

Kalmar kommun  
Box 922  
391 26 Kalmar

## **Kalmar kommun, otillåten direktupphandling av entreprenadmaskintjänster**

### **Konkurrensverkets beslut**

Kalmar kommun har brutit mot 5 kap. 2 § 2 stycket och 5 kap. 4 § samt 15 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) genom att köpa entreprenadmaskintjänster enligt tabell 2 och 3 i beslutet utan att dessa har upphandlats genom ett annonserat förfarande.

---

### **Ärendet**

Ärendet inleddes efter att vi fått tips om att ni ska ha avropat entreprenadmaskintjänster från GDL Transport AB utan att dessa har upphandlats genom ett annonserat förfarande. Entreprenadmaskinerna i fråga skulle enligt tipset inte ingått i den upphandling av entreprenadmaskintjänster som ni genomförde 2012<sup>1</sup>.

Upphandlingen av ramavtalet skedde genom ett öppet förfarande. Av förfrågningsunderlaget till upphandlingen framgår att avsikten var att upphandla hela ert behov av hyra av entreprenadmaskiner med förare och att vinnande leverantören skulle vara skyldig att leverera ert verkliga behov. Anbud kunde endast lämnas på hela uppdraget.

I förfrågningsunderlaget anges följande.

”Pris skall lämnas på nedanstående maskintyper. Antalet timmar per maskintyp är ett genomsnitt för år 2011.

---

<sup>1</sup> Ärendebeteckning 2012-03.

## BESLUT

2016-06-23 Dnr 254/2015 2 (8)

Maskintyp inkl. rotortilt, smalskopa, normalskopa, planeringsskopa, gallerskopa, tjälkrok	Antal timmar
Bandgrävare minimivikt 28 ton	1 650 tim
Bandgrävare minimivikt 24 ton	3 300 tim
Bandgrävare minimivikt 20 ton	1 650 tim
Hjulgrävare minimivikt 15 ton	9 900 tim
Grävlastare minimivikt 9 ton	8 250 tim
Dumper minimivikt 23 ton	825 tim

Övrig tid (se bilaga 1)	Antal timmar
Övrig tid	500 tim

Anbudsgivare skall lämna totalpris på samtliga begärda maskintyper. Priser skall anges i svarsformuläret, bilaga 1. **(Rotortilt och skopustrustning skall ingå i timpriset)**. Övrig tid avser allt utom vardagar mellan 07.00 – 15.30. För övrig tid skall ett enhetligt pris lämnas. Prislista på övriga ej efterfrågade entreprenadmaskiner önskas (utvärderas ej).”

Anbudsgivarna uppmanades att skicka med prislista på sitt övriga sortiment. Dessa ingick inte i utvärderingen. Vinnande leverantör, GDL, bifogade en prislista på andra entreprenadmaskiner som de kunde erbjuda. I avtalet som tecknades ingår de utvärderade entreprenadmaskinerna och de maskiner som fanns på den bifogade prislistan.

Av den information som ni skickat till oss framgår att ni under 2014 köpte entreprenadmaskinstjänster från GDL för totalt 12 768 162 kr.

<b>Tjänster i utvärderad prisbilaga (1)</b>	<b>Kostnad 2014</b>
Bandgrävare minimivikt 28 ton	1 422 705 kr
Bandgrävare minimivikt 24 ton	303 523 kr
Bandgrävare minimivikt 20 ton	161 159 kr
Hjulgrävare minimivikt 15 ton	1 380 673 kr
Grävlastare minimivikt 9 ton	4 482 101 kr
Dumper minimivikt 23 ton	713 007 kr
Tillägg vid körning utanför ordinarie arbetstid	19 592 kr
<b>Tjänster i inskickad prislista (2)</b>	
Extra man	2 150 571 kr
Hjulgrävare 13,1-15 ton	8 268 kr
Lastmaskin Typ L70	285 258 kr
Lastmaskin Typ L120	58 884 kr
Minigrävare hjul 8,1-11 ton	835 170 kr
Minigrävare band 4,1-6 ton	34 162 kr
Minigrävare band 6,1-8 ton	360 833 kr
Teleskoptruck 17 m	3 984 kr
Bandgrävare 16,1-19 ton	
Teleskoptruck runtomsv 25 m	6 605 kr
<i>Extrautrustning</i>	
Hydraulhammare Lännen	94 118 kr
Slätter	10 300 kr
Vagn	1 200 kr
<b>Övriga tjänster utanför avtalet (3)</b>	
Harpa, Hjullastare L70, Hjulgrävare 17,1-20 ton	
Sopning traktor - Brodway 1900	64 421 kr
Resa i tjänst	4 480 kr
Sopborste	313 kr
Traktor+Vagn	19 652 kr
Hyveljustering	49 000 kr
Skylift 18 m utan förare	269 850 kr
Maskintrailer	28 326 kr
<b>Avrop total</b>	<b>12 768 152 kr</b>
<b>Avrop från utvärderad prisbilaga</b>	<b>8 482 760 kr</b>
<b>Avrop från inskickad offert/prislista</b>	<b>3 849 352 kr</b>
<b>Avrop utanför avtalet</b>	<b>436 041 kr</b>

