

Kiruna kommun
Skickas per e-post

Tillsyn enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling; granskning av Kiruna kommuns upphandling av byggentreprenad

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverket konstaterar att Kiruna kommun har agerat i strid med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) genom att

- Den 25 juni 2020 ingå avtal avseende byggentreprenad av badhus utan föregående annonsering enligt 10 kap. 1 § LOU trots att det saknades förutsättningar för det. Kommunen genomförde därmed en otillåten direktupphandling.
- Inte dokumentera upphandlingen i enlighet med 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Kiruna kommun förtjänar kritik för sitt agerande.

Ärendet avslutas.



Konkurrensverkets utredning

1. Konkurrensverket uppmärksammade genom sin omvärldsbevakning uppgifter om att kostnaden för ett projekt om att uppföra ett nytt badhus i Kiruna kommun (kommunen) skulle ha ökat i jämförelse med ursprunglig beräkning.
2. Mot bakgrund av uppgifterna inledde Konkurrensverket en utredning av om anskaffningen genomförts i enlighet med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU).
3. Av utredningen har framkommit att flera avtal som kommunen har ingått inom projektet har upphandlats genom förhandlat förfarande utan föregående annonsering, bland annat delentreprenaden Byggentreprenad, Etapp 2 (byggentreprenaden). Det är kommunens anskaffning av byggentreprenaden som ligger till grund för detta tillsynsbeslut.
4. Avtalet ingicks för cirka fem år sedan. Konkurrensverket anser att det i det här fallet ändå är motiverat att fatta ett tillsynsbeslut. Detta med beaktande av att projektet att uppföra badhuset ännu är pågående, byggentreprenadens höga värde, den bristande dokumentationen samt att den ändrade ersättningsformen kan ha haft en inverkan på det ökade värdet.

Bakgrund och omständigheter

5. Av utredningen har bland annat följande framkommit.
6. Kommunen har under utredningen angett att den är upphandlande myndighet av upphandlingarna inom projektet.¹
7. Upphandlingen av byggentreprenaden genomfördes ursprungligen som ett öppet förfarande enligt LOU och annonserades den 9 februari 2020. Av annonsen till upphandlingen framgick att den avsåg ett byggentreprenadkontrakt.²
8. Den 1 april 2020 avbröt kommunen den annonserade upphandlingen och övergick till förhandlat förfarande utan föregående annonsering.³
9. Kommunen annonserade den 8 april 2020 en annons om tilldelning av kontrakt utan föregående annonsering enligt 10 kap. 5 § LOU (frivillig förhandsinsyn) avseende byggentreprenaden.

¹ Handl.nr 181.

² Handl.nr 12.

³ Handl.nr 26.



10. Kommunen ingick avtal avseende byggentreprenaden den 25 juni 2020 (avtalet). Av avtalet framgår att det förfrågningsunderlag som lämnades i den ursprungliga upphandlingen utgör en avtalshandling.⁴
11. Vid en jämförelse mellan förfrågningsunderlaget i den ursprungliga upphandlingen och avtalet framgår att ett antal villkor har ändrats. Byggentreprenaden har ändrats från att ha formen av en utförandeentreprenad med ersättningsformen fast pris utan indexreglering till en utförandeentreprenad i samverkan med ersättningsformen löpande räkning till självkostnad med ett entreprenörsarvode på 11 procent.⁵
12. Det framgår även av avtalet att skyldigheten för leverantören att ställa säkerhet för entreprenaden utgår.
13. Kommunen har angett att det förhandlade förfarandet utan föregående annonsering genomfördes med stöd av bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU. Som skäl har kommunen angett att det i det öppna förfarandet endast inkom ett anbud. Anbudspriset översteg kommunens budget, varför anbudet inte kunde antas. Ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering genomfördes med stöd av bestämmelsen då det inte lämnats några lämpliga anbud.⁶
14. Kommunen har även angett att det saknas dokumentation av gällande budget. Kommunen har endast inkommit med en skärmdump från upphandlingsverktyget med uppgift om värde och diarienummer tillhörande den ursprungliga upphandlingen. Av skärmdumpen framgår ingen uppgift om upphandlande organisation, datum eller beslut.⁷
15. Enligt kommunen blev det inte aktuellt med något nytt anbudspris eftersom ersättningsformen övergick till löpande räkning. Kommunen har även angett att det saknas dokumentation avseende riktpris, om sådant har avtalats.⁸
16. Vidare har kommunen angett att dokumentation avseende prövning av anbud saknas.⁹

⁴ Handl.nr 29.

