

Upplands-Bro kommun

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; Upplands-Bro kommuns ombyggnation av väg

Konkurrensverkets beslut

Upplands-Bro kommun har agerat i strid med:

- 10 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling genom att genomföra ändring av upphandlingen av ombyggnation av Granhammarsvägen utan att först genomföra en annonserad upphandling.
- 12 kap. 14 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling genom att inte dokumentera upphandlingen som genomförts i och med ändringen av upphandlingen av ombyggnation av Granhammarsvägen.

Upplands-Bro kommun förtjänar kritik för sitt agerande.

Ärendet avslutas.



Redogörelse för tillsynsärendet

1. Konkurrensverket mottog ett tips om att Upplands-Bro kommun (Kommunen) har genomfört en annonserad upphandling av ombyggnation av en väg och sedan gjort väsentliga ändringar av den aktuella upphandlingen.¹
2. Mot bakgrund av tipset inledde Konkurrensverket ett tillsynsärende mot Kommunen i syfte att närmare granska aktuella omständigheter och att utreda huruvida eventuell ändring har genomförts med stöd i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).

Omständigheterna i ärendet

3. Den 22 november 2019 publicerade Kommunen en annons avseende upphandling av ombyggnation av Granhammarsvägen i databasen Kommers.²
4. Upphandlingen avser enligt upphandlingens administrativa föreskrifter ombyggnation av en väg med gång- och cykelbanor, gång- och cykelbro, nya cirkulationsplatser och refuger med komplett utförande av sprängnings-, lednings-, mark- och gatuarbeten. I de administrativa föreskrifterna hänvisas till upphandlingsföremålet som en entreprenad. Vidare framgår av de administrativa föreskrifterna att upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 19 kap. 7 § LOU.³
5. Av de administrativa föreskrifterna framgår att ersättningsformen i upphandlingen är fast pris utan indexreglering.⁴ Kommunen har uppgett att den uppskattat värdet av upphandlingen till 30 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.⁵ Kommunen har också inkommit med en kalkyl där värdet av upphandlingen uppskattas till 51 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt och värdet av upphandlingen inklusive så kallade ÄTA-arbeten⁶ uppskattas till 56 100 000 kronor exklusive mervärdesskatt.⁷ Kommunen har uppgett att den inte kan besvara varför beloppen skiljer sig åt.⁸
6. Fyra leverantörer lämnade anbud i upphandlingen. Leverantörerna offererade priser om 41 095 260 kronor exklusive mervärdesskatt, 46 128 235

¹ Bilaga 1. Tips.

² Bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022.

³ Bilaga 3. Administrativa föreskrifter avseende upphandling av ombyggnation av Granhammarsvägen.

⁴ Bilaga 3. Administrativa föreskrifter avseende upphandling av ombyggnation av Granhammarsvägen.

⁵ Bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

⁶ Ändringsarbeten, tillägsarbeten och avgående arbeten.

⁷ Bilaga 5. Kalkyl.

⁸ Bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

kronor exklusive mervärdesskatt, 53 051 829 kronor exklusive mervärdesskatt respektive 54 156 431 kronor exklusive mervärdesskatt.⁹

7. Kommunen ingick den 4 februari 2020 avtal med leverantören som offererat det lägsta priset. Av avtalet framgår bland annat att kontraktssumman är 40 203 000 kronor exklusive mervärdesskatt.¹⁰
8. Kommunen har uppgett att det efter upphandlingens färdigställande inkom klagomål från allmänheten om att ombyggnationen av vägen medförde begränsad framkomlighet i området. Klagomålen föranledde att Kommunen fattade beslut om att ändra den ursprungliga planeringen av avstängning och omledning av trafik under genomförandet av ombyggnationen. Detta medförde att leverantörens arbetsinsats dubblerades. Efter upphandlingens färdigställande uppmärksammades också ett behov av varor och arbeten till ombyggnationen som Kommunen inte upphandlat genom den annonserade upphandlingen. Kommunen anskaffade aktuella varor och arbeten utan att först genomföra en annonserad upphandling.¹¹
9. Kommunen har uppgett att den uppskattat värdet av ändringen av upphandlingen till mellan 15 000 000 och 20 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.¹² Enligt uppgift från Kommunen uppgår det faktiska värdet av ändringen till 32 263 786 kronor exklusive mervärdesskatt.¹³
10. På fråga om när ändringen genomfördes har Kommunen uppgett att ändringarna i utförandet genomfördes i april 2020 och att överenskommelse skedde muntligen i juni 2020. Kommunen har också uppgett att det saknas skriftlig dokumentation kring förhandlingarna avseende ändringen.¹⁴

Kommunens inställning

11. Konkurrensverket har under utredningen efterfrågat vilka omständigheter Kommunen har lagt till grund för bedömningen att den ursprungliga upphandlingen har kunnat ändras på så sätt som Kommunen har gjort. Kommunen har angående detta bland annat uppgett att det med hänsyn till

⁹ Bilaga 6. Anbudspriser.

