet för datorprogram.

Vid sidan av de upphovs- och patenträttsliga skydden för datorprogram kan de kännetecken, det vill säga varumärken eller firmanamn, vilka används av en IT-leverantör åtnjuta immaterialrättsligt skydd genom varumärkes- och firmarätt. Ett IT-avtal kan således inte enbart komma att reglera rätten att använda

⁷⁸ Se exempelvis i doktrinen, Bernitz. U. m.fl., 2011, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Jure förlag, ISBN 97989172234642, och Levin. M., 2011, *Lärobok i immaterialrätt*, Norstedts Juridik, ISBN 9789139205500.

upphovsrättsligt och/eller patenträttsligt skyddade datorprogram och andra tekniska lösningar, utan även rätten att använda vissa kommersiella kännetecken, såsom varumärken eller firmor.

Ett IT-avtal omfattar normalt inte endast ett immaterialrättsligt förfogande, utan sträcker sig även till åtaganden från leverantörens sida, vilka avser underhåll, service, uppgradering med mera. En annan viktig del av avtalet, vilken i och för sig berör det immaterialrättsliga förfogandet, utgörs av regleringen av användarens rätt att på egen hand utföra sådana åtgärder (underhåll, service, uppgradering med mera) själv eller genom annan.

När det gäller förfogandet av de rättigheter, primärt upphovsrätt, vilka utgör grunden för IT-avtalet, så kan det ibland – men inte alltid – leda fel att tala om en övergång av äganderätt. Det rör sig ofta istället bara om en rätt att nyttja ett visst program. Omfattningen av överenskommelsen är givetvis upp till parterna och ibland rör det sig om en fullständig övergång av äganderätten, till exempel till ett visst datorprogram, medan det i andra fall endast rör sig om en begränsad rätt att använda detta program.

2.2.2 IT-avtalet – en sammansatt avtalskonstruktion

När ett företag eller en myndighet beställer ett IT-system av en leverantör, utvecklas ofta systemet efter beställarens närmare önskemål och specifika behov. Det kan således röra sig om en mer eller mindre skraddarsydd produkt, ett individuellt utformat objekt. Det ifrågavarande objektet för IT-avtalet omfattar normalt inslag av både vara och tjänst. Ett avtal om leverans av ett IT-system kan innehålla moment av köp (till exempel maskinvara), nyttjanderätt (till exempel mjukvara) och konsulttjänst (till exempel utarbetning av ett visst system och anpassning, service och uppdatering av detta inom ramen för beställarens särskilda verksamhet).⁷⁹

Om någon fråga inte reglerats i avtalet eller om någon klausul är oklar får avtalet fyllas ut eller tolkas. Stöd kan hämtas från närliggande dispositiva lagar, såsom upphovsrättslagen och köplagen, men även från partsbruk, handelsbruk, standardavtal inom området samt från allmänna avtalsrättsliga principer.⁸⁰

Man kan således, från rättslig synpunkt, tala om IT-avtalet som en "hybrid" med inslag av såväl köp, som tjänst och därtill nyttjanderätt. Med utgångspunkt från den immaterialrättsliga lagstiftningen kan köplagens principer komma att gälla, omedelbart – vid köp av en produkt – eller analogt, vid utförandet av en kommersiell tjänst eller när det är fråga om nyttjanderätt. Med tanke på IT-avtalets

⁷⁹ Lindberg, A., 2005, *IT-avtal, en djungel*, Pointlex Legala Affärer, 2005 nr 6.

⁸⁰ Viss ledning kan även hämtas från internationella principer och modellagar, exempelvis PECL, UNIDROT Principles och DCFR.

karaktär, som en sammansatt avtalskonstruktion, får man nog utgå från att den köprättsliga bedömningen vid en tvist mellan beställare och leverantör snarare blir analog än omedelbar.

IT-avtalet baseras normalt på ett förfogande över rätten till viss mjukvara. Denna mjukvara innehåller den information som är föremål för upphovsrätt. Den består inte bara av ett datorprogram, utan även av teknisk information samt dokumentation som är nödvändig för att stödja och underhålla programvaran, teknisk know-how och eventuella databaser. Datorprogrammet består av en text med programkoder som ger instruktioner till datorn, så kallad källkod. Källkoden kompileras till maskinkod,⁸¹ som datorn läser av, och skapar datorprogrammets funktion och utseende. Genom upphovsrätten erhåller den som skapat källkoden ett rättsligt skydd.⁸²

2.2.3 Avtalsparternas skilda intressen

En vanlig lösning är att beställaren får en långtgående nyttjanderätt till mjukvaran, men att upphovsrätten ligger kvar hos leverantören. Nyttjanderätten kan kombineras med andra åtaganden, exempelvis en konkurrensklausul vilken hindrar leverantören att förse beställarens konkurrenter med mjukvaran och ett åtagande för leverantören att svara för underhåll och uppdatering.⁸³

Beställaren vill ibland att hela resultatet av leverantörens arbete vid framtagandet av ett IT-system, inbegripet källkoden, ska övergå genom IT-avtalet. För att kunna använda IT-systemet är det normalt nödvändigt att beställaren får tillgång till programkod och teknisk information, det vill säga maskinkod. Det är inte möjligt att läsa maskinkod, så som man kan läsa källkod, eftersom den är i binär form. Ibland vill dock beställaren ha tillgång till såväl källkod som maskinkod för att underlätta ändringar och vidareutveckling av IT-systemet. Beställaren vill gärna försäkra sig om att underhåll och utveckling är möjligt, även om leverantören skulle försvinna från marknaden eller om avtalet med leverantören skulle upphöra.

Det är inte säkert att det är nödvändigt, från beställarens synvinkel, att kräva äganderätt till resultatet av leverantörens arbete, inbegripet käll- och maskinkod. Det kan vara tillräckligt med en dispositionsrätt.⁸⁴ En sådan lösning, baserad på dispositionsrätt och inte en fullständig övergång av äganderätt, gör att leverantören kan använda resultatet av arbetet även i förhållande till andra kunder. Ibland vill emellertid inte leverantören ge beställaren ens en fri dispositionsrätt till resultatet av arbetet med IT-systemet, utan förbehåller sig rätten att svara för arbete med uppgradering och vidareutveckling av programvaran. I egenskap av upphovsrätts-havare är det ju leverantören som, om man inte har avtalat på annat sätt, har

⁸¹ Denna är skriven i binär form och består således endast av siffrorna 1 och 0.

⁸² Regleringen av immateriella rättigheter i dagens IT-avtal, s. 5.

⁸³ Westman, D., 2004, *Upphovsrätt, tillgång till källkod och rätt att ändra i datorprogram*. Lov & Data 2004, nr 17. s. 17.

⁸⁴ Westman, D., 2004, *Upphovsrätt, tillgång till källkod och rätt att ändra i datorprogram*. Lov & Data 2004, nr 17. s. 17.

ensamrätt till sådana förfoganden.⁸⁵ Från leverantörens synvinkel innebär det att konkurrenter inte kan gå in och uppgradera eller vidareutveckla programvaran. Det skulle givetvis vara negativt för leverantören, som både skulle förlora arbete till sina konkurrenter och även ge dessa en möjlighet till insyn i leverantörens programvara.

I 27-29 §§ URL återfinns bestämmelserna som reglerar upphovsrättens övergång. Dessa regler är dispositiva och avtalsfrihet gäller. En överlåtelse (upplåtelse eller övergång) kan ske helt eller delvis, samt kan begränsas både i tid och rum, men även andra villkor kan ställas.⁸⁶ Om parterna inte uttryckligen kommit överrens om annat har beställaren inte rätt att ändra i källkoden eller överlåta den vidare. Detta gäller även om beställaren har erhållit äganderätt till källkoden, se 28 § URL. Om rättigheterna ingår i beställarens rörelse och hela eller delar av rörelsen överläts görs dock undantag.⁸⁷

Vid sidan av lösningar baserade på övergång av äganderätt till ett IT-system eller dispositionsrätt avseende detta, kan man tänka sig skilda kompromisser. En sådan kan vara att källkoden deponeras hos tredje man och att beställaren under vissa förutsättningar, exempelvis leverantörens konkurs, får tillgång till denna.⁸⁸ Denna metod är endast ändamålsenlig för de fall då beställaren erhållit nyttjanderätt. Nackdelen med denna metod är att det ofta är kostsamt. En annan kan vara att avtalslösningar vilka bygger på att beställaren får royalty för det fall att leverantören använder systemet i förhållande till andra kunder eller vidareutvecklar det i något annat sammanhang. Sådana lösningar torde skapa särskilda krav på klarhet och tydlighet vid avtalsskrivandet.⁸⁹

En alternativ avtalslösning utgörs av så kallade agila leveranser. Med det menas att systemet utvecklas genom en process som består av utvärdering och godkännande i flera etapper, systemet anpassas således löpande. Delförslag ges till motpart i denna process som bygger på dialog mellan parterna.⁹⁰ Det som eftersträvas är flexibilitet och det man vill motverka är rigiditet.⁹¹ Således är rörlighet något som särskiljer denna metod. Den agila leveransen anpassar sig utefter oförutsedda händelser och annan påverkan medan traditionell leverans strävar efter att hålla sig till en plan. Vidare ses förändring som något positivt som ger mer information, vilket i sin tur leder till att en bättre produkt kan levereras. I agila metoder anpassas planeringen utefter de förändringar som sker, medan traditionella leveranser snarare kan visa tendenser att försöka anpassa verkligheten till planen.⁹² På så vis

⁸⁵ Westman, D., 2004, *Upphovsrätt, tillgång till källkod och rätt att ändra i datorprogram*. Lov & Data 2004, nr 17. s. 17.

⁸⁶ Mattson, D., *Lagkommentar till URL*, Thomson Reuters.

⁸⁷ Andreasson, J., 2010, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet, en förmögenhetsrättslig undersökning*, Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2010 Skrift 6, s. 52.

⁸⁸ Westman, D., 2004, *Upphovsrätt, tillgång till källkod och rätt att ändra i datorprogram*. Lov & Data 2004, nr 17. s. 17.

⁸⁹ Nyhlén, J. Åberg, J., 2004, *Håll koll på IT och IP vid förvärv*. PointLex Legala Affärer, 2004 nr 4.

⁹⁰ Lindberg, A. Kahn, J. Krouthén, B., 2009, *IT-avtal –Särskilt om outsourcing*. Norstedts juridik, ISBN 9789139014232, s. 53.

⁹¹ Engwall, E. Jacobsen, B., 2007, *Agil systemutveckling –En jämförelse mellan den agila traditionella projektledaren*, s. 2.

⁹² Engwall, E. Jacobsen, B., *Agil systemutveckling –En jämförelse mellan den agila traditionella projektledaren*. s. 20.

säkras man en ändamålsenlig slutprodukt.⁹³ Eftersom det rör sig om ett samarbete som utvecklas kontinuerligt kan en på förhand fastställd kravspecifikation svårligen upprättas. Det blir även svårt att jämföra anbuden. Därför passar inte denna metod för alla upphandlingar.

Vissa skrivningar i avtal avseende IT-system kan vara mycket gynnsamma för beställaren, exempelvis att "arbetets resultat i dess helhet och samtliga immateriella och marknadsrättsliga rättigheter, inbegripet upphovsrätt och patenträtt, som uppstår vid arbetets utförande, tillfaller beställaren oinskränkt och med full äganderätt, oavsett form eller medium." Det bör i och för sig uppmärksammas att vissa rättigheter, t ex den ideella delen av upphovsrätten (upphovsrättshavarens rätt att motsätta sig kränkande ändringar och att få sitt namn angivet i enlighet med god sed), inte kan avtalas bort, utan genom lag är fast bundna till upphovsrättshavaren. Beställarens ställning kan ytterligare stärkas med garantier, genom vilka leverantören försäkras att tredje mans rättigheter inte kränks genom IT-systemet och dess nyttjande, det vill säga att beställaren kan använda systemet utan att göra intrång i någon annans immateriella rättigheter.⁹⁴

2.3 Tolkning av IT-avtal

I detta avsnitt redogörs för hur IT-avtal ska tolkas, särskilt i ljuset av den upphovsrättsliga specifikationsprincipen.

2.3.1 Utgångspunkter för tolkningen

Om parterna är oense om den närmare innebörden av IT-avtalet, exempelvis om beställaren menar att upphovsrätten till programvaran har överlåtits, medan leverantören gör gällande att det endast rör sig om en begränsad upplåtelse av nyttjanderätt, får avtalet tolkas i enlighet med de tolkningsregler som gäller enligt svensk rätt - givet att man inte kommit överens om att annan lag ska gälla. Den svenska tolkningsläran är inte fäst i lag, utan följer av domstolarnas rättspraxis och den doktrin som utarbetats under lång tid i den juridiska litteraturen.

Parternas avsikt

Tolkningen av ett avtal enligt svensk rätt utgår från parternas avsikt med avtalet, man brukar tala om den "gemensamma partsavsikten". En sådan är emellertid ofta svår att fastställa när parterna har hamnat i en tvist om avtalets innebörd. Enligt en särskild tolkningsprincip om ond tro får man även ta hänsyn till om den ena parten har varit i ond tro om den andre partens avsikt med avtalet. Om det exempelvis måste ha stått klart för leverantören att beställarens avsikt var att upphovsrätten

⁹³ Beck. K. m.fl. (2001), Manifest för Agil systemutveckling (Elektronisk). Tillgänglig: <http://www.agilemanifesto.org/iso/sv/> (2012-08-28).

⁹⁴ Från avtal mellan Apple Computer International och Lunds Universitet m.fl.

skulle överlåtas, då ska avtalet tolkas därefter. Ett praktiskt värdefullt råd är att i avtal om IT-system i en särskild inledning eller ingress tydligt klargöra bakgrunden till avtalet och parternas avsikt med detta. Ett sådant inledande avsnitt kan sedan underlätta en tolkning av avtalets närmare innebörd.

Avtalets ordalydelse

Vid sidan av frågor om parternas avsikt är givetvis avtalets ordalydelse styrande för tolkningen av avtalet. Det är emellertid just när man har skrivit något på ett oklart sätt, formuleringen är inte helt klar eller tydlig, eller kanske inte alls har skrivit något avseende en viss fråga, exempelvis glömt att klargöra om det rör sig om en fullständig överlåtelse eller bara om en begränsad upplåtelse, som tvister om avtals närmare innebörd uppstår. Ledning kan då, enligt svensk tolkningslära, hittas i branschpraxis eller kanske praxis mellan parterna - om dessa har haft med varandra att göra tidigare. När det gäller branschpraxis kan förekomsten av standardavtal få betydelse vid tolkningen.⁹⁵ Innehållet i standardavtal kan i viss utsträckning ge stöd och tjäna som vägledning vid avtalstolkningen. Inom området för IT-avtal är exempel på standardavtal IT-Projekt 2008, Avtal 90 och Internetprojekt version 2008.⁹⁶

Övriga principer

I sista hand avgörs frågor om avtalstolkning enligt vissa gamla rättsliga principer, vilka ibland går så långt tillbaka som till den romerska rätten. Ett välkänt exempel på en sådan princip är oklarhetsregeln, enligt vilken en oklarhet i avtalet faller tillbaka på den part som utformat avtalet. Enligt gällande svensk rätt är det i och för sig endast undantagsvis, när den ena parten helt och hållet ensidigt har skrivit avtalet (exempelvis vid användning av standardavtal i konsumentförhållanden), som denna regel tillämpas.

Enligt en annan princip, den så kallade minimumregeln, kan den part som beställer en naturaprestation, när det gäller IT-avtal således beställaren, få en viss nackdel vid tolkningen av avtalet i förhållande till den part som endast ska betala ett belopp i pengar, när det gäller IT-avtal således leverantören. Tanken är att den som beställer en viss prestation i natura också ska på ett tydligt sätt förklara exakt vad det är som beställs. Om exempelvis beställaren av ett stengolv är oklar eller ofullständig när det gäller färg och materialval, så kan det vara svårt att komma med invändningar mot det stengolv som sedan kommit att läggas av leverantören.

⁹⁵ Se Bernitz, U., 2008, *Standardavtalsrätt*, Norstedts juridik, ISBN 9789139204930.

⁹⁶ Ramberg, J., Ramberg, C., 2010, *Allmän avtalsrätt*, Norstedts juridik, ISBN 9789139205081, s. 155.

2.3.2 Särskilt om specifikationsprincipen

En tolkningsprincip som har särskild betydelse för IT-avtal är den så kallade specifikationsprincipen.⁹⁷ Det är en speciell upphovsrättslig tolkningsregel, som ansluter nära till den nyss nämnda minimumregeln. Eftersom IT-avtal ofta baseras på ett upphovsrättsligt förfogande, där leverantören disponerar över sin upphovsrätt till programvara och annat material, kommer specifikationsprincipen att få betydelse när det gäller att bestämma den närmare innebörden av avtalet. Enligt principen, som ännu inte är lagfäst (även om det finns ett sådant lagförslag i den senaste upphovsrättsutredningen) övergår upphovsrätten endast i den omfattning som tydligt framgår av avtalet. Principen kommer till uttryck genom förarbetena till upphovsrättslagen och gäller i princip för alla upphovsrättsliga avtal (inklusive IT och systemleveransavtal). Den är uttryckligt lagstadgad i dansk och norsk lag.⁹⁸

För att förstå specifikationsprincipen är det viktigt att förstå upphovsrättens systematik. Upphovsrätten utgår från att upphovsrättshavaren har en ensamrätt till en rad skilda förfoganden, vilka kategoriseras i upphovsrättslagen. En betydelsefull indelning görs mellan rätten att framställa exemplar av verket och rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten. När en författare ger ett förlag rätten att trycka en bok i ett visst antal exemplar förfogar han över sin rätt att framställa exemplar av verket. Det innebär emellertid inte i sig att förlaget har rätt att sälja exemplaren till allmänheten, eftersom det innebär att verket görs tillgängligt för allmänheten. Om författaren har givit sitt tillstånd till båda dessa förfoganden, så innebär det inte en rätt för förlaget att distribuera boken som en digital bok på internet - eftersom det är ett annat förfogande. På så sätt kan upphovsrättshavarens rätt delas upp i mindre delar, vilka var och en förutsätter separat tillstånd. En dagstidning måste således avtala till sig inte bara rätten att ta in en artikel i papperstidningen, utan även en rätt att lägga ut artikeln i den digitala upplagan på internet.⁹⁹

Specifikationsprincipen innebär således att beställaren av ett IT-system måste se till att IT-avtalet klart och tydligt ger uttryck för de förfoganden som beställaren är intresserad av. För det fall att avtalet endast ger beställaren en rätt att under viss tid använda ett visst datorprogram i sin verksamhet, då är det endast denna del av upphovsrätten som leverantören avhänder sig. Det finns då exempelvis inte någon rätt för beställaren att uppgradera systemet på egen hand eller genom någon annan, utan ett nytt tillstånd från leverantören.

⁹⁷ Nordell, P.J., 2008, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008. s. 313.

⁹⁸ Schovsbo, J., 2001, *Immateriella rettsaftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København, ISBN 9788957405187, s. 258 ff.

⁹⁹ Rosén, J., 2006, *Upphovsrättens avtal*, Norstedts Juridik, ISBN 9789139203964, s. 152.

Tillämpningen av specifikationsprincipen i svenska domstolar

Specifikationsprincipens betydelse vid tolkning av IT-avtal och principens relation till bestämmelserna om datorprogram i 26 § upphovsrättslagen framgår av de så kallade DHL-målen. I *DHL I* (2004)¹⁰⁰ bedrev en leverantör bland annat import av handdatorer samt viss verksamhet riktad mot transportindustrin. Leverantören offererade försäljning av handdator (hårdvara) med programvara (datorprogram) till en beställare (ASG). I offerten angavs följande: "ASG har rätt att efter leverans har skett av offererad utrustning komma i besittning av källkod och använda denna för landet Sverige.". Fråga var om vem som hade upphovsrätt till visst datorprogram.

Tingsrätten fastslog att det inte var en överlåtelse av upphovsrätt att, så som skett, skriva i en offert att en beställare av datorprogram har rätt att "komma i besittning av källkod och använda denna för landet Sverige". Denna skrivelse innebar heller inte någon längre gående ändringsrätt än vad som framgår av upphovsrättslagen.¹⁰¹ Tingsrätten framhöll att omnämmandet av källkoden inte skett i syfte att överlåta upphovsrätten, utan endast var menat att ge beställaren möjlighet att göra vissa tillåtna ändringar i datorprogrammet. Skrivelsen tolkades uttryckligen av tingsrätten i enlighet med specifikationsprincipen. Tingsrätten utgick från presumptionen att vid tveksamma fall ligger upphovsrätten kvar hos upphovsmannen. Hovrätten gjorde i dessa hänseenden ingen annan bedömning än tingsrätten.

I ett senare fall med samma parter och rörande samma avtalsrelation, *DHL II*,¹⁰² var fråga om hur långt den upplåtta ändringsrätten sträckte sig. I detta mål vidtog beställaren ändringar och uppgraderingar som gick utanför dennes nyttjanderätt. Totalt hade i vart fall nio ändringar vidtagits. Det som hade ändrats var bland annat nya sätt att spara data på, hantering av olika avvikelser och tillägg av färdiga program. I datorprogrammen hade därmed nya funktioner tillkommit. Klausulen i offerten var densamma som i *DHL I*,¹⁰³ det vill säga att beställaren hade rätt att komma i besittning av källkoden och använda den för verksamheten i Sverige. Tingsrätten kom även i detta fall fram till att upphovsrätten inte hade övergått till beställaren. Även här tillämpade domstolen uttryckligen specifikationsprincipen. Tingsrätten fastslog att, när reglering om upphovsrättens övergång saknas, får beställaren en nyttjanderätt som kan innebära en långtgående rätt att använda och förfoga över verket. Vissa funktionella ändringar i datorprogrammet hade vidtagits och rörande dessa fastslog domstolen att de hade gått utöver den ändringsrätt som beställaren haft. Domstolen ansåg att tillåtna ändringar endast är sådana som måste ske för en oproblematisk användning av datorprogrammet i den skepnad det hade

¹⁰⁰ Svea hovrätts dom 2004-04-08, mål nr T 1958-03 (DHL I).

¹⁰¹ 26 g § 1 st. URL.

¹⁰² Svea hovrätts dom 2010-01-19, T 148-08 (DHL II).

¹⁰³ Svea hovrätts dom 2004-04-08, mål nr T 1958-03 (DHL I).

vid upplåtelsen. Hovrätten gjorde i dessa hänseenden ingen annan bedömning än tingsrätten.

DHL-målen visar klart att omständigheten att beställaren erhållit förfoganderätt och tillgång till källkoden inte innebär att äganderätten till källkoden överlåtits. Sådan övergång måste därmed uttryckligen stadgas i avtalet. Vidare framgår att även rätt att ändra i källkoden måste anges i avtalet. Vidare visar rättsfallet tydligt att funktionella ändringar går utöver den ändringsrätt som beställaren erhåller med stöd av upphovsrättslagen.¹⁰⁴

Den upphovsrättshavaryvänliga tolkningen, med utgångspunkt i specifikationsprincipen, vilken framgår av DHL-målen, ligger i linje med tidigare praxis. I *Blekinge-målet* (1993) hade leverantören utvecklat ett datorprogram enligt en av beställaren given kravspecifikation.¹⁰⁵ Fråga var huruvida upphovsrätten till datorprogrammet hade övergått eller nyttjanderätt upplåtits till beställaren. Denna fråga hade inte diskuterats mellan parterna och var inte heller reglerad i avtalet. Hovrätten fastslog att upphovsrätten inte hade övergått. Beställaren hade istället erhållit en nyttjanderätt av den omfattning som krävdes för att uppnå det avsedda ändamålet med datorprogrammet.

Av DHL- och Blekinge-målen framgår att domstolarna synes göra en ganska snäv bokstavstolkning (restriktiv tolkning) av avtalet, vilket är helt i enlighet med specifikationsprincipen. Något större utrymme för en ändamålsenlig tolkning, för att utvidga beställarens rätt, lämnar domstolen inte. Utrymmet för en vidare skälighetsbaserad tolkning, vad gäller övergång av upphovsrätt och omfattningen av beställarens ändringsrätt, bör med hänsyn till dessa rättsfall anses vara ytterst begränsad.

Det skydd som specifikationsprincipen ger upphovsrättshavaren gäller inte enbart mot den omedelbara avtalsparten, beställaren, utan även mot förvärvare i senare led, vilket framgår av *Unisystem-målet* (2010).¹⁰⁶ En beställare hade ingått avtal med en leverantör om att denne skulle ta fram en indikator (datorprogrammet) för ett vågsystem som beställaren skulle tillverka. Indikatorn tillverkades av en tredje part som sedan köpte upp beställaren och gjorde denne till sitt dotterbolag. Dotterbolaget skulle fortsätta att tillverka och sälja det vågsystem som indikatorn var en del av. Frågan som domstolen hade att ta ställning till var huruvida tillverkningen och försäljningen av indikatorn utgjorde intrång i leverantörens upphovsrätt. Av avgörande betydelse var därför huruvida upphovsrätten till programmet hade övergått till beställaren. Tingsrätten betonade vikten av principen om att överlåtelse av exemplar inte innebär att någon överlåtelse av immateriella rättigheter har skett, se 27 § st. 1 URL.

¹⁰⁴ 26 g § URL.

¹⁰⁵ Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 1993-04-14, T 197 -92 (Blekingefiskarnas centralförening).

¹⁰⁶ Svea hovrätts dom 2010-10-12, nr T 8381-09 (Unisystem).

I *Unisystem-målet* ansågs således specificationsprincipen vara tillämplig även i förhållande till den som påstått sig förvärvat rätten i nästa led. Principen är därmed inte bara tillämplig mellan upphovsmannen (A) och en påstådd förvärvare (B), utan även i förhållandet mellan B och den som påstår sig ha förvärvat rätten i nästa led (C). Tingsrätten fastslog att omständigheten att beställaren betalade 340 000 kronor till leverantören talade för att avsikten med avtalet var att beställaren skulle få upphovsrätten till datorprogrammet, eller åtminstone nyttjanderätt till det. Vad tingsrätten ansåg tala emot en sådan övergång av rättigheter var dock att utvecklingskostnaderna översteg detta belopp. Av avgörande betydelse för bedömningen huruvida upphovsrätten övergått var det som muntligen hade avtalats mellan parterna. Tingsrätten ansåg det inte styrkt att parterna träffat avtal om övergång av de immateriella rättigheterna. Varken leverantörens påstådda leveransvägran, passivitet eller samtycke medförde rätt till exemplarframställning av datorprogrammet. Beställaren ansågs därmed ha begått upphovsrättsligt intrång.¹⁰⁷

Det bör uppmärksammas att specificationsprincipen är underställd de grundläggande reglerna för avtalstolkning, såsom utgångspunkten i den gemensamma partsavsikten eller regeln om ond tro avseende den andra partens avsikt. När det exempelvis har stått klart för båda parter att beställaren av ett IT-system har avsett att både använda och uppgradera systemet – och leverantören vid avtalsskrivningen inte invänt mot detta – så får avtalet tolkas så att båda dessa förfoganden omfattats av avtalet, helt oberoende av specificationsprincipen. Den gemensamma partsviljan, eller ond tro om den andra partens avsikt, går då så att säga före specificationsprincipen. Detsamma torde gälla bransch- eller partspraxis.

EU-domstolens tolkning av specificationsprincipen

En grundläggande distinktion måste göras mellan å ena sidan överlåtelse av ett verk som sådant, exempelvis en överlåtelse av upphovsrätten till ett datorprogram, och å andra sidan överlåtelse av ett exemplar av ett verk, exempelvis ett enskilt exemplar av ett datorprogram. Det är givetvis en grundläggande skillnad mellan att överlåta upphovsrätten till en roman (vilken bland annat ligger till grund för rätten till ersättning från förlaget) och att sälja ett exemplar av romanen (en enskild bok) i bokhandeln. Specificationsprincipen tillämpas primärt när det gäller frågor om förfogande av upphovsrätten som sådan, inte rörande försäljning eller distribution av exemplar av verket. Ett belysande rättsfall, som även sluter nära an till den så kallade konsumtionsprincipen, det vill säga den princip som ger en rätt att sälja vidare begagnade exemplar av upphovsrättsligt skyddade verk, såsom

¹⁰⁷ Hovrätten gjorde i dessa hänseenden ingen annan bedömning än tingsrätten.

vidareförsäljning av en begagnad bok, är *UsedSoft-målet* (2012),¹⁰⁸ i vilket EU-domstolen berörde övergången av äganderätt till exemplar till datorprogram.¹⁰⁹

Bakgrunden till målet var en tvist mellan ett företag som specialiserar sig på begagnade licenser till datorprogram, UsedSoft, och ett företag som säljer licenser och datorprogram via nätet, Oracle. Oracles användaravtal förbjöd vidareförsäljning till tredje part, men UsedSoft sålde trots detta vidare licenser som inte längre användes av Oracles kunder. Oracle menade att de endast sålde licenser till datorprogrammen, som sedan tillät nedladdning av datorprogrammet, och att någon äganderätt till exemplaren därmed inte övergått.