⁵ Handl.nr 29 och 158. Med entreprenadformen utförandeentreprenad avses enligt AB 04 en entreprenad eller del av entreprenad där beställaren svarar för projektering och entreprenören svarar för utförande. Vid entreprenadformen totalentreprenad avses enligt ABT 06 en entreprenad eller del av entreprenad där entreprenören i förhållande till beställaren svarar för projektering och utförande.

⁶ Handl.nr 156.

⁷ Handl.nr 174.

⁸ Handl.nr 156.

⁹ Handl.nr 184.



17. För samtlig dokumentation som saknas har kommunen som skäl angett att detta handhåfts av kommunens anlitate generalkonsult och att det inte kan uteslutas att konsulten innehar aktuell dokumentation, men att det inte är något som kommunen har erhållit av konsulten, trots att kommunen efterfrågat att få del av de handlingarna.¹⁰
18. Kommunen har även framhållit att det inte inkommit någon kritik eller något påpekande i övrigt efter att kommunen annonserade den frivilliga förhandinsynen. Enligt kommunen styrker annonseringen om frivillig förhandinsyn kommunens goda tro.¹¹

Bedömning

Rättslig reglering m.m.

19. LOU gäller för upphandling som genomförs av upphandlande myndigheter. Med upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt.¹²
20. Huvudregeln enligt LOU är att avtal ska föregås av annonsering och att alla leverantörer ska få möjlighet att lämna, respektive ansöka om att få lämna, anbud.¹³ För att avtal med ett värde som överstiger gällande tröskelvärde ska kunna ingås utan föregående annonsering krävs att något av de särskilt angivna undantagen i LOU är tillämpligt.¹⁴ Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som medger ett oannonserat förfarande. Undantagen från skyldigheten att annonsera offentliga upphandlingar ska tolkas restriktivt.¹⁵
21. Om ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering genomförts, trots att det inte varit tillåtet, utgör det en form av otillåten direktupphandling.¹⁶

¹⁰ Handl.nr 156 och 184.

¹¹ Handl.nr 186.

¹² 1 kap. 2 § LOU.

¹³ 10 kap. 1 § LOU.

¹⁴ Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-199/85 Kommissionen mot Italien, EU:C:1987:115, p. 14, de förenade målen C-20/01 och C-28/01 Kommissionen mot Tyskland, EU:C:2003:220, p. 58, mål C-385/02 Kommissionen mot Italien, EU:C:2004:522, p. 19, mål C-394/02 Kommissionen mot Grekland, EU:C:2005:336, p. 33 och mål C-26/03 Stadt Halle, EU:C:2005:5, 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.

¹⁵ Mål 199/85 Kommissionen mot Italien, p. 14. Se bl.a. mål C-318/94 Kommissionen mot Tyskland, p. 13; mål C-328/92 Kommissionen mot Spanien, p. 16; och mål C-57/94 Kommissionen mot Italien, p. 23. Jfr även p. 64 i generaladvokatens förslag till avgörande i mål C-337/98 Kommissionen mot Frankrike.

¹⁶ Prop. 2009/10:180 s. 188.



