

AB Timråbo
Box 134
861 24 Timrå

AB Timråbo - inköp av hissar

Konkurrensverkets beslut

AB Timråbo har brutit mot 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att vid avtalstecknandet väsentligt ändra villkoren för den annonserade upphandlingen. De ändrade villkoren medför att AB Timråbo har genomfört en otillåten direktupphandling.

Ärendet

Vi har i vår omvärldsbevakning fått ett tips om ert inköp av hissar den 20 maj 2013 avseende Skogsvägen 18 och 20 i Timrå. I tipset framfördes misstankar om att ni hade genomfört en otillåten direktupphandling.

Vi har mottagit följande dokumentation.

Inköp av hissar åren 2010 och 2013;

- Prisutvärdering av hissar Skogsvägen 16, daterad den 23 mars 2010.
- Tilldelningsbeslut avseende byte av hiss på Skogsvägen 16, daterat den 9 april 2010.
- Beställningsbekräftelse på utförande av entreprenad gällande hissinstallation, daterad den 20 maj 2010.
- Beställning av hissar avseende Skogsvägen 18 och 20 i Timrå, daterad den 20 maj 2013.

Under år 2010 beslutade ni att hissarna på adress Skogsvägen 16–20 i Timrå skulle bytas ut och ni genomförde en upphandling. Ni skriver att ni muntligen avtalade om en option när avtalet skrevs på år 2010. Den muntliga optionen gav er möjlighet att med stöd i avtalet köpa en hiss per år framöver. När hissarna till Skogsvägen 18 och 20 köptes för totalt 1 550 000 kronor under år 2013 använde ni er av den muntliga optionen.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Ni har fått möjlighet att senast den 3 december 2014 yttra er över vårt utkast till beslut. Ni har dock avstått ifrån att skicka in någon ytterligare information.

Skäl för beslutet

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

I det här ärendet är en ansökan om upphandlingsskadeavgift inte möjlig eftersom tidsfristen 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 söka upp och dra nytta av konkurrensen på aktuell marknad. Samtidigt syftar regelverket till att ge leverantörerna möjlighet att tävla på lika villkor i varje upphandling.

Alla offentliga upphandlingar ska genomföras på ett öppet och transparent sätt. Leverantörerna ska behandlas lika och principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska följas. Det framgår av 1 kap. 9 § LOU.

När en offentlig upphandling inleds ska myndigheten bedöma det behov som finns och utifrån det räkna ut vilket värde hela inköpet kommer att uppgå till. Om det finns options- eller förlängningsklausuler i avtalet ska de räknas in i det totala värdet, som om de kommer att utnyttjas helt och hållet. Det framgår av 3 kap. 3 § LOU. Det totala värdet avgör sedan vilken typ av upphandlingsförfarande som ska användas och vilket kapitel i LOU som ska tillämpas.

I vissa fall kan myndigheten direktupphandla. Vid en sådan upphandling ställs inga krav på hur en leverantör ska anlitas. En förutsättning för att en upphandlande myndighet ska få direktupphandla är att det totala uppskattade värdet av ett kontrakt uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som anges i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket LOU. Direktupphandling får också användas om förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5-9 §§ LOU är uppfyllda. Förutsättningarna som då ska föreligga är exempelvis tekniska skäl, ensamrätt eller om det finns synnerliga skäl. Det framgår av 15 kap. 3 § andra stycket LOU. År 2013 uppgick direktupphandlingsgränsen till 284 631 kronor.

Genom att läsa förfrågningsunderlaget ska alla potentiella leverantörer kunna förstå omfattningen av upphandlingen och kraven på det föremål som upphandlas. Efter annonsering av förfrågningsunderlaget är det inte tillåtet att

göra väsentliga ändringar av upphandlingen.¹ Om en väsentlig ändring görs alltför tätt inpå tilldelningen av kontraktet kan det strida mot principerna om öppenhet och likabehandling som finns i 1 kap. 9 § LOU och avtalet kan klassas som en otillåten direktupphandling.

Konkurrensverkets bedömning

Genom optionen kom ni överens om en ändring av det ursprungliga avtalet som, då det annonserades, endast avsåg köp av en (1) hiss. Ni har alltså gjort en väsentlig ändring av ett upphandlingskontrakt. Det innebär att ni har genomfört en otillåten direktupphandling.

