

Trosa kommun
Västra Långgatan 4-5
619 80 Trosa

Trosa kommun – köp av tjänster för projektuppföljning och granskning

Konkurrensverkets beslut

Trosa kommun har brutit mot 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att köpa tjänster för projektuppföljning och granskning av Trosabygdens Teknik AB utan föregående annonsering.

Ärendet

I juni 2014 fick vi information om att ni ska ha köpt tjänster av Trosabygdens Teknik AB (Trotab) som inte omfattats av det avtal ni hade med företaget. Under ärendets handläggning har följande framkommit.

Inom ramen för ett projekt som avsåg ombyggnation av varmbadhuset Safiren köpte ni tidigare bland annat byggledartjänster av företaget Grontmij AB (Grontmij) genom ert ramavtal för konsulttjänster.¹ Tjänsterna utfördes av Ölstugan Förvaltning AB (Ölstugan), som var underleverantör till Grontmij.

Under hösten 2013 avbröt ni samarbetet med Grontmij.² Eftersom ni hade ett återstående behov av projektuppföljning och granskning gällande projektet Safiren övergick ni från och med oktober 2013 till att köpa tjänsterna av Trotab. Även Trotab anlitate då Ölstugan som underleverantör som därvid utförde tjänsterna. Enligt de uppgifter som ni har lämnat till oss har ni betalat totalt 1 853 101 kronor till Trotab för de tjänster som utförts av Ölstugan.

¹ Grontmij hade flera ramavtal med er för konsulttjänster inom olika teknikslag, däribland inom fackområde "Projektledning, byggledning hus".

² Efter uppsägningen upphörde avtalet att gälla den sista december 2014. Ursprunglig avtalstid var till och med mars 2015.

Ni hade olika avtal med Trotab under 2013 och 2014. År 2013 hade ni två avtal som båda upphandlats år 2006. Avtalen avsåg bland annat teknisk förvaltning, tillsyn och skötsel av mark och byggnader. Det ena avtalet gällde för en rad förvaltningsobjekt medan det andra tecknades specifikt för förvaltning av Safiren. Båda avtalen löpte ut i slutet av år 2013.

Under 2013 genomförde ni en ny upphandling av fastighetsdrift i vilken Trotab återigen tilldelades avtal. Avtalet gäller från och med den 1 januari 2014 och avser, liksom de föregående avtalen, bland annat teknisk förvaltning, tillsyn och skötsel av mark och byggnader.

Det är det avtal som upphandlats år 2006 som använts vid köp av tjänsterna från Trotab under år 2013 och det avtal som upphandlats år 2013 som använts för de köp som gjorts under 2014.

Ni har tagit del av vårt utkast till beslut och fått tillfälle att yttra er. Ni menar bland annat att avsikten med ert agerande i det aktuella ärendet var att följa LOU och samtidigt klara kraven på ekonomi och leverans.

Skäl för beslutet

Vi bedriver tillsyn över upphandlingslagstiftningen i syfte att öka regelefterlevnaden och att bidra till en effektiv offentlig upphandling. Tillsynen bedrivs bland annat genom tillsynsbeslut eller ansökan om upphandlingsskadeavgift enligt 17 kap. 1 § LOU.

I det här ärendet är en ansökan om upphandlingsskadeavgift inte ett alternativ eftersom preskriptionsfristen för en sådan ansökan har löpt ut.

Rättsläget

Syftet med upphandlingsreglerna är bland annat att upphandlande myndigheter ska använda offentliga medel för köp av varor och tjänster på bästa sätt, genom att uppsöka och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Lagen om offentlig upphandling bygger på EU:s direktiv för offentlig upphandling (2004/18/EG) om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Direktivet utgör en viktig del i arbetet med att förverkliga den inre marknaden genom att främja den fria rörligheten för varor och tjänster inom EU och att få marknaden att fungera effektivt. Varor och tjänster som lämpar sig för gränsöverskridande handel ska exempelvis kunna erbjudas av en leverantör i ett EU-land till en upphandlande myndighet i ett annat EU-land.

Lagen innehåller därför regler om hur en upphandlande myndighet ska agera innan den tecknar kontrakt med leverantörer. Offentliga upphandlingar ska som huvudregel annonseras och alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller att ansöka om att få lämna anbud.