¹⁰ Bilaga 7. Avtal.

¹¹ Bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022 och bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

¹² Bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

¹³ Kommunen har uppgett att kostnader hänförliga till trafikomläggningen uppgår till 13 590 613 kronor exklusive mervärdesskatt, att kostnader för tillkommande reglerbara mängder uppgår till 8 186 300 kronor exklusive mervärdesskatt, att kostnader för köp av tungavstängning som saknats i upphandlingen uppgår till 3 596 678 kronor exklusive mervärdesskatt och att kostnader för övriga tilläggsarbeten uppgår till 6 890 195 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022.

¹⁴ Bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022.

samhällsintresset och den påverkan som en ny upphandling hade medfört inte hade varit försvarbart att genomföra en ny upphandling.¹⁵

Skäl för beslutet

Rättslig reglering

LOU:s tillämplighet

12. Sedan genomförandet av upphandlingen och ändringen har nya bestämmelser för upphandling trätt i kraft (se bland annat LOU SFS 2021:1110). I beslutet redogörs för de bestämmelser som var tillämpliga vid för beslutet relevanta tidpunkter.
13. LOU gäller för upphandling som genomförs av en upphandlande myndighet. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹⁶
14. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från LOU:s tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.¹⁷

De grundläggande upphandlingsprinciperna

15. De grundläggande upphandlingsprinciperna fyller ut det upphandlingsrättsliga regelverket och ska alltid beaktas vid vidtagandet av åtgärder som omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde.¹⁸
16. Av principerna följer att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt (likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen) samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt (öppenhetsprincipen). Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.¹⁹

¹⁵ Bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022.

¹⁶ 1 kap. 2 § och 19 kap. 2 § LOU.

¹⁷ 4 kap. 2 § och 19 kap. 2 § LOU.

¹⁸ Se bland annat 4 kap. 1 § och 19 kap. 2 § LOU och skäl 1 till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet). Se även EU-domstolens dom av den 3 mars 2005, Fabricom, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127.

¹⁹ 4 kap. 1 § LOU och 19 kap. 2 § LOU.



17. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för sådan behandling.²⁰
18. Icke-diskrimineringsprincipen utgör ett förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av nationalitet. Principen innebär bland annat att upphandlande myndigheter inte får ställa krav som bara svenska leverantörer kan uppfylla.
19. Av öppenhetsprincipen följer bland annat ett krav på att upphandlingar ska annonseras.²¹ Öppenhetsprincipen innebär vidare bland annat att kraven i ett upphandlingsförfarande ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt, i syfte att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av kraven och att den upphandlande myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera om anbuderna från anbudsgivarna uppfyller kraven.²²
20. Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande bedömt att med hänsyn till att de grundläggande upphandlingsprinciperna är hämtade från unionsrätten så bestäms principernas närmare innebörd av EU-domstolens praxis. Detta gäller enligt domstolen även vid upphandlingar som faller utanför unionsrättens tillämpningsområde, i och med att den omständigheten att principerna enligt svensk lagstiftning har getts generell tillämplighet innebär att EU-domstolens uttolkning av principerna får genomslag även vid upphandlingar som ligger under tröskelvärdena.²³

Annonsering av upphandlingar

21. Upphandlingslagstiftningens huvudsakliga syfte är att öppna upp den inre marknaden för konkurrens och att främja den fria rörligheten för varor och tjänster på den inre marknaden.²⁴ Mot bakgrund av detta ska upphandlingar som omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde som huvudregel annonseras, så att alla potentiella leverantörer får samma förutsättningar att lämna anbud i upphandlingar.²⁵
22. För upphandlingar vars värde understiger den så kallade direktupphandlingsgränsen behöver någon annonsering emellertid inte

²⁰ Se bland annat EU-domstolens dom av den 3 mars 2005, *Fabricom*, C-21/03 och C-34/03, EU:C:2005:127, p. 27.