I beställningsbekräftelsen från den 20 maj 2010 står det att kontraktsvärdet för beställningen uppgår till 749 000 kronor. Eftersom ni i ert beslut skriver att det var hissarna på Skogsvägen nr 16, 18 och 20 som skulle bytas ut, antar vi att optionen gällde endast två hissar till. Den muntliga optionen innebar alltså att det ursprungliga avtalet om köp av hiss ändrades till att omfatta ytterligare 1 550 000 kronor eftersom hissarna som beställdes år 2013 kostade 790 000 respektive 760 000 kronor. Avtalets värde förändrades alltså avsevärt i förhållande till det som ursprungligen annonserades. Det har lett till att den leverantör som tilldelades avtalet år 2010, och som senare har fått beställningen med hänvisning till optionen, har fått en ekonomisk förmån i förhållande till andra potentiella leverantörer. Det har inte varit möjligt för andra leverantörer att lämna anbud på hela upphandlingen och innebär att ni har gjort en otillåten direktupphandling.

Olika domstolar har vid flera tillfällen prövat frågan om var gränsen går för att en ändring under pågående upphandling ska vara tillåten. EU-domstolen har uttalat att om ändringar innebär *betydande skillnader* och om parterna genom ändringen visar en önskan att i ett sent skede omförhandla de *väsentliga villkoren* i avtalet så måste upphandlingen göras om.² EU-domstolen har även gett praktiska exempel på vilka situationer som skulle innebära en otillåten ändring. Ett exempel är om ändringen medför att *kontraktets ekonomiska jämvikt ändras* till förmån för den leverantör som tilldelats kontraktet.³ Det betyder att om den leverantör som vunnit upphandlingen tjänar väsentligt mer på avtalet efter ändringen än vad man skulle ha gjort om ändringen inte hade genomförts, så är den otillåten. Även nationella domstolar i Sverige har kommit till liknande slutsats.⁴

Hur stor förändring som är tillåten att göra utan att den ursprungliga upphandlingen ska anses ha ändrats väsentligt bedöms från fall till fall i praxis.

¹ Se mål C-278/01, *Kommissionen mot Spanien*, para. 53.

² Se mål C-337/98, *Kommissionen mot Frankrike*, punkt 44 och 46.

³ Se mål 454/06, *Presstext*, punkt 35-37.

⁴ Se bland annat Kammarrätten i Jönköpings dom den 10 juli 2009 i mål nr 953-09, Kammarrätten i Stockholms dom den 14 juli 2010 i mål nr 6784-09 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 mars 2013 i mål nr 6952-12.

En exakt summa framgår inte varken av den nationella lagstiftningen eller av EU-direktiven. I ert fall innebär den avtalade optionen att avtalets värde har tredubblats. Det är en så stor förändring att det står klart att det inte är en tillåten ändring.

Regleringen av offentlig upphandling syftar bland annat till att säkerställa att konkurrensen på marknaden inte snedvrids genom exempelvis otillåtna direktupphandlingar. Det är även av den anledningen man inte får göra väsentliga ändringar av upphandlingar som redan har annonserats. Alla möjliga leverantörer ska få samma chans att lämna anbud efter att ha läst ett annonserat förfrågningsunderlag. Vi bedömer att ni har gjort en väsentlig ändring av det ursprungliga upphandlingskontraktet som borde ha annonserats. Det har inte kommit fram några omständigheter som medför att undantag från kravet på annonsering kan göras. Det betyder att ni har genomfört en otillåten direktupphandling.

Det finns tillfällen när det är tillåtet att direktupphandla, men det finns inte någonting i ärendet som tyder på att några sådana undantag aktualiseras.

Vår bedömning grundar sig på att ni är en upphandlande myndighet som definieras i 2 kap. 12 § LOU och att hissar faller inom ramen för byggtreprenadkontrakt, vilket står i bilaga 1 till LOU.

Slutsats

Vi bedömer att den i efterhand tillagda optionen utgör en väsentlig förändring av villkoren i den annonserade upphandlingen. Ni har därmed gjort en otillåten direktupphandling.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Ellen Källström.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1.

Dan Sjöblom

Ellen Källström

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.