En upphandlande myndighet måste beräkna det totala värdet av varje kontrakt för att avgöra vilka regler i LOU som gäller. Tröskelvärdena enligt 3 kap. 1 § LOU avgör om en upphandling ska följa de nationella reglerna i 15 kap. LOU eller de direktivstyrda reglerna. Vid beräkning ska värdet av kontraktet uppskattas till det totala belopp som kan komma att betalas. Options- och förlängningsklausuler ska beaktas som om de utnyttjats. Detta följer av 3 kap. 3 § LOU.

En upphandlande myndighet får inte göra *väsentliga* ändringar som avviker från de ursprungliga villkor och förutsättningar som angetts i en upphandling. Om en ändring är väsentlig ses den inte som en ändring utan som en tilldelning av ett nytt kontrakt. Ändringen betraktas då som en ny upphandling.

EU-domstolen har i mål C-454/06 *Pressetext* angett ett antal situationer som medför att ändringar i ingångna kontrakt kan anses vara betydande. En sådan situation är bland annat när ändringen medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utvidgas så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs.³ EU-domstolen har därefter upprepat övervägandena i *Pressetext* i flera avgöranden.⁴ Frågan om vad som kan utgöra väsentliga ändringar har även prövats av svenska domstolar.⁵

En upphandlande myndighet får ingå avtal utan att annonsera detta enligt LOU endast i vissa undantagsfall eller om avtalets värde understiger beloppsgränsen för direktupphandling. Det följer av 15 kap. 3 § andra stycket LOU.

Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbetsuttalanden tolkas restriktivt.⁶

³ Mål C-454/06 *Pressetext* (punkterna 35-37).

⁴ Se bland annat mål C-250/07 Kommissionen mot Grekland (punkt 52), mål C-91/08 Wall (punkterna 37-38) och mål C-160/08 Kommissionen mot Tyskland (punkt 99).

⁵ Se bland annat Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juli 2009 i mål nr 953-09, Kammarrätten i Stockholms dom den 14 september 2010 i mål nr 6784-09 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 mars 2013 i mål nr 6952-12.

⁶ Se bland annat mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland (punkt 33) och mål C-26/03 Stadt Halle (punkt 46), prop. 2001/02:142 s.99, prop. 2006/07:128 del 1 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.

Konkurrensverkets bedömning

Vi bedömer att ni har köpt en tjänst som inte omfattas av de avtal ni har använt. Ert köp är därför att betrakta som en ny upphandling och ett nytt kontrakt. Eftersom ni inte har konkurrensutsatt ert behov enligt upphandlingslagstiftningen utgör ert köp en otillåten direktupphandling.

Upphandlingen som föregick avtalet med Grontmij omfattade konsultarbeten från utrednings- och programskede till projekterings- och produktionsskede eller delarbeten inom de fackområden som var aktuella i upphandlingen. Fackområdet "Projektledning, byggledning hus" omfattade bland annat projekt- och byggledning vid ombyggnader, tillbyggnader och nybyggnader av hus.

Upphandlingarna som föregick avtalen med Trotab avsåg upphandling av fastighetsdrift. I förfrågningsunderlagen kategoriseras upphandlingarna som funktionsentreprenader rörande mark och byggnader och omfattar teknisk förvaltning, tillsyn och skötsel av mark och byggnad samt del av det felavhjälpande underhållet av vissa föreskrivna förvaltningsobjekt. I entreprenörens åtagande ingår totalansvar för att upprätthålla funktion, administrativa arbetsuppgifter samt tillsyn och skötsel.

Ni menar att upphandlingarna av fastighetsdrift omfattar de tjänster som Trotab levererat till er med Ölstugan som underleverantör samt att detta följer av de övergripande krav på leverantören som listas i förfrågningsunderlagen.⁷

Av de övergripande kraven framgår att leverantören ska utföra kontraktsarbetena bland annat så att förvaltningsobjekten ger ett välvårdat intryck, att förvaltningsobjektens avsedda funktioner ska upprätthållas, att förvaltningsobjektens livslängd ska bli optimal, att skador på förvaltningsobjekten undviks, att risk för människors hälsa inte uppkommer, att trivsel och trygghet upprätthålls och så vidare. Det åligger leverantören att säkerställa att kraven uppfylls men är inte specificerat i detalj hur detta ska ske.