²¹ Se bland annat EU-domstolens dom av den 4 juni 2009, *Kommissionen mot Grekland*, C-250/07, EU:C:2009:338 och EU-domstolens dom av den 7 december 2000, *Telaustria*, C-324/98, EU:C:2000:669.

²² Se bland annat EU-domstolens dom av den 2 juni 2016, *Pippo Pizzo*, C-27/15, EU:C:2016:404, p. 36.

²³ HFD 2018 ref. 60.

²⁴ Se bland annat skäl 1 till LOU-direktivet, EU-domstolens dom av den 11 januari 2005, *Stadt Halle*, C-26/03, EU:C:2005:5, p. 44 och 47 och EU-domstolens dom av den 5 oktober 2000, *Kommissionen mot Frankrike*, C-16/98, EU:C:2000:541, p. 44.

²⁵ Se 10 kap. 1 § LOU och 19 kap. 9 § LOU.

genomföras.²⁶ Vid genomförandet av den ursprungliga upphandlingen uppgick direktupphandlingsgränsen till 586 907 kronor.

23. När något av LOU:s undantag är tillämpligt behöver någon annonsering inte heller genomföras.²⁷
24. Var en annons ska publiceras beror bland annat på upphandlingens värde. En upphandling av en byggtreprenad vars värde överstiger tillämpligt tröskelvärde presumeras vara av gränsöverskridande intresse och ska annonseras i enlighet med de direktivstyrda bestämmelserna i LOU. Det innebär att upphandlingen ska annonseras i TED.²⁸ En upphandling av en byggtreprenad vars värde understiger tillämpligt tröskelvärde ska annonseras i enlighet med de icke-direktivstyrda bestämmelserna i LOU, vilket innebär att upphandlingen ska annonseras i en elektronisk databas som är allmänt tillgänglig.²⁹

Tröskelvärden

25. Vid genomförandet av den ursprungliga upphandlingen uppgick tröskelvärdet för upphandlingar av byggtreprenader till 52 620 561 kronor.³⁰ Vid genomförandet av ändringen uppgick tröskelvärdet för upphandlingar av byggtreprenader till 54 938 615 kronor.³¹

Beräkning av värdet av upphandlingar

26. Av 5 kap. LOU följer bland annat att värdet av en upphandling är det totala belopp som ska betalas enligt de kontrakt som ingår i upphandlingen. När värdet bestäms ska options- och förlängningsklausuler som anges i något av upphandlingsdokumenten inbegripas som om de hade utnyttjats. Värdet ska bestämmas exklusive mervärdesskatt.³² Metoden för att uppskatta en upphandlings värde får inte väljas i avsikt att undvika att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena blir tillämpliga.³³ En upphandling får delas upp så att bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena inte blir tillämpliga endast om en sådan uppdelning är berättigad av objektiva skäl.³⁴ I värdet av en upphandling av en byggtreprenad ska det ingå, utöver det belopp som ska betalas för entreprenaden, värdet av varor och

²⁶ 19 kap. 7 § LOU.

²⁷ Se 6 kap. och 19 kap. LOU. I 3 kap. LOU finns undantag som helt undantar upphandlingar från LOU:s tillämpningsområde.

²⁸ 10 kap. LOU och 2 § upphandlingsförordning (2016:1162).

²⁹ 19 kap. 9 § LOU.

³⁰ Tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³¹ Tillkännagivande (2020:8) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

³² 5 kap. 3 § LOU.

³³ 5 kap. 6 § LOU.

³⁴ 5 kap. 7 § LOU.

tjänster som den upphandlande myndigheten tillhandahåller entreprenören och som är nödvändiga för att entreprenaden ska kunna fullgöras.³⁵

27. Enligt 19 kap. LOU ska värdet av en upphandling uppskattas till det totala belopp som ska betalas i upphandlingen. En upphandling får inte delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.³⁶
28. Konkurrensverket har i ett tidigare tillsynsbeslut bland annat konstaterat att det i svårbedömda fall är lämpligt att göra en restriktiv bedömning av värdet av en upphandling.³⁷

Ändringar av avtal

29. För att säkerställa en välfungerande konkurrens är det viktigt att avtal som ingås efter genomförandet av en annonserad upphandling också utformas och tillämpas i enlighet med villkoren som angivits i upphandlingen.
30. Principen om likabehandling och den skyldighet att lämna insyn som följer av denna, utgör hinder för att, efter tilldelningen av ett avtal, ändra bestämmelserna i avtalet så att det uppvisar betydande skillnader i förhållande till bestämmelserna i det ursprungliga avtalet. Vid genomförandet av sådana ändringar behöver i regel en ny annonserad upphandling genomföras.³⁸
31. I LOU finns bestämmelser avseende förutsättningarna att ändra avtal som omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna i LOU:s tillämpningsområde.³⁹ Ändring av ett avtal som omfattas av de direktivstyrda bestämmelserna förutsätter att någon av de aktuella ändringsbestämmelserna är tillämplig.⁴⁰ Ändringsbestämmelserna i LOU genomför bestämmelser i LOU-direktivet. Bestämmelserna i LOU-direktivet utgör delvis en kodifiering av EU-domstolens praxis avseende förutsättningarna att ändra upphandlingspliktiga avtal.⁴¹

³⁵ 5 kap. 9 § LOU.

³⁶ 19 kap. 8 § LOU.

³⁷ Konkurrensverkets beslut den 12 december 2014 i Konkurrensverkets ärende med dnr 690/2013.

³⁸ Se bland annat EU-domstolens dom av den 18 september 2019, Kommissionen mot Italien, C-526/17, EU:C:2019:756, p. 58–59 och skäl 107 till LOU-direktivet.

³⁹ 17 kap. 8–14 §§ LOU.

⁴⁰ 17 kap. 8 § LOU.

⁴¹ Se prop. 2015/16:195 s. 843 f. EU-domstolens praxis bygger i sin tur på de grundläggande upphandlingsprinciperna, jfr bland annat EU-domstolens dom av den 19 juni 2008, Presstext, C-454/06, EU:C:2008:351.



32. Det finns inte några bestämmelser i LOU som avser förutsättningarna för ändring av avtal som omfattas av de icke-direktivstyrda bestämmelsernas tillämpningsområde. Av förarbetena till LOU framgår emellertid följande.

”I fråga om övriga bestämmelser om fullgörande av kontrakt i upphandlingsdirektiven anser regeringen, i likhet med utredningen, att det saknas anledning att införa dessa detaljerade bestämmelser vid icke-direktivstyrd upphandling. Regeringen gör samma bedömning även i fråga om bestämmelserna om ändring av kontrakt, ramavtal och koncessioner. Regeringen kan dock konstatera att dessa bestämmelser på det direktivstyrda området ger uttryck för allmänna principer som även är gällande vid icke-direktivstyrd upphandling. Det förhållandet att bestämmelserna inte införs på det icke-direktivstyrda området innebär således inte att utrymmet för tillåtna ändringar är mindre på detta område. I avsaknad av detaljerade bestämmelser torde tvärtom prövningen av en ändrings tillåtlighet kunna göras något friare utanför det direktivstyrda området. I vilken utsträckning ett kontrakt, ramavtal eller koncession får ändras på det icke-direktivstyrda området även i andra fall än sådana som skulle vara tillåtna på det direktivstyrda området, får avgöras i rättstillämpningen.”⁴²

Dokumentation av upphandlingar

33. Genomförandet av upphandlingar ska dokumenteras. Dokumentationen ska vara tillräcklig för att motivera den upphandlande myndighetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.⁴³

Konkurrensverkets bedömning

Kommunen har genomfört en otillåten direktupphandling genom att genomföra ändringen av den ursprungliga upphandlingen

34. Frågan i ärendet är huruvida det funnits stöd i LOU för att ändra den ursprungliga upphandlingen på så sätt som Kommunen har gjort. Nedan redogörs för den aktuella frågan.

Den ursprungliga upphandlingens karaktär och värde

35. Den ursprungliga upphandlingen avser ombyggnation av en väg med gång- och cykelbanor, gång- och cykelbro, nya cirkulationsplatser och refuger med komplett utförande av sprängnings-, lednings-, mark- och gatuarbeten. I de administrativa föreskrifterna hänvisas till upphandlingsföremålet som en entreprenad. Upphandlingen, vars värde uppskattats uppgå till åtminstone 30 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt, har annonserats i enlighet med de icke-direktivstyrda

⁴² Prop. 2015/16:195 s. 858 f.

⁴³ 12 kap. 14 § och 19 kap. 30 § LOU.

bestämmelserna i LOU.⁴⁴ Konkurrensverket utgår med hänsyn till aktuella uppgifter från att den ursprungliga upphandlingen avser en upphandlingspliktig byggtreprenad.⁴⁵

36. Kommunen har uppgett att den uppskattat värdet av upphandlingen till 30 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.⁴⁶ Kommunen har också inkommit med en kalkyl, som gjorts inför genomförandet av upphandlingen, där värdet av upphandlingen uppskattas till 51 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.⁴⁷
37. Oaktat vilket av värdena som ska anses vara det uppskattade värdet för upphandlingen kan konstateras att upphandlingens värde överstiger direktupphandlingsgränsen och understiger tillämpligt tröskelvärde. Således skulle Kommunen ha publicerat en annons om upphandlingen i enlighet med de icke-direktivstyrda bestämmelserna i LOU, vilket Kommunen har gjort.
38. Vid bedömningen av förutsättningarna att ändra upphandlingen är det emellertid av vikt att fastställa ett uppskattat värde, bland annat med hänsyn till att upphandlingens värde styr förutsättningarna för värdemässiga ändringar av upphandlingen.
39. Kommunen har inte redogjort för vilka uppgifter som lagts till grund för bedömningen att upphandlingens uppskattade värde uppgår till 30 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.⁴⁸ Kommunen har däremot inkommit med en kalkyl som lagts till grund för bedömningen att upphandlingens uppskattade värde uppgår till 51 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.⁴⁹ Det noteras vidare att leverantörerna som lämnat anbud i upphandlingen offererat priser om 41 095 260 kronor exklusive mervärdesskatt, 46 128 235 kronor exklusive mervärdesskatt, 53 051 829 kronor exklusive mervärdesskatt respektive 54 156 431 kronor exklusive mervärdesskatt.⁵⁰ De offererade priserna ligger således närmare 51 000 000 kronor än 30 000 000 kronor.

⁴⁴ Bilaga 3. Administrativa föreskrifter avseende upphandling av ombyggnation av Granhammarsvägen och bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

⁴⁵ 1 kap. 9 och 10 §§ LOU.

⁴⁶ Bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

⁴⁷ Bilaga 5. Kalkyl.

⁴⁸ Bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

⁴⁹ Bilaga 5. Kalkyl.

⁵⁰ Bilaga 6. Anbudspriser.



40. En upphandlande myndighet som av något skäl kommer fram till flera olika värden vid uppskattningen av en upphandlings värde bör utgå från det högre värdet.⁵¹
41. Mot bakgrund av det ovanstående utgår Konkurrensverket från uppgiften om att upphandlingens uppskattade värde uppgår till 51 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.

Ändringens karaktär

42. I likhet med den ursprungliga upphandlingen avser ändringen anskaffning av varor och arbeten för utförandet av ombyggnation av en väg.⁵² Konkurrensverket bedömer att även ändringen avser en upphandlingspliktig byggentreprenad.⁵³

Ändringen har inte genomförts med stöd i ändringsbestämmelserna i LOU

43. Kommunen har uppgett att den inför genomförandet av ändringen uppskattat värdet av ändringen till mellan 15 000 000 och 20 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.⁵⁴
44. Precis som vid uppskattningen av värdet av en upphandling bör en upphandlande myndighet som av något skäl kommer fram till flera olika värden vid uppskattningen av värdet av en ändring utgå från det högre värdet.⁵⁵ Mot bakgrund av detta utgår Konkurrensverket från att ändringens uppskattade värde uppgår till 20 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt.
45. Det finns inte några ändringsbestämmelser som är direkt tillämpliga vid icke-direktivstyrd upphandling. Av förarbetena till LOU framgår emellertid att ändringsbestämmelserna på det direktivstyrda området ger uttryck för allmänna principer som även är gällande vid icke-direktivstyrd upphandling och att prövningen av en ändrings tillåtlighet bör kunna göras något friare på det icke-direktivstyrda området.⁵⁶
46. Det är alltså möjligt att göra ändringar av upphandlingar även på det icke-direktivstyrda området.
47. Den omständigheten att ändringsbestämmelserna på det direktivstyrda området ger uttryck för allmänna principer kan tolkas som att en ändring

⁵¹ Jfr Konkurrensverkets beslut den 12 december 2014 i Konkurrensverkets ärende med dnr 690/2013.