Domstolen följde generaladvokatens resonemang¹¹⁰ och fastslog att nedladdningen av datorprogrammen och slutförandet av licensavtalet var en juridiskt sett sammansatt del eftersom nedladdningen hade varit meningslös om inte den nedladdade kopian hade kunnat användas.¹¹¹ I utbyte av betalning gav detta kunden rätt att använda datorprogrammet för en i tiden obegränsad period. Oracles tillgängliggörande av datorprogrammet och ingående av licensavtalet avseende användningen av exemplaret skedde i syfte att permanent tillgängliggöra ett exemplar för kunden mot ett pris som ger rättsinnehavaren ersättning som motsvarar det ekonomiska värdet på kopian av rättsinnehavarens verk.¹¹² Domstolen framhöll att dessa omständigheter tagna i sin helhet utgjorde en övergång av äganderätten till exemplaret av det berörda datorprogrammet.¹¹³

EU-domstolen synes ha gjort en ändamålsenlig, skälighetsbaserad, tolkning av huruvida äganderätten till exemplaret av datorprogrammet har överlåtits. Specifikationsprincipen får inte här, när det gäller fråga om överlåtelse av exemplar, samma betydelse som vid fråga om upphovsrätten som sådan har överlåtits. Rätten att sälja vidare begagnade exemplar, genom konsumtionsprincipen, får här företräde.

Specifikationsprincipen och styrkeförhållandet mellan parterna

Det är vidare viktigt att notera att specifikationsprincipen växte fram genom rättspraxis, som ett sätt att skydda en upphovsrättshavare som en svag part i förhållande till en förvärvare av upphovsrätten, exempelvis ett förlag, som en starkare part. Man hade för ögonen en konstnär eller en författare gentemot ett stort kommersiellt företag, som ett musik- eller bokförlag. På dagens IT-marknad, där upphovsrättshavare som Microsoft eller IBM kan vara många gånger större än de

¹⁰⁸ UsedSoft-målet (mål C-128/11) angående en begäran om förhandsavgörande enligt artikel 267 FEUF, framställd av Bundesgerichtshof (Tyskland) genom beslut av den 3 februari 2011, som inkom till domstolen den 14 mars 2011, mellan UsedSoft GmbH och Oracle International Corp.

¹⁰⁹ Huvudfrågan i målet var dock huruvida konsumtion av spridningsrätten skett.

¹¹⁰ Förslag till avgörande av Generaladvokat Yves Bot, föredraget den 24 april 2012, mål C-128/11.

¹¹¹ Se dom i UsedSoft-målet p. 44.

¹¹² Se dom i UsedSoft-målet p. 45.

¹¹³ Se dom i UsedSoft-målet p. 46.

myndigheter eller företag som förvärvar en rätt att använda vissa datorprogram eller IT-system, kan ifrågasättas om dessa hänsyn bör tillåtas gälla generellt.

När det kommer till datorprogram är det sällan de enskilda personerna/skaparna av verken som är innehavare av upphovsrätten. Det är normalt de företag där dessa personer arbetar som är innehavare till upphovsrätten. Genom en lagfäst presumptionsregel, som gäller om inte annat är avtalat, övergår upphovsrätten till ett datorprogram automatiskt till arbetsgivaren från den fysiska person som har skapat verket. Dessa företags intressen ska från principiell synpunkt inte sammanblandas med de enskilda personerna/skaparnas (exempelvis en enskild konstnär eller författare) intressen, som varit styrande från en upphovsrättsligt historisk synpunkt. Helt klart är att upphovsrättsliga verk behandlas som privata ägodelar och att de ger innehavarna en ensamrätt. Användarna har jämförelsevis färre rättigheter även om sådana, exempelvis konsumtionsprincipen (rätten att sälja vidare begagnade exemplar), finns.¹¹⁴

Systemet med upphovsrätt som skydd för verk är att tillvarata den svagare partens, upphovsmannens, intressen och på så vis skapa incitament för att skapa nya verk. Frågan blir dock om utformningen med skyddet för en svagare part är ändamålsenligt så det som ovan nämnt skett ett skifte i styrkeförhållandet mellan upphovsmannen och användare. Någon svagare part synes sällan finnas. Presumtionen om svaga IT-leverantörer och starka beställare är således ofta felaktig. Helt klart är att dagens system kan vinklas till båda parter för- och nackdel. Vid tolkningen av avtalen bör detta kanske hållas i åtanke och leda till en restriktiv tillämpning av specifikationsprincipen och en ökad användning av rimlighetsprincipen.

Slutligen bör nämnas att mer allmän hänsyn till skälighet kan komma att påverka tolkningen av ett avtal, för det fall att ledning för tolkning inte kan hämtas från annat håll. Man kan härvid skilja mellan skälighet i bemärkelsen att en viss tolkning förefaller mer lämplig från ett samhällsekonomiskt perspektiv, exempelvis så att den ger incitament till ett beteende som är fördelaktigt för marknaden i dess helhet (jämför härvid den ovan nämnda oklarhetsregeln, vilken ger incitament till tydligare avtalsskrivning), och hänsyn till att den ena parten kan vara i en underlägsen ställning i förhållande till den andra. Den senare av dessa omständigheter kan även leda till en tillämpning av 36 § avtalslagen, rörande jämkning av oskäliga avtalsvillkor, till förmån för den svagare parten.

Ovan har nämnts att parternas styrkeförhållande kan få betydelse för tolkningen av ett avtal, på så sätt att den svagare parten får en gynnsam behandling, eventuellt genom en tillämpning av specifikationsprincipen, och att generalklausulen i 36 § avtalslagen innebär att oskäliga avtalsvillkor kan jämkas, särskilt när en sådan jämkning är till förmån för en svagare part. Frågan om vem som är starkast,

¹¹⁴ Story. A., 2012, "Balanced" copyright: not a magic solving word. E.I.P.R. 20012, nr 34(8), s. 493-497.

beställaren av ett IT-system eller leverantören av detta, kan således få betydelse för den rättsliga bedömningen av avtalet (genom tolkning eller jämkning).

Styrkeförhållandet mellan beställare och leverantörer torde ha förändrats med tiden. När IT-branschen var ung och befann sig i en tidig expansionsfas hade leverantörerna säkert en stor del av den kunskap som då fanns om IT-området, men samtidigt verkade de på en outvecklad marknad och som mindre aktörer. Med expansionen av informationssamhället, och IT-marknadens allmänna tillväxt, har leverantörerna växt samtidigt som beställarnas kunskap växt. Idag är ofta både leverantören och beställaren stora företag och maktfördelningen jämnare. Därmed torde det inte heller finnas ett lika stort intresse av att skydda en aktör gentemot den andra. Att tillämpa upphovsrättslagen med den generella utgångspunkten att leverantören är den svagare parten är inte en korrekt avspeglning av dagens marknadssituation.

2.3.3 Har vi ett ändamålsenligt skydd för datorprogram?

Vissa menar att dagens upphovsrättsliga skydd är alltför starkt.¹¹⁵ Det finns diametralt skilda synvinklar och frågan är politiskt laddad. De industrier som arbetar med verk som skyddas av upphovsrätt, såsom programvaruindustrin, vill skydda sig mot de risker för kopiering som den digitala nätverksmiljön kan innebära. Förespråkarna av ett starkt immaterialrättsligt skydd menar att detta leder till vinst för samhället då man ökar incitamenten för nyskapande och investeringar.¹¹⁶ Kritikerna av det upphovsrättsliga systemet menar däremot att det omfattande skyddet hindrar ett samhällsekonomiskt effektivt nyttjande av skilda alster och på så vis är negativt för samhället.¹¹⁷ Balans mellan dessa intressen bör sökas.¹¹⁸

Ytterligare kritik som riktas mot dagens system är att upphovsrätten är av begränsad betydelse när det kommer till att skydda nyskapande för datorprogram, speciellt om man beaktar den utökade möjligheten att erhålla patent för funktionella aspekter av mjukvara.¹¹⁹ I EU var patentering av uppfinningar bestående av enbart datorprogram från början uteslutet.¹²⁰ I en långvarig rättsvetenskaplig diskussion rörande denna fråga framkom två olika ståndpunkter, där den ena förespråkade skydd för datorprogram genom patentering under

¹¹⁵ Vantsiouri, P., 2012, *A legislation in bits and pieces; the overlapping anti-circumvention provisions of the Information Society Directive, the Software Directive and the Conditional Access Directive and their implementation in the UK*, E.I.P.R., 2012, nr 34(9) s. 587-598.

¹¹⁶ Rosén, J., 2005, *Upphovsrätten I med- och motvind*. NIR 2005/6. s. 568.

¹¹⁷ Vantsiouri, P., *A legislation in bits and pieces*, s. 587 f.

¹¹⁸ Story, A., 2012, *"Balanced" copyright: not a magic solving word*, s. 493-497.

¹¹⁹ Samuelson, P., Vinje, T., Cornish, W., 2012, *Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behavior, languages and interfaces?*, E.I.P.R. 2012., nr 34(3) s. 158-166.

¹²⁰ European Patent Convention of 1973.

samma villkor som för annan teknik, och den andra argumenterade för att rättsligt skydd enbart skulle erhållas genom upphovsrätten.¹²¹

Under det senaste årtiondet har den europeiska kommissionen sökt nå en kompromiss genom ett nytt direktiv om patentering av datorprogram, men det har blivit bemött av starkt motstånd från förespråkarna för så kallad öppen programvara. Misslyckandet att introducera direktivet har lett till en rad beslut från det europeiska patentverket i München.¹²² Det europeiska patentverket har successivt sänkt hindren för att erhålla patent för datorprogram. Nu avgörs frågor av beviljande av patent för mjukvara främst med utgångspunkt från de generella rekvisiten om att uppfinningen ska vara ny och icke-uppenbar, med beaktande enbart av de aspekter som producerar en teknisk effekt. De patent som främst beviljas är de som är teknikorienterade, inom de områden som kan anses som informationsteknikens kärnområden, digital bearbetning av data eller identifiering, visning och lagring av data samt processer inom fordonsteknik och annan mekanik.¹²³

Patent, som till skillnad från upphovsrätt skyddar den bakomliggande idén (uppfinningen), kan innebära ett undantag från rätten till reverse engineering. Om patent erhållits skyddar patentet även mot användning av andra program som skulle leda till samma resultat.¹²⁴ På så vis ger patenträtten ett starkare skydd än upphovsrätten.

Idag är möjligheten att få patent för datorprogram inte helt och hållet harmoniserad i EU, vilket innebär att vissa medlemsstater tillåter patent för datorprogram och andra länder har system som tillåter patent för uppfinningar som använder datorprogram.¹²⁵ I Sverige kan patent inte erhållas för ett datorprograms programkod som sådan.¹²⁶ Ett datorprogram som är sammanhängande med en teknisk lösning, det vill säga en funktion, metod eller process som blir resultatet när programmet körs i datorn, kan dock patenteras. Datorprogram som kontrollerar fysiska processer eller signaler kan därmed patenteras. Således kan man skönja en ny skydds nivå för datorprogram där man från ett upphovsrättsligt fokus istället nu synes inrikta sig till viss del patenträttsliga skydd.¹²⁷ Denna utveckling torde kunna motiveras med att man vill öka incitamenten att skapa nya verk och uppfinningar genom att skydda dessa med starka rättigheter.¹²⁸

¹²¹ Levin. M., 2011, *Lärobok i immaterialrätt*.

¹²² European Patent Office.

¹²³ Rosén. J., 2002, *Immaterialrätten i omvandling – Uppgift, anseende och investering som underlag för rättsskydd*, SvJT 2002, s. 558.

¹²⁴ Samuelson.P. m.fl., *Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behavior and interfaces?*, s. 158-166.

¹²⁵ EU Copyright Office, *Is computer software protected by copyright?* (Elektronisk), Tillgänglig: <http://www.eucopyright.com/en/is-computer-software-protected-by-copyright> (2012-08-28).

¹²⁶ 1 kap 1 § Patentlag (1967:837).

¹²⁷ Rahnasto. I., 2000, *Datorprogram – nya världen för starka förmögenhetsrätter*. NIR 2000/4. s. 546.

¹²⁸ Rahnasto. I., 2000, *Datorprogram – nya världen för starka förmögenhetsrätter*, s. 550.

Även den närmare omfattningen av det upphovsrättsliga skyddet för datorprogram är i viss utsträckning oklart. Klart är att det upphovsrättsliga skyddet för datorprogrammets kod täcker kopiering av programmet rakt av, eller en stor del därav, men huruvida skyddet omfattar de fall då mer än en algoritm kopierats, men mindre än själva koden, är exempelvis fortfarande oklart.¹²⁹

Det faktiska skyddet för datorprogram vilar idag på tre grunder, genom det traditionella immaterialrättsliga skyddet (främst upphovsrätt), det tekniska skyddet (exempelvis kryptering och hårdvarulås) och det skydd som skapas genom avtal.¹³⁰

2.4 Öppna lösningar

En allt vanligare metod¹³¹ för att undkomma problemen runt ändringsrätten för datorprogram är att ställa krav på öppen källkod. Den upphandlande myndigheten kan medverka till en öppnare process genom att ställa upp fler objektiva krav och kriterier som beaktar fördelen med öppen programvara. Öppen standard, som tar sikte på öppna tekniska lösningar och begreppsmässigt skall skiljas från öppen källkod eller open source, vilka avser datorprogram, behandlas i SOU 2009:86.

2.4.1 Öppen källkod och öppen standard

Öppen källkod

Öppen källkod, även känt som open source, är en standard för datorprogram som innebär att programmets källkod är tillgänglig för var och en att använda, läsa, modifiera och distribuera. Program som har öppen källkod finns således tillgängliga utan kostnad samtidigt som det står innehavaren fritt att anpassa och förbättra programvaran efter sina behov.¹³² Ett av de mest kända exemplen på system som tagits fram med öppen standard är operativsystemet Linux. Skaparen av Linux, Linus Torvalds, ifrågasätter det traditionella sättet att licensiera och efterhålla den upphovsrättsliga ensamrätten och således tillhandahålls Linux objektkod och källkod utan krav om betalning. Dock krävs att resultatet av kodförändring ska tillkomma Torvalds så att han kan infoga den i den officiella versionen av Linux.¹³³

¹²⁹ E. Derclaye., 2012, *The scope of computer program protection after SAS*. s. 4.

¹³⁰ Westman. D., 2002, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*. NIR 2002/3. s. 226.

¹³¹ Se enkätundersökningen.

¹³² Se The Open Source Definition (Elektronisk), Tillgänglig: <http://opensource.org/docs/OSD> (2012-08-28).

¹³³ Aberg. J., 2002, *Tekniken – Upphovsrättens höna och ägg*. Ny Juridik 2:02, ISBN 9171990887, s. 94.

Öppen standard

Öppen standard, avseende öppna tekniska lösningar,¹³⁴ kan anses motverka inlåsnings effekter och så kallade naturliga monopol. Om en viss standard begränsas till endast en produkt eller tjänst kommer detta att leda till utelåsning för konkurrenter. Om standarden istället görs öppen främjar detta konkurrensen, eftersom det möjliggör för fler leverantörer att konkurrera med sina produkter.¹³⁵ Detta innebär också att ju fler som använder en standard, desto mer värdefull är standarden ur ett konkurrensrättsligt perspektiv. En förutsättning för att många ska ta till sig en viss standard är givetvis att standarden håller en hög kvalitet och att den är lätt att implementera.¹³⁶

Även om öppen standard saknar en enhetlig definition har vissa organisationer försökt att definiera begreppet. Ett exempel återfinns i den första versionen av European Interoperability Framework ("EIF") 1.0. EIF-definitionen förutsätter att standarden skötas av en icke-vinstdrivande organisation. Vidare ska standarden vara fritt tillgänglig, och immateriella rättigheter kopplade till standarden ska göras tillgängliga utan att royalty måste erläggas av nyttjaren.¹³⁷ Det kan konstateras att detta är det sätt på vilket öppen standard definierats i SOU 2009:86 och i ett antal andra länder (som exempelvis Nederländerna), även om det i litteraturen presenterats skilda definitioner på en öppen standard definieras.

Licensvillkor

Vissa av de definitioner som föreslagits i litteraturen, där specifikationen licenseras under s.k. (F)RANDvillkor, begränsar möjligheterna för en leverantör att använda standarden för att utveckla ett system som implementeras och distribueras som öppen programvara. Exempelvis är den vanligaste licensen för öppen programvara (GPL) oförenlig med standarder som licenseras under (F)RAND-villkor, vilket innebär att konkurrensen begränsas om en myndighet skulle referera till en sådan standard i en offentlig upphandling. I Storbritannien genomför regeringen för närvarande en analys av möjligheterna med öppna standarder och vilka konsekvenser det skulle få om det ställs krav på sådana i samband med offentlig upphandling.¹³⁸

¹³⁴ Se SOU 2009:86.

¹³⁵ Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044, s. 12 f.

¹³⁶ Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044, s. 16.

¹³⁷ Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044, s. 12.

¹³⁸ Weston, S. and Kretschmer, M. (2012) Open Standards in Government IT: a Review of the Evidence, Final Draft 17 September, An independent report commissioned by the UK Cabinet Office, Centre for Intellectual Property Policy & Management (CIPPM), Bournemouth University, www.cippm.org.uk/publications/open-standards-in-government-it-study.html. (Se slutlig version Open Standards Principle: For software interoperability, data and document formats in government IT specifications).

Fördelar med öppna lösningar

Öppen källkod och öppen standard ger den upphandlande myndigheten ett antal fördelar. Öppenheten gör det möjligt att utveckla och bygga ut system oberoende av den ursprungliga utvecklaren. Om ett system måste modifieras eller byggas ut kan en öppen källkod och en öppen standard möjliggöra att tjänsten upphandlas av annan än ursprungsutvecklaren.¹³⁹ Genom öppen programvara kan den upphandlande myndigheten med andra ord göra sig oberoende av en särskild utvecklare.¹⁴⁰ Oberoendet ger den upphandlande myndigheten tillgång till bland annat en vidgad marknad, och därmed ett större utbud av know-how och expertis.¹⁴¹

Proprietär programvara

Det förekommer att så kallad proprietär programvara, det vill säga programvara utan öppen källkod eller öppen standard, med specifika återförsäljare ges en omotiverad fördel vid myndigheters upphandling av programvara.¹⁴² En svensk studie visar exempelvis att över en tredjedel av de svenska kommunerna föredrar att enbart använda proprietära filformat för dokumenthantering.¹⁴³ En upphandlande myndighet kan motverka denna obalans genom att ställa upp objektiva kriterier rörande exempelvis funktionalitet, interoperabilitet och öppenhet.¹⁴⁴ På så vis tillåts myndigheten väga in bland annat möjligheten att låta annan än ursprungsutvecklaren vidareutveckla programvaran samt att bistå med support, som kan vara några av fördelarna med öppen programvara. Andra faktorer som kan vägas in i bedömningen är möjligheten att fritt distribuera programvara och källkod internt eller till tredje man.¹⁴⁵

En viktig aspekt som en upphandlande myndighet måste ta ställning till är huruvida programvaran man köper in ska vara kompatibel med tidigare programvara. Kompatibilitet definieras som möjligheten för två eller fler system eller komponenter att fungera i samma miljö.¹⁴⁶ Detta får exempelvis betydelse när en tilläggsfunktion till ett befintligt program ska upphandlas.

När den upphandlande myndigheten ställer krav på att den ifrågavarande programvaran ska vara fullt kompatibel med den proprietära programvara man använder sig av sedan tidigare, omöjliggör detta upphandling av öppen programvara. I sådana fall saknar det även betydelse att öppen källkod eller öppen standard vägs in i bedömningen, eftersom kravet på kompatibilitet med gammal

¹³⁹ Jfr. Guideline on Public Procurement of Open Source Software, March 2010 (revised June 2010), s. 13 f.

¹⁴⁰ Se Ghosh, R.A., 2005, *An Economic Basis for Open Standards*, s. 14.

¹⁴¹ Se Folker, E., 2005, *Open source-licenser i ophavsretlig belysning*, NIR 2/2005.

¹⁴² Jfr. a.a. s. 17.

¹⁴³ Lundell, B., 2011, *e-Governance in public sector ICT procurement: what is shaping practice in Sweden*, European Journal of ePractice 2011, Nr. 12.

¹⁴⁴ Jfr. a.a. s. 22 ff.

¹⁴⁵ Jfr. a.a. s. 26.

¹⁴⁶ Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044 s. 22.

proprietär programvara kommer att trumfa öppenhet.¹⁴⁷ En myndighet som vill verka för öppen programvara och öppna standarder måste därmed, i praktiken, tänka långsiktigt och vara villig att avstå kompatibilitet med gammal proprietär programvara.

Undersökningar visar emellertid att en majoritet av upphandlande myndigheter i Europa prioriterar kompatibilitet vid upphandling av IT-system.¹⁴⁸ En attitydförändring behövs således om öppen programvara ska ges en chans.

Även om programvara med öppen källkod är tillgänglig utan kostnad, betyder det inte nödvändigtvis att den ifrågavarande produkten är den mest kostnadseffektiva lösningen för den upphandlande myndigheten. Däremot bör omständigheten att ett program har öppen källkod eller är byggt kring en öppen standard beaktas när en myndighet gör en bedömning av långsiktiga och kortsiktiga kostnader. Exempelvis påverkar möjligheten att fritt utveckla en programvara, istället för att byta ut en teknisk plattform, de framtida kostnaderna.¹⁴⁹ Sådana fördelar bör även beaktas när en upphandling i förhållande till en befintlig teknisk plattform görs. Även om det på kort sikt bedöms billigare att köpa in den enda proprietära programvaran som är kompatibel med en befintlig proprietär plattform, är det möjligt att en mer gynnsam långsiktig lösning är att helt byta till en teknisk plattform med öppen källkod eller standard.¹⁵⁰

2.4.2 Främjandet av öppen programvara

Sverige har sedan en tid tillbaka verkat för myndigheters användning av öppen programvara. Bland annat har regeringen beslutat att delegationen för e-förvaltning ska verka för öppna programvaror vid offentlig upphandling.¹⁵¹ Den offentliga förvaltningens e-tjänster ska i största möjliga mån bygga på öppna standarder, och förvaltningen ska stegvis frigöras från beroendet av enskilda plattformar och lösningar.¹⁵²

2007 ingicks ett ramavtal kallat "Programvaror och tjänster 2007 – Öppna programvaror". Sedan april 2011 gäller istället ramavtalet "Öppna programvaror 2010". Kammarkollegiet har skött upphandlingen av ramavtalet på uppdrag av den centrala förvaltningen, utbildningssektorn, länsstyrelserna samt majoriteten av de svenska kommunerna. Ramavtalet har slutits med fem olika leverantörer. Det svenska upplägget skiljer sig bland annat från de riktlinjer som uppställts i "Guideline on Public Procurement of Open Source Software". En nackdel är att modellen inte tillåter den upphandlande myndigheten att ställa proprietär och

¹⁴⁷ Se Ghosh, R.A., 2005, *An Economic Basis for Open Standards*, s. 14.

¹⁴⁸ *Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044* s. 22.

¹⁴⁹ Jfr. a.a. s. 27 ff.

¹⁵⁰ Jfr. a.a. s. 31.

¹⁵¹ Se Kommittédirektiv, 2010, Dir. 2009:19.

¹⁵² Se a.a. s. 16.

öppen programvara mot varandra inom ramen för samma avrop. Istället måste den upphandlande myndigheten redan på förhand göra valet mellan proprietär och öppen programvara. Kammarkollegiet ville undvika en modell där mindre utvecklare och leverantörer av öppen programvara konkurreras ut av större utvecklare och leverantörer av proprietär programvara.¹⁵³

Modellen får kontrasteras mot ett upplägg där kriterier som öppenhet och möjlighet till egen vidareutveckling ställs mot kompatibilitet med befintlig proprietär plattform. Den svenska modellen förutsätter ett aktivt val och därmed en slags diskriminering av antingen proprietär eller öppen programvara, till skillnad från en fullt öppen upphandlingsprocess där samtliga omständigheter och licenstyper beaktas.

Sverige är inte ensamt om att verka för öppen programvara. I Frankrike har man under en längre tid strävat efter att använda sig av programvara tillgänglig som open source. Satsningen har varit lyckosam och open source används idag vid ett stort antal franska myndigheter. Eftersom denna programvara är gratis behöver den inte upphandlas. Däremot behövs understöd som försäkrar att programvaran fungerar, varför Frankrike upphandlat ett antal större supportavtal.¹⁵⁴

Spanien har låtit sig inspireras av den svenska modellen. Där har man dock valt att ändra lagstiftningen för att ge öppen programvara bättre förutsättningar vid upphandling. Anledningen till det avvikande upplägget är främst att det inte finns utrymme att på förhand välja bort proprietär programvara till förmån för öppen programvara. Storbritannien delar Spaniens inställning och eventuella separata listor på leverantörer av öppen programvara används endast i upplysande syfte. Istället uppställs ett formellt krav på att leverantörer av öppen programvara måste beaktas vid en upphandling.¹⁵⁵

¹⁵³ Se Offerman.A., 2012, Public Open Source Software Procurement Models: The Next Generation (Elektronisk), Tillgänglig: <http://joinup.ec.europa.eu/elibrary/case/public-open-source-software-procurement-models-next-generation> (2012-08-28).

¹⁵⁴ Se Hellenius. G., 2012, Government IT support contract for open source software (Elektronisk), Tillgänglig <http://www.epractice.eu/en/news/5378041> (2012-08-28).

¹⁵⁵ Se Offerman.A., 2012, Public Open Source Software Procurement Models: The Next Generation (Elektronisk), Tillgänglig: <http://joinup.ec.europa.eu/elibrary/case/public-open-source-software-procurement-models-next-generation> (2012-08-28).

Arbete för att främja öppna standarder förekommer även på EU-nivå. Ett exempel är EIP, som utgör en rekommendation för hur förvaltning, företag och medborgare bör kommunicera med varandra. Öppen standard anges som en av huvudprinciperna som bör främjas när det gäller IT-tjänster på myndighetsnivå.¹⁵⁶ Ett annat exempel är EU-kommissionens riktlinjer för att främja öppen källkod inom den offentliga sektorn i Europa. Riktlinjerna återfinns i *Guideline on public procurement of Open Source Software*, och rekommendationen är att även öppen standard ska brukas.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044 s. 27 f.

¹⁵⁷ Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044 s. 29.

3 Upphandlingsregler och inlåsnings effekter

Den rättsliga utgångspunkten är att offentlig upphandling ska ske i en öppen och fri konkurrens mellan skilda anbudsgivare, så att det allmänna resurser används på ett neutralt och effektivt sätt. I vissa särfall kan dock ifrågasättas om en konkurrensutsättning är möjlig, exempelvis när endast ett företag kan komma ifråga som leverantör. Så kan vara fallet när en myndighet, på grund av tekniska, ekonomiska eller andra skäl, är "låst" till en viss IT-leverantör.

I denna del berörs de juridiska möjligheterna för en upphandlande myndighet att sluta avtal med en viss leverantör utan konkurrensutsättning med föregående annonsering. De förutsättningar för undantag från den allmänna förfarandet för offentlig upphandling, som ibland aktualiseras vid upphandling av IT-system, behandlas härvid ingående.