Vi anser inte att de tjänster som ni har köpt av Trotab och som utförts av Ölstugan har omfattats av upphandlingarna av fastighetsdrift. De övergripande krav som ni hänvisar till relaterar enligt förfrågningsunderlagen till de respektive förvaltningsobjektens *drift*. Som vi har förstått er avsåg ert återstående behov efter uppsägningen av Grontmij's avtal projektuppföljning och granskning vad gäller ombyggnationen av Safiren. Vi kan inte se hur utförandet av dessa tjänster är nödvändiga för att Trotab ska kunna uppfylla de övergripande krav som ställs vad gäller drift av Safiren. Ert behov av projektuppföljning och granskning har

⁷ Ni hänvisar till avsnitt A7 *Teknisk planering, upphandling och genomförande* där står att "förvaltningsobjektens avsedda funktioner ska upprätthållas" samt till avsnitt 06.52 *Tekniska arbetsuppgifter*. Se aktbilaga 154.

uppstått i samband med *ombyggnationen* av Safiren och skulle ursprungligen ha levererats av Grontmij, enligt det avtal som omfattat byggledartjänster.

Av förfrågningsunderlagen och avtalen kan vidare utläsas att Trotab får en fast ersättning per år men att det även finns specifika kontraktsarbeten som inte ingår i det fasta arvodet och som ersätts per timme.⁸ Dessa faktureras fortlöpande.

Ni har angett att Trotab har fakturerat enligt ett givet timpris för de tjänster som Ölstugan har utfört men har samtidigt hänvisat till de övergripande kraven när vi har ställt frågan om var i förfrågningsunderlagen detta timpris framgår. Det faktum att ersättning har utgått utöver det fasta arvodet och utöver de timpriser som listas i avtal och förfrågningsunderlag talar ytterligare för att tjänsterna inte kan anses ingå i de ursprungliga upphandlingarna av fastighetsdrift.

Sammanfattningsvis bedömer vi att ni väsentligen har frångått de förutsättningar som gällde i upphandlingarna av fastighetsdrift, genom vilka Trotab tilldelades avtal. Ni ska därför anses ha ingått ett nytt avtal med Trotab. Eftersom värdet av köpet överskrider beloppsgränsen för direktupphandling har förutsättningarna för att genomföra en direktupphandling enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU inte varit uppfyllda.

Det har i utredningen inte framkommit några andra omständigheter som medför att någon av de undantagssituationer som anges i LOU skulle kunna bli tillämpliga. Behovet av tjänsterna har varit förutsebart och hade kunnat tillgodoses genom annonsering eller avrop från någon av de övriga två leverantörer som ni tecknat avtal med för "Projektleddning, byggledning hus", och som rangordnats efter Grontmij i avropsordningen.

Vid vår bedömning har vi utgått från att ni är skyldiga att iaktta bestämmelserna i LOU och att avtalet i fråga utgör så kallade A-tjänster. Tröskelvärdet för kommunal upphandling av varor och A-tjänster som omfattas av LOU uppgick år 2013 till 1 897 540 kronor.

Ni har uppgett att ni har fakturerat Trotab till ett belopp om 1 853 101 kronor för de tjänster som levererats via Ölstugan. Eftersom värdet understiger tröskelvärdet borde ni ha konkurransutsatt ert behov av de aktuella tjänsterna i enlighet med bestämmelserna i 15 kap. LOU.

⁸ Exempelvis drifttekniker, snickare, parkarbetare och anläggningsarbetare.

Slutsats

Ert köp av de aktuella tjänsterna från Trotab borde ha annonserats enligt 15 kap. 4 § LOU. Eftersom så inte har skett utgör köpet en otillåten direktupphandling.

Otillåtna direktupphandlingar anses både av unionslagstiftaren och den svenska lagstiftaren i sig vara en av de allvarligaste överträdelserna inom upphandlingsområdet. Genom att ni har underlåtit att annonsera ert behov av tjänsterna har konkurrensen snedvridits och andra potentiella leverantörer har inte haft möjlighet att tävla om kontrakten.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Anna Hagersten.

Dan Sjöblom

Anna Hagersten

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.