Ni menar att de maskiner som ingått i den prislista som utvärderades och även den frivilligt bifogade prislistan ska anses omfattas av upphandlingen då dessa

uttryckligen efterfrågades i förfrågningsunderlaget. Ni medger dock att de avrop som avser entreprenadmaskiner som inte ingår i avtalet är felaktiga.

Ni har fått tillfälle att yttra er över vårt utkast till beslut. Ni håller inte med om vår bedömning att det skett en väsentlig ändring. Ni har efterfrågat en helhetslösning. Behovet av olika typer av entreprenadmaskiner varierar mycket. Av detta skäl kunde ni inte förutse exakt vilka maskiner som skulle komma att behövas längre fram. De entreprenadmaskiner som kunde förutses valde ni att kravställa och utvärdera. Detta innebar enligt er inte att upphandlingen endast omfattade dessa maskiner. För att täcka in det övriga behovet frågade ni efter en prislista på övriga entreprenadmaskiner. Även entreprenadmaskiner som omfattades av prislistan är därför efterfrågade. Ett krav på en prislista med alla upptänkliga typer av entreprenadmaskiner skulle sannolikt ha begränsat konkurrensen på ett önskat sätt. Det framgick klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att upphandlingen omfattade samtliga entreprenadmaskiner. Kontraktet innefattar dock endast de offererade entreprenadmaskinerna. Kontraktet är därför mindre omfattande än vad förfrågningsunderlaget tillät. Varje normalt rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör har insett att tanken med upphandlingen har varit att även entreprenadmaskiner på prislistan skulle kunna komma att avropas. Kontraktet innebär inte någon som helst förändring i förhållande till vad som konkurrensutsatts och angetts i förfrågningsunderlaget. Ni ställer er därför frågande till hur avrop från prislistan innebär en väsentlig ändring.

### **Skäl för beslutet**

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

Tiden för att ansöka om upphandlingsskadeavgift har gått 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.

I alla faser av upphandlingen ska principerna i 1 kap. 9 § LOU iakttas. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt. Transparensprincipen medför att upphandlingen ska genomföras på ett öppet och tydligt sätt. Principerna innebär att förfrågningsunderlag ska formuleras så pass tydligt att alla normalt insatta och aktsamma anbudsgivare ska

objektivt ges möjlighet att bilda sig en konkret uppfattning om de varor eller tjänster som faktiskt ska utföras, och utifrån detta kunna utforma sitt anbud.<sup>2</sup>

Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal kan tilldelas på tre olika sätt. Den *första* typen är ramavtal som ingås med en leverantör och som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt. Den *andra* typen av ramavtal är sådana som innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt men som ingås med flera leverantörer. Den *tredje* typen av ramavtal är sådana som ingås med flera leverantörer och som inte innehåller samtliga villkor för senare tilldelning av kontrakt, så kallad förnyad konkurrensutsättning. Detta följer av 5 kap. 4, 6 och 7 §§ LOU.

En upphandlande myndighet får enligt 5 kap. 2 § 2 st. LOU inte väsentligen avvika från villkoren i ramavtalet. Om ett kontrakts tillämpningsområde väsentligen utvidgas så att det även omfattar varor eller tjänster som inte först avsågs innebär det enligt EU-domstolens praxis en väsentlig förändring.<sup>3</sup> EU-domstolen har därefter upprepat övervägandena i Presstext i flera avgöranden.<sup>4</sup> Frågan om vad som kan utgöra väsentliga ändringar har även prövats av svenska domstolar.<sup>5</sup>

Om en förändring är väsentlig ses det som ett nytt kontrakt. Förändringen blir alltså en ny upphandling som kan utgöra en otillåten direktupphandling. Hur stor förändring som kan göras utan att den ursprungliga upphandlingen ska anses ha ändrats väsentligt framgår för närvarande varken av den nationella lagstiftningen eller av EU-direktiven. Detta bedöms istället från fall till fall i praxis.