Undantaget för olämpliga anbud

22. Enligt 6 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet använda ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte har lämnats några lämpliga anbudsansökningar eller anbud och de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte har ändrats väsentligt. Bestämmelsen genomför artikel 32.2 a första stycket i LOU-direktivet¹⁷.
23. Enligt 6 kap. 13 § LOU ska ett anbud anses vara olämpligt om det är irrelevant för kontraktet och därför uppenbart inte utan väsentliga ändringar kan tillgodose den upphandlande myndighetens krav enligt upphandlingsdokumenten.
24. EU-domstolen har konstaterat att ett anbud ska anses som olämpligt om det är oacceptabelt, bland annat när anbud från anbudsgivare har ett pris som överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds.¹⁸
25. Vad som utgör en väsentlig ändring av villkoren i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering prövas på samma sätt som när ett villkor i ett redan ingånget kontrakt får ändras.¹⁹ En ändring ska alltså anses vara väsentlig, bland annat om den inför nya villkor som, om de hade ingått i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha medfört att andra anbudssökande bjudits in att lämna anbud, att andra anbud skulle ha ingått i utvärderingen eller att ytterligare leverantörer skulle ha deltagit i upphandlingen.²⁰
26. EU-domstolen har även konstaterat att det är uppenbart att priset är ett viktigt villkor i ett offentligt kontrakt.²¹

¹⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94, 28.3.2014.

¹⁸ Se EU-domstolens avgörande i mål C-376/21, Obshtina Razlog, EU:C:2022:472, p. 61–62. Jfr även med tidigare avgörande i Kammarrättens dom den 7 jul 2014 i mål nr 522-14 (domen överklagades men båda parter återkallade sina överklaganden, varefter Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 4010-14, avskrev målet).

¹⁹ Jfr EU-domstolens dom i mål C-250/07, kommissionen mot Grekland, EU:C:2009:338, p. 51–52.

²⁰ 17 kap. 14 § LOU. Se även skäl 107 till LOU-direktivet där det framgår att ett nytt upphandlingsförfarande krävs om väsentliga ändringar görs av det ursprungliga kontraktet, särskilt i fråga om omfattningen av och innehållet i parternas ömsesidiga rättigheter och skyldigheter, inbegripet fördelningen av immateriella rättigheter. Sådana ändringar visar att parterna har för avsikt att omförhandla viktiga kontraktsvillkor. Detta är fallet särskilt om de ändrade villkoren skulle ha påverkat resultatet av förfarandet, om de hade ingått i det ursprungliga förfarandet.

²¹ Se EU-domstolens dom i mål C-454/06, Presstext, EU:C:2008:351, p. 59. Se även Kammarrättens dom den 7 juli 2014 i mål nr 522-14 (domen överklagades men båda parter återkallade sina överklaganden, varefter Högsta förvaltningsdomstolen, mål nr 4010-14, avskrev målet).



27. Med anledning av att anbud som är oacceptabla också är olämpliga, se punkt 24 ovan, redogörs nedan även för undantaget avseende oacceptabla anbud.

Undantaget för oacceptabla anbud

28. Enligt 6 kap. 6 § LOU får ett förhandlat förfarande med föregående annonsering också användas om de anbud som lämnats vid ett öppet eller selektivt förfarande är ogiltiga eller inte acceptabla.
29. Enligt 6 kap. 16 § LOU får en upphandlande myndighet i de fall som avses i 6 § avstå från att annonsera upphandlingen på nytt om den i förfarandet tar med endast de anbudsgivare som inte ska uteslutas enligt bestämmelserna i 13 kap., som uppfyller de krav som anges i 14 kap. och de kriterier eller regler som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa vid urvalet av anbudssökande, och har lämnat anbud som uppfyller de formella kraven för anbudsförfarandet i det föregående öppna eller selektiva förfarandet.²²
30. Bevisbördan för undantagets tillämplighet ligger på den upphandlande myndigheten.²³
31. Bestämmelsen om oacceptabla anbud i 6 kap. 16 § LOU saknar, till skillnad från bestämmelsen om olämpliga anbud i 6 kap. 12 § LOU, en angivelse om att villkor i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte får ändras väsentligt. Vidare saknas det vägledande praxis i frågan om den aktuella förutsättningen gäller även för att kunna tillämpa 6 kap. 16 § LOU.
32. Konkurrensverket bedömer att avsikten inte kan ha varit att väsentliga ändringar får göras när bestämmelsen om oacceptabla anbud tillämpas.²⁴ Skälet till detta är att andra potentiella anbudsgivare annars går miste om möjligheten att visa intresse för avtalet med de ändrade förutsättningarna och att anskaffningen därför inte har varit utsatt för konkurrens.²⁵ Kravet på att förfarandet endast får ske med leverantörer som uppfyllde de ursprungliga kraven i den annonserade upphandlingen skulle vidare tappa

²² Bestämmelsen i 6 kap. 16 § LOU genomför artikel 26.4 b första stycket andra meningen i LOU-direktivet. I artikel 26.4 b andra stycket återfinns en uppräknning av i vilka fall som ett anbud i synnerhet ska anses vara oacceptabelt. Bland annat framgår att anbud vars pris överskrider den budget som beslutats och dokumenterats av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleds, ska anses vara oacceptabla. Se även prop. 2015/16:195 s. 994 och 999.