3.1 Upphandlingsrättsliga utgångspunkter

När en upphandlande enhet eller myndighet,¹⁵⁸ tilldelar ett kontrakt eller ingår ett ramavtal avseende varor eller tjänster, exempelvis ett avtal rörande ett IT-system, talar man om "upphandling" eller "offentlig upphandling".¹⁵⁹ Lagen om offentlig upphandling ("LOU")¹⁶⁰ reglerar hur en sådan upphandling ska gå till. En underliggande tanke är att de offentliga resurserna ska användas på ett effektivt sätt genom att upphandlingen, på ett objektiva och neutralt sätt, sker i en fri konkurrens mellan skilda anbudsgivare. Från europeisk synpunkt är den primära tanken med upphandlingsregleringen att främja den gränsöverskridande handeln.

Betydelsefulla europeiska upphandlingsregler återfinns *dels* i det mer allmänna upphandlingsdirektivet,¹⁶¹ som på ett mer generellt plan berör upphandling inom en rad områden, *dels* i de mer specifika direktiven om upphandling inom områdena för vatten, energi och transport,¹⁶² samt upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet,¹⁶³. De europeiska direktiven har införts i svensk rätt genom de nationella lagarna LOU, LUF¹⁶⁴ och LUF¹⁶⁵.

¹⁵⁸ Nedan används i huvudsak begreppet "upphandlande myndighet", vilket normalt används inom ramen för LOU.

¹⁵⁹ Inom LUF används begreppet "upphandling" medan begreppet "offentlig upphandling" nyttjas inom ramen för LOU.

¹⁶⁰ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

¹⁶¹ Direktiv 2004/18/EG, ibland benämnt det "klassiska" direktivet.

¹⁶² Direktiv 2004/17/EG.

¹⁶³ Direktiv 2009/81/EG.

¹⁶⁴ Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster ("LUF").

¹⁶⁵ Lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet ("LUF").

Förevarande utredning, vilken avser området för upphandling av IT-system, undersöker primärt de allmänna upphandlingsregler som återfinns i den generella regleringen av upphandlingen av varor och tjänster inom ramen för LOU.

Den europeiska upphandlingsrätten grundas i fem europeiska upphandlingsprinciper, vilka dels följer av Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, dels av EU-domstolens praxis. Principerna rör icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Den nämnda principen om *icke-diskriminering* innebär att en upphandlande enhet eller myndighet inte får, direkt eller indirekt, diskriminera leverantörer på grund av nationalitet.¹⁶⁶ Principen om *likabehandling* innebär att leverantörerna och de varor och tjänster som efterfrågas och erbjuds, i princip ska behandlas lika av de upphandlande myndigheterna. Kravet på *transparens* betyder att upphandlingen ska genomföras på ett förutsebart och öppet sätt. Enligt *proportionalitetsprincipen* får inte den upphandlande myndigheten eller enheten vidta åtgärder eller ställa upp krav som går utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. De ifrågavarande kraven måste dessutom vara möjliga att kontrollera och ägnade att uppnå upphandlingens syfte. Av principen om *ömsesidigt erkännande* framgår att handlingar utfärdade av behöriga myndigheter i andra medlemsstater ska erkännas.

Tröskelvärden

Det gäller särskilda regler för upphandlingar som understiger vissa närmare reglerade "tröskelvärden". En upphandling som rör ett värde som understiger dessa värden (och även så kallade B-tjänster)¹⁶⁷ berörs endast av kapitel 15-16 i LOU.¹⁶⁸ Den berörs inte av de europeiska upphandlingsdirektiven, men däremot av allmänna unionsrättsliga principer.

Offentlig upphandling, enligt LOU kapitel 15, ska antingen göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.¹⁶⁹ En direktupphandling får göras om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av tröskelvärdet.¹⁷⁰ Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning när förutsättningar för förhandlat förfarande utan föregående annonsering föreligger¹⁷¹ eller om det finns synnerliga skäl. En så kallad

¹⁶⁶ Principen gäller EU, Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och länder anslutna till GPA (The Agreement on Government Procurement, det vill säga WTO:s samarbetsavtal på området, till vilket EU är anslutet).

¹⁶⁷ Till B-tjänster räknas tjänster vilka normalt lämpar sig mindre väl för gränsöverskridande handel, bl.a. hotell- och restaurangtjänster, säkerhets- och bevakningstjänster och utbildning. Se vidare 1 kap. 2 § LOU samt motsvarande regler i LUF och LUF5.

¹⁶⁸ Motsvarande regler finns i LUF och LUF5.

¹⁶⁹ Se LOU 15 kap. 3 §

¹⁷⁰ Det vill säga det tröskelvärde som avses i LOU 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket.

¹⁷¹ Se nedan om LOU 4 kap. 5-9 §§.

konkurrenspräglad dialog får användas om inte förenklat förfarande eller urvalsförfarande medger tilldelning av kontrakt.¹⁷²

Kommissionen fastställer tröskelvärdena vartannat år genom utfärdandet av en särskild förordning. När det gäller Sverige finns motsvarande tröskelvärden i särskilda tillkännagivanden.¹⁷³ Vid bestämmandet av vilka regler som ska tillämpas vid en upphandling ska myndigheten beräkna värdet av kontraktet. Det ska uppskattas till det totala belopp som betalas ut enligt det kontrakt som följer av upphandlingen. Den upphandlade myndigheten ska beräkna värdet när annonsen om upphandlingen skickas eller när leverantörer bjuds in till anbudsgivning. Vid beräkningen av kontraktsvärdet ska den upphandlande myndigheten beakta samtliga options- och förlängningsklausuler som om de faktiskt utnyttjas.¹⁷⁴

När det gäller värdet av ett varu- eller tjänstekontrakt, som regelbundet återkommer eller som ska förnyas inom viss tid, så ska detta beräknas mot bakgrund av vad som har upphandlats under det senaste kalender- eller räkenskapsåret eller beräknas komma att inhandlas under det kommande kalender- eller räkenskapsåret.¹⁷⁵ Myndigheten får inte dela upp ett kontrakt i skilda delar för att gå runt upphandlingsreglerna.

Öppet eller selektivt förfarande

Så kallat öppet eller selektivt förfarande ska som huvudregel användas vid offentlig upphandling.¹⁷⁶ Enligt ett selektivt förfarande indelas upphandlingen i ett par delar. Först inbjuds leverantörer till att ansöka om att få lämna anbud och sedan inbjuds vissa av de leverantörer som har ansökt till att få lämna anbud. Enligt det öppna förfarandet, vilket är vanligare förekommande, inbjuds leverantörer till att omedelbart lämna anbud, och leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen sker därefter direkt efter varandra.

Direktupphandling av IT-system

Ibland är det dock inte rationellt att en upphandling annonseras, till exempel om föremålet för upphandlingen endast kan tillhandahållas av en viss leverantör. Under särskilda förutsättningar får en myndighet därför frångå huvudregeln och tillämpa ett förhandlat förfarande, utan föregående annonsering, en form av direktupphandling.¹⁷⁷ När det gäller avtal om IT-system kan sådana förutsättningar ibland föreligga, exempelvis när det rör sig om behov av komplettering från en befintlig leverantör eller när endast en leverantör kommer i fråga på grund av tekniska eller immaterialrättsliga hänsyn.

¹⁷² Se LOU 15 kap. 2 §.

¹⁷³ Se tillkännagivande (2011:1037) av tröskelvärdena vid offentlig upphandling.

¹⁷⁴ Se 3 kap. LOU och LUF.

¹⁷⁵ Se 3 kap. 10 § LOU och 3 kap. 9 § LUF.

¹⁷⁶ 4 kap 1 § LOU.

¹⁷⁷ Se härtill regleringen rörande förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap 5-8 §§ LOU.

Endast en leverantör kan leverera

En upphandlande myndighet får enligt LOU 4 kap 5 § p. 2 använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser varor och tjänster¹⁷⁸ om det som ska upphandlas "av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör". Om ett IT-system, eller en del av ett sådant system, ska upphandlas och den ifrågavarande varan eller tjänsten, av tekniska eller upphovsrättsliga skäl, endast kan levereras av en viss leverantör, så får alltså myndigheten använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. En annonsering, som riktas till skilda leverantörer, skulle i princip vara meningslös, eftersom endast en leverantör, ett visst IT-företag, kan leverera varan eller tjänsten.

Synnerlig brådska

Vidare får en upphandlande myndighet, enligt LOU 4 kap 5 § 1 st. p. 3, använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser varor och tjänster om "det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering". När det gäller området för upphandling av IT-system kan man härvid tänka sig någon form av nödsituation, exempelvis vid en krasch av ett befintligt system, som leder fram till ett oförutsett och mycket starkt behov av att agera omedelbart.

Man bör notera att de nämnda undantagen i LOU 4 kap 5 § 1 st. p. 2 och 3 avser både varor och tjänster.

Kompletterande varor och tjänster

En upphandlande myndighet får, enligt LOU 4 kap 7 § 1 st. p. 2, använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering för tilldelning av kontrakt avseende *varor* när "det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören om

(a) varorna är avsedda som antingen delvis utbyte av eller tillägg till tidigare leveranser, och

(b) ett byte av leverantör skulle medföra att den upphandlande myndigheten tvingades anskaffa varor som skulle vara tekniskt oförenliga med de först anskaffade eller leda till oproportionerliga tekniska svårigheter avseende drift och underhåll."

¹⁷⁸ Det gäller även byggentreprenader, vilket dock normalt inte är av intresse vid upphandlingen av ett IT-system. Förevarande utredning berör således endast varor och tjänster.

Den första punkten (a) innebär att det ska finnas ett *samband* mellan de varor som ska upphandlas och de tidigare leveranserna, det ska röra sig om delvis utbyte av eller tillägg till dessa, medan den andra punkten (b) innebär att det finns vissa *problem*, teknisk oförenlighet eller tekniska svårigheter, förknippade med leverantörsbyte.

En upphandlande myndighet får vidare, enligt LOU 4 kap 8 § p. 1, använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering när det gäller kompletterande *tjänster*,¹⁷⁹ som inte ingår i det ursprungliga projektet eller det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna "på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras, och under förutsättning att de ska utföras av den ursprungliga leverantören, och om

(a) de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller

(b) de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas."

Här kan man skilja mellan ett par grundläggande förutsättningar: oförutsedda omständigheter och utförande av ursprunglig leverantör. På grund av oförutsedda omständigheter har det uppstått ett behov av att anlita den ursprunglige leverantören för kompletterande tjänster. Vidare ska det antingen vara svårt (stora tekniska eller ekonomiska olägenheter) att skilja de kompletterande tjänsterna från det ursprungliga kontraktet eller så ska de vara absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas.

Reglernas struktur

De nyss redovisade bestämmelserna om direktupphandling i LOU 4 kap 5 § 1 st. p. 2 (endast en leverantör kan leverera på grund av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt); LOU 4 kap 5 § 1 st. p. 3 (synnerlig brådska); LOU 4 kap 7 § 1 st. p. 2 (kompletterande varor) och LOU 4 kap 8 § 1 st. p. 1 (kompletterande tjänster) är samtliga av intresse inom ramen för området för upphandling av IT-system.

För det första innebär IT-leverantörernas specifika tekniska kunskap (know-how) och deras immateriella ensamrätt, primärt genom upphovsrätten till datorprogram och eventuella patent på mjuk- eller hårdvarubaserade tekniska lösningar, att myndigheten ibland endast har en leverantör att vända sig till. Frågor rörande tolkningen av LOU 4 kap 5 § 1 st. p. 2 aktualiseras i sådana fall.

¹⁷⁹ Det gäller även byggentrepnader, vilket dock - som ovan nämnts - normalt inte är relevant när det gäller frågor rörande upphandling av IT-system.

För det andra kan situationer av synnerlig brådska, i enlighet med LOU 4 kap 5 § 1 st. p. 3, uppkomma när problem uppstår avseende driften av IT-system. En myndighets verksamhet är beroende av IT-system och man kan lätt tänka sig att det uppstår tidsnöd, exempelvis när ett sådant system, av en oförutsedd anledning, upphör att fungera på ett riktigt sätt och det påverkar verksamheten i övrigt.

För det tredje är IT-system en levande materia i den bemärkelsen att tekniken normalt utvecklas och förfinas. Dels kan myndighetens specifika behov av IT-system med tiden komma att förändras och utvecklas, dels kan det tekniska system som leverantörerna tillhandahåller, kanske till många olika kunder, i sig komma att förändras och utvecklas. Det ligger därför nära till hands att bestämmelserna i LOU 4 kap 7 § 1 st. p. 2 om direktupphandling av kompletterande varor och LOU 4 kap 8 § 1 st. p. 1 om kompletterande tjänster aktualiseras inom området för IT-system.

De nyss nämnda reglernas struktur och innehåll är, liksom den upphandlingsrättsliga regleringen i övrigt, detaljerad och komplex. Det är möjligt att föreställa sig bestämmelserna i två skilda grupper:

- allmänna undantag när myndigheten på grund av tekniska eller rättsliga skäl i praktiken endast kan vända sig till en leverantör eller av en oförutsedd anledning hamnar i tidsnöd;
- särskilda undantag vid komplettering av varor eller tjänster.

Gränsdragning mellan vara och tjänst

Det är vid vissa IT-upphandlingar inte givet om det är en vara eller tjänst som upphandlas. Så kan exempelvis vara fallet om det i avtalet ingår både programvara och support. Avgörande för gränsdragningen är i princip värdet av varu- respektive tjänstedelen.¹⁸⁰ Det kan dock vara svårt att avgöra om ett visst "delobjekt" i sig utgör en vara eller en tjänst. Förskjutningar sker också genom nya tekniska lösningar. Ett exempel är så kallade molntjänster.

Upphandlingslagstiftningen ger föga vägledning om hur gränsen mellan tjänst och vara ska dras. Ledning kan sökas i rättspraxis. Viss betydelse har HD:s uttalande: "En tidsbegränsad nyttjanderätt till ett dataprogram kan inte anses som en vara."¹⁸¹ Uttalandet var ett led i bedömningen av tillämplig lagstiftning rörande ett avtal om handelsagentur. En motsatsvis tolkning av det citerade avsnittet skulle innebära att en i tiden obegränsad upplåtelse av rätten att använda ett datorprogram kan jämföras med försäljningen av en vara.

¹⁸⁰ Jmf LOU 2 kap 18 §.

¹⁸¹ NJA 2008 s 24.

Enligt min mening talar goda skäl för att betrakta en fullständig överlåtelse av de ekonomiska delarna av upphovsrätten, det vill säga de delar som behandlas i 2 § URL, för evig tid, det vill säga utan begränsning i tiden, som en överlåtelse av en vara och inte en tjänst. För det talar förhållandet att den kvarvarande delen av upphovsrätten till datorprogrammet, det vill säga den ideella rätten enligt 3 § URL, vilken i princip inte är möjlig att överlåta (endast att efterge i begränsad utsträckning) inte torde ha en särskilt stor betydelse, om någon alls, när det gäller datorprogram. När överlåtelsen av datorprogrammet på så vis är i stort sett fullständig ligger det nära till hands att betrakta dispositionen som en överlåtelse av en vara och inte en upplåtelse av en tjänst. Senare utförda tjänster, i förhållande till det överlåtna datorprogrammet, såsom underhåll och uppgradering, kan däremot vara att betrakta som tjänster. En sådan avgränsning mellan det ursprungliga köpet av en "vara" och de efterföljande "tjänsterna" i förhållande till denna produkt förefaller rimlig och logisk i synnerhet när det gäller ett specialdesignat IT-system, vilket kan ses som en specialbeställd vara.

Det är viktigt att understryka att definitionen av datorprogram som vara eller tjänst kan påverkas av både den rättsliga och den faktiska omgivningen. Den upphandlingsrättsliga definitionen av ett datorprogram behöver inte överensstämma med samma definition inom ramen för andra rättsområden. Lösningar på gränsdragningsproblemet kan dock sökas mot bakgrund av jämförelser med närliggande rättsområden, exempelvis immaterialrätten, och i praxis rörande distansavtalslagen, inklusive dess bakomliggande EU-rättsliga reglering. Betydelsen av hur gränsen dras mellan vara och tjänst ska dock inte överdrivas. Reglerna rörande undantagsmöjligheter vid upphandling av vara respektive tjänst vilar på samma principiella grund och är likartade.

3.2 Tekniska skäl eller ensamrätt

Ett förhandlat förfarande, utan föregående annonsering, får som ovan nämnts tillämpas om det som ska upphandlas, på grund av tekniska eller konstnärliga skäl, alternativt ensamrätt, endast kan fullgöras av en viss leverantör.¹⁸² Enligt LOU 4 kap 5 § 1 st. p. 2 gäller att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser varor och tjänster om "det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör".

Vid upphandling av IT-system kan fråga uppkomma om tekniska skäl, eller immateriell ensamrätt exempelvis till programvara eller andra tekniska lösningar, motiverar ett förfarande utan annonsering. Ett allmänt exempel som nämns i litteraturen är att det, vid inköp av reservdelar, kan finnas tekniska skäl av detta

¹⁸² 4 kap 5 § 1 st. p. 2 LOU. Om kontraktsvärdet understiger tröskelvärdet kan motsvarande undantag i 15 kap 3 § tillämpas, vilket innebär att direktupphandling är tillåten.

slag.¹⁸³ Motsvarande kan, vid upphandling av IT-system, med hänsyn till det upphovsrättsliga skyddet för programvara,¹⁸⁴ gälla vid uppdatering eller annan hantering av programvara. Myndigheten måste i sådana fall, för att motivera undantag från annonseringsplikten, kunna visa att endast en leverantör på marknaden kan leverera de varor eller tjänster som efterfrågas.

Den nämnda undantagsbestämmelsen, som är baserad på europeisk rätt, ska tolkas restriktivt.¹⁸⁵ Det ska vara uteslutet att en annan leverantör kan leverera de varor eller tjänster som efterfrågas.¹⁸⁶ En restriktiv tillämpning av bestämmelsen följer av EU-domstolens praxis.¹⁸⁷

Tekniska skäl

En myndighet, som hänvisar till undantag på grund av tekniska skäl, har *bevisbördan* för att sådana skäl verkligen föreligger.¹⁸⁸ Av EU-domstolens avgörande i *Kommissionen mot Tyskland*,¹⁸⁹ framgår att kravet på bevisning är strängt. En myndighet i Tyskland hade upphandlat avfallshantering av en leverantör. Upphandlingen annonserades inte med hänvisning till tekniska skäl, det vill säga att leverantören var ensam om att använda en viss typ av miljövänlig avfallsbränning. EU-domstolen framhöll att miljöskydd i princip kan utgöra ett tekniskt skäl. I det ifrågavarande fallet hade emellertid myndigheten inte visat att det endast fanns en leverantör som hanterade avfallet på angivet eller likvärdigt sätt. Förfarandet utgjorde därför en otillåten direktupphandling.

EU-domstolen framhöll i det nämnda målet att även om ett undantagsförfarande tillämpas, så ska de grundläggande principerna ändå genomsyra den upphandlingsform som används. Domstolen påpekade att risken för att icke-diskrimineringsprincipen åsidosätts är särskilt hög när en myndighet beslutar att upphandling inte ska ske i konkurrens. Den tyska myndigheten hade angivit att bortskaffandet av avfallet nödvändigtvis skulle ske på en närbelägen plats. Domstolen fastslog att myndigheten inte hade visat att en längre transportsträcka skulle utgöra en fara för miljön eller folkhälsan.¹⁹⁰

¹⁸³ Falk. J.E., 2011, *Lag om offentlig upphandling –en kommentar*, Jure Förlag, s. 175. Falk anger att tekniska skäl kan tillämpas vid upphandling av exempelvis reservdelar till respiratorer, som av den anledningen att det saknas återförsäljare, endast kan levereras av en enda leverantör. Ett annat exempel som Falk tar upp, är nya läkemedel som inte ännu distribueras genom återförsäljare.

¹⁸⁴ Se ovan avsnitt 2, rörande upphovsrätt till datorprogram mm.

¹⁸⁵ Falk. J.E., 2011, *Lag om offentlig upphandling –en kommentar*, s. 174. Undantag från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas strängt, se bl a proposition 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m., s. 99, mål 199/85 Kommissionen mot Italien och nedan angiven rättspraxis från EU-domstolen.

¹⁸⁶ Se mål C-385/02. Det räcker enligt EU-domstolen inte att påstå att ett arbete är komplicerat och vanskligt för att det ska anses uteslutet att anförtro uppgiften åt någon annan än den utvalde leverantören.

¹⁸⁷ Se strax nedan.

¹⁸⁸ Se bl.a. mål 199/85 Kommissionen mot Italien, p. 14, C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 19 och C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 33.

¹⁸⁹ Mål C- 28/01.

¹⁹⁰ Se mål 199/85 Kommissionen mot Italien p14, C-385/02 Kommissionen mot Italien p. 19 och C-394/02 Kommissionen mot Grekland p 33, C-26/03 Stadt Halle p 46.

Myndigheten ska således säkerställa att ingen potentiell leverantör diskrimineras när den beslutar att en viss upphandling inte ska annonseras. Det är inte tillräckligt att myndigheten tror att det bara finns en tänkbar leverantör. Den måste utreda huruvida en annan leverantör kan tillhandahålla en likvärdig produkt. Först när detta är uteslutet är förfarandet tillåtet.¹⁹¹ Det innebär att myndigheten ska visa att det har varit absolut nödvändigt att tilldela ett visst företag kontraktet för att undgå den grundläggande skyldigheten att bjuda in leverantörer genom att annonsera upphandlingen.¹⁹² Myndigheten skall således *dels* visa att det föreligger tekniska skäl, *dels* att dessa skäl innebär att det har varit absolut nödvändigt att välja en viss leverantör.¹⁹³

Med tanke på den nämnda bevisbördan bör myndigheten göra en strukturerad utredning rörande de omständigheter som kan motivera ett undantag och dokumentera dessa. Utredningen ska visa att det inte finns några alternativa lösningar och att det därför är absolut nödvändigt att välja en viss leverantör.

Förvaltningsrätten har berört kravet på avsaknad av alternativa lösningar i ett par fall rörande inköp av försvarsmateriel.¹⁹⁴ Fråga var om undantag var motiverat vid inköp av eldrivna dragtruckar för transport av flygplan och helikoptrar. Inom ramen för målet prövades såväl frågor om tekniska skäl som kompletterande varuleveranser. En central fråga i målet var huruvida det fanns någon alternativ leverantör, eller om inköpen med nödvändighet skulle ske från ett visst företag. Förvaltningsrätten framhöll att det inte var nödvändigt att köpa in försvarsmateriel av ifrågavarande slag från en viss leverantör. Även andra transportfordon, från andra leverantörer, kunde ha löst behovet.¹⁹⁵ Enligt domstolen skulle det inte föra med sig oproportionerliga tekniska svårigheter, avseende drift och underhåll, att ha olika typer av dragtruckar inom organisationen.¹⁹⁶

Mot bakgrund av det ovan nämnda kravet på att den upphandlande enheten ska visa att de tekniska skälen har medfört att det varit absolut nödvändigt att anlita en

¹⁹¹ Ett exempel från myndighetspraxis är Nybro Brunn, KKV:s beslut den 2009-10-06 Dnr 613/2008. Ett offentligt styrt organ hade köpt en lastbilssimulator genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering, med hänvisning till undantaget för tekniska skäl och ensamrätt. Det fanns emellertid leverantörer som kunde leverera en likvärdig produkt och Konkurrensverket fann att det inte fanns tillräckliga skäl för att tillämpa undantaget.

¹⁹² Mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 33-34. Se också KKV:s beslut den 2010-05-26, Dnr 306/2009.

¹⁹³ Ett intressant exempel från myndighetspraxis är Lantmäteriets programvara, KKV:s beslut 2010-05-26, Dnr 306/2009. Lantmäteriet ansågs ha brutit mot LOU genom att tilldela ett kontrakt till en befintlig leverantör utan att ha annonserat upphandlingen. Det fanns enligt Lantmäteriet tekniska och ekonomiska svårigheter med att bygga upp IT-systemet med en annan leverantör. KKV bedömde dock att de omständigheter som Lantmäteriet åberopat, inte var tillräckliga för att bevisbördan skulle anses uppfylld.

¹⁹⁴ Konkurrensverket mot Försvarets Materielverk, mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, domar avkunnade i juli 2012 vid Förvaltningsrätten i Stockholm, rörande upphandlingsskadeavgift.

¹⁹⁵ Förvaltningsrätten i Stockholm, Mål 1271-12.

¹⁹⁶ Liknande frågor har behandlats i Konkurrensverkets praxis, se t ex Östgötatrafikens avtal, Dnr 424/2009. Fråga var om en granskning av AB Östgötatrafikens (Östgötatrafiken) avtal med Svensk Biogas i Linköping AB (Svensk Biogas) från 2009 fram till 2024, rörande leverans av biobränsle till kollektivtrafiken i Östergötlands Län. Konkurrensverket förklarade att det, för att få tilldela kontrakt utan föregående annonsering, inte är tillräckligt att styrka att den leverantör som har tilldelats kontraktet har den mest effektiva förmågan eller kapaciteten att leverera det som kontraktet avser. Myndigheten ska styrka att endast en leverantör över huvud taget har förmåga och kapacitet att leverera det som efterfrågas.

viss leverantör torde förutsättningar för undantag sällan föreligga. Någon annan bedömning kan i princip inte göras när det gäller området för upphandling av IT-system eller IT-lösningar i övrigt.

Givetvis kan det, i vissa fall, vara nödvändigt för myndigheten att köpa in en produkt, exempelvis ett visst datorprogram, som endast marknadsförs av en viss leverantör. Detsamma gäller när utförandet av vissa tjänster, exempelvis support, underhåll och uppgradering av ett befintligt datorprogram eller IT-system, förutsätter tillgång till källkod, vilken innehåses av en viss leverantör. I sådana fall kan en annonserad upphandling i praktiken vara meningslös. Det är nämligen endast ett företag som kan leverera varan eller tjänsten, vilket är klart på förhand.¹⁹⁷

Anledningen till att det endast finns en leverantör att vända sig till behöver givetvis inte vara tekniska skäl. Det kan även, vilket behandlas strax nedan, exempelvis röra sig om rättsliga hänsyn, såsom att programvaran är skyddad av upphovsrätt. Det leder till frågan om kriteriet "ensamrätt" och inte "tekniska skäl" är uppfyllt. Ofta torde båda dessa faktorer, tekniska skäl och ensamrätt, kunna komma att aktualiseras i en och samma situation. Till viss del kan de även vara sammanvävda.

En vidare anledning till att myndigheten enbart kan vända sig till en leverantör kan vara att programvaran har ett samband med, exempelvis utgör en komplettering till ett befintligt system eller en tidigare inköpt produkt (hårdvara eller mjukvara), vilket leder till frågan om "kompletteringen" motiverar undantag från annonseringsplikten.¹⁹⁸ Även frågan om kompletterande varor och tjänster, som undantag från annonseringsplikten, behandlas strax nedan. Redan här kan dock konstateras att det vid upphandling av IT-system kan aktualiseras flera faktorer, vilka pekar mot att endast en leverantör i praktiken har möjlighet att leverera, framförallt (a) tekniska skäl, (b) hänsyn till ensamrätt och (c) samband med befintliga system eller tidigare leveranser. Gränsen mellan bestämmelserna i det fjärde kapitlet är således inte helt tydlig. Enligt min mening torde det normalt vara riktigt att eftersträva en helhetsbedömning, vid en tolkning av bestämmelsernas närmare innebörd, där de skilda reglerna tolkas i ljuset av varandra.

Ensamrätt

När det gäller undantag från annonseringsplikt på grund av ensamrätt, är det inte tillräckligt att konstatera att en viss leverantör har patent på en viss teknisk lösning eller förfogar över någon annan immateriell ensamrätt, såsom upphovsrätt, mönsterrätt eller varumärkesrätt, knuten till en produkt.¹⁹⁹ Som tidigare konstaterats krävs att det är uteslutet att någon annan leverantör än den man vänder sig till kan utföra leveransen. Ett patent ger förvisso en ensamrätt till dess innehavare. Myndigheten ska dock ange sitt behov och efterfråga ett uppfyllande

¹⁹⁷ Se Förvaltningsrättens dom av den 22 september 2001 i mål nr 16666-11 rörande upphandling av vissa tjänster, såsom underhåll, support och uppgradering, i förhållande till patientjournalssystemet Take Care.