Hyra av entreprenadmaskiner med förare anses vara en byggentreprenad enligt den upphandlingsrättsliga indelningen.<sup>6</sup> Tröskelvärdet för byggentreprenader är 45 256 666 kr. Upphandlingar av byggentreprenader under tröskelvärdet och över den så kallade direktupphandlingsgränsen ska konkurrensutsättas enligt 15 kap. 4 § LOU eller LUF. Direktupphandlingsgränsen i LOU var cirka 270 000 kronor under det första halvåret 2014. Från den 1 juli 2014 var den 505 800 kr.

Upphandlingar av identiska varor och tjänster ska alltid sammanräknas. Begreppet samma slag innefattar dock även andra varor och tjänster än de som är identiska. I förarbetena nämns att viss vägledning kan hämtas ur de s.k. CPV-koder-

---

<sup>2</sup> Se mål C 423/07, *Kommissionen mot Spanien*, punkt 58 och mål C-368/10, *Max Havelaar*.

<sup>3</sup> Se mål C-454/06, *Presstext* (punkt 35).

<sup>4</sup> 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).

<sup>5</sup> 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.

<sup>6</sup> Bilaga 1 till LOU.

nas<sup>7</sup> kategorisering,<sup>8</sup> i bilagorna till lagen. En annan indikation på att det är fråga om tjänster av samma slag är att tjänsterna typiskt sett tillhandahålls av en och samma leverantör. En upphandlande myndighet måste därför undersöka hur marknaden för aktuella tjänster ser ut. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU.<sup>9</sup>

En upphandlande myndighet får ingå avtal utan att annonsera endast i vissa undantagsfall. Detta följer bland annat av 4 kap. 5-9 §§ LOU. Undantagen från skyldigheten att annonsera upphandlingar ska enligt EU-domstolens och Högsta förvaltningsdomstolens praxis samt svenska förarbets-uttalanden tolkas restriktivt.<sup>10</sup>

#### *Konkurrensverkets bedömning*

Ni har gjort otillåtna direktupphandlingar. De entreprenadmaskiner som ingår i den frivilligt bifogade prislistan och övriga maskiner som inte ingick i avtalet är inte en del av den ursprungliga upphandlingen. Därmed innebär ett avrop av dem en väsentlig förändring av ramavtalet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att ni ville upphandla ert samlade behov av entreprenadmaskinstjänster. I underlaget finns ett antal entreprenadmaskiner listade. Anbudsgivarna uppmanades också att bifoga andra, ej efterfrågade, maskiner. Vilka typer av maskiner som ni ville ha prisuppgift på framgick inte. Detta var alltså beroende av vilka ytterligare maskiner respektive leverantör hade. Det fanns vid annonseringstillfället därmed en stor osäkerhet om vad som upphandlades och vad som kom att ingå i det efterföljande avtalet. Den frivilliga prislistan är varken specificerad eller beskriven på ett transparent sätt i förfrågningsunderlaget. Därmed kan de maskiner som ingår i den bifogade prislistan inte anses ingå i upphandlingen. Utöver de maskiner som avropats från den separata prislistan finns även avrop av andra icke upphandlade maskiner.

Då ni ansett att även maskiner på den bifogade prislistan omfattades av upphandlingen har ni i realiteten endast utvärderat en del av tjänsterna. Vi anser att de tillkommande maskinerna inte omfattades men vill klargöra följande. Att tillämpa en så kallad varukorg vid en utvärdering innebär som regel att inte alla produkter som ingår i upphandlingen utvärderas. Denna utvärderingsmodell brukar bland annat användas när ett stötte sortiment ska upphandlas och som spänner över ett

---

<sup>7</sup> Common Procurement Vocabulary" (CPV) är ett klassificeringssystem för offentlig upphandling som syftar till att standardisera den terminologi som används av upphandlande myndigheter och enheter för att beskriva föremålet för en upphandling.

<sup>8</sup> Prop. 2006/07:128 s. 317 f.