⁵² Bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022.

⁵³ 1 kap. 9 och 10 §§ LOU.

⁵⁴ Bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

⁵⁵ Jfr Konkurrensverkets beslut den 12 december 2014 i Konkurrensverkets ärende med dnr 690/2013. Att notera i sammanhanget är också att ändringens faktiska värde uppgår till 32 263 786 kronor exklusive mervärdesskatt, se bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022.

⁵⁶ Prop. 2015/16:195 s. 858 f.

av en icke-direktivstyrd upphandling som uppfyller rekvisiten i någon av de direktivstyrda ändringsbestämmelserna alltid är tillåten. I sammanhanget måste emellertid beaktas att de grundläggande principerna fyller ut regelverket och att principerna, och upphandlingslagstiftningens syfte som principerna bygger på, alltid måste beaktas vid vidtagandet av åtgärder som omfattas av upphandlingslagstiftningens tillämpningsområde. Vidare uppmärksammas att utgångspunkten vid utformningen av de direktivstyrda ändringsbestämmelserna måste ha varit att ändringsbestämmelserna ska tillämpas för att ändra avtal som upphandlats i enlighet med LOU-direktivet, det vill säga avtal som i huvudregel annonserats i TED och som alla potentiella leverantörer på den inre marknaden har fått samma förutsättningar att konkurrera om. Den situation som är för handen i det nu aktuella fallet, att ändringen rör en upphandling som inte har annonserats i enlighet med LOU-direktivet, kan inte antas ha beaktats vid utformningen av de direktivstyrda ändringsbestämmelserna.

48. Vid bedömningen av om en ändring av en icke-direktivstyrd upphandling är tillåten eller inte kan ändringen således inte endast prövas mot de direktivstyrda ändringsbestämmelserna, de grundläggande principerna och upphandlingslagstiftningens syfte måste också beaktas.
49. Även om det av förarbetena till LOU framgår att bedömningen av en ändrings tillåtlighet kan göras något friare på det icke-direktivstyrda området⁵⁷, måste beaktas att en ändring av en icke-direktivstyrd upphandling kan få effekter på konkurrensen på EU:s inre marknad.
50. Den ursprungliga upphandlingen har annonserats i enlighet med de icke-direktivstyrda bestämmelserna i LOU, det vill säga i en nationell databas, med hänsyn till att upphandlingens uppskattade värde om 51 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt understiger tillämpligt tröskelvärde. Efter att upphandlingen avslutats har ändringen, vars värde uppskattats till 20 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt, genomförts. Genomförandet av ändringen innebär att det inom ramen för upphandlingen har utförts arbeten till ett uppskattat värde om 71 000 000 kronor exklusive mervärdesskatt, det vill säga ett värde som överstiger tillämpligt tröskelvärde.⁵⁸ Ändringen och den ursprungliga upphandlingen är sammankopplade med varandra i den bemärkelsen att ändringen ändrar förutsättningarna för utförandet av det uppdrag som den ursprungliga upphandlingen avser. Genom att genomföra ändringen har

⁵⁷ Jfr prop. 2015/16:195 s. 858 f.

⁵⁸ Att notera i sammanhanget är också att det faktiska värdet av de arbeten som utförts inom ramen för upphandlingen uppgår till 72 466 786 kronor exklusive mervärdesskatt (40 203 000+32 263 786), det vill säga ett värde som överstiger tillämpligt tröskelvärde, se bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022 och bilaga 7. Avtal.

Kommunen således nått en ny överenskommelse med leverantören avseende utförandet av den ursprungliga upphandlingen i enlighet med villkoren i ändringen.

51. Genomförandet av ändringen kan likställas med att Kommunen genomfört en direktivstyrd upphandling. Genom ändringen utökas således kretsen av leverantörer som presumeras ha ett intresse av att delta i upphandlingen till att även avse leverantörer i andra EU-länder än Sverige. Upphandlingen har ursprungligen endast varit föremål för annonsering i en nationell databas. Ändringen har inte varit föremål för någon annonsering. Samtliga potentiella leverantörer i EU har således inte fått samma förutsättningar att konkurrera om att utföra det aktuella uppdraget.
52. Enligt Konkurrensverkets bedömning skulle det huvudsakliga syftet med LOU och det bakomliggande direktivet, att öppna upp den inre marknaden för konkurrens och att främja den fria rörligheten för varor och tjänster på den inre marknaden, undergrävas om det vore möjligt att genomföra den aktuella ändringen utan föregående annonsering i TED. Det skulle också innebära ett åsidosättande av principerna om likabehandling, öppenhet och icke-diskriminering.
53. Med hänsyn till dessa förhållanden bedömer Konkurrensverket att ändringen utgör en otillåten ändring av den ursprungliga upphandlingen. Det saknar därmed betydelse om förutsättningarna för ändring enligt 17 kap. LOU skulle vara uppfyllda.

Ändringen har inte genomförts med stöd i något av LOU:s undantag

54. Kommunen har under utredningen inte hänvisat till att något av LOU:s undantag har kunnat tillämpas för att genomföra ändringen utan föregående annonserad upphandling. Det har inte heller framkommit några omständigheter som föranleder skäl att anta att något undantag har kunnat tillämpas.

Sammanfattande bedömning

55. Med hänsyn till att det varken funnits stöd i LOU:s ändringsbestämmelser eller undantag för att genomföra den aktuella ändringen har Kommunen genomfört en otillåten direktupphandling. Detta innebär i sin tur att Kommunen har agerat i strid med 10 kap. 1 § LOU genom att genomföra ändringen.



Kommunen har agerat i strid med dokumentationsplikten genom att inte dokumentera direktupphandlingen

56. Kommunen har uppgett att det saknas skriftlig dokumentation kring förhandlingarna avseende ändringen.⁵⁹
57. Brister i, eller avsaknad av, dokumentation av upphandlingar medför en ökad risk för oegentligheter och otillbörlig påverkan. Det riskerar också att leda till försämrade förutsättningar för uppföljning, överprövning och tillsyn av upphandlingar. Det försämrar också allmänhetens insyn i det offentliga inköp.
58. Ovan har konstaterats att Kommunen har genomfört en ny, otillåten, upphandling i och med genomförandet av ändringen.
59. Genomförandet av den aktuella upphandlingen borde ha dokumenterats i enlighet med LOU. Mot bakgrund av att Kommunen inte upprättat någon skriftlig dokumentation om förhandlingarna avseende ändringen har Kommunen brutit i efterlevnaden av dokumentationsplikten i 12 kap. 14 § LOU.

Slutsats

60. Kommunen har agerat i strid med 10 kap. 1 § LOU genom att genomföra ändring av upphandlingen av ombyggnation av Granhammarsvägen utan att först genomföra en annonserad upphandling.
61. Kommunen har agerat i strid med 12 kap. 14 § LOU genom att inte dokumentera upphandlingen som genomförts i och med ändringen av upphandlingen av ombyggnation av Granhammarsvägen.

Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

62. Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regelefterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.
63. Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då ansöka om upphandlingsskadeavgift, om förutsättningarna för det är uppfyllda, eller sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut. Genom att fatta ett tillsynsbeslut kan Konkurrensverket peka på förfaranden hos myndigheten som är i strid med regelverket eller göra andra påpekanden som är motiverade.

⁵⁹ Bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022.



64. Ett tillsynsbeslut innebär inte ett förbud eller föreläggande. Det är således inte förenat med en sanktion i sig, men kan ändå få rättsliga följder. Om en upphandlande myndighet genomför upprepade otillåtna upphandlingar kan exempelvis tidigare förseelser utgöra en försvårande omständighet som motiverar en högre upphandlingsskadeavgift vid efterföljande otillåtna direktupphandlingar.

Detta beslut har fattats av generaldirektören Rikard Jermsten. Föredragande har varit sakkunniga juristen Klara Roslund Thorngren.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Rikard Jermsten

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. Överklagandet ska ha kommit in till Konkurrensverket inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades.

I överklagandet ska ni ange vilket beslut som överklagas och den ändring av beslutet som ni begär.

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.

Bilagor

Bilaga 1. Tips.

Bilaga 2. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 28 juni 2022.

Bilaga 3. Administrativa föreskrifter avseende upphandling av ombyggnation av Granhammarsvägen.

Bilaga 4. Upplands-Bro kommuns svar daterat den 3 februari 2023.

Bilaga 5. Kalkyl.

Bilaga 6. Anbudspriser.

Bilaga 7. Avtal.