¹⁹⁸ Se strax nedan.

¹⁹⁹ Falk, J.E., 2011, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, s.174.

av behovet som sådant. Det är sedan leverantörernas, det vill säga anbudsgivarnas, uppgift att genom sina anbud presentera förslag till lösningar. Förekomsten av ett patent eller någon annan immateriell ensamrätt utesluter inte i sig att någon annan leverantör kan uppfylla myndighetens behov på ett tillfredsställande sätt. En alternativ lösning kan stå till buds.²⁰⁰

3.3 Kompletteringar

Korrekt initial upphandling

En allmän förutsättning för undantag vid komplettering är att det ursprungliga kontraktet har upphandlats korrekt. I EU-domstolens avgörande i mål C-385/02, *Kommissionen mot Italien* (2004), ansågs en komplettering vara otillåten eftersom myndigheten inte hade upphandlat ursprungskontraktet på ett korrekt sätt. En italiensk myndighet hade tillämpat förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Enligt myndigheten utgjorde de ifrågasatta kontrakten en tillåten komplettering av tidigare kontrakt, ett kontrakt som tidigare slutits efter ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Myndigheten anförde dock inte tillräckliga omständigheter till stöd för sin uppfattning och ansågs inte ha uppfyllt sin bevisbörda.

Kompletterande varor

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande, utan föregående annonsering, när det gäller kompletterande leveranser av varor från den ursprungliga leverantören. Det förutsätter dock att ett leverantörsbyte skulle medföra att myndigheten tvingas anskaffa varor som är "tekniskt oförenliga" med de som har anskaffats tidigare eller att leverantörsbytet skulle leda till "oproportionerliga tekniska svårigheter"²⁰¹ avseende drift och underhåll.²⁰²

Undantaget för kompletterande varuleveranser tar således sikte på en situation där myndigheten är bunden till en viss leverantör. När det gäller datorprogram är ett vanligt förhållande, i avsaknad av en överenskommelse om något annat, att det endast är den ursprungliga leverantören, som har rätt att förändra programvaran. Vanligtvis är det endast ursprungsleverantören, som är berättigad att göra ändringar i källkoden.²⁰³ Upphovsrättshavaren måste ge sitt samtycke till att ändringar görs i programvaran, och det torde normalt sett kunna förutsättas att ett sådant samtycke inte kommer att lämnas till andra leverantörer.

²⁰⁰ Synsättet stöds även av EU-domstolens dom i mål C-328/92, *Kommissionen mot Spanien*.

²⁰¹ Se strax ovan rörande målen *Konkurrensverket mot Försvarets Materielverk*, mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12, domar avkunnade i juli 2012 vid Förvaltningsrätten i Stockholm, rörande upphandlingsskadeavgift.

²⁰² Ett sådant varukontrakt får gälla under längre tid än tre år endast om det finns särskilda skäl. Se LOU 4 kap 7 § 2 st.

²⁰³ Se rättsutlåtande av professor Jan Rosén, rörande *TakeCare*, återopat i mål 6784-09 vid Kammarrätten i Stockholm.

I vissa fall har den ursprungliga leverantören i sitt anbud godkänt att kommande ändringar i programvaran fritt får göras av myndigheten eller den som myndigheten anlitar. Det är dock relativt vanligt att ursprungsleverantören krävt att eventuella tilläggsvaror ska levereras av en certifierad, eller auktoriserad, leverantör. Även här hamnar beställaren i ett läge där denne, beroende på vilket system som valts från början, endast kan vända sig till ursprungsleverantören. I sådant fall kan, beroende på omständigheterna i det särskilda fallet, de nämnda kraven vara uppfyllda.²⁰⁴

Kompletterande tjänster

Det är viktigt att notera att det ovan berörda undantaget avser kompletterande varor och inte tjänster. Avtal om IT-system, vilka inbegriper tjänster, kan således falla utanför bestämmelsens tillämpningsområde.²⁰⁵ Särskilda regler gäller för tjänster.

En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering när det gäller tjänster, som inte ingår i det ursprungliga kontraktet, om kompletteringarna på grund av oförutsedda omständigheter krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras.²⁰⁶ Det förutsätts även att tjänsterna ska utföras av den ursprungliga leverantören och att de inte utan stora tekniska eller ekonomiska olägenheter för den upphandlande myndigheten kan skiljas från det ursprungliga kontraktet, eller att de, även om de kan avskiljas, är absolut nödvändiga för att kontraktet ska kunna fullföljas.²⁰⁷ Man kan exempelvis tänka sig att en myndighets verksamhet på ett oväntat sätt kommer att förändras efter upphandlingen av ett IT-system. För att anpassa systemet till den nya situationen är det nödvändigt att köpa in ytterligare tjänster från den ursprungliga leverantören.

De centrala kriterierna i undantaget för kompletteringar av tjänster är således "oförutsedda omständigheter" samt "stora tekniska eller ekonomiska olägenheter" alternativt "absolut nödvändiga". Det skall således dels röra sig om ett behov av komplettering som var oförutsett vid tiden för det ursprungliga avtalet, dels om ett starkt samband med detta avtal.²⁰⁸ Prövningen av dessa kriterier, oförutsebarhet och samband, kommer givetvis att bero av de närmare omständigheterna. Klart är att det måste finnas ett överraskande moment, som förändrar de förutsättningar som fanns när den ursprungliga upphandlingen gjordes. Det sammanlagda värdet av kontraktet får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde.²⁰⁹

²⁰⁴ Se strax ovan rörande definitionen av datorprogram som tjänst eller vara.

²⁰⁵ Se nedan om gränsen mellan varor och tjänster.

²⁰⁶ LOU 4 kap 8 §.

²⁰⁷ Det sammanlagda värdet av sådana kontrakt får inte överstiga hälften av det ursprungliga kontraktets värde. Se LOU 4 kap 8 § 2 st.

²⁰⁸ LOU 4 kap 8 § 1 st p. 1.

²⁰⁹ LOU 4 kap 8 § 2 st.

När en tjänst knuten till ett IT-system anges i samband med en upphandling är det förvisso inte alltid möjligt att förutspå exakt vilka behov som kommer att föreligga i framtiden. Det är ovisst hur myndighetens verksamhet kommer att utvecklas och hur den tekniska utvecklingen fortskrider. Däremot är det ofta möjligt att förutspå att IT-systemet kommer att behöva kompletteras och att det då blir nödvändigt att köpa in (bland annat) tjänster för att tillgodose nya krav från omvärlden eller för att kunna utnyttja att den tekniska utvecklingen ger möjligheter att arbeta mer rationellt.

3.4 Tekniska specifikationer

Vid en upphandling ställs skilda krav på föremålet för upphandlingen. Vid IT-upphandlingar är sådana krav i betydande utsträckning av teknisk karaktär. En risk är att alltför snäva specifikationer av teknisk art kan utesluta potentiella leverantörer. I LOU finns särskilda bestämmelser, som reglerar på vilket sätt myndigheten får specificera sina tekniska krav.²¹⁰

Den tekniska specifikationen får inte innehålla uppgift om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt, om det riskerar att gynna eller missgynna något företag. Detsamma gäller om myndigheten hänvisar till varumärken, patent, ursprung, typ eller tillverkning.²¹¹ Bestämmelsen är ett förtydligande av den EU-rättsliga principen om likabehandling.

Undantagsvis får dock sådana uppgifter och hänvisningar förekomma i specifikationerna. Det gäller om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt". Frågan om hänvisning till tekniska specifikationer i det enskilda fallet har varit tillåtet enligt LOU har behandlats i en rad avgöranden i domstol.²¹²

Behovet av att beskriva befintlig utrustning

När ett IT-system upphandlas kan det finnas ett behov för myndigheten att beskriva sin befintliga infrastruktur och utrustning, till exempel genom att ange varumärken. Det är i ett sådant fall inte den efterfrågade produkten som specificeras, utan den miljö i vilken den ska fungera. I *INU-målet* (2010) ifrågasattes en sådan beskrivning. Kalmar kommun upphandlade en datorundercentral i samband med byggnationen av en ishall.²¹³ Enligt förfrågningsunderlaget skulle systemet vara fullt kommunicerbart med Kalmar kommuns övervakningssystem av varumärket INU.

²¹⁰ 6 kap LOU.

²¹¹ Se exempelvis *Nokia ./. Försvarets materielverk*, Förvaltningsrätten i Stockholm, dom den 7 januari 2011.

²¹² Se strax nedan.

²¹³ Kammarrätten i Jönköping, Mål 10011-10, DUC INU-matic.

En konkurrent, Novo Systems, menade att kommunen på ett otillåtet sätt specificerat fabrikatet på utrustningen, eftersom varumärket INU inte följts av orden "eller likvärdigt" och att det lett till att andra leverantörer utestängts eller inte på ett likvärdigt sätt kunnat konkurrera. Kammarrätten framhöll att även om den angripna meningen var olyckligt formulerad, så kunde den inte, betraktad i sitt sammanhang, anses innebära ett krav på leverans av en datorundercentral av ett visst varumärke.

Domstolen ansåg inte att det stred mot LOU att ange varumärket på befintlig utrustning, utan tvärtom att en sådan upplysning var av väsentligt intresse för anbudsgivare. Det finns således normalt inte något hinder mot att vid en upphandling förklara att ett offererat system ska kommunicera med befintlig utrustning. Av INU-målet framgår att den upphandlande enheten får beskriva befintlig infrastruktur och utrustning, även med angivande av befintliga modeller eller varumärken. Det är däremot viktigt att den efterfrågade produkten inte anges med ett visst varumärke.

Kriteriet "likvärdiga produkter"

När myndigheten i samband med en upphandling hänvisar till en referensprodukt är det viktigt att ange att "likvärdiga produkter" accepteras. På så sätt får hänvisningen mer karaktär av en exemplifiering. I *Procuratormålet* (2011) hade ett antal kommuner i Småland tillsammans genomfört en upphandling av bland annat rengöringsmedel och städartiklar genom ett öppet förfarande med ekonomiskt mest fördelaktiga anbud som tilldelningsgrund.²¹⁴ En leverantör, Procurator, uppfyllde inte kvalificeringskraven och begärde överprövning. Procurator yrkade i första hand att upphandlingen skulle rättas så att bolagets anbud skulle kvalificeras och utvärderas, i andra hand att upphandlingen skulle göras om. Härvid framhölls att bolagets anbud förkastats på felaktiga grunder, i strid med principerna om proportionalitet och likabehandling. Enligt bolaget hade kommunerna brutit mot likabehandlingsprincipen genom att hänvisa till referensprodukter i förfrågningsunderlaget, vilket ledde till att endast en tillverkares produkter kunde erbjudas. Även transparensprincipen åsidosattes enligt Procurator, eftersom det inte angavs vilka krav en vara måste uppfylla för att anses likvärdig med en referensprodukt.²¹⁵

Kommunerna menade att de hade följt reglerna genom ange att även likvärdiga produkter kunde anges.²¹⁶ Referensprodukter hade använts, eftersom det annars inte hade varit praktiskt möjligt att beskriva varje enskild produkt på ett tillräckligt klart och tydligt sätt. Förvaltningsrätten fann att förfrågningsunderlaget stred mot principerna om transparens och likabehandling. Efter överklagande ändrade Kammarrätten avgörandet. Eftersom det angetts att likvärdiga produkter skulle

²¹⁴ Kammarrätten i Jönköping, mål 1903 – 1913-11.

²¹⁵ Se härtill domstolens resonemang i *Nokia ./. Försvarets materielverk*, Förvaltningsrätten i Stockholm, dom den 7 januari 2011.

²¹⁶ Se 6 kap 4 § LOU.

accepteras var förfarandet i överensstämmelse med LOU.²¹⁷ Kammarrättens avgörande i Procurator-målet indikerar att den upphandlande enheten har en ganska stor frihet att hänvisa till särskilt angivna referensprodukter, så länge som det klart framgår att "likvärdiga produkter" accepteras.

Även *Preagera-målet* (2010) rör betydelsen av kriteriet "likvärdiga produkter".²¹⁸ Ett bolag²¹⁹ sökte överprövning av Malmö stads upphandling av bland annat projektorer. Malmö stad hade i förfrågningsunderlaget efterfrågat närmare bestämda modeller, av vissa angivna tillverkare (varumärken), av projektorer. Bolaget menade att det stred mot LOU.²²⁰ Malmö stad anförde att upphandlingen var riktad till återförsäljare, inte tillverkare, och att en sådan har tillgång till på marknaden förekommande fabrikat. Vidare framhölls att den valda metoden var ett utmärkt sätt att utvärdera en återförsäljares erbjudande, samtidigt som man undvek den allt vanligare situationen att leverantörer offererar undermålig kvalitet till lågt pris, vilket leder till en diskussion om produkters likvärdighet.

Förvaltningsrätten fann att det klagande bolaget inte förmått göra det sannolikt att Malmö stad brutit mot bestämmelserna i LOU eller mot de grundläggande principerna på ett sådant sätt att bolaget lidit eller riskerat att lida skada. Kammarrätten gjorde, efter överklagande, emellertid bedömningen att det är svårt att tänka sig en situation när ett krav på ett specifikt varumärke i en upphandling varken gynnar eller missgynnar vissa företag. Kammarrätten ansåg inte heller att projektorer är föremål, som inte är möjliga att beskriva tillräckligt preciserat och begripligt, utan att hänvisa till exakta modeller av visst varumärke, och anförde vidare att det i princip ska vara omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till visst varumärke ska vara tillåten. En sådan uppgift (om varumärke) måste i vart fall följas av orden "eller likvärdigt", vilket det inte hade gjort i den aktuella upphandlingen. Kammarrätten fann således att Malmö stad hade agerat i strid med principen om icke-diskriminering, vilket medfört en risk för skada.²²¹

Liksom Procurator-målet visar Preagera-målet på betydelsen av att den upphandlande enheten, vid hänvisning till referensprodukter eller varumärkesförsedda produkter, klargör att "likvärdiga produkter" accepteras. Av Preagera-målet framgår också att det är först när det inte är möjligt att hänvisa på ett mer neutralt sätt som myndigheten får hänvisa till ett visst varumärke eller likvärdigt.

²¹⁷ Procurator sökte utan framgång prövningstillstånd i HFD.

²¹⁸ Kammarrätten i Göteborg, mål 2193-10 och 2136-10.

²¹⁹ AV Syd och Preagera AB.

²²⁰ 6 kap 4 § LOU.

²²¹ Mot bakgrund av att Malmö stads felaktiga hantering hade påverkat upphandlingen i det konkurrensuppsökande skedet (potentiella leverantörer kunde ha avstått från att delta) kom inte den mindre ingripande åtgärden "rättelse" i fråga, utan upphandlingen fick göras om.

3.5 Upphandling av IT-system - skilda faser

När det gäller upphandling av IT-system kan man skilja mellan den ursprungliga upphandlingen av ett visst system, till exempel ett system för journalhantering,²²² och den uppföljande upphandlingen av de varor och tjänster som behövs för att systemet med tiden skall kunna fungera, anpassas och utvecklas på ett optimalt sätt i den föränderliga miljö där det är verksamt, till exempel varor och tjänster i anslutning till drift, support, underhåll, anpassning och uppgradering av systemet.

Frågan om ett undantag från plikten att annonsera en upphandling, exempelvis på grund av tekniska skäl/ensamrätt eller komplettering, är motiverat påverkas av om det rör sig om den nyss nämnda ursprungliga eller uppföljande upphandlingsfasen. Detsamma gäller behovet av att hänvisa till ett visst varumärke. Vid den ursprungliga upphandlingen av ett IT-system gäller normalt att en sedvanlig konkurrensutsättning genom annonserad upphandling utan hänvisning till varumärke ska ske. Den givna utgångspunkten är att ett antal olika leverantörer genom anbudsgivningen skall konkurrera med sina skilda system och varumärken.

Vid den uppföljande anskaffningen av varor och tjänster, vilka är nödvändiga för att det redan upphandlade IT-systemet skall fungera, anpassas och utvecklas på ett optimalt sätt, såsom tilläggsmoduler och underhållstjänster, är en normal konkurrensutsättning, mot bakgrund av både tekniska och immaterialrättsliga hänsyn, ibland svår att uppnå. Det kan vara så att det i praktiken endast är den ursprungliga leverantören, med sin särskilda tekniska kunskap och sina immateriella rättigheter, som kan komma i fråga i denna uppföljande fas. I ett sådant fall kan *antingen* ett undantag från annonseringsplikten på grund av tekniska eller rättsliga skäl, alternativt med beaktande av reglerna om kompletterande varor eller tjänster, vara motiverat, *eller* en annonserad upphandling med en beskrivning av den miljö där varorna och tjänsterna skall användas, inbegripet en hänvisning till det grundläggande IT-systemets varumärke. Med tanke på de svårigheter, i ljuset av de tekniska kunskaper och den immaterialrätt - inbegripet upphovsrätten till det ursprungliga systemet - som den ursprungliga leverantören besitter, som andra potentiella anbudsgivare möter, kan en sådan upphandling ibland endast vinnas av den ursprungliga leverantören.²²³

Det är emellertid inte så enkelt att den uppföljande fas, som nyss nämnts, är helt och hållet förbehållen den ursprungliga anbudsgivaren. Av föregående kapitel framgår att den upphovsrättsliga utgångspunkten, enligt 26 g § upphovsrättslagen, är att den som har förvärvat rätt att använda ett datorprogram får framställa sådana exemplar av programmet och göra sådana ändringar i programmet som är

²²² Se Förvaltningsrättens dom av den 22 september 2001 i mål nr 16666-11 rörande upphandling av vissa tjänster, såsom underhåll, support och uppgradering, i förhållande till patientjournalssystemet TakeCare.

²²³ Se Förvaltningsrättens dom av den 22 september 2001 i mål nr 16666-11 rörande upphandling av vissa tjänster, såsom underhåll, support och uppgradering, i förhållande till patientjournalssystemet TakeCare.

nödvändiga för att han skall kunna använda programmet för dess avsedda ändamål och att detta även gäller rättelse av fel. Av samma bestämmelse följer även en rätt att framställa säkerhetsexemplar och att undersöka programmets funktion. En förutsättning är dock att rätten att använda programmet inte har upphört. Av upphovsrättslagen framgår således att myndigheten har rätt att på egen hand göra vissa justeringar och rättelser av programmet, så att det fungerar på ett ordentligt sätt.²²⁴

Den nyss nämnda, ganska snävt formulerade ändringsrätten, vilken följer av upphovsrättslagen, kan utvidgas genom avtal. Mot bakgrund av att den ideella rätten, vilken enligt 3 § upphovsrättslagen i och för sig är tvingande, inte torde sträcka sig särskilt långt när det gäller datorprogram (det vill säga att en ändring av ett datorprogram sällan torde vara kränkande i den bemärkelse som avses i 3 §), torde myndigheten ha ett ganska stort utrymme för att, inom ramen för den ursprungliga upphandlingen, avtala till sig en rätt att på egen hand eller genom tredje man ändra, justera och anpassa IT-systemet, samt en rätt till tillgång till källkod och annat material, vilket kan vara nödvändigt för de nämnda åtgärderna. Om en sådan utökad ändrings- och tillgångsrätt, genom avtal, kombineras med en nyttjanderätt till programmet, vilken inte är begränsad i tiden, kan myndigheten optimera förutsättningarna för en väl fungerande konkurrens även inom ramen för den ovan nämnda uppföljande fasen. Givetvis kan den ursprunglige leverantörens know-how i vissa fall ändå, helt oberoende av de immaterial- och avtalsrättsliga förutsättningarna, skapa en svårlöst bindning.

Givetvis måste den avtalskonstruktion, vilken nyss nämnts och som inbegriper en varaktig nyttjanderätt kombinerad med en utökad ändringsrätt, hålla sig inom ramen inte bara för upphovsrättens ideella reglering, utan även för vad som inte är oskäligt enligt avtalsrätten och inte faller under förbudet mot missbruk av dominerande ställning enligt konkurrensrätten.²²⁵ Man får inte glömma att myndigheten ibland har en mycket stark ställning i förhållande till leverantören och att det är en omständighet som kan påverka bedömningen av de nyss nämnda frågorna om oskälighet och missbruk.

Myndigheten hamnar i ett helt annat läge, en "TakeCare-situation", om man avtalar till sig en varaktig nyttjanderätt till programmet, men inte genom det ursprungliga avtalet får en utvidgad rätt till ändring eller anpassning.²²⁶ Av TakeCare-avtalet framgår att myndigheten, Huddinge sjukhus (HS), "innehar en icke-exklusiv och tidsobegränsad licens att nyttja TakeCare, för ett obegränsat antal användare och

²²⁴ Se även 26 h § om samverkansförmåga med andra program. Dessa frågor utvecklas närmare i föregående kapitel.

²²⁵ Det kan här noteras att enbart de subjekt som ska tillämpa LOU och uppfyller kriterierna för att betraktas som företag (i KL:s mening) träffas av missbruksbestämmelserna.

²²⁶ Se rättsutlåtande av professor Jan Rosén, återopat i mål 6784-09, rörande TakeCare, vid Kammarrätten i Stockholm.

installationer inom HS organisation vari förutom HS även ingår dotterbolag till HS, vårdgivare med vilka HS har vårdsamarbete, samt sjukvården Gotland".²²⁷

I ett sådant fall kan myndigheten och leverantören av det ursprungliga systemet fortsätta sitt samarbete utan vidare konkurrensutsättning genom att myndigheten i den uppföljande fasen, vilken med hänsyn till licensens avsaknad av tidsbegränsning så att säga kan pågå för evigt, utformar upphandlingar avseende underhåll och anpassning m.m. på ett så väldefinierat sätt att det i praktiken endast är den ursprunglige leverantören som kommer i fråga. Från konkurrenssynpunkt är det givetvis en icke-önskvärd situation. Myndigheten har i en sådan situation knappast, med beaktande av de immateriella rättigheterna till systemet, något alternativ om man vill fortsätta att använda IT-systemet. På sikt kan givetvis ett konkurrensutsatt systembyte komma i fråga.²²⁸

3.6 Sammanfattande synpunkter

Sammanfattningsvis är möjligheterna för en myndighet att underlåta konkurrensutsättning med hänvisning till någon av de behandlade undantagssituationerna ganska begränsade. Det är emellertid ibland möjligt att utforma upphandlingar på ett så snävt sätt att endast en leverantör, exempelvis (vid upphandlingar avseende underhåll och uppgradering) den som har levererat det ursprungliga IT-systemet, kommer i fråga. I sådana fall, som i den ovan nämnda Take Care-situationen, blir konkurrensutsättningen endast skenbar. För att kunna bibehålla och utveckla en god IT-miljö är det därför viktigt att genomföra den (konkurrensutsatta) ursprungliga upphandlingen på ett sätt som minskar risken för inlåsningar vid framtida, anslutande och uppföljande, upphandlingar. Genom förfrågningsunderlag och avtal bör det således ställas skäliga krav på kompatibilitet, och samtycke till att även icke-auktoriserade eller certifierade personer ges rätt att modifiera IT-systemet om behov för detta uppstår i ett senare skede. Nyttjanderättens varaktighet är även en betydelsefull faktor. Genom att utforma den ursprungliga upphandlingen på ett optimalt sätt tillvaratas på så sätt konkurrensmöjligheterna längre fram.

²²⁷ Se om TakeCare-avtalets bakgrund Landstingsrevisorernas projektrapport nr 21/2009.

²²⁸ Se Förvaltningsrättens dom av den 22 september 2001 i mål nr 16666-11 rörande upphandling av vissa tjänster, såsom underhåll, support och uppgradering, i förhållande till patientjournalssystemet TakeCare.

4 Empiriska resultat

I detta avsnitt redovisas resultaten av den empiriska studie, som genomförts inom ramen för föreliggande arbete. Studien berör frågor rörande hur upphandlare och leverantörer ser på inläsningsproblem vid upphandling av IT-system, i vilka situationer sådana problem uppstår, vilken omfattning de har och hur de hanteras. För att skapa en bild av dessa problem har frågor ställts till upphandlare och leverantörer genom två separata webbaserade enkäter. Upphandlarperspektivet redovisas i avsnitt 4.2 och leverantörsperspektivet i avsnitt 4.3. Webbenkäterna följs sedan upp med djupintervjuer med upphandlare och leverantörer.

4.1 Tillvägagångssätt och sammanfattning av resultaten

Nedan följer en redovisning av hur studien har genomförts och vilka slutsatser som kan dras.

4.1.1 Upphandlarperspektivet

Enkäten har riktats till upphandlare inom såväl statlig som kommunal verksamhet.²²⁹ Upphandlarna har besvarat en webbenkät. Frågorna i enkäten har tagit sikte på hur upphandlarna ser på inläsningar vid upphandlingar av IT-system. Sammanlagt bestod enkäten av tjugotre frågor med fokus på olika upphandlingsskeden. Inledningsvis frågades vilken roll upphandlaren har och sedan följde frågor rörande förberedelsefasen i upphandlingen. Därefter följde en serie frågor rörande befintliga avtal, deras utformning och hur myndigheten avtalar om ändringar. Avslutningsvis ombads respondenterna att på ett mer generellt plan redogöra för sina egna erfarenheter och vilka utvecklingstendenser de ser. I syfte att erhålla nyanserade svar har respondenterna genomgående beretts möjligheten att lämna svar i fritextform.

Svaren på enkäten visar att ett stort antal beställare upplever inläsningsproblem vid upphandling av IT-system och att problem ofta uppkommer redan vid utformningen av förfrågningsunderlaget. IT-systemet, såsom objekt för upphandling, är ofta av komplex natur, vilket kräver både tekniskt kunnande och

²²⁹ Kontaktuppgifter har hämtats från annonser i TED (Tenders Electronic Daily) publicerade under perioden 2008-01-01 (när nya LOU trädde i kraft) fram till 2012-03-24. Kontaktuppgifterna har hämtats genom manuell bearbetning av varje enskild annons. Totalt skickades enkäten till 775 personliga e-postadresser. Av dessa var 151 (19 procent) inte längre aktiva. Totalt har 212 respondenter besvarat enkäten, varav 59 svarat på delar. Enkäten skickades ut den 30 maj, 2012, och en påminnelse skickades den 8 juni, 2012, till dem som inte svarat. Konkurrensverket har konsulterats vid utformningen av enkäten. Enkäten har genomförts som en totalundersökning, där samtliga som upphandlat IT under de senaste åren ingår i målgruppen. Det medför att även personer som inte har upphandlat specialdesignade IT-system är med som respondenter, vilket har beaktats vid utformningen av enkäten.

upphandlingskompetens från beställarsidan. Upphandlarna upplever ofta svårigheter med att uppskatta framtida och till viss del även nuvarande behov. Ett byte av system kan ta lång tid att genomföra och utöver tidsperspektivet så är ett byte vanligtvis förenat med höga kostnader, vilket leder till att det ofta upplevs som mer fördelaktigt att stanna kvar med befintlig leverantör. En del beställare förklarar att man inlett ambitiösa projekt, exempelvis avseende öppen programvara, men till slut ställer ändå verksamheten krav på lösningar som bygger på proprietär programvara. Ett stort antal beställare, men inte alla, har potentiella inlåsningsaspekter i åtanke redan i upphandlingens förberedelsefas.

Det är vanligt att myndigheter samarbetar vid upphandling av IT-system. Ofta sker samarbete mellan myndigheter inom liknande verksamhetsområden. Exempelvis samarbetar olika delar av försvaret eller utbildningsväsendet. Det är även vanligt att myndigheter inom olika verksamhetsområden, men inom samma geografiska region, samarbetar. Omständigheter som leder till att myndigheter inte samarbetar kan vara att det råder osäkerhet kring hur samarbetet ska organiseras eller att man har olika tidshorisonter.

Ett vanligt sätt att försöka minimera inlåsnings effekter är att upphandlaren ställer funktionella krav, vilket minskar risken för inlåsnings eftersom man inte låser kraven till en viss teknisk lösning. Tendensen är också att upphandlande myndigheter allt mer köper standardiserade lösningar, open source och fler tjänstelösningar, exempelvis molntjänster. Det är vanligt att myndigheter säkerställer att det även efter avtalsperioden finns möjlighet att exportera data. En vanlig säkerhetsåtgärd är källkodsdeposition.

4.1.2 Leverantörsperspektivet

Vi har även vänt oss till ett brett spektrum av IT-leverantörer²³⁰ och bett dem besvara en webbenkät. Frågorna i enkäten har tagit sikte på hur leverantörerna ser på inlåsnings vid upphandlingar av IT-system. Sammanlagt bestod enkäten av 31 frågor med fokus på olika upphandlingsskedan. Inledningsvis ställde vi frågor om företagets storlek och verksamhet och sedan följde frågor om vilka produkter man tillhandahåller.

Vi frågade hur man ser på offentlig upphandling och om hur man avtalar om immateriella rättigheter. Avslutningsvis bad vi respondenterna att på ett mer generellt plan redogöra för sina egna erfarenheter och vilka utvecklingstendenser de ser. I syfte att erhålla nyanserade svar har respondenterna genomgående beretts möjlighet att lämna svar i fritextform.

²³⁰ Kontaktuppgifter har hämtats från annonser i TED (Tenders Electronic Daily) publicerade under perioden 2008-01-01 (när nya LOU trädde i kraft) fram till 2012-03-24. Kontaktuppgifterna har hämtats genom manuell bearbetning av varje enskild annons om tilldelning av kontrakt. Dessutom skickades enkäten till försäljningschefer på IT-företag, enligt PAS:s databas PARAD. Totalt skickades enkäten till 695 personliga e-postadresser. 24 personer har besvarat enkäten, varav 6 har besvarat den delvis.

Svaren visar att de flesta leverantörer arbetar aktivt mot upphandlande myndigheter, genom att mer eller mindre frekvent lämna anbud. En övervägande majoritet av respondenterna framför att kunskapsnivån hos upphandlande myndigheter gällande såväl befintliga produkter på marknaden samt den mer generella utvecklingen i branschen kan bli bättre. Även det sätt myndigheter utformar sina förfrågningsunderlag har leverantörerna synpunkter på. Framförallt när det gäller de krav som ställs i underlaget. En återkommande uppfattning är att ökat fokus borde läggas på funktion snarare än tekniska krav. Leverantörerna upplever också att ett lägsta pris allt för ofta används som tilldelningsgrund. Dessutom synes en ökad dialog med leverantörerna efterfrågas. Molntjänster framhålls av vissa som ett sätt att minska inlåsnings effekter, medan andra menar att inlåsningsarna istället kan komma att öka av detta.

4.2 Redovisning av svar från upphandlare

Nedan följer en redovisning av svaren från den enkät som ställts till upphandlare.

4.2.1 Urval

Knappt hälften (47 procent) av svaren har lämnats från kommunal verksamhet, landstingskommuner och kommunala bolag. Något färre (37 procent) från statlig verksamhet, varav en handfull är statligt ägda bolag. Resterande (16 procent) av svaren går inte att härleda till viss organisation eller har lämnats av konsulter.

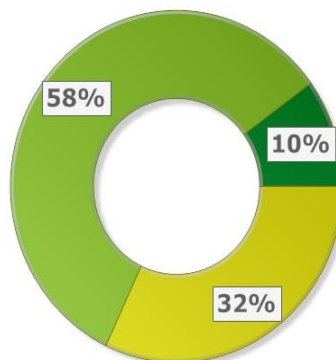
79 respondenter anger att de arbetar som upphandlare, vid upphandlings- eller inköpsenhet. 19 respondenter anger att de arbetar vid ekonomienhet och 14 på IT-avdelning. Den vanligaste befattningen bland respondenterna är upphandlare (93 stycken), varav flera (27 stycken) befinner sig i en chefsposition. Därefter följer IT-samordnare (5 st) och IT-chef (2 st). Webbansvarig, medlemsansvarig och nätansvarig anges också som befattning, liksom jurist, VD och controller.

4.2.2 Probleminventering

Inlåsnings effekter

Bild 1 Beaktar myndigheten vid förstudie/förberedelse inför en upphandling, de eventuella konsekvenserna av immaterialrättsliga inlåsnings effekter, exempelvis på grund av upphovsrätt?

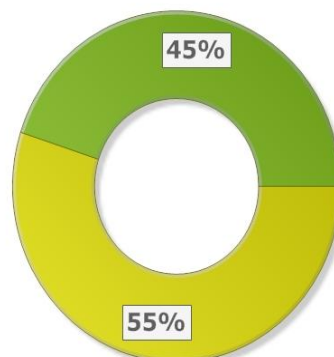
1	Ja, alltid	50
2	Ja, ibland	91
3	Nej, aldrig	15
##	Total	156



Resultaten visar att endast en tredjedel av upphandlarna alltid tar hänsyn till inlåsnings effekter vid upphandling av IT-system. Något fler än hälften anger att man ibland beaktar sådana effekter. Sammanlagt svarar 90 procent att de alltid eller ibland beaktar inlåsnings effekter. Mot bakgrund av de konsekvenser som en inlåsnings kan innebära, bör givetvis frågan väckas om beställaren inte alltid bör beakta inlåsnings effekter.

Bild 2 Har ni vidtagit några konkreta åtgärder vid upphandling av IT-system eller programvara för att undvika inlåsnings effekter?

1	Nej	82
2	Ja	66
##	Total	148



Trots att 90 procent av de tillfrågade anger att de alltid eller ibland beaktar inlåsnings effekter, så är det endast 45 procent som anger att man någon gång vidtagit konkreta åtgärder för att undvika inlåsnings effekter.

Omständigheten att en så stor andel inte vidtar konkreta åtgärder, trots att en övervägande majoritet är medveten om problematiken, indikerar brister i kunskapen om hur inlåsnings effekter kan förebyggas. Alternativt saknas tillräckliga incitament för att upphandlaren aktivt ska söka motverka inlåsnings effekter.

Respondenterna har även beretts möjlighet att utveckla vilka konkreta åtgärder man vidtagit för att undvika inlåsnings effekter. Av de som anger att man beaktar inlåsnings effekter svarar många att man säkrat äganderätten till system (källkoden) eller försäkrat sig om att leverantören kommer att medverka vid framtida byte av leverantör. Interoperabilitet och öppenhet framhålls som viktiga faktorer för att undvika inlåsnings effekter. Bland svaren anges att öppna system upphandlas när så är möjligt och krav ställs på att IT-system ska vara oberoende av hårdvara. Samma respondenter framhåller genomgående vikten av att ställa funktionella krav. Av svaren framgår också att vissa upphandlare medvetet använder vaga formuleringar för att försöka undkomma problem.

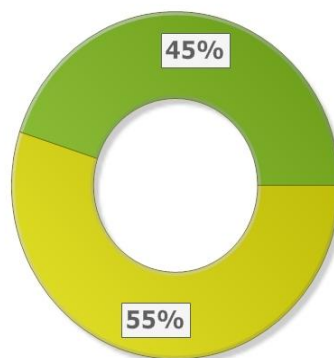
Även om öppna system är en tilltalande lösning för att undvika inlåsnings effekter kan sådana system i vissa fall medföra nackdelar. I ett av svaren framhålls att öppna system ställer större krav på den upphandlande myndighetens tekniska kunnande:

”Vi har tidigare försökt att inrikta oss på öppna programvaror, men beroende på att vi är en liten aktör och att det ställer stora krav på eget kunnande så överväger vi nu att lämna den principen.”

Detta skulle kunna motverkas genom att beställarna ökar sin kompetens, något som bland annat skulle kunna åstadkommas genom att mindre resursstarka beställare samarbetar med varandra.

Bild 3 Upplever eller har du upplevt svårigheter med att byta till annan leverantör i avtal om IT-lösningar, där svårigheten beror på att endast befintlig leverantör har rättigheter att modifiera programvaran?

1	Ja	96
2	Nej	79
##	Total	175



Över hälften av upphandlarna upplever här problem. Vanligast är att ändringar, tillägg, moduler eller uppgraderingar bara kan levereras av den befintliga leverantören då sådana förfaranden skyddas av leverantörens upphovsrätt.

Bild 4 Hur har dessa svårigheter/inlåsningar yttrat sig?

1	Ändringar och/eller tillägg till program kan bara beställas av ursprungsleverantören	77
2	Tilläggstjänster kan enbart levereras av ett fåtal leverantörer p.g.a. certifieringskrav gällande föremålet för upphandlingen	31
3	Myndigheten har ett eget IT-system som ställer krav på kompatibilitet från potentiella leverantörers system, vilket begränsar antalet potentiella anbudsgivare	38
4	Inköp av moduler kan bara göras från en leverantör	66
5	Uppgradering av programvara kan bara beställas från en leverantör	75
##	Total	287

När respondenterna beskriver problemen visar svaren att flertalet upplever problem med att byte av leverantör förutsätter nya system, vilket är tids- och kostnadskrävande:

”Att köpa in nya system är resurskrävande för implementering. Leverantörerna har alla sina speciallösningar vilket gör att man måste byta ut hela system så fort man vill byta egentligen bara en modul.”.

Den befintliga leverantören har i det läget, vid ny upphandling, ett informationsövertag. Leverantören har även ett övertag vid förhandling om ändringar, eftersom denne är medveten om vilka kostnader det medför att i stället upphandla ett nytt system. En respondent uppger att om funktion upphandlas, så finns det inga problem att konkurransutsätta, men det förutsätter att man upphandlar ett nytt system. Livslängden på systemen är i regel längre än de avtalstider som LOU tillåter, vilket av flera respondenter framhålls som ett problem. En respondent uppger att man övergått till att ställa krav på öppenhet och möjlighet till integration, utbyte och sammanlänkning med andra system.

Bild 5 Upphandlingsformer

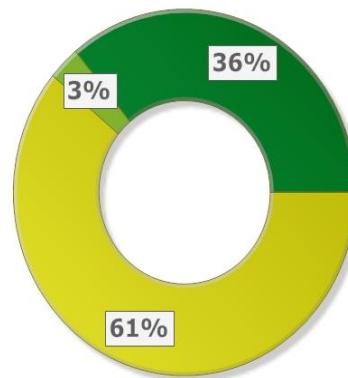
1	Öppet förfarande	129
2	Selektivt förfarande	32
3	Förhandlat förfarande med föregående annonsering	44
4	Förhandlat förfarande utan föregående annonsering	13
5	Förenklat förfarande	51
6	Urvalsförfarande	5
7	Direktupphandling	29

För att få en bild av vilka förfaranden som tillämpas vid upphandling av IT-system bad vi respondenterna att ange vilka upphandlingsformer som vanligtvis används. Bild 5 visar att det stora flertalet upphandlingar görs enligt öppet förfarande. Det kan noteras att förhandlat förfarande med föregående annonsering anges som en vanlig upphandlingsform, vilket kan ha sin förklaring i att upphandlingar av IT-system ofta är komplexa.

Samarbeten med andra upphandlande myndigheter

Bild 6 Samarbetar myndigheten med andra myndigheter med liknande behov av IT-system, i Sverige eller andra EU-länder?

1	Ja, inom Sverige	92
2	Ja, inom EU	4
3	Nej	55
##	Total	151



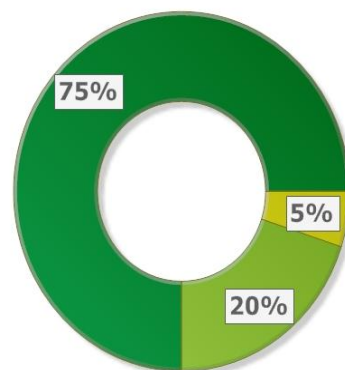
Enkätsvaren visar att samarbete mellan svenska myndigheter är vanligt förekommande. Dock är det betydligt ovanligare att svenska myndigheter samarbetar med andra europeiska myndigheter, även om det finns en sådan vilja. Se exempelvis följande svar:

”... vi skulle önska ett djupare samarbete inom EU tillsammans med våra motsvarande myndigheter inom samma sakområde.”

Fritextsvaren visar också att samarbeten främst sker mellan myndigheter med liknande uppdrag, exempelvis offentligt ägda trafikbolag, universitet/högskolor samt inom försvaret. Flera kommuner anger att samarbete sker genom SKL Kommentus samt Sambruk.

Bild 7 Om svaret på föregående fråga var Nej, vilket är huvudskälet till det?

1	Det är oklart om det är tillåtet	3
2	Tidsbrist	11
3	Det är oklart hur ett sådant samarbete skulle struktureras	41
##	Total	55



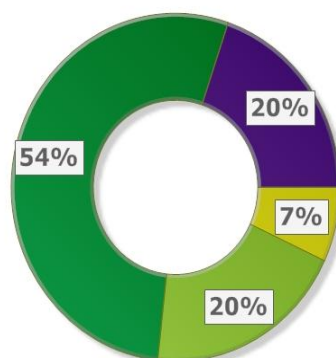
Den vanligaste anledningen till att samarbete inte kommer till stånd är okunskap om hur ett sådant samarbete skulle genomföras. Tidigare dåliga erfarenheter av samarbete samt prestige anges också som skäl till att samarbete inte förekommer:

”Begränsat samarbete beror främst på tekniska handläggares tidigare erfarenheter av att deras behov och synpunkter inte tagits tillvara utan att man blivit ’överkörd’ varför man finner det säkrast att upphandla på egen hand.”

Avtalsfrågor

Bild 8 Hur avtalar ni om äganderätt till specialanpassade IT-system och programvaror?

1	Exklusive källkod	12
2	Inklusive källkod	34
3	Det beror på vad avtalet avser	93
4	Vi upphandlar endast standardlösningar	34
##	Total	173

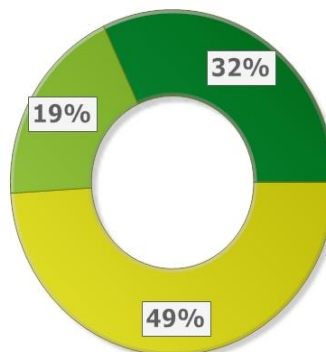


Ett förhållandevis stort antal respondenter avtalar till sig källkoden till specialanpassade system i syfte att säkra tillgång till systemet för det fall att leverantören skulle försvinna från marknaden i framtiden. Vidare visar svaren att avvägningar görs mellan nytta och kostnader, gällande rätten till källkoden. En kommentar illustrerar vidare att specialanpassade lösningar ofta är nödvändiga:

”Vår utgångspunkt är alltid att upphandla standardlösningar, och lika säkert som amen i kyrkan landar vi i en mängd anpassningar och speciallösningar trots att vi har dåliga erfarenheter av inläsningseffekterna. Ändå tror jag att nyttan upplevs så stor att merkostnaden kan accepteras. Ett sätt att hålla kostnaderna på en hälsosam nivå är att konsekvent konkurrensutsätta vid nya inköp, och när det är möjligt även upphandla befintliga systemlösningar på nytt när de gamla blir för dyra att underhålla eller då de inte håller måttet tekniskt längre.”

Bild 9 Förekommer det att ni avtalar om källkodsdeposition?

1	Ja	75
2	Nej	29
3	Vet ej	50
##	Total	154

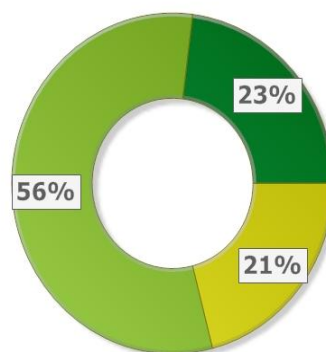


Hälften av respondenterna uppger att man avtalar om källkodsdeposition. En tredjedel uppger att man inte vet huruvida man avtalar om detta. En av respondenterna noterar att man avtalar om deposition mest som en säkerhetsåtgärd, men tillägger att det antagligen inte är realistiskt att den skulle komma till användning.

Open source

Bild 10 Open source. Finns det en policy om att "open source" enligt OSI (Open Source Initiative) eller standardprodukter, ska upphandlas i första hand?

1	Ja	32
2	Nej	83
3	Vet ej	34
##	Total	149

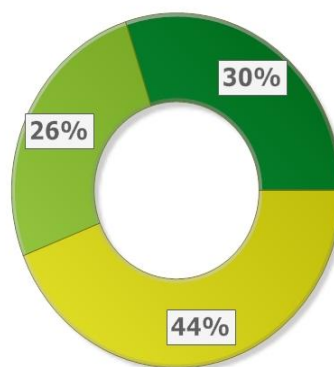


Mer än hälften av respondenterna anger att man saknar en policy om att prioritera antingen open source eller standardprodukter, och nära en fjärdedel (23 procent) anger att man inte vet om man har en policy om open source eller standardprodukter.

Avtal om tillägg och ändringar

Bild 11 Tilläggstjänster, särskilt drift och underhållsavtal samt utbildning
När ni upphandlar eventuella tilläggstjänster till IT-system så görs detta...

1	... som option (d.v.s. ej bindande för myndigheten) reglerad i ursprungskontrakt	98
2	...som tillägg, och således som separata kontrakt	58
3	...genom ramavtal	67
##	Total	223



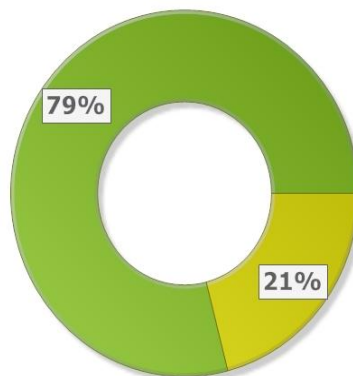
Härvid framkommer att en användning av optioner, ej bindande för beställaren, i ursprungskontraktet är förhållandevis vanligt förekommande.

Finns det tekniska svårigheter, utöver upphovsrättsliga aspekter, med att upphandla tilläggstjänster avseende IT-system som konstruerats av viss leverantör, exempelvis rörande källkoden?

Av svaren framgår att många upplever tekniska svårigheter som en bidragande faktor till inlåsning. Även om man har tillgång till källkoden räcker inte detta eftersom den tekniska kompetensen ofta saknas för att själv kunna göra ändringar. Detta illustrerar att datorprogram inte är som vilken vara som helst utan att dess komplexa tekniska karaktär ofta sätter begränsningar för hur den upphandlande myndigheten kan förvalta upphandlingsobjektet.

Bild 12 I de fall där enbart en leverantör på grund av ensamrätt kan komma i fråga för eventuella tilläggstjänster, kan man där se att grundsystemet prissätts förmånligt för myndigheten?

1	Ja	25
2	Nej	93
##	Total	118



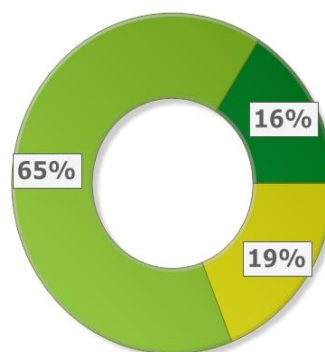
Flertalet har inte gjort några sådana observationer, men det förekommer. De respondenter som observerat sådana tendenser ombads att utvärdera problematiken kring prissättning av grundsystem och tillägg. En femtedel av respondenterna tycker sig se att leverantörer tenderar att ge till synes förmånliga priser på grundsystem men att de sedan kompenserar detta genom att ta ut högre ersättning för tilläggsprogram och support. En av respondenterna identifierar ett flertal svårigheter med att gardera sig mot detta:

”Även om upphandling sker i konkurrens är det troligt att flertalet anbudsgivare kalkylerar med möjlighet till "merförsäljning". Det är därför en grannliga uppgift att kunna känna av i vilken omfattning. Inte sällan blir denna känsla att ett dyrare anbud är mer befriat från en sådan tyngdpunkt. Men det är mycket svårt att värdesätta då man inte objektivt kan uppfinna situationer eller utvecklingsmöjligheter som man då inte vet något om. Erfarenhetsmässigt bör man dock alltid anta att ju komplexare system det handlar om t.ex. med många integrationsgränssnitt mot angränsande desto större är risken att hamna i leverantörens garn. Därför måste man i förfrågan ta höjd för detta så långt man bara kan.”

Sambandet mellan storleken på kontrakt och offererande leverantörer

Bild 13 Har ni noterat att andelen små och medelstora företag som inkommer med anbud är beroende av storleken på det upphandlade uppdraget, på så sätt att större projekt enbart eller i större utsträckning offereras av stora leverantörer?

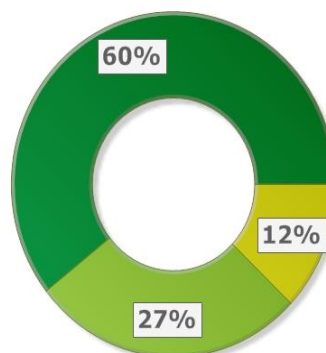
1	Ja, helt klart	26
2	Ja, delvis	87
3	Nej, inte alls	21
##	Total	134



Svaren bekräftar till viss del att upphandlare har uppmärksammat att det finns ett samband mellan upphandlingens storlek och de som lämnar anbud. Detta leder till reflektionen att man vid planeringen av en upphandling bör beakta att storleken på projektet kan leda till att mindre leverantörer utestängs.

Bild 14 Upphandlar ni IT-lösningar som vara (färdig produkt) eller som tjänst (design/underhåll av system)?

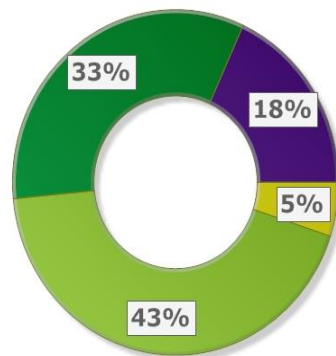
1	Vara	19
2	Tjänst	42
3	Det varierar	92
##	Total	153



Möjlighet fanns att utveckla svaret om man svarat "det varierar", vilket 66 av 92 respondenter valde att göra. Svaren visar att valet att upphandla som vara eller tjänst beror på vilka behov man har, men även vilken kompetens man besitter och storleken på det efterfrågade systemet. Även marknadsläget påverkar valet. Utvecklingstendensen synes vara att upphandlare kommer att öka andelen upphandlingar där upphandlingsföremålet klassas som tjänst. En respondent anger uttryckligen att man försöker upphandla som tjänst för att undvika inlåsnings.

Bild 15 Kan det vara oklart om det som upphandlas ska klassas som vara eller tjänst?

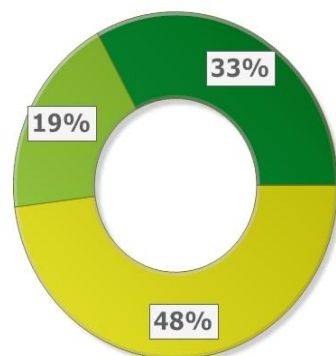
	Ja, ofta	8
1	Ja, ibland	63
2	Ja, men sällan	48
3	Nej, aldrig	27
##	Total	146



Ett stort antal av respondenterna anser att gränsdragningen mellan vara och tjänst kan vara svår att göra. Detta kan delvis ha sin förklaring i att många avtal är en hybrid av köp, nyttjanderätt och tjänst. Avtalen är därför till sin natur svåra att klassificera.

Bild 16 Tillämpar myndigheten något av de standardavtal som finns på marknaden, eller används egna avtal?

1	Egna avtal	90
2	Standardavtal	36
3	Standardavtal med egna tillägg	62
##	Total	188



Här visar svaren att fördelningen mellan tillämpningen av egna avtal och standardavtal (tillämpade rakt av eller med viss anpassning) är jämn.

Allmänna reflektioner från upphandlarsidan

Respondenterna ombads även att beskriva sina erfarenheter av konkurrensrelaterade problem vid upphandling av IT-system. Den aspekt som oftast förs fram när upphandlarna själva får beskriva vad de upplever som problematiskt, är de problem som ofta uppstår med att ta fram en bra kravspecifikation. Bristande kunskap och kompetens pekas ut som bidragande faktorer.

Det anförs att det är svårt att veta vilka lösningar som finns, en synpunkt som ter sig fullt naturlig med hänsyn tagen till att det handlar om en marknad där utvecklingen går snabbt.

”Problemet kan vara att system är ofta ganska komplext, vilket gör att kravställandet kan te sig svårt. Är svårt att ställa samtliga krav på ett bra sätt, då man ofta inte vet helt exakt vad som finns samt vad leverantörer kan erbjuda.”

Det är med hänsyn tagen till den snabba utvecklingen, inte svårt att förstå att problemen med att specificera kraven tycks grundade, i alla fall delvis, i den breda kompetens som krävs för att upphandla IT. Den snabba utvecklingen av möjliga lösningar leder till att det är svårt att hålla sig uppdaterad. En respondent uttrycker det såhär:

”Svårt, de som har IT-kompetens har sällan upphandlingskompetens och tvärtom. Ofta inom IT behöver man kunna bägge områdena.”

Den snabba utvecklingen av nya lösningar, och ändrade behov på beställarsidan, under systemets livslängd, är också ett osäkerhetsmoment vid utformningen av förfrågningsunderlag.

”Svårt att i förväg definiera exakta behovet, och därmed få transparens och likabehandling enligt lagen.”

Organisatoriska skäl framkommer också som en möjlig förklaring till att man upplever problem med att utforma förfrågningsunderlagen. Två respondenter beskriver det såhär:

”Det svåra är att få verksamheten att beskriva vilka funktioner som de vill ska ingå i systemet, hur vill verksamheten arbeta framöver. Så förfrågningsunderlaget är den svåra biten.”

”IT-system är sällan av karaktären "stand alone" och som upphandlare är man oerhört beroende av den interna systemkompetensen. Den är ofta djup men dessvärre också mycket smal. Det är inte så sällan det brister i kunskap om kringliggande processer och rutiner (system) som ibland är helt avgörande för vilka frågor som blir nyckelfrågor i kravställandet. Jag har ofta känt beundran för "gamla rävar" som har sådana strängar på sin lyra, och därmed kan beakta en större komplexitet. Generellt är det enligt min uppfattning

en stor fördel om företaget har "egna fingrar i syltburken" - d.v.s. att ha en viss del egen IT-utveckling inom kritiska områden för att vi ska kunna vara en bra beställare."

En upphandlare uttrycker en önskan om ökad dialog med leverantörerna.

"Problemet är att skriva bra specar, de tolkas på så olika sätt. Önskvärt är dialog framför detaljerade kravspecar."

Behov av en ökad dialog mellan parterna är något som även leverantörerna framhåller när synpunkter på den offentliga upphandlingen framförs.²³¹ Problemen med att dels definiera kraven, dels kommunicera dessa till potentiella anbudsgivare, bekräftas av denne upphandlare:

"Svårt att definiera vad man vill ha för IT-stöd på ett sådant sätt att det lämnar utrymme för anbudsgivarna att visa hur de tillsammans med stödet kan t ex förbättra processerna i företaget. Vi skulle vilja kunna skriva "visa vad ni har så väljer vi det som är bäst på marknaden givet våra förutsättningar". Det är lätt att hamna i en gråzon. Resultatet blir därför kanske inte lika bra eller billigt i slutändan än om det inte varit en offentlig upphandling (vilket inte är meningen med LOU; tvärt om)"

Om man väl har ett fungerande system, som uppdateras och underhålls enligt avtal, så uppstår efter en tid frågan om man är skyldig att upphandla ett nytt system. Nedan återges två citat som ger en bild av hur en inlåsning ofta verkar uppstå.

"Avtalstiden är ett problem. Avtalstiden speglar under hur lång tid man kan avropa innehållet. D&U står för större delen av kostnaden under livslängden. Hur bedöma vad som tillåts under livslängden, tillkommande moduler, utökning av licenser. Jämför en MFP²³², bara för att avtalstiden går ut lämnar man inte tillbaka utrustningen men betalar likväl fortfarande D&U under livslängden."

"Dyrt att byta stora system som ekonomi och personal då de är kopplade till flera andra system. En annan svårighet är när måste en myndighet upphandla nytt system. Vad räknas som en normal uppgradering och vid vilken tidpunkt är det att anse som ett helt nytt system. När programmeringsplattformen helt har ändrats. Hur ser vi det? Leverantörerna säger ju hela tiden att det "bara" är en uppgradering vilket vi också kräver i upphandlingen att de ska göra som anpassning till förändringar i omvärlden."

En anledning till att man inte upphandlar i den situation som tecknas i det senare citatet, är kostnader och tidsåtgång för att upphandla ett nytt system. En upphandlare säger så här om det som upplevs som det största problemet med konkurrensutsättning i samband med upphandling av IT-system.

"Frågan om systemens livslängd, d.v.s. när måste man upphandla ett IT-system på nytt."

²³¹ Fyhr.N., 2012, Våga fråga och våga svara! (Elektronisk), Tillgänglig: <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.444791> (2012-08-28).

²³² MFP, MultiFunctionalPrinter.

En annan framhåller att öppna alternativ saknas och att det medför orimliga kostnader att byta system.

”Programvaror som speciellt inriktar sig på vår bransch är så vitt jag vet alltid proprietära. När vi väl sitter i knät hos en leverantör så måste vi göra det länge, för det är alldeles för krävande att byta system. De nyckelparametrar vi använder inom den [ifrågavarande branschen] gör att vi har svårt att välja några av de internationellt gångbara systemen. För övrigt: Företag som Microsoft och Oracle utnyttjar ofta sin dominerande ställning till att låsa in oss. Jag anser att det är pinsamt att offentliga organisationer mer eller mindre tvingas använda deras produkter trots att t ex. Microsoft bötfällts för sina metoder och till EU tvingats betala 11 miljarder kr i böter sedan 2004. ”Smör och bröd-programvaror” som e-post, office-programvaror etc. borde inom den offentliga världen ersättas med dito baserade på öppna standarder. Vi har gjort det under lång tid, men som liten aktör orkar vi tyvärr inte längre.”

Organisatoriska krav på att befintliga system måste behållas, och bristen på alternativ på marknaden framträder som problematiskt.

”Framst internt motstånd mot att upphandla sina gamla system såsom ekonomi, personal osv.”

”Att upphandla ett nytt system är OK, att konkurrensutsätta ett befintligt fungerande system är inte vettigt och ett ekonomiskt slöseri med skattemedel.”

Det framträder en klar bild av att många myndigheter sitter med system som kostat tid och pengar att ta fram och anpassa. Systemen fungerar och det finns därför inom organisationen krav på att systemen ska behållas. Bilden kompliceras dessutom av att det råder osäkerhet om huruvida man egentligen är skyldig att upphandla ett nytt system eller kan fortsätta att beställa drift och underhåll av det befintliga systemet. Lägg dessutom till insikten om att en ny upphandling kommer att ta tid och kräva nya investeringar.

Utvecklingstendenser

Har ni noterat någon konkret förändring eller kan ni förutse en framtida förändring av hur IT-system upphandlas? Utveckla gärna hur denna förändring ser ut, exempelvis ökad tillämpning av ramavtal, högre andel standardprodukter, moln-tjänster, SaaS etc.

Svaren visar att upphandlarna ser tendenser till en ökad andel tjänsteupphandlingar, såsom molntjänster och SaaS.²³³ Även open source framhålls som något som kommer att bli vanligare.

Gemensamma nämnare är att många anser att molntjänster och standardlösningar kommer att öka. Flera upphandlare anger att det nya förfarandet med förnyad

²³³ Software as a service.

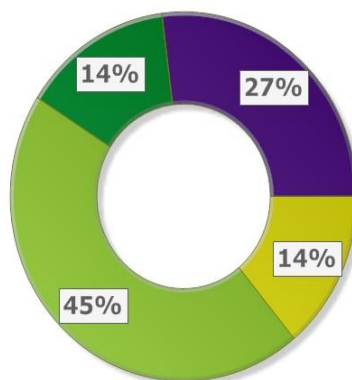
konkurrensutsättning vid avrop från ramavtal upplevs som resurskrävande. Nyttan med ramavtal framstår som relativt liten, och man antyder att man kommer att göra egna upphandlingar eftersom man bedömer att det kommer att ge bättre villkor.

4.3 Redovisning av svar från leverantörer

Nedan följer en redovisning av svaren från den enkät som ställts till leverantörer. Inledningsvis ställdes ett antal frågor om företagets omsättning, antal anställda och vilka delar av världen som leverantörerna är verksamma i, samt frågor rörande deras produktutbud. Svaren visar att enkäten besvarats av företag av varierande storlek och med varierande geografisk utbredning av verksamheten, men med en klar koncentration till Norden.

Bild 17 Hur stor omsättning har bolaget/koncernen?

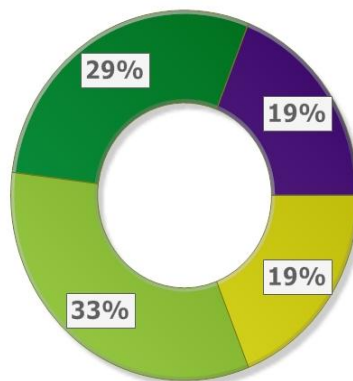
1	Mindre än 2 miljoner euro (ca 18 miljoner SEK)	3
2	2-10 miljoner euro (18-90 miljoner SEK)	10
3	10-50 miljoner euro (90-450 miljoner SEK)	3
4	Mer än 50 miljoner euro (450 miljoner SEK)	6
5	Kan ej uppges	0
##	Total	22



Det rör sig således om företag av variande storlek. Endast ett fåtal har dock en omsättning under 18 miljoner kronor.

Bild 18 Hur många anställda har företaget i Sverige?

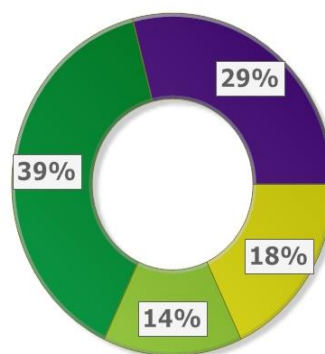
1	Färre än 10	4
2	10 – 50	7
3	50 – 250	6
4	Kan ej uppges	4
##	Total	21



Det rör sig om företag med ett varierande antal anställda. Endast ett fåtal har mindre än 10 anställda.

Bild 19 Har ni som bolag/koncern verksamhet i:

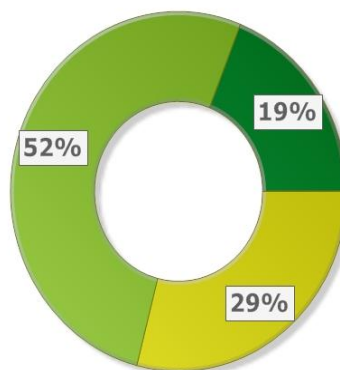
1	Globalt/världen	5
2	Europa/EU	4
2	Norden	11
3	Sverige	8
##	Total	28



Endast ett fåtal av företagen har en global verksamhet.

Bild 20 Vilken typ av varor eller tjänster tillhandahåller ni?

1	Programvaror	6
2	Konsulttjänster	11
3	Annat	4
##	Total	21



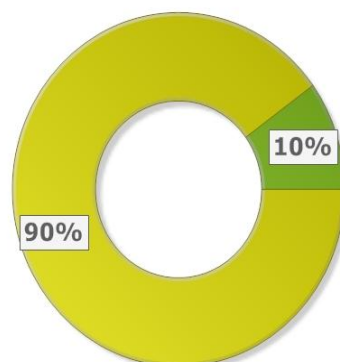
Även här visar svaren att respondenterna representerar företag som tillhandahåller såväl konsulttjänster som programvaror. Vissa tillhandahåller både varor och tjänster. Förhållandet att svaren är differentierade torde till viss del även kunna motiveras med hänvisning till IT-avtalens speciella karaktär som hybrid mellan köp, nyttjande och tjänst.

Offentlig upphandling

De stora flertalet av de tillfrågade leverantörerna arbetar aktivt med anbudsgivning i upphandlingar, vilket framgår av bild 21–22. De företag som inte deltar i anbudsgivning vid offentlig upphandling anger att överkapacitet saknas. Det anges även att kraven ofta är för detaljerade och fokuserar på fel lösningar, se bild 23.

Bild 21 Brukar ni delta som anbudsgivare vid offentliga upphandlingar?

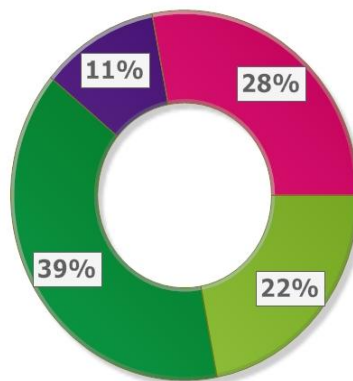
1	Ja	18
2	Nej	2
##	Total	20



Endast ett par företag som deltar i studien deltar inte som anbudsgivare vid offentlig upphandling.

Bild 22 Om svaret på föregående fråga var ja, hur många anbud lämnar ni per år?

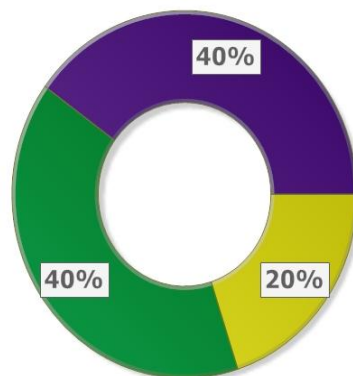
1	1 – 2	0
2	3 – 5	4
3	5 – 10	7
4	10 – 20	2
5	Fler än 20	5
##	Total	18



Bland leverantörerna är det stor spridning på anbudsfrekvensen. Endast fem företag har deltagit i fler än tjugo offentliga upphandlingar.

Bild 23 Om svaret på frågan var nej. Av vilken anledning deltar ni inte?

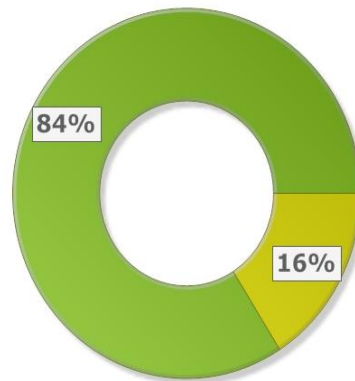
1	För kostsamt/komplicerat	1
2	Upphandlingar är alltför ofta "styrda" mot viss leverantör	0
3	Upphandlingens omfattning är för stor	2
4	Annan anledning (exemplifiera gärna nedan)	2
##	Total	5



En orsak till att man väljer att inte delta i upphandlingar är att upphandlingarnas omfattning var för stor. Omständigheten att upphandlingarna kan vara styrda mot viss leverantör upplevs inte som en orsak att inte lämna anbud.

Bild 24 Hur upplever ni upphandlande myndigheters kunskapsnivå gällande föremålet för upphandlingen (det som upphandlas)?

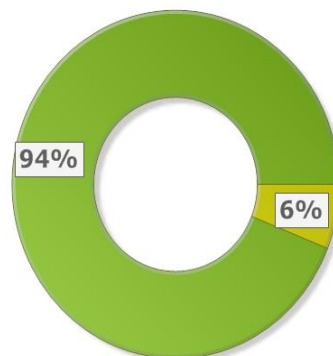
1	God	3
2	Den kan bli bättre	16
##	Total	19



Svaren bekräftar att det till viss del råder obalans i kunskapsnivån mellan beställare och leverantörer. Det föreligger en informationsasymmetri mellan parterna, vilket kan medföra risk för obalanserade avtal till nackdel för den kunskapssvagare parten.

Bild 25 Hur upplever ni upphandlande myndigheters kunskapsnivå gällande utvecklingstendenser och trender i branschen?

1	God	1
2	Den kan bli bättre	16
##	Total	17



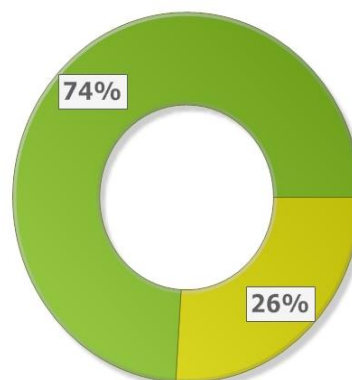
Återigen bekräftas att det råder informationsasymmetri, på så sätt att leverantörerna har ett övertag när det gäller information och kunskap. Det förefaller kanske naturligt att leverantörerna har en större kunskap om vad som händer i deras särskilda bransch.

När tillfälle ges att utveckla svaret på de två föregående frågorna, framförs följande kommentar, som visar på att det kan vara svårt att hålla sig uppdaterad med utvecklingen:

”Upphandlande myndigheter har kanske inte helt [uppfattat] skillnaderna mellan programvarulicenser och tjänster (SAAS)”

Bild 26 Förekommer det att ni tillhandahåller programvaror med äganderätt även för källkoden?

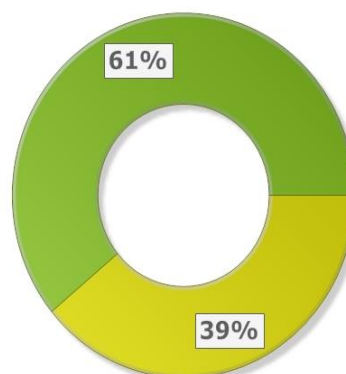
1	Ja	5
2	Nej	14
##	Total	19



Det förekommer att leverantörer överlåter källkoden, dock förhållandevis sällan. Det indikerar att stor hänsyn tas till leverantörernas intresse om att ha kvar äganderätten till datorprogrammet.

Bild 27 Brukar ni avtala om källkodsdeponering vid avtal med myndigheter?

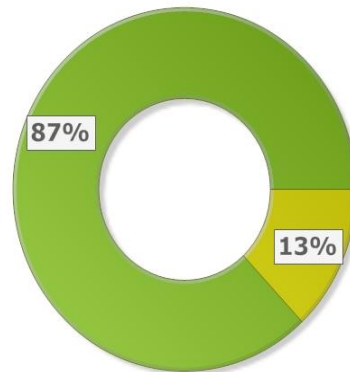
1	Ja	7
2	Nej	11
##	Total	18



Majoriteten av respondenterna svarar att de inte brukar avtala om källkodsdeponering.

Bild 28 Finns det särskilda svårigheter med att tillhandahålla tilläggstjänster till system som har levererats av en konkurrent/där ni inte är ursprungsleverantör?

1	Ja	2
2	Nej	13
##	Total	15



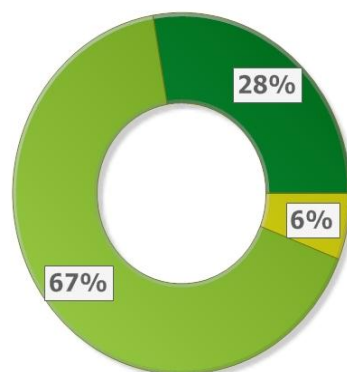
En övervägande majoritet uppger att det inte finns några särskilda svårigheter med att tillhandahålla tilläggstjänster, även när de själva inte har levererat grundsystemet. Svaren visar en annan bild än den som ges av upphandlarna, vilka i större utsträckning förefaller uppfatta detta som ett problem.

Det fanns även möjlighet att utveckla svaret och då lämnades bland annat denna kommentar:

”Oftast får den nya leverantören överta något odefinierbart, men ska ändå ta hela ansvaret om det inte fungerar. Befintliga system måste beställaren ta alla kostnader för själv, det är självklart. Ett gott samarbete skapas inte av inlåsning som faktiskt kan leda till den nya leverantörens konkurs.”

Bild 29 Tillhandahåller ni vanligtvis/i störst utsträckning IT-lösningar som en vara eller en tjänst?

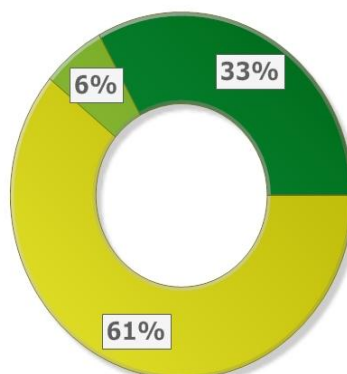
1	Vara	1
2	Tjänst	12
3	Det varierar	5
##	Total	18



De levererade IT-lösningarna är i huvudsak baserade på tjänster, inte varor.

Bild 30 Tillämpar ni några standardavtal?

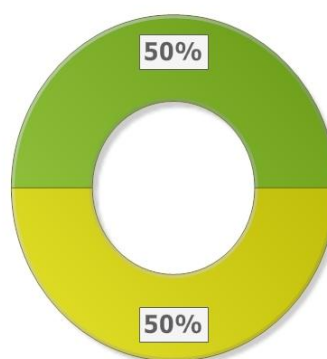
1	Ja	11
2	Nej	1
3	Vi styr inte det, det gör upphandlande myndighet.	6
##	Total	18



Svaren bekräftar bruket av standardavtal. Det är uppenbart att avtal som är helt och hållet individuellt utformade är ovanligt. Det finns en viss skillnad vid en jämförelse med de svar som givits i upphandlarsdelen. Att nyttja ett avtal som inte är specifikt anpassat för parterna kan skapa problem när det gäller problem som uppkommer efter avtalets ingående.

Bild 31 Uppfattar ni det som ett problem att upphandlande myndigheter använder konsulter m.m. vid förstudier eller i upphandlingsprocessen, som sedan har möjlighet att styra valet av leverantör, bl.a. genom behovsanalyser eller kravspecifikationer?

1	Ja	9
2	Nej	9
##	Total	18

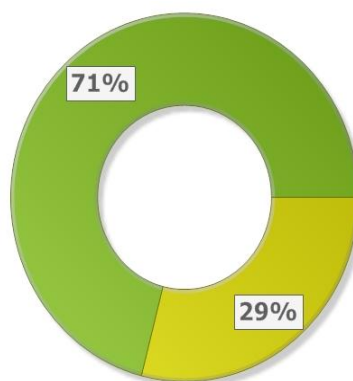


Hälften av leverantör ser problem med att myndigheter väljer att anlita konsulter i upphandlingsprocessen. Frågan huruvida konsulterna bidrar till ett positivt resultat är i viss utsträckning beroende av hur insatta konsulterna är i upphandlarnas behov. Det är svårt att komma med generella synpunkter på den nytta som kan erhållas genom att nyttja konsulter i ifrågavarande sammanhang. En leverantör illustrerar problemställningen i sitt svar:

”Det finns bra och dåliga konsulter. Erfarenheten hos denne är helt avgörande, tillsammans med rimliga legala villkor. Kombinationen dåliga upphandlingsunderlag och orimliga legala krav leder till att upphandlingskonsulten får mycket att göra, när det istället borde vara leverantören som lägger energi på fördjupning och analys med sin erfarenhet som grund.”.

Bild 32 Har ni som leverantör noterat att ni inte kan/får delta i en annonserad upphandling, eftersom ni inte innehar de rättigheter som krävs för att kunna offerera?

1	Ja	5
2	Nej	12
##	Total	17

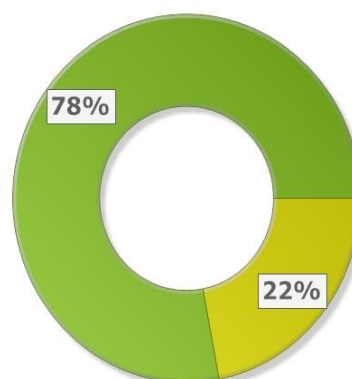


Följdfråga för de som svarat ja. Hur har detta yttrat sig?

Tre leverantörer utvecklade sina svar. Dessa svar indikerar att man upplever problem med kvantitativa krav, exempelvis att upphandlingarna riktar sig till stora företag, och inte med de krav som är omedelbart relaterade till innehav av rättigheter.

Bild 33 Har ni noterat att det i förfrågningsunderlag hänvisas till speciellt varumärke, patent, typ, eller liknande som skyddas av upphovsrätt?

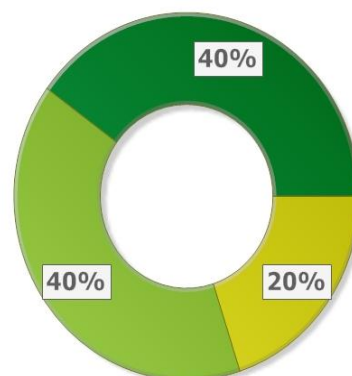
1	Ja	4
2	Nej	14
##	Total	18



Svaren ger en bild av att det i tekniska specifikationer relativt sällan hänvisas till speciella immateriella rättigheter. Dock bör beaktas att merparten av respondenterna är tjänsteleverantörer, vilket kan ha påverkat utfallet eftersom varumärken och patent kan vara betydelsefulla när det gäller varor.

Bild 34 Om svaret på föregående fråga var ja, har det påverkat ert beslut att lämna anbud? (möjligt att ange flera alternativ)

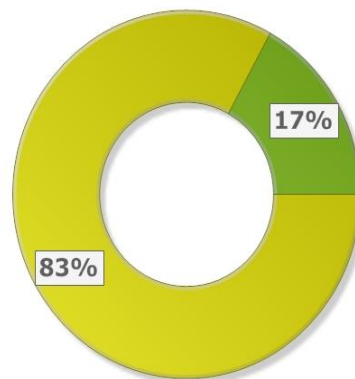
1	Ja, eftersom vi inte kunde offerera det som efterfrågades	1
2	Ja, eftersom vi missgynnades i förhållande till andra leverantörer	2
3	Nej	2
##	Total	5



Vissa respondenter har upplevt att de missgynnats i förhållande till andra leverantörer i anslutning till krav på vissa specificerade rättigheter.

Bild 35 Kan ni se att myndigheters sätt att upphandla IT-lösningar skiljer sig från det sätt på vilket privata företag upphandlar motsvarande lösningar, utöver att myndigheter är skyldiga att beakta upphandlingslagstiftningen?

1	Ja	15
2	Nej	3
##	Total	18



En klar majoritet noterar skillnader i hur IT-lösningar upphandlas. När man tillåts utveckla sitt svar framgår även att många ser problem kopplade till myndigheternas kravspecifikationer och val av tilldelningsgrund. Lägsta pris uppskattas inte av leverantörer, vilket inte är överraskande. I övrigt framförs kritik mot byråkratisk hantering. En respondent framhåller följande:

”Kravställandet är för otydligt och för omfattande, alltså för många pusselbitar, men med för dålig beskrivning av varje pusselbit. Borde vara mer processtyrt i detalj, hur man vill arbeta, samtidigt som man lämnar möjlighet till påverkan från leverantörens erfarenheter. De globala kraven om samordning mellan delprocesser ska reduceras till vem som äger informationen som skapas i delprocessen och eventuellt till standardiserade systemgränssnitt för utbyte av data. Privata sidan kan inte hålla på med eviga flumprojekt, blir därför fokuserade på direkta lösningar. Detta syns mycket tydligt internationellt, där man köper en pusselbit i taget. Och orsaken är troligen att mödan med LOU kostar administration.”

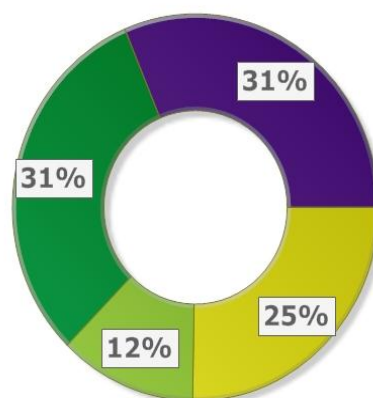
Bild 36 Har ni noterat någon konkret förändring eller kan ni förutse en framtida förändring av hur IT-system upphandlas? Utveckla gärna hur denna förändring ser ut, exempelvis ökad tillämpning av ramavtal, högre andel standardprodukter, moln-tjänster, SaaS etc.

1	Svar 1	0
##	Total	0

Svar saknas i denna del.

Bild 37 Tror du att s.k. molntjänster eller större användning av "open source" (i enlighet med Open Source Initiative) kan vara ett sätt att minska de inlåsnings effekter som beskrivs inledningsvis?

1	Ja	4
2	Ja, men bara för vissa tjänster	2
3	Nej, det kan t.o.m. öka inlåsnings effekterna	5
4	Nej	5
##	Total	16



Drygt en tredjedel av respondenterna tror att en större användning av open source kan minska inlåsningsarna. En majoritet bedömer dock att större användning av open source inte skulle ha någon effekt eller till och med öka inlåsnings effekterna.

Open Source är inte en lösning som eliminerar alla problem kring inlåsnings effekterna. Kompetensproblem såsom exempelvis kunskap om hur vidareutveckling av datorprogramen kan ske avhjälpas dock inte genom denna metod.

Vilken förändring skulle ni vilja se från upphandlande myndigheter, i syfte att öka konkurrensen vid upphandling av IT-system? Särskilt gäller detta förändringar som skulle kunna minska de inledningsvis beskriva inläsningseffekterna.

Här efterfrågar respondenterna fler förhandlade upphandlingar och fokus på annat än lägsta pris. Det illustreras av följande kommentarer:

”Större fokus på kvalitativa parametrar och mindre fokus på enbart pris.”

”Mer av förhandlade upphandlingar, där leverantörens erbjudanden kan synas i sömmarna så att inte den som skriver vackraste svaren blir vinnare, utan den som har bästa erbjudandet.”

Leverantörerna synes önska att ökat fokus läggs på att nå långsiktiga lösningar. Detta torde även ligga i beställarnas intresse, även om kortsiktiga lösningar kan framstå som mindre kostsamma för stunden. Önskan om långsiktigt fokus illustreras i följande svar:

”Bättre förstudie; inte gå strikt på lägsta pris; se långsiktigt.”

Övriga synpunkter på upphandlande myndigheters upphandling av IT-system.

Fyra leverantörer valde att lämna övriga synpunkter. Bland annat framfördes en önskan om minskat fokus på pris till förmån för en ökad strävan mot långsiktiga lösningar. Det framhölls även att det är önskvärt att upphandlingar delas upp i mindre kontrakt, till förmån för nischade leverantörer.

4.4 Fördjupande intervjuer

Redovisning av fördjupande intervjuer

Syftet med intervjuerna har varit att nå en fördjupad kunskap om hur upphandlare och leverantörer upplever inlåsningsproblem i samband med upphandling av IT. Varje intervju har pågått i ungefär en timme. Intervjuerna har genomförts som samtal om ett antal frågor, där samtliga intervjupersoner inledningsvis har fått möjlighet att redogöra för sina erfarenheter av IT-upphandling. Särskilt fokus har varit på konkurrensutsättning av IT-system generellt och inlåsningsaspekter mer specifikt. Samtliga intervjupersoner har haft möjlighet att besvara den inledande enkät som genomförts inom ramen för uppdraget. Redovisningen sker under anonymitet.

De intervjuade personerna representerar två leverantörer av IT-system, fyra upphandlande myndigheter och en inköpare av IT-system i den privata sektorn. Vi har vidare varit i kontakt med företag som utför tjänster enligt LOV, lagen om valfrihetssystem. De är kunder till IT-leverantörer och utför samtidigt tjänster åt kommuner och landsting.

Hur intervjuerna genomfördes

Varje intervju har inletts med att intervjupersonen ombetts redogöra för vilka problem, om några, som denne har upplevt eller upplever i anslutning till konkurrensutsättning vid upphandling av IT-system. Därefter har frågor ställts om eventuella organisatoriska problem, om informationsöverföring inom den egna organisationen och om hur lagstiftningen inom området ansetts fungera. Frågor rörande användning av open source och om utvecklingstendenser har avslutat intervjuerna.

4.4.1 Redogörelse för intervjuerna

Hur upplever intervjupersonerna inlåsnings effekter?

Vi har valt att inleda denna redogörelse för intervjuerna med ett längre citat från en upphandlare. Det ger en bra bild av hur inlåsningsproblem kan uppstå.

”Inlåsningsproblem till en leverantör kan ur ett konkurrensutsättningsperspektiv vara ett problem och just konkurrensutsättning är ju ett syfte med LOU. Verksamheten, användarna i den egna organisationen, kan å sin sida se det som en möjlighet att slippa upphandla, och därmed få en ursäkt att avropa från befintlig leverantör, eftersom man på grund av integreringsproblem inte kan upphandla från annan. Även som upphandlare kan man se det som en möjlighet, eftersom man kan slippa dra igång en stor process som man ser som komplex, och man kan då snabbt 'komma i mål'.

Det blir för dyrt eller är omöjligt att integrera en produkt från en annan leverantör än den befintliga. Det behöver inte nödvändigtvis vara så att man är nöjd med det befintliga systemet för att det är optimalt, det kan vara så att man har vant sig vid ett system, en viss produkt, och det finns ett motstånd mot att lära sig något nytt. Det kan ställa till oreda i organisationen under en övergångsperiod, och det kan finnas en rädsla för just det. Befintlig leverantör, som redan är etablerad, och inte har misskött sig, har dessutom ett försteg i en upphandling.”.

En annan upphandlare, med mångårig erfarenhet, anger följande om den komplexitet som är förenad med IT-system, och som måste beaktas inför förändringar:

”Vi har en hel del ganska tunga trögrörliga system, som man en gång i tiden investerat i. Att riva upp dem när det är dags för en ny upphandling, då uppstår alltid problemet att befintligt system måste avvecklas. Det är egentligen inte kostnadsaspekten som är det tyngst vägande argumentet mot ny upphandling i ett sådant skede, utan alla beroenden, genom andra system, som är kopplade till ett visst system, och det faktum att nog ingen i organisationen har hundra procentig koll på vad som händer om man tar bort ett visst system.

Om vi rycker bort det här systemet, kommer allting att slockna och tystna, eller vad händer? På något sätt är det som att det här är en organisk, levande organism, man är lite orolig att om man skär benet av det, så försvinner inte bara benet, utan hela organismen kanske dör. Dessutom finns det en bekvämlighetsaspekt. Man vill gärna vara kvar i det system man kan.”.

Funktionsupphandling har prövats av en intervjuperson. Syftet har varit att öka flexibiliteten och undvika inlåsnings redan genom förfrågningsunderlaget:

”Vi har testat funktionsupphandling, för att undvika de sjuka låsningar som ibland kan uppstå. Då genereras dock ett annat problem, nämligen att leverantörerna är vana vid att få specifikationer på 'skruv och mutternivå', så när de svarar på en funktionsupphandling, då säger man att 'det här det fixar vi'. Sedan har det visat sig att leverantören ändå inte kan leverera vid avtalsstart. Man riskerar att få ett system som inte fungerar.”.

De leverantörer som intervjuats anför att det ibland finns stora problem med att få tillgång till den marknad som de offentliga inköpen utgör. Ett teknikföretag, som vill leverera sitt system för tidredovisning och nyckelhantering till hemtjänstverksamhet ger följande bild:

”Upphandlande myndigheter borde kräva funktion, inte en viss teknik. Man borde 'öppna upp' sina system för fler leverantörer. Många kommuner sitter fast i tunga investeringar i plattformar/affärssystem för exempelvis äldreomsorg. Systemen uppgraderas när det kommer förändringar på marknaden, man lägger till ny funktionalitet, och kallar det för

uppgrädering. Men egentligen är det nya funktioner som vi anser borde upphandlas i konkurrens”.

Senare under intervjun framhålls följande:

”Småföretagare som är innovativa, kommer aldrig in på marknaden. Eller så sluter en större leverantör av affärssystem ett samarbetsavtal med någon eller vissa mindre leverantörer och övriga stängs ute.”.

Denna beskrivning bekräftas av en intervjuperson som arbetar i en kommun:

Två verksamhetssystem finns i Sverige, från X och Y. Dessa har delat upp landet mellan sig, de har ungefär hälften av marknaden var, i praktiken en oligopolmarknad. På deras bassystem kan man bygga moduler av olika slag, e-tjänster för medborgare och olika tjänster som används i den dagliga verksamheten av kommunens anställda. Modulerna kan komma från X eller Y eller från något annat företag. Om de kommer från andra företag, då blir det 'jättesvårt' att jacka-ihop dem med bassystemet.

Jämför att du åker till IKEA och köper något med en standardiserad kontakt. Bassystemet som vi köper från X eller Y ska ha standardiserade kontakter, väl definierade, så att moduleleverantörer kan anpassa modulerna till dessa kontakter. Nu ser det ut som en ihopsmålt plastklump, utan ingångar. För det fall man vill göra en ingång, alltså koppla på ett annat system, så säger huvudleverantören att då krävs det en speciallösning, som kommer att definieras av huvudleverantören. Ställer moduleleverantören andra krav, då kan vi bygga en speciallösning, ”en låda utanpå”, eftersom man inte vill riskera basdatan för beställaren. Och där håller ju vi som beställare med, vi vill inte riskera basdatan.”.

Inlåsningar är inte bara ett problem i offentlig verksamhet. En inköpsansvarig intervjuperson, från den privata sektorn, beskriver hur man resonerar inför ett val av leverantör:

”Vi är medvetna om att vi kommer att vara bundna till en viss leverantör för mycket lång tid framöver. Det handlar om att göra ett noga övervägt val av samarbetspartner, där kapacitet och leverans över tid är viktiga parametrar.

Dessutom vill man inte köpa kritiska system till lägsta pris, man vill veta att det finns kapacitet att hantera frågor som dyker upp efter leverans. Specialiserade mindre företag som med ursprungsleverantörens auktorisation i ryggen säljer speciallösningar, har vi sett försvinna från marknaden. Det är inte en sats vi vill hamna i igen.”.

Enligt en annan intervjuperson görs ofta, vid upphandling av nya system, fel redan vid skrivbordet, vid utformningen av förfrågningsunderlaget, trots att man till synes arbetar systematiskt:

”En viktig anledning till att vi inte kommer ur inlåsningar är vår egen tafflighet vid upphandlingar. Vi jobbar aktivt med kravspecifikationer, med folk från IT-sidan och verksamhetssidan, som sätter sig och gör mycket noggranna kravspecifikationer. Och egentligen blir det fel redan där, eftersom kravspecarna blir för detaljerade. Man utgår

oftast från hur det ser ut i dagsläget, och specificerar det vi redan har. Man tittar inte framåt, utan utgår från att man vill ha samma sak som man redan har.”.

En annan upphandlare framhåller integrationsproblemen som det främsta skälet till att man blir kvar i kontrakt med en befintlig leverantör. På frågan hur det är att upphandla ett nytt system framhålls följande:

”Att upphandla nytt är inte särskilt problematiskt, under förutsättning att man har en professionell arbetsgrupp som kan utforma kravspecifikation. Då är det ganska hanterbart. Problemet är integrationsfrågor. Integration mot befintliga miljöer, det är där problemen uppstår. Det är det som är utmaningen, såväl ur kravställningssynpunkt, som från leverantörer, att verkligen kunna integrera. Om det uppstår problem så är det precis i integrationsbitarna, som man alltid fastnar.”.

Givetvis är konkurrens en förutsättning för att man ska kunna göra bra upphandlingar. Samma upphandlare framhåller följande om en aktuell upphandling:

”Just nu håller jag på med en upphandling där konkurrens saknas, och det går tungt. Man märker att leverantören har trumf på handen. Det blir svårt att komma i mål.”

En leverantör upplever att de största problemen härrör från de statliga ramavtalen och för fram åsikten att ett tidigare avtal, Informationsförsörjning 2005, hade en alltför stor viktning av pris, vilket ledde till att det som prissattes i anbuderna bara var kärnan i systemen, inte helheten. Denna kärna blir med tiden kritisk för beställarnas verksamhet, i och med att fler funktioner, så kallade moduler, kopplas till kärnan. På det viset menar intervjupersonen att det skapats inlåsningar, då en framtida helhetslösning inte beaktats vid avrop.

Att samma förfrågningsunderlag används av flera upphandlande myndigheter, inte nödvändigtvis formellt i samarbete, utan via konsulter eller genom ren kopiering anges också som ett problem. Av den anledningen menar en leverantör att andra upphandlande myndigheter kan avvakta en överprövning av en upphandling, och om det visar sig att domstolarna godtar ett visst förfarande, så sprider sig detta snabbt till fler upphandlande myndigheter, som handlar på ett liknande sätt.

Inlåsningens effekter i daglig verksamhet

En utförare av tjänster enligt LOV, beskriver hur man som leverantör till olika kommuner, tvingas arbeta med olika system för tidrapportering i olika kommuner. I nuläget samarbetar ett antal kommuner för att ta fram ett nytt gemensamt system, och den leverantör som tar fram systemet har informerat om att utföraren själv kommer att få stå för integrationskostnaderna om utföraren vill fortsätta använda

sitt befintliga system när det nya systemet sätts i drift. Detta medför dels högre kostnader eftersom man antingen får stå för integrationskostnader eller tvingas investera i det nya systemet, dels tvingas utförarens personal arbeta i olika system och hantera olika mobila enheter (smarta pennor och mobiltelefoner) under samma arbetspass, eftersom man under ett arbetspass kan behöva förflytta sig över kommungränser. I värsta fall kan brukarnas hälsa riskeras, menar intervjupersonen.

Organisatoriska, affärsstrategiska och tekniska problem

Genomgående framhåller intervjupersonerna att man givetvis inte ska underskatta de rent tekniska problem som uppstår då system från olika leverantörer ska fungera tillsammans, det är flera intervjupersoner eniga om. Men framförallt framhålls det att ursprungsleverantören, om vi med det avser den som levererat det system till vilket myndigheten är inlåst, sällan eller aldrig är intresserad av att medverka till att tredjepartsapplikationer integreras med basystemet. Ofta har ursprungsleverantören också egna produkter som konkurrerar med tredjepartsprodukterna, vilket av flera intervjupersoner framhålls som den verkliga anledningen till att ursprungsleverantörer inte vill medverka till integration.

En aspekt som man inte ska glömma bort i dessa sammanhang är komplexiteten i systemen. Det kan vara svårt för en upphandlare att hålla sig tillräckligt uppdaterad för att göra rätt bedömningar inför en upphandling.

Ramavtal, hur fungerar de när det i grunden finns endast en leverantör?

En myndighet förklarar att just ramavtalen är oerhört problematiska i de fall då man är hänvisad till en enskild leverantörs produkter. Särskilt uppges detta gälla Licensförsörjning 2010. Vid intervjun medverkar en upphandlare och en IT-ansvarig från myndigheten. De framhåller följande om vilka problem som uppstår i den dagliga verksamheten:

”Företaget XX har som princip att man tar en viss procent av nettopriset i underhållskostnad, per år. Själva produkten upphandlas i vanlig ordning, men underhållet det står XX själva för, och man fakturerar också själva. Nu säger Kammarkollegiet att vi måste upphandla underhållet genom ramavtalen, men XX vill inte ha mindre betalt än sin vanliga procentsats. Nu tvingas vi tillämpa Kammarkollegiets ramavtal, dessbättre har XX lämnat samma nettopris som vi har förhandlat fram, även till ramavtalsleverantörerna, men vi måste betala några procent extra till ramavtalsleverantören, och dessutom betalar vi Kammarkollegiets 1,5 % extra. Det går helt i onödan många procent till mellanhänder, som i stort bara är en brevlåda. Dessa mellanhänder tillför inte något mervärde för oss, utan det är bara en extra kostnad och extra arbete. Vitsen måste vara att vi som myndighet ska använda så lite pengar som möjligt, och göra bästa möjliga affär. Nu handlar det mer om att enskilda företag, underleverantörer, ska vara med och konkurrera.”

En annan produkt köper man från ett engelsk bolag, som har en representant i Sverige. Man beskriver inköpsprocessen kring denna produkt:

”Nu måste vi köpa på ramavtalet, och ramavtalsleverantören har ingen kunskap om detta program, utan då måste ramavtalsleverantören vända sig till England för att få ett pris först. Endast en ramavtalsleverantör kan tillhandahålla programmet i Sverige, och den leverantören vet egentligen inget om produkten, så den engelska leverantören måste sköta allt. Ramavtalsleverantören vill ändå att vi skriver ett avtal även med bolaget i England, eftersom den svenska återförsäljaren (ramavtalsleverantören) inte kan leverera om myndigheten inte tecknat avtal även med tillverkaren i England. Men den engelska tillverkaren är ju inte med på ramavtalet. Detta är ett jättevanligt förfarande. De leverantörer som är antagna på de statliga ramavtalen, som i sig är gigantiska, de har oftast inte allt det som efterfrågas, utan måste skaffa sig underleverantörer. Nu kan ramavtalsleverantören inte skriva avtal med oss, om vi inte också tecknar avtal med den engelska leverantören. 'Vi är ju bara en mellanhand', säger ramavtalsleverantören. Vi som myndighet vill vända oss direkt till huvudleverantören.”

Ett tredje problem, som av samma myndighet framhålls med just ramavtalen, är avtalstiden, och framförallt vad som händer efter den.

”Vi har ett strategiprogram som vi en gång i tiden avropat på ramavtal. Men när ramavtalet upphörde, så fanns inte länge detta program kvar inom ramavtalen, men vi fortsatte en tid att köpa via den leverantör som vi ursprungligen avropat från. Men till slut valde vi att avtala direkt med tillverkaren, och fick då ett mycket bättre avtal. Det finns många system som man inte kan byta ut, utan man måste behålla dessa över längre tidsperioder. Då är det underhåll man behöver för dessa program, och att köpa underhåll via mellanhänder, det är inte en bra affär.”

Man menar avslutningsvis att ramavtalen är för stora, och skapar onödiga omvägar, vilket tar extremt mycket tid för upphandlare på myndigheter. Man berättar att även en ramavtalsleverantör uppgett att ramavtalen är alltför omfattande. För att kunna vara med på ramavtalen så måste man samla ett stort antal underleverantörer under sig, leverantörer som man egentligen inte är vana att arbeta med, vilket leder till problem i supportsituationer.

Bilden av ramavtalen som ett problem när det inte finns någon reell konkurrens bekräftas av en annan upphandlare:

”Om det finns en marknad, och leverantörer som verkligen kan konkurrera, då är förnyad konkurrensutsättning meningsfullt. Finns det inte någon marknad, det vill säga om leverantörer inte kan konkurrera, då blir det ingen ekonomisk vinning, utan snarare fördyrande. Det måste gå att åstadkomma konkurrens, annars är det meningslöst att hålla på med upphandling.”

Åtgärder för att minska inlåsnings

En intervjuperson framhåller semantiska skäl som en betydande anledning till inlåsnings. Han efterlyser en standard, kanske definierad av en myndighet, för hur olika system ska "prata" med varandra. En annan person ger som exempel formatet SIE som används för att utbyta data mellan ekonomiprogram.

Som exempel på hur det redan i upphandlingsfasen kan skapas inlåsnings, framhålls av en leverantör ett förfrågningsunderlag där krav ställs på hur användarna ska logga in i systemet. Eftersom det på marknaden finns olika tekniker för detta, innebär ett krav på visst inloggningssätt att potentiella leverantörer väljs bort redan där, utan att det enligt leverantören finns någon proportionalitet mellan kravet på inloggningssätt och nyttan för användarna.²³⁴ Motsatsvis blir rådet till upphandlare att vid utformning av förfrågningsunderlag noga överväga eventuella tekniska krav, för att säkerställa att så många leverantörer som möjligt kan vara med och konkurrera.

Vid ny upphandling, där en befintlig leverantör har levererat system A, och man nu upphandlar system B, beskriver en upphandlare hur man brukar förfara för att öka konkurrensen:

"Jag brukar hantera det så att vi möjliggör för konkurrenter att lämna anbud på helheten. Om man har system A, och behöver system B. Då ger man befintlig leverantör möjlighet att lämna anbud på B, men övriga kan erbjudas att konkurrera på A och B, på helheten, och så ser man om de kan konkurrera. Produkten A kan ersättas med en konkurrents produkt, och man kan jämföra anbuden. Självklart har befintlig leverantör ett försteg, det går inte att undvika, det är en realitet. Men om man bara upphandlar från befintlig, då stänger man ute övriga, men man kan låtadem konkurrera på helheten."

En annan faktor, som förs fram under flera intervjuer, är behovet av starka upphandlare. En intervjuperson uttrycker det enligt följande:

"Som jurist och upphandlare har man en fight med verksamheten, som ofta har bestämt sig för att det som leverantören säger, det är korrekt. Som upphandlare måste man fightas både med leverantörer och med den egna verksamheten."

En annan framhåller följande:

"Det finns inget att anmärka på LOU. Man ska börja med att se till att man har kompetenta upphandlare. Kompetensen har inte hängt med när upphandlingen utvecklats. Många inom det offentliga, i ledningsposition, har inte förstått att upphandling, det är ingen lätt sak. Det ställer stora krav på den som ska genomföra upphandlingen. Kapacitet och förmåga att lära sig att genomföra bra upphandlingar är väsentliga egenskaper för en upphandlare, som

²³⁴ Kravet i det konkreta exemplet var att systemet skulle nås via ett webbgränssnitt. På marknaden finns även andra system som använder andra metoder för åtkomst. Genom att specificera hur inloggning ska gå till, gör den upphandlande myndigheten i praktiken redan där ett val av leverantör.

måste förstå att det finns möjligheter med upphandlingslagstiftningen. Det är inte bara ett byråkratiskt krångelverktyg, utan den ger faktiskt ganska bra möjligheter också. Tillämpa och framför allt, våga utmana lagen. Ju mer kompetent man är, desto större utmaningar kan man ta sig an. Har man kompetens och framförallt pondus som upphandlare så finns det möjligheter. Som upphandlare hamnar du mellan dina kunder, den egna verksamheten, och på andra sidan lagen, leverantörer och ibland politiker. Det blir en målkonflikt. Man kan inte alltid göra som verksamheten vill, och ofta inte heller som marknaden vill, och man kan inte bryta mot lagen. Man måste avgöra vem man ska vara lojal mot, lagen, marknaden eller 'kunderna'. Man har ständigt en press, vilket ställer krav på stresstålighet, kompetens och pondus, för att stå emot. Lagen är ett bra verktyg som ger stöd i hur man ska genomföra upphandlingar.”

Just förmågan att "utmana lagstiftningen" framhålls av flera upphandlare som en viktig egenskap för en upphandlare.

Utvecklingstendenser

Några tydliga utvecklingstendenser kommer inte fram under dessa intervjuer. Man kan dock ana att inlåsningsarna har blivit svårare att lösa sig från under de senaste fem till tio åren. Det framkommer att man inom kommunerna, genom SKL, bedriver ett arbete för att försöka ta fram system som är lättare att integrera med nya moduler. Tanken är att kommunerna tillsammans är tillräckligt starka för att kunna ställa krav på leverantörerna att ta fram system som är lättillgängliga och som gör att nya innovativa företag kan komma in på marknaden. Det är, enligt de mindre leverantörer vi träffat, oerhört viktigt för Sveriges framtida konkurrenskraft. Även mindre, innovativa företag, bör få del av marknaden.

4.5 Sammanfattning av empiriska resultat

Upphandlarenkät

Ett stort antal upphandlare är medvetna om förekomsten av inlåsnings effekter vid upphandling av IT-system. Ett flertal upplever att det är svårt att byta leverantör, på grund av leverantörens upphovsrätt till programvaran. Ett annat vanligt problem är att ändringar, tillägg, moduler och uppgraderingar endast kan levereras av leverantören, med hänsyn till dennes upphovsrätt. Teknisk komplexitet kan förstärka inlåsnings effekten. Upphandlaren har sällan tillräcklig kompetens för att själv kunna göra ändringar i programvaran, även om sådana åtgärder i och för sig är rättsligt tillåtna.

Flertalet upphandlare har inte erfarenhet av att, när enbart en leverantör kommer i fråga för tilläggstjänster, grundsystemet prissätts förmånligt. De upphandlare som

märkt sådana tendenser anger att leverantörer ger förmånliga priser på grundsystem, för att sedan ta ut hög ersättning för tilläggsprogram och support.

Det är endast en minoritet av upphandlarna som vidtar konkreta åtgärder för att undvika inlåsnings effekter, exempelvis att säkra äganderätt till källkod, att välja öppna system och system som är oberoende av hårdvara, eller att se till att leverantören åtar sig att medverka vid leverantörsbyte. De flesta upphandlare saknar riktlinjer rörande prioritering av öppen mjukvara.

En del upphandlare avtalar till sig källkoden till specialanpassade system för att säkra tillgången till systemet för det fall att leverantören skulle försvinna från marknaden. Hälften av upphandlarna uppger att man ibland avtalar om källkodsdeposition. När det gäller tilläggstjänster, såsom avtal om drift och underhåll samt utbildning, är det vanligt att upphandlare använder optioner i ursprungskontraktet. Fördelningen mellan tillämpningen av egna avtal och standardavtal (tillämpade rakt av eller med viss anpassning) är jämn.

Ett stort antal upphandlare anser att gränsdragningen mellan vara och tjänst kan vara svår. Det kan delvis ha sin förklaring i att många avtal är en hybrid av köp, nyttjanderätt och tjänst. Avtalen är därför till sin natur svåra att klassificera.

Utbyte av information och samverkan mellan upphandlande myndigheter kan öka upphandlarnas kunskap och motverka inlåsnings effekter. Samarbete mellan svenska upphandlande myndigheter är vanligt förekommande, särskilt när det gäller myndigheter med liknande uppdrag. Det är betydligt mindre vanligt med europeiskt samarbete, även om en sådan vilja finns. Oklarhet rörande hur samarbetet ska struktureras är den vanligaste orsaken till att man väljer att inte samarbeta.

Leverantörsenkät

Drygt en tredjedel av leverantörerna tror att en större användning av open source kan minska inlåsningsarna. En majoritet bedömer dock att större användning av open source inte skulle ha någon effekt eller till och med öka inlåsnings effekterna. Det förekommer att leverantörer överläter källkoden, dock ganska sällan. Majoriteten av leverantörerna brukar inte avtala om källkodsdeponering.

Ett flertal leverantörer uppger att det inte finns några särskilda svårigheter med att tillhandahålla tilläggstjänster även när de själva inte har levererat grundsystemet. Svaren visar en annan bild än den som ges av upphandlarna, vilka i större utsträckning förefaller uppfatta detta som ett problem.

Leverantörssvaren bekräftar att det råder en viss obalans i kunskapsnivån mellan beställare och leverantörer av IT-system. Leverantörerna, med en större branschkunskap, har ett kunskapsövertag. Av leverantörernas svar framgår att

avtal, som är helt och hållet individuellt utformade, är ovanligt. Det finns här en viss skillnad vid en jämförelse med upphandlarnas svar.

Leverantörernas svar visar att det i tekniska specifikationer, inom ramen för förfrågningsunderlag, relativt sällan hänvisas till speciella immateriella rättigheter. Dock bör beaktas att merparten av respondenterna är tjänsteleverantörer, vilket kan ha påverkat utfallet eftersom varumärken och patent kan vara betydelsefulla när det gäller varor. Vissa respondenter har upplevt att de missgynnats i förhållande till andra leverantörer i anslutning till krav på vissa specificerade rättigheter.

Av leverantörernas svar framgår en önskan om fler förhandlade upphandlingar och fokus på annat än lägsta pris. Flera leverantörer vill se mer långsiktiga lösningar. Det framhölls även att det är önskvärt att upphandlingar delas upp i mindre kontrakt, till förmån för nischade leverantörer.

En klar majoritet av leverantörerna noterar skillnader i hur IT-lösningar upphandlas i den privata respektive den offentliga sektorn. Flera leverantörer ser problem kopplade till myndigheternas utformning av kravspecifikationer och val av tilldelningsgrund.

Djupintervjuer

Vid intervjuerna har framkommit att det finns stora problem med att åstadkomma reell konkurrens vid upphandling av IT-system. Ett stort antal upphandlande myndigheter sitter med befintliga system, som är av väsentlig betydelse för verksamheten, och som i praktiken är omöjliga att byta ut. Det är utan tvekan så att ekonomiska skäl kan tala emot att byta ut sådana system enbart för att konkurrensutsätta dem. Upphandlare berättar om den svåra roll de befinner sig i, där de måste söka "medelvägar", på grund av delvis motstridiga krav från den egna verksamheten, från leverantörer som vill in på marknaden och från lagstiftningen.

Under en intervju framkommer att de statliga ramavtalen kan skapa problem när en myndighet är hänvisad till en viss leverantör, eftersom de underleverantörer som är med på ramavtalen inte kan konkurrera genom olika lösningar utan alla säljer samma tjänst. I sådana fall riskerar ramavtalen att enbart leda till ökade kostnader.

En bild som flera gånger tecknas, av såväl upphandlare som leverantörer, är att det finns ett yttre ramverk av lagstiftning, som ska garantera insyn och god service för medborgarna, genom olika e-tjänster och tjänster som utförs enligt LOV. En baksida av såväl e-tjänsterna, som LOV-systemen, är att kommuner har blivit än hårdare låsta till vissa IT-leverantörer. Man har skapat öppenhet och valfrihet för medborgarna, men samtidigt har man låst in kommunerna i ett beroende av vissa leverantörer. Ett beroende som kan vara svårt att bryta.

5 Slutsatser och rekommendationer

5.1 Behovet av att begränsa upphovsrätten

Begränsning av upphovsrätten genom avtal

I avsnitt 2 i denna utredning har en rad skilda frågor rörande upphovsrätt, teknik och inläsningseffekter behandlats. En slutsats som man kan dra av denna del av utredningen är att den upphovsrättsliga ensamrätten till datorprogram ger det bolag som levererar ett IT-system en mycket stark *utgångspunkt* inför ingåendet av avtal med den upphandlande myndigheten. Upphovsrätten ger, som en enligt lagen given utgångspunkt, innehavaren rätt att bestämma inte bara över datorprogrammets användning, utan även (med några få begränsade undantag) över senare åtgärder, som exempelvis uppgradering. Upphovsrättshavarens styrka förstärks även av den tvingande, ideella ändringsrätten, vilken dock enligt min mening skall tillämpas mycket försiktigt när det gäller datorprogram.

Redan av upphovsrättslagen framgår i och för sig att myndigheten, som nyttjare av de datorprogram som ingår i IT-systemet, har en viss rätt att rätta fel och göra andra ändringar av programmet så att det skall fungera på ett bra sätt. Detsamma gäller myndighetens rätt att framställa säkerhetsexemplar och vidta åtgärder som främjar samverkan med andra program.²³⁵ Detta lagstadgade område kan dock visa sig *alltför snävt* för myndighetens behov och det är därför en klar rekommendation att, särskilt när det gäller IT-system och datorprogram som tas fram särskilt för myndighetens behov, det vill säga specialanpassade system, myndigheten vid sin utformning av förfrågningsunderlag och avtal, noga överväger i vilken utsträckning man genom avtal bör utvidga det lagstadgade området för underhåll och anpassning av systemet. Det är givetvis även viktigt för myndigheten att inte leverantören, genom det ursprungliga avtalet, flyttar fram sina positioner i förhållande till upphovsrättslagens dispositiva utgångspunkt.

Ett belysande exempel, som har berörts i denna utredning, på upphovsrättshavarens övertag på "eftermarknaden" för support, underhåll och uppgradering, är det så kallade Take Care-fallet.²³⁶ I ett rättsutlåtande som har lämnats in i de rättsliga domstolstvister som rör upphandlingen av Take-Care förklarar professor Rosén att Profdoc, som ursprunglig leverantör och upplåtare av rätten att använda datorprogrammet, enligt upphovsrättslagen och avtalen med myndigheten, "råder över support, kontinuerligt underhåll, löpande uppgradering, ordinär felrättning etc." och att "uppgradering och annat förändringsarbete med programvarorna, oavsett vem som fysiskt skulle kunna vara kompetent att utföra

²³⁵ Se upphovsrättslagens 26 g och h §§ samt ovan kapitel 2.

²³⁶ Se Förvaltningsrättens dom av den 22 september 2001 i mål nr 16666-11 rörande upphandling av vissa tjänster, såsom underhåll, support och uppgradering, i förhållande till patientjournalssystemet Take Care.

sådant arbete, måste ske med Profdocs medgivande.”.²³⁷ Roséns slutsatser, vilka följer av avtalet mellan parterna och upphovsrättslagens grundläggande ensamrättsstruktur, innebär att myndigheten i princip endast kan upphandla efterföljande tjänster, som support, underhåll och uppgradering, av den ursprungliga leverantören. Någon konkurrens på denna ”eftermarknad” blir det inte tal om.

En annan slutsats av avsnitt 2 är att upphovsrätten, vid en tolkning av avtalens innebörd, normalt ger upphovsrättshavaren en tolkningsfördel, när avtalet inte är helt och hållet klart och tydligt avseende upplåtelsens karaktär och omfattning. Denna *specifikationsprincip* har historiskt skyddat upphovsrättshavaren som en typiskt sett svagare part i förhållande till förlag eller andra förvärvare av rättigheter. Även om principen, vilken följer av rättspraxis, enligt min mening passar illa när det gäller avtal om IT-system, där leverantören normalt inte är att betrakta som en svagare part, i vart fall inte när man ser till det informationsövertag som denne ofta har i förhållande till beställaren, så innebär principen – de lege lata – att ett otydligt avtal kan komma att tolkas till upphovsrättshavarens fördel.

Mot bakgrund av dessa två slutsatser, det vill säga (a) att upphovsrättslagen utgår från en i det närmaste absolut ensamrätt för upphovsrättshavaren, med endast få i sin räckvidd begränsade lagstadgade undantag till förmån för nyttjaren av datorprogrammet, och (b) att specifikationsprincipen kan innebära att ett oklart avtal tolkas till fördel för upphovsrättshavaren, är det en given rekommendation till en myndighet som upphandlar ett IT-system att noga överväga att inom ramen för den ursprungliga upphandlingen avtala till sig en långt vidare rätt att förfoga över programvaran, exempelvis när det gäller rätten att själv eller genom tredje man utföra support, underhåll och uppgradering av systemet, än vad som följer av upphovsrättslagens dispositiva utgångspunkt.

Ursprunglig upphandling och eftermarknad

När det gäller upphandling av IT-system har jag, ovan i denna rapport, valt att dra en klar skiljelinje mellan den ursprungliga upphandlingen av ett visst system, till exempel ett system för journalhantering, och den uppföljande upphandlingen av de varor och tjänster som behövs för att systemet med tiden skall kunna fungera, anpassas och utvecklas på ett optimalt sätt i den föränderliga miljö där det är verksamt, till exempel varor och tjänster i anslutning till drift, support, underhåll, anpassning och uppgradering av systemet.

²³⁷ Se rättsutlåtanden av professor Jan Rosén, av den 8 juli 2009, samt av den 4 november 2008, åberopat i tvisten mellan Lorensberg Communication AB och Stockholms Läns Landsting (se mål 6784-09, rörande TakeCare, vid Kammarrätten i Stockholm, samt i Länsrätten, mål nr 14710-08).

Det gäller alltså för myndigheten att så tidigt som möjligt, redan inför upphandlingen av IT-systemet, vid formuleringen av förfrågningsunderlaget, ta ställning till vilken möjlighet man senare under avtalsrelationen med den vinnande leverantören vill ha att, utan leverantörens samtycke, underhålla, reparera och uppdatera systemet, antingen själv eller genom tredje man. Det kräver god information och kunskap på beställarsidan avseende såväl upphovsrättsliga som tekniska förutsättningar. I nuläget har leverantörerna ofta en informations- och kunskapsfördel.²³⁸

Balans i avtalsrelationen

En avtalsbestämmelse som ger en utvidgad och självständig underhålls-, ändrings- och uppgraderingsrätt för myndigheten kan vara nödvändig för att undvika inlåsning och öppna för konkurrens på eftermarknaden. Detsamma gäller en bestämmelse som öppnar för tillgång till källkod och andra redskap som kan visa sig praktiskt viktiga vid senare förfoganden.

Givetvis bör den nyss nämnda utvidgningen av upphovsrättslagens grundläggande förfoganderätt, genom förfrågningsunderlag och avtal, göras med beaktande av de gränser för avtalsfriheten, som finns såväl inom ramen för upphovsrätten, med hänsyn till den ideella rätten, som utom denna, genom den allmänna avtalsrättsliga regeln om oskäliga avtal och den konkurrensrättsliga principen om missbruk av dominerande ställning. Förfrågningsunderlag och avtal bör utformas på ett balanserat sätt med hänsyn till båda parter intressen.

När det gäller den ideella rätten, enligt vilken ett verk, såsom ett datorprogram, inte får ändras på ett för upphovsrättshavaren kränkande sätt, talar enligt min mening goda skäl för att en ändring av ett datorprogram endast i undantagsfall skall anses utgöra en sådan kränkande ändring. Vid en jämförelse med ändringar av en dikt eller en roman, eller ett musikaliskt verk, finns det sällan, inom området för industriella eller kommersiella datorprogram, en sådan personlig koppling till upphovsmannens person, som ligger till grund för den tvingande ideella rätten. Det bör därför normalt accepteras att myndigheten och leverantören genom sitt avtal disponerar över myndighetens möjligheter att ändra datorprogrammet.

Enligt min mening ligger den indispositiva – tvingande – ideella ändringsrätten således knappast i vägen för en sådan expansion genom avtal av myndighetens nyttjanderätt, eftersom det sällan mot bakgrund av områdets kommersiella och ofta från den mänskliga upphovsrättshavarens synpunkt "avidentifierade" karaktär, kan röra sig om en kränkande ändring i den bemärkelse som avses i 3 § upphovsrättslagen, mot bakgrund av dess underliggande syfte att skydda upphovsrättshavaren individuella personlighet mot kränkning. Det är en sak att ett förlag inte kan avtala till sig rätten att ändra en roman, en annan att nyttjaren av ett

²³⁸ Se bild 25 i avsnittet om den empiriska studien.

kommersiellt datorprogram inte skulle kunna avtala till sig exempelvis en support- eller underhållsrätt.

Som redan nämnts får inte heller myndighetens expansion av det upphovsrättsliga förfogandeområdet, genom krav och avtalsvillkor inom ramen för upphandlingen, gå så långt att avtalet blir oskäligt i förhållande till leverantören. En rimlig balans, med beaktande av båda parter intressen, bör vara målet. Myndigheten får självklart inte på något sätt missbruka den ställning den kan inneha som en ibland mycket betydelsefull inköpare på den ifrågavarande marknaden. En balanserad lösning kan även vara nödvändig för att skapa realistiska kommersiella förutsättningar för upphandlingen.

Specialanpassade och standardiserade program

När det gäller IT-system som är komplexa, omfattande, avsedda att fungera under lång tid och kanske även specialanpassade eller rentav särskilt konstruerade för myndighetens ändamål, är rekommendationen som framhållits ovan, att genom förfrågningsunderlag och avtal utvidga det upphovsrättsliga förfogandeområdet, särskilt starkt.

När det gäller datorprogram av standardkaraktär, som licensieras ut på i princip samma sätt och enligt liknande villkor till ett stort antal användare, exempelvis ett program av standardkaraktär för hantering av löner, ligger det nog inte lika nära till hands att genom förfrågningsunderlag och avtal utvidga området för underhåll och anpassning. Även inom det området bör myndigheten dock överväga de behov av underhåll, utveckling och samverkan som kan komma att uppstå med tiden. Förhållandet att vissa standardvillkor normalt gäller för en viss produkt innebär inte med nödvändighet att myndigheten bör rätta sig efter dessa.

Inlåsningsrisken eller effekterna av en inlåsnings torde i vart fall inte vara lika påtagliga när det gäller standardiserade, "massanvända" program. När ett program används på i princip samma sätt av ett mycket stort antal användare kan även priset för support, underhåll och uppgradering komma att standardiseras eller likformas, vilket torde minska riskerna för en skadlig inlåsnings effekt. Varje upphandlingssituation är dock unik och får betraktas och bedömas för sig.

Krav på öppna standarder, interoperabilitet och transparens

Inlåsnings effekter kan inte endast motverkas genom att leverantören samtycker till att myndigheten själv, eller genom valfri anlitad aktör, får förändra eller anpassa IT-systemet, inbegripet programvara. Det kan även ske genom krav på öppna standarder och interoperabilitet. En ökad användning av öppna standarder²³⁹ och

²³⁹ Se SOU 2009:86.

icke-proprietär mjukvara (open source), det vill säga att medvetet välja bort en användning av upphovsrättsligt skyddad programvara, kan öppna för en friare marknad och bättre konkurrens.

IT-system bör införskaffas under villkor som möjliggör underhåll och vidareutveckling på vettiga villkor och som ger den upphandlande myndigheten kontroll över sin investering. Krav på ökad transparens, avseende de ifrågavarande IT-systemens funktion och uppbyggnad, kan ytterligare stimulera konkurrens, kompetensutveckling och innovation. En annan åtgärd för att minska inlåsnings effekterna är samverkan mellan svenska och europeiska upphandlande myndigheter. Syftet med en sådan samverkan är att skapa förutsättningar för en mer rationell IT-användning, genom koordination mellan upphandlande myndigheter, samt att minska den informations- och kunskapsklyfta som finns mellan leverantörer och beställare.²⁴⁰

Begränsningen av upphovsrätten genom lagstiftning och praxis

Av avsnitt 4 i denna utredning framgår att det är vanligt att svenska myndigheter upplever inlåsnings effekter i samband med upphandling av IT-system.²⁴¹ Det kan vara svårt att ersätta ett befintligt IT-system med ett annat system och underhåll, uppgradering och komplettering av systemet kan ibland bara erhållas av den befintliga leverantören.²⁴² Ett byte av IT-system eller IT-leverantör kan vara svårt eller omöjligt på grund av tekniska, ekonomiska och rättsliga skäl. Leverantörens kunskap om och upphovsrätt till sitt system ligger i vägen för en konkurrensutsättning.

Från samhällsekonomisk synpunkt kan de nämnda inlåsnings effekterna vara negativa på så sätt att konkurrensen mellan skilda IT-leverantörer omintetgörs eller hämmas. Det kan leda till höga priser och ett sämre urval av produkter. Vid den initiala upphandlingen av ett IT-system sker i och för sig en konkurrensutsättning, men väl en leverantör är utsedd, så kan ibland myndigheten fastna i ett långvarigt beroendeförhållande till denne. När systemet med tiden skall underhållas, uppgraderas eller kompletteras är det svårt, på grund av leverantörens tekniska kunskap och upphovsrätt, att konkurrensutsätta dessa senare åtgärder.

Mot en beskrivning av nämnda inlåsnings effekter som negativa från samhällsekonomisk synpunkt kan invändas att upphovsrätten alltid begränsar konkurrensen. Det rör sig i grunden om en ensamrätt, som skall ge upphovsrättshavaren en exklusivitet som belöning för sin skapande insats. Denna belöning skall på sikt ge incitament till nya insatser i form av skapandet av nya verk. Med andra ord leder den immaterialrättsliga ensamrätten, såsom en begränsning av konkurrensen, på sikt till samhällsekonomiska fördelar.

²⁴⁰ Jämför bild 6 i avsnittet om den empiriska studien.

²⁴¹ Se bild 3 i avsnittet om de empiriska resultaten.

²⁴² Se bild 4 i avsnittet om de empiriska resultaten.

Även om upphovsrättens, med dess inneboende spänning mellan konkurrensbegränsning och incitamentsskapande, i sig inte kan ifrågasättas, så kan emellertid ensamrätten, under särskilda omständigheter, utnyttjas på ett sätt som är samhällsekonomiskt skadligt. Exempelvis kan en IT-leverantörs vägran att förse en kund, som är beroende av en viss vara eller tjänst, med ifrågavarande produkt, utgöra ett missbruk av den dominerande ställning som upphovsrätten ger. Detsamma gäller om leverantören tar ut ett oskäligt högt pris för produkten. Vidare begränsas upphovsrättens utnyttjande, från konkurrenssynpunkt, av möjligheter till tvångslicens.

Ett sätt att förhindra att upphovsrättens konkurrensbegränsande effekt blir alltför stark är att, inom ramen för den upphovsrättsliga lagstiftningen, begränsa ensamrättens verkningar. Det är också syftet med de undantag från ensamrätten som återfinns i upphovsrättslagens andra kapitel, till exempel de som rör datorprogram. Man kan säga att den kontroll som konkurrensrättens regler, genom lag eller praxis, exempelvis om missbruk av dominerande ställning, utövar, är en form av "extern" kontroll över upphovsrätten. Den begränsning, som följer av upphovsrättslagstiftningen i sig, exempelvis det andra kapitlet, utgör en "intern" begränsning av ensamrätten, inom ramen för immaterialrätten.²⁴³

Vid sidan av den nämnda "externa" och "interna" kontrollen över upphovsrätten, kan de upphovsrättsliga förfogandena, det vill säga de avtal som upphovsrättshavaren ingår med sina kunder, som ovan nämnts, tolkas på ett mer eller mindre förmånligt sätt för upphovsrättshavaren. Historiskt har upphovsrättshavaren, såsom en enskild författare eller konstnär, ställd mot ett större förlag, ansetts vara berättigad till en förmånlig avtalstolkning. Dessa skäl gör sig emellertid inte gällande på samma sätt när det gäller IT-avtal.

Den rättsliga tolkningen av upphovsrätten och upphovsrättsliga avtal, inom området för upphandling av IT-system, bör enligt min mening, som ovan nämnts, inte ske med utgångspunkten att upphovsrättshavaren är en svagare part med ett särskilt skyddsbehov. Föreliggande studie indikerar snarare att det är leverantören som har en starkare ställning, med beaktande av tillgång till information och kunskap i anslutning till avtalens ingående. Mot denna bakgrund förordas bland annat en restriktiv tillämpning av den så kallade specifikationsprincipen vid tolkning av IT-avtal.²⁴⁴ Om saken skulle ställas på sin spets bör, med andra ord, en domstol inte ge IT-leverantören en tolkningsfördel i förhållande till beställaren av IT-systemet. När det gäller den ideella rätten att förhindra kränkande ändringar kan, som ovan nämnts, det enligt min mening ifrågasättas om det förhållandevis opersonliga nyttjandet som sker i samband med exempelvis underhåll eller uppdatering av ett IT-system överhuvud taget kan angripas på ideell grund.

²⁴³ Immaterialrettens afbalansering, Schovsbo Jens (2003, Köpenhamn).

²⁴⁴ Se avsnitt 2 angående dessa tolkningsfrågor.

5.2 Leverantörens upphovsrätt och myndighetens plikt att upphandla

I avsnitt 3 i denna utredning har skilda upphandlingsrättsliga frågor rörande upphandling av IT-system berörts. Av avsnittet har framgått att det lätt kan uppstå en konflikt mellan, å ena sidan upphovsrättens exklusivitet, vilken beroende på omständigheterna kan hänvisa den upphandlande myndigheten enbart till den befintliga leverantören, exempelvis vid en uppgradering och justering av IT-systemet, och å andra sidan det grundläggande upphandlingsrättsliga kravet på konkurrensutsättning vid beställning av varor eller tjänster.

När det av tekniska eller rättsliga skäl är nödvändigt för myndigheten att vända sig till en viss leverantör, medges undantag från huvudregeln om konkurrensutsättning. Myndighetens infrastruktur, inbegripet befintliga IT-system, kan kräva en viss produkt, från en viss leverantör, och därmed innebära att konkurrensutsättning i praktiken inte är möjlig. Myndigheten måste dock på ett klart och tydligt sätt visa att det saknas alternativ och att det därför är absolut nödvändigt att vända sig till en viss leverantör. Utredningen ska vara strukturerad och väl dokumenterad.²⁴⁵

Undantag från konkurrensutsättning kan vidare medges när det finns behov av kompletterande varor eller tjänster, vilka endast kan levereras av ett visst företag. Det torde vara en situation som ganska ofta kan uppkomma när det gäller IT-system, som upphandlas i en inledande fas och därefter, med tiden, kan komma att behöva anpassas, kompletteras och uppgraderas. I den utsträckning som sådana behov kan förutses, bör de dock hanteras redan inom ramen för den ursprungliga upphandlingen.

Även möjligheten att hänvisa till en mer specifik produkt, eller till och med ett visst varumärke, vilket i den ursprungliga upphandlingen sällan kan accepteras, är större inom ramen för en ny upphandling i den uppföljande fasen, eftersom behovet av en viss produkt, eller vissa tjänster i förhållande till en namngiven produkt, från en viss leverantör, kan vara styrt av det redan upphandlade systemet. En möjlighet är därför att, för det fall en myndighet upplever att det är osäkert om förutsättningar för ovan nämnda undantag från konkurrensutsättning, en specificerad upphandling genomförs.

Den ovan nämnda "TakeCare"-situationen, i vilken myndigheten har avtalat till sig en varaktig nyttjanderätt till programmet, men inte genom det ursprungliga avtalet erhållit en utvidgad rätt till ändring eller anpassning, visar att myndigheten och leverantören av det ursprungliga systemet i princip kan fortsätta sitt samarbete utan vidare konkurrensutsättning genom att myndigheten i den uppföljande fasen, vilken med hänsyn till licensens avsaknad av tidsbegränsning så att säga kan pågå för evigt, utformar nya upphandlingar avseende underhåll och anpassning m.m. på

²⁴⁵ Se avsnitt 3.

ett så väldefinierat sätt att det i praktiken endast är den ursprunglige leverantören som kommer i fråga. Det är en praktisk lösning för myndigheten, som kan behålla sitt befintliga system, men från konkurrenssynpunkt kan det ifrågasättas.

När det gäller det ursprungliga avtalet, är det därför, som ovan nämnts, viktigt att den upphandlande myndigheten är förutseende. Den framtida utvecklingen måste analyseras redan i den initiala upphandlingsfasen. Man kan uttrycka det så att myndigheten, för att undvika en sådan upphovs- och upphandlingsrättslig inlåsning som ovan nämnts, måste göra det första draget, den ursprungliga upphandlingen, på ett optimalt sätt. I annat fall finns det en risk att en reell konkurrensutsättning blir omöjlig.

6 Referenser

Artiklar

Andreasson, J., 2010, *Intellektuella resurser som kreditsäkerhet, en förmögenhetsrättslig undersökning*, Juridiska institutionens skriftserie, Handelshögskolan vid Göteborgs universitet, 2010 Skrift 6.

Derclaye, E. 2012, *The scope of computer program protection after SAS: are we closer to answers?* E.I.P.R. 2012, nr 34(8).

Folker, E., 2005, *Open source-licenser i ophavsretlig belysning*, NIR 2/2005.

Honkasalo, P., 2011, *Kan man äga ett datorprogram?* NIR 2011/4.

Lindberg, A., 2005, *IT-avtal, en djungel*, Pointlex Legala Affärer, 2005 nr 6.

Lundell, B. (2011) *e-Governance in public sector ICT procurement: what is shaping practice in Sweden?*, European Journal of ePractice, 12(6).

Lundell, B. (2012) *Why do we need Open Standards?*, In Orviska, M. and Jakobs, K. (Eds.) Proceedings 17th EURAS Annual Standardisation Conference 'Standards and Innovation', The EURAS Board Series, Aachen, ISBN: 978-3-86130-337-4, pp. 227-240.

Lundell, B. (2012) *IT Usage in Swedish Primary Schools: Observations on Innovation and Educational Lock-In*, In Coughlan, S. (Ed.) The First OpenForum Academy Conference Proceedings, OpenForum Europe, ISBN: 978-1-300-17718-0, pp. 15-21.

McGowan, D. (2005) *Legal Aspects of Free and Open Source Software*, In Feller, J., Fitzgerald, B., Hissam, S.A. and Lakhani, K.R. (Eds.) Perspectives on Free and Open Source Software, The MIT Press, Cambridge, pp. 361-391.

Nordell, P.J., 2008, *Tolkningsprinciper i upphovsrättsavtal*, NIR 4/2008.

Nyhlén, J. Åberg, J., 2004, *Håll koll på IT och IP vid förvärv*. PointLex Legala Affärer, 2004 nr 4.

Rahnasto, I., 2000, *Datorprogram – nya världen för starka förmögenhetsrätter*. NIR 2000/4.

Rosén, J., 2002, *Immaterialrätten i omvandling – Uppgift, anseende och investering som underlag för rättsskydd*, SvJT 2002.

Rosén. J., 2005, *Upphovsrätten I med- och motvind*. NIR 2005/6.

Rosén. J., 2009. *Högsta domstolen och EU –domstolen om verkshöjd*. Analys. Infotorg.

Samuelson. P., Vinje. T., Cornish. W., 2012, *Does copyright protection under the EU Software Directive extend to computer program behavior, languages and interfaces?*, E.I.P.R. 2012., nr 34(3).

Story. A., 2012, *"Balanced" copyright: not a magic solving word*. E.I.P.R. 2012, nr 34(8).

Vantsiouri. P., 2012, *A legislation in bits and pieces; the overlapping anti-circumvention provisions of the Information Society Directive, the Software Directive and the Conditional Access Directive and their implementation in the UK*, E.I.P.R, 2012, nr 34(9).

Westman. D., 2002, *Tekniska åtgärder – teknik, juridik och politik*. NIR 2002/3.

Westman, D., 2004, *Upphovsrätt, tillgång till källkod och rätt att ändra i datorprogram*. Lov & Data 2004, nr 17.

Weston, S. and Kretschmer, M. (2012) *Open Standards in Government IT: a Review of the Evidence*, Final Draft 17 September, An independent report commissioned by the UK Cabinet Office, Centre for Intellectual Property Policy & Management (CIPPM), Bournemouth University, www.cippm.org.uk/publications/open-standards-in-government-it-study.html.

Wolk. S. 2011, *Det upphovsrättsliga programskyddets gränser*. NIR. 2011/3.

Avtal

Artikel 9.2 i Bernkonventionen.

Avtal mellan Apple Computer International och Lunds Universitet m.fl.

Avtalet om det Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

European Patent Convention of 1973.

Kammarkollegiets ramavtal: Programvaror och tjänster 2007 – Öppna programvaror; Öppna programvaror 2010.

Trade-Related Intellectual Property Rights (Trips)-avtalet.

EU-direktiv

Europaparlamentet och Rådets direktiv 98/34/EG om ett informationsförfarande beträffande tekniska standarder och föreskrifter och beträffande föreskrifter om informationssamhällets tjänster.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 96/9/EG av den 11 mars 1996 om rättsligt skydd för databaser.

Europaparlamentet och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.

Kommittédirektiv, 2010, Dir. 2009:19.

Rådets direktiv 91/250/EEG av den 14 maj 1991 om rättsligt skydd för datorprogram.

EU-praxis

Förslag till avgörande av Generaladvokat Yves Bot, föredraget den 24 april 2012, mål C-128/11.

Mål 199/85, Kommissionen mot Italien.

Mål C-26/03, begäran om förhandsavgörande framställd av Tyskland (Stadt Halle).

Mål C-28/01, Kommissionen mot Tyskland.

Mål C-128/11, begäran om förhandsavgörande framställd av Tyskland (UsedSoft, Oracle).

Mål C-328/92, Kommissionen mot Spanien.

Mål C-385/02, Kommissionen mot Italien.

Mål C-394/02, Kommissionen mot Grekland.

Mål C-406/10, begäran om förhandsavgörande framställd av Förenade kungariket (WPL).

Internetkällor

Beck. K. m.fl. (2001), Manifest för Agil systemutveckling (Elektronisk). Tillgänglig: <http://www.agilemanifesto.org/iso/sv/> (2012-08-28).

EU Copyright Office, *Is computer software protected by copyright?* (Elektronisk), Tillgänglig: <http://www.eucopyright.com/en/is-computer-software-protected-by-copyright> (2012-08-28).

Fyhr.N., 2012, Våga fråga och våga svara! (Elektronisk), Tillgänglig: <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.444791> (2012-08-28).

Hellenius. G., 2012, Government IT support contract for open source software (Elektronisk), Tillgänglig <http://www.epractice.eu/en/news/5378041> (2012-08-28).

Offerman.A., 2012, Public Open Source Software Procurement Models: The Next Generation (Elektronisk), Tillgänglig: <http://joinup.ec.europa.eu/elibrary/case/public-open-source-software-procurement-models-next-generation> (2012-08-28).

Open Standards Requirement for Software (Elektronisk), Tillgänglig: <http://opensource.org/osr> (2012-08-28).

The Open Source Definition (Elektronisk), Tillgänglig: <http://opensource.org/docs/OSD> (2012-08-28).

Lag

Lag (1960:729) om upphovsrätt till litterära och konstnärliga verk.

Patentlag (1967:837).

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Litteratur

Aberg. J., 2002, *Tekniken –Upphovsrättens höna och ägg*. Ny Juridik 2:02, ISBN 9171990887.

Adamsson. P. m.fl., 2008, Lagkommentar, Lagarna inom immaterialrätten. Norstedts juridik.

- Bernitz. U., 2008, *Standardavtalsrätt*, Norstedts juridik, ISBN 9789139204930.
- Bernitz. U. m.fl., 2011, *Immaterialrätt och otillbörlig konkurrens*, Jure förlag, ISBN 97989172234642.
- Falk. J.E., 2011, *Lag om offentlig upphandling –en kommentar*, Jure Förlag, ISBN 9789172234291.
- Levin. M., 2011, *Lärobok i immaterialrätt*, Norstedts Juridik, ISBN 9789139205500.
- Lindberg.A. Kahn.J. Krouthén. B., 2009, *IT-avtal –Särskilt om outsourcing*. Norstedts juridik, ISBN 9789139014232.
- Mattson. D., *Lagkommentar till URL*, Thomson Reuters.
- Olsson. H., 2006, *Lagkommentar, Upphovsrättslagstiftningen*. Norstedts juridik.
- Patterson, D.A., 2009, *Computer organization and design: the hardware/software interface*, Burlington, MA.
- Ramberg, J., Ramberg, C., 2010, *Allmän avtalsrätt*, Norstedts juridik, ISBN 9789139205081.
- Rosén, J., 2006, *Upphovsrättens avtal*, Norstedts Juridik, ISBN 9789139203964.
- Schovsbo, J., 2001, *Immaterialretsaftaler, fra kontrakt til status i kontraktsretten*, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, ISBN 9788957405187.
- Westman. D. och Lingberg. A., 2001. *Praktisk IT-rätt*, Norstedts Juridik, Stockholm , ISBN 91-39-00749-9.
- Öhlund. J. 2002. *Det upphovsrättsliga skyddet mot efterbildning av programvara*, Jure Förlag, Institutet för Immaterialrätt och Marknadsrätt nr 117, ISBN 9172231459.

Offentligt tryck

Proposition 1988/89:85 om upphovsrätt och datorer.

Proposition 1992/93:48 om ändringar i de immaterialrättsliga lagarna med anledning av EES-avtalet m.m.

Proposition 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.

Proposition 2004/05:110 Upphovsrätten i informationssamhället – genomförande av direktiv 2001/29/EG m.m.

Proposition 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Praxis

Förvaltningsrätten i Stockholm, mål 1271-12.

Hovrätten över Skåne och Blekinges dom 1993-04-14, T 197 -92 (Blekingefiskarnas centralförening).

Kammarrätten i Göteborg, mål 2193-10 och 2136-10.

Kammarrätten i Jönköping, mål 1903 – 1913-11.

Kammarrätten i Jönköping, mål 10011-10.

Kammarrätten i Stockholm, mål 6784-09.

KKV:s beslut den 2009-10-06, Dnr 613/2008, "*AB Nybro Brunns avtal avseende trafikskola och köp av lastbilssimulator*".

KKV:s beslut den 2009-11-16, Dnr 424/2009, "*AB Östgotatrafikens avtal med Svensk Biogas i Linköping AB*".

KKV:s beslut den 2010-05-26, Dnr 306/2009, "*Lantmäteriets upphandling av programvara*".

Konkurrensverket mot Försvarets Materielverk, mål nr 1271-12, 1273-12 och 1281-12.

Svea hovrätts dom 2004-04-08, mål nr T 1958-03 (DHL I).

Svea hovrätts dom 2010-01-19, T 148-08 (DHL II).

Svea hovrätts dom 2010-10-12, nr T 8381-09 (Unisystem).

Råd och Rekommendationer

European Interoperability Framework (EIF) 1.0.

Europeiska Kommissionens Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad (2011).

Ghosh, R.A., 2005, *An Economic Basis for Open Standards*.

Ghosh, R.A. m.fl., 2008 *OSOR guidelines public procurement and open source software*, IDABC Dissemination of Good Practice in Using Open Source Software (GPOSS).

Guidelines for Public Procurement of ICT Goods and Services SMART 2011/0044.

Guideline on Public Procurement of Open Source Software, March 2010 (revised June 2010).

Kommissionens skrivelse Com (2011) 311, *A strategic vision for European standards: Moving forward to enhance and accelerate the sustainable growth of the European economy by 2020*.

Kommissionens skrivelse Com (2011) 315, *Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on European Standardisation*.

WIPOs fördrag om upphovsrätt, SÖ 2010:17.

Övrigt

Engwall. E. Jacobsen. B., 2007, *Agil systemutveckling –En jämförelse mellan den agila traditionella projektledaren*.

Mårtensson. S., 2010, *Regleringen av immateriella rättigheter i dagens IT-avtal, En studie av avtalsskrivning vid IT-systemleveransavtal*.

Rosén. J, Rättsutlåtande 2008 11 04 och 2009 07 08.



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se