<sup>9</sup> Se även Upphandlingsmyndighetens vägledning *Är inköpen av samma slag? Hjälpregler för beräkning av kontraktsvärdet vid direktupphandlingar av samma slag.*

<sup>10</sup> 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.

stort antal produkter. Det är därför viktigt att de produkter som ska offereras inom varukorgen och som blir föremål för utvärderingen är representativa och återspeglar de kommande inköpen under avtalstiden. Att genomföra en utvärdering med hjälp av en varukorg är i sig ett accepterat tillvägagångssätt så länge utvärderingen upprätthåller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Även om man i en upphandling väljer att inte utvärdera alla poster så måste det klart och tydligt framgå vilka produkter eller tjänster som upphandlingen omfattar. Detta ska skiljas från att myndigheten bara utvärderat det som bäst avspeglar myndighetens köpbeteende. Att en leverantör kan erbjuda andra produkter i sitt sortiment innebär inte att dessa kan avropas.

Det kan vara en utmaning att som upphandlande myndighet uppskatta ett framtida behov. En viss flexibilitet att göra förändringar av det avtalsinnehåll som först utannonserades måste därför rimligen finnas för en upphandlande myndighet när ett kontrakt har ingåtts.<sup>11</sup> Denna flexibilitet får dock inte innebära att kontraktet väsentligen förändras. Som utgångspunkt gäller därför att samtliga handlingar som annonseras ska vara upprättade på ett uttömmande sätt och att de inte väsentligen får ändras efter annonseringen.<sup>12</sup>

I ert fall är det avgörande hur omfattande era *tillkommande behov* är i förhållande till de behov som konkurrensutsattes i den annonserade upphandlingen.

Ni har köpt entreprenadmaskintjänster från den frivilligt bifogade prislistan och tjänster som inte ingår i avtalet för cirka 4,3 miljoner kronor. Detta kan jämföras med beloppet på de produkter som faktiskt omfattades av förfrågningsunderlaget vilket var cirka 8,5 miljoner kronor.

Den nya prislistan på de maskiner som inte var upptagna i förfrågningsunderlaget har inneburit avtalets värde avsevärt förändrats i förhållande till det som ursprungligen var annonserat. Det har lett till att leverantören som tilldelades avtalet har fått en ekonomisk förmån i förhållande till andra potentiella leverantörer. Detta kan jämföras med en situation där en upphandlande myndighet efter en förnyad konkurrensutsättning tecknat ett leveransavtal avseende vissa produkter. I det fallet krävs att det ändå klart och tydligt framgår vilka *samtliga* produkter och/eller tjänster som leveransavtalet omfattar.<sup>13</sup>

GDL är en helhetsleverantör av entreprenadmaskintjänster. Vi har gjort en översiktlig utredning av innehållet i de tjänster som ni köpt av GDL. I det här fallet talar mycket för att inköpen av de olika typer av entreprenadmaskintjänster ni

---

<sup>11</sup> I vissa undantagssituationer får till exempel komplettering av det ursprungliga kontraktet ske, se 4 kap. 7 § första stycket 2 eller 4 kap. 8 § första stycket. Jämför även med artikel 72 i 2014 års direktiv.

<sup>12</sup> Se mål C-278/01 *Kommissionen mot Spanien*.

<sup>13</sup> Se Konkurrensverkets beslut med dnr 634/2015.

köpt ska ses som tjänster av samma slag. Då ni efterfrågat en helhetslösning är frågan om det är tjänster av samma slag dock inte avgörande för vår bedömning. Även om vårt intryck att tjänsterna är av samma slag inte skulle kvarstå vid en fullständig utredning är i vart fall två av entreprenadmaskintjänsterna enskilt inköpta till belopp som överstiger direktupphandlingsgränsen.

Eftersom köpen överstiger direktupphandlingsgränsen borde de ha konkurrensutsatts enligt 15 kap. 4 § LOU.

Under vissa förutsättningar kan det finnas möjlighet att direkttilldela ett kontrakt till en leverantör. Det har under vår utredning inte framkommit att det föreligger någon sådan undantagssituation. Eftersom ni inte har konkurrensutsatt ert tillkommande behov, utgör dessa köp en otillåten direktupphandling.

Bedömningen grundar sig på att hyra av entreprenadmaskiner med förare är en byggentreprenad.

#### **Slutsats**

Ni har köpt entreprenadmaskintjänster som inte omfattades av upphandlingen som genomfördes 2012. Det har medfört att kontraktet väsentligen har förändrats. Eftersom något undantag från annonseringsskyldigheten inte är tillämpligt borde ni ha konkurrensutsatt era behov på nytt i enlighet med ramavtalet. När så inte har skett har ni genomfört en otillåten direktupphandling.

---

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Ann Fryksdahl.

Dan Sjöblom

Ann Fryksdahl

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR, bilaga 1**

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats