

Hjo kommun

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; Hjo kommuns köp av entreprenadarbeten**Konkurrensverkets beslut**

Hjo kommun (kommunen) har agerat i strid med 19 kap. 6 § och 12 kap. 14–16 §§ i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), genom att inte annonsera och dokumentera sina inköp av entreprenadarbeten under 2021. Då förutsättningar för detta saknades, utgör det en otillåten direktupphandling.

Kommunen förtjänar kritik för sitt agerande.

Konkurrensverket förutsätter att kommunen i den mån det inte redan skett, vidtar åtgärder för att säkerställa att kommunens anskaffningar av entreprenadarbeten sker i enlighet med upphandlingslagstiftningen. Kommunens åtgärder i detta syfte kan komma att följas upp genom förnyad tillsyn.

Ärendet avslutas.



Ärendet

1. I oktober 2021 uppmärksammade Konkurrensverket genom ett tips att kommunen regelbundet köper in entreprenadarbeten utan föregående annonsering. Konkurrensverket inledde mot den bakgrunden en granskning.
2. Kommunen har under utredningen bland annat uppgett att muntliga överenskommelser ingåtts med två leverantörer inför verksamhetsåret 2021 avseende köp av entreprenadarbeten. Kommunen har kommit överens med den ena leverantören om en ungefärlig omfattning av arbeten som skulle ske under året. Entreprenadarbeten har därefter huvudsakligen beställts genom löpande avrop. Kommunen har även köpt entreprenadarbeten vid akuta vattenläckor och motsvarande av denna leverantör. Kommunen har vidare, i samband med mindre arbeten, köpt entreprenadarbeten av den andra leverantören. Entreprenadarbetena har enligt kommunen avsett bland annat diverse markarbeten på parkeringar eller i parker, trädplantering samt anläggande av mindre utbyggnad av nät för vatten och avlopp. Parkarbeten och återställning av grönytor efter bland annat VA- eller elarbeten har även förekommit.
3. Kommunen har enligt egen uppgift inte dokumenterat överenskommelserna som gjordes inför 2021 eller avropen som gjordes under 2021.
4. Enligt kommunen omfattas köpen av entreprenadarbeten som gjordes under 2021 till viss del av LOU och till viss del av lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF). Vidare har kommunen uppgett att man bedömt det vara möjligt att genomföra de aktuella köpen utan föregående annonsering eftersom värdet av köpen beräknades understiga tillämpliga direktupphandlingsgränser.
5. Konkurrensverket noterar att kommunen, under tiden utredningen har pågått, har annonserat en upphandling av maskintjänster.

Skäl för beslutet

Rättslig reglering

Tilldelning av kontrakt och ramavtal

6. Med begreppet kontrakt avses ett avtal med ekonomiska villkor som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller



flera leverantörer och som avser leverans av varor, tillhandahållande av tjänster eller utförande av byggentreprenad.¹

7. Med begreppet ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller enheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren i kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod.² Förekomsten av ett ramavtal förutsätter inte nödvändigtvis att det föreligger ömsesidiga åtaganden.³ Eftersom definitionen av begreppet ramavtal förutsätter att det rör sig om villkor för senare tilldelning av "kontrakt" krävs det dock att det i vart fall senast efter avrop uppstår ömsesidiga rättsligt bindande åtaganden om anskaffning som innebär att en leverantör åtar sig att tillhandahålla en vara, tjänst eller byggentreprenad till en upphandlande myndighet eller enhet och myndigheten i utbyte åtar sig att utge ersättning för det som tillhandahålls.⁴
8. Ett ramavtal uppstår således när en upphandlande myndighet eller enhet och en leverantör avtalar om villkoren för senare avrop avseende viss vara, tjänst eller byggentreprenad, i syfte att senare, vid avrop enligt dessa villkor, tilldela kontrakt i den mening som avses i LOU och LUF.

Tillämplig lag

9. LOU är tillämplig på upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter och enheter i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggentreprenader genom tilldelning av kontrakt.⁵ Upphandling inom försörjningssektorerna, det vill säga upphandling för verksamheter inom områdena vatten, energi, transporter eller posttjänster, är däremot undantaget från LOU och regleras i stället av LUF.⁶
10. Ett kontrakt som avser såväl upphandling som regleras i LOU som upphandling som regleras i LUF utgör ett så kallat blandat kontrakt.⁷ Om ett blandat kontrakt inom en och samma verksamhet innefattar delar som kan särskiljas objektivt utgör det ett delbart kontrakt. Om delarna inte kan särskiljas objektivt utgör det ett odelbart kontrakt.⁸ Om ett delbart kontrakt omfattar upphandling som regleras i LUF och upphandling som regleras i annan lag, får den upphandlande enheten välja att tilldela separata kontrakt

¹ 1 kap. 15 § LOU och 1 kap. 14 § LUF. Av definitionen framgår även att det med ett kontrakt avses ett skriftligt avtal. Vad gäller detta kan emellertid konstateras att även muntliga avtal är upphandlingspliktiga, se bland annat prop. 2015/16:195 s. 318 och 321 f.

² 1 kap. 20 § LOU och 1 kap. 19 § LUF.

³ Jfr 1 kap. 20 § LOU och 1 kap. 19 § LUF samt Högsta domstolens dom NJA 2021 s. 643.

⁴ Jfr 1 kap. 20 § LOU och 1 kap. 19 § LUF.

⁵ 1 kap. 2 § LOU.

⁶ 3 kap. 1 § LOU och 1 kap. 2 § första stycket LUF.

⁷ 2 kap. 1 och 3 §§ LOU.

⁸ 2 kap. 11 § LUF.



för de olika delarna eller ett enda kontrakt.⁹ I det fall ett delbart blandat kontrakt tilldelas som ett enda kontrakt ska LUF som huvudregel tillämpas på kontraktet.¹⁰ Vid tilldelning av ett odelbart blandat kontrakt ska de bestämmelser som gäller för kontraktets huvudföremål tillämpas.¹¹ Om det inte är objektivt möjligt att avgöra vilken verksamhet som kontraktet huvudsakligen rör och kontraktet till någon del rör verksamhet som regleras i LOU, ska kontraktet tilldelas i enlighet med bestämmelserna i den lagen.¹²

Avtalets karaktär

11. Med byggtreprenadkontrakt avses bland annat kontrakt som avser utförande eller både projektering och utförande av arbete som är hänförligt till en verksamhet som anges i bilaga 1 till LOU.¹³

Annonseringsskyldighet

12. Huvudregeln enligt LOU och LUF är att avtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud.¹⁴ För att avtal med ett värde som överstiger direktupphandlingsgränsen ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU respektive LUF är tillämpligt.¹⁵ Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹⁶
13. År 2021 var direktupphandlingsgränsen för byggtreprenader enligt LOU 615 312 kronor och 1 142 723 kronor enligt LUF.

Värdet av en upphandling

14. Värdet av en upphandling är det totala belopp som enligt den upphandlande myndighetens eller enhetens uppskattning ska betalas enligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggtreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Vidare ska de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten eller enheten planerar att betala till anbudssökande eller

⁹ 2 kap. 12 § LUF.

¹⁰ 2 kap. 14 § LUF.

¹¹ 2 kap. 19 § LUF.

¹² 2 kap. 24 § 1 LUF.

¹³ 1 kap. 9 § LOU.

¹⁴ 10 kap. 1 § LOU och 10 kap. 1 § LUF.

¹⁵ 6 kap. 12–19 §§ LOU och 6 kap. 5–12 §§ LUF.

¹⁶ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, p. 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, p. 19, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, p. 33 och mål C-26/03 Stadt Halle, p. 46. Se även prop. 2006/07:128 s. 291 samt Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden i RÅ 2005 ref. 10, RÅ 2008 ref. 79 och RÅ 2009 not. 134.



anbudsgivare räknas in i värdet. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.¹⁷

15. I värdet av en upphandling av en byggentreprenad ska det, utöver det belopp som ska betalas för entreprenaden, ingå värdet av varor och tjänster som den upphandlande myndigheten eller enheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras.¹⁸
16. Värdet av ett ramavtal ska uppskattas till det högsta sammanlagda värdet av samtliga kontrakt som planeras inom ramen för ramavtalet.¹⁹

Dokumentationsplikt

17. En upphandlande myndighet eller enhet är skyldig att dokumentera genomförandet av upphandlingar. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.²⁰
18. Dokumentationen bör enligt Konkurrensverket som ett minimum innehålla följande uppgifter:
 - den upphandlande myndigheten eller enhetens namn och organisationsnummer
 - föremålet för upphandlingen
 - hur konkurrensen tagits till vara (till exempel annonsering eller vid direktupphandling ett meddelande på myndighetens webbplats)
 - vilka leverantörer som tillfrågats och hur många som lämnat anbud
 - vilken leverantör som tilldelats kontraktet eller ramavtalet (och organisationsnummer) samt det viktigaste skälet för tilldelningen
 - avtalets (uppskattade) värde och,
 - tidpunkten när kontraktet genomförs eller avtalets löptid.

¹⁷ 5 kap. 1 § LOU och 5 kap. 1 § LUF.

¹⁸ 5 kap. 9 § LOU och 5 kap. 8 § LUF.

¹⁹ 5 kap. 14 § LOU och 5 kap. 13 § LUF.

²⁰ 12 kap. 14–16 §§ LOU och 12 kap. 14–15 §§ LUF.



Konkurrensverkets bedömning

Kommunen har genomfört otillåtna direktupphandlingar

19. Konkurrensverket bedömer att de köp som är föremål för granskning i detta beslut utgör byggtreprenad tjänster enligt bilaga 1 till LOU.²¹
20. Kommunen har under utredningen uppgett att överenskommelser med två leverantörer slutits inför verksamhetsåret 2021 avseende entreprenad arbeten. Kommunen har gjort löpande beställningar från leverantörerna under året i takt med att behov uppstår. Mot bakgrund av det bedömer Konkurrensverket att överenskommelserna har karaktären av ett ramavtal från vilket kommunen har avropat.
21. Kommunens köp av entreprenad arbeten har avsett behov inom såväl den klassiska sektorn (LOU-arbete) som försörjningssektorn (LUF-arbete) till ett samlat värde om cirka 5 621 000 kronor exklusive mervärdesskatt (värdet fördelar sig till cirka hälften på respektive kategori av arbeten).
22. Som konstaterats ovan, kan kommunens överenskommelser med leverantörerna i fråga betraktas som ett ramavtal. Ramavtalet utgör ett blandat kontrakt då antingen LOU eller LUF kan bli tillämplig på avrop beroende på inom vilken verksamhet ett visst behov uppstår, se punkt 2 ovan.²² Konkurrensverket noterar även att avrop som avser arbeten hänförliga till såväl försörjningssektor som klassisk sektor, vilka svårigen kan särskiljas objektivt, har förekommit.²³ Mot bakgrund av detta och då värdet mellan LOU- respektive LUF-arbete endast marginellt skiljer sig åt, bedömer Konkurrensverket att ramavtalet utgör ett odelbart blandat kontrakt vars huvudsakliga kontraktsföremål är svårt att fastställa.²⁴ Med stöd av bestämmelsen i 2 kap. 24 § 1 LUF anser därför Konkurrensverket att ramavtalet omfattas av LOU. Anskaffningen av entreprenad arbetena borde därför som huvudregel ha annonserats enligt 19 kap. 6 § LOU.
23. Även om det aktuella avtalet skulle anses vara delbart, saknar detta betydelse för bedömningen av frågan om avtalet tilldelats genom en otillåten direktupphandling. Detta med anledning av att direktupphandlingsgränsen enligt LOU och LUF likväl överstigs om tjänsterna hade upphandlats separat.

²¹ 1 kap. 9 § 1 LOU.

²² VA-arbete benämns nedan som ett LUF-arbete, medan diverse markarbeten ej hänförliga till en försörjningssektor benämns som ett LOU-arbete.

²³ Se punkt 2, återställning av grönytor efter utförande av exempelvis VA-arbete.

²⁴ Jfr 2 kap. 19 § LUF.



24. Kommunen har inte åberopat något undantag från annonseringsskyldigheten men har anfört att köpen direktupphandlades eftersom värdet beräknades understiga tillämpliga direktupphandlingsgränser.²⁵
25. Med anledning av ovan, och då inget annat undantag från 19 kap. 6 § LOU bedöms vara tillämpligt, anser Konkurrensverket sammanfattningsvis att kommunen har brutit mot annonseringsskyldigheten.

Kommunen har brutit mot dokumentationsplikten

26. I utredningen av ärendet har det framkommit att kommunen inte har den typ av dokumentation som redogjorts för i punkten 15 ovan avseende de ingångna avtalen eller beställningarna, som kommunen enligt uppgift har gjort muntligen. Bristen på dokumentation har försvårat Konkurrensverkets arbete med att bedriva tillsyn över upphandlingslagstiftningen i det aktuella ärendet. Bland annat har det omöjliggjort för Konkurrensverket att fastställa vid vilken tidpunkt kommunen har ingått överenskommelsen inför 2021 och när överenskommelser har skett vid avrop. Brister i eller avsaknad av dokumentation om direktupphandlingar medför en ökad risk för oegentligheter och otillbörlig påverkan. Det hindrar även leverantörer från att tillvarata sina rättigheter enligt rättsmedelsdirektivet. En sådan brist försvårar också avsevärt möjligheten för en upphandlande myndighet eller enhet att göra uppföljningar av inköp och att avgöra om inköp överstiger direktupphandlingsgränsen eller inte. Bristande dokumentation försvårar även tillsynsmyndigheternas arbete med att genomföra och granska utredningar och allmänhetens möjligheter till insyn i det offentliga anskaffningar.
27. Sammanfattningsvis bedömer Konkurrensverket att kommunen, genom att inte i tillräcklig omfattning dokumentera sina köp av entreprenadarbeten, har brutit mot dokumentationsplikten enligt 12 kap. 14–16 § LOU.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn över LOU. I tillsynen ingår att verka för en enhetlig lagtillämpning samt att uppmärksamma och förebygga regelöverträdelser.

Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU.

Konkurrensverket kan då sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut. Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos

²⁵ Under 2020 köpte kommunen entreprenadarbeten för VA-reparationer och underhåll för totalt 2 969 666 kronor, vilket översteg tillämplig direktupphandlingsgräns.



myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit föredragande jurist Sara Ståhl.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Hur man överklagar

Detta beslut kan överklagas. Om ni vill överklaga ska detta göras skriftligen. Överklagandet ska ställas till Förvaltningsrätten i Stockholm men ges in till Konkurrensverket, gärna via e-post till konkurrensverket@kkv.se. I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.