²³ -Jfr prop. 2015/16:195 s. 498.

²⁴ Se bl.a. Caranta och Sanchez-Graells, *European Public Procurement, Commentary on Directive 2014/24/EU* (Edward Elgar Publishing Limited, 2021), s. 302 samt Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling* (28 december 2020, version 3, JUNO), kommentaren till 6 kap. 16 § LOU.

²⁵ Jfr EU-domstolens avgörande i mål C-376/21, Obshtina Razlog, EU:C:2022:472, p. 67–68, där det framgår att det annonserade förfarandet och förfarandet utan föregående annonsering vid tillämpning av undantaget för olämpliga anbud ska vara "en odelbar enhet" där alla potentiellt intresserade leverantörer har haft tillfälle att visa sitt intresse och förfarandet således har varit utsatt för konkurrens. Det framgår också att en förutsättning för detta är att det inte gjorts väsentliga ändringar av villkoren i den annonserade upphandlingen.



betydelse om det var möjligt att göra väsentliga ändringar som potentiellt skulle ha påverkat vilka leverantörer som kunde delta. Vidare framgår av skälen till LOU-direktivet att tilldelningskriterierna och minimikraven i upphandlingen inte får vara föremål för förhandling för att garantera likabehandling av alla leverantörer.²⁶ Förhandlingarna ska i stället syfta till att erhålla acceptabla anbud.²⁷ En förutsättning för att säkerställa likabehandling av alla leverantörer är att det inte görs väsentliga ändringar av villkoren i upphandlingsdokumenten vid förhandlingar efter bytet av förfarande.

Dokumentationsplikten

33. En upphandlande myndighet är skyldig att dokumentera genomförandet av upphandlingar. Dokumentation ska vara tillräcklig för att motivera myndighetens eller enhetens beslut under upphandlingens samtliga skeden.²⁸ Vid upphandling över tröskelvärdet ska en individuell rapport upprättas för varje kontrakt som tilldelas.²⁹ En individuell rapport ska ha upprättats senast 30 dagar efter att myndigheten har ingått avtal eller fattat beslut om avbrytande av upphandlingen.³⁰

Kommunen skulle ha annonserat upphandlingen

Upphandlingen omfattades av annonseringsskyldigheten

34. Kommunen har under utredningen angett att kommunen var upphandlande myndighet i upphandlingen.³¹ Konkurrensverket delar den bedömningen.
35. Vidare finner Konkurrensverket ingen anledning att ifrågasätta de uppgifter som framgår av annonsen till den ursprungliga upphandlingen av byggtreprenaden. Konkurrensverket bedömer därför att upphandlingen avsåg ett offentligt byggtreprenadkontrakt på det direktivstyrda området som enligt huvudregeln ska annonseras enligt 10 kap. LOU.
36. Kommunen har i upphandlingen av byggtreprenaden valt att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med hänvisning till bestämmelsen om olämpliga anbud i 6 kap. 12 § LOU.
37. Kommunen har inte åberopat någon annan undantagsbestämmelse från annonseringsskyldigheten, men Konkurrensverket har, mot bakgrund av

²⁶ Jfr skäl 44 och 45 till LOU-direktivet.

²⁷ Se skäl 44 till LOU-direktivet.

²⁸ 12 kap. 14 § LOU.

²⁹ 12 kap. 15 § LOU.

³⁰ 12 kap. 16 § LOU.

³¹ Handl.nr 181.



att skälet för det oannonserade förfarandet är att det inkomna anbudet översteg budget, även bedömt om undantaget för oacceptabla anbud enligt 6 kap. 16 § LOU varit tillämpligt vid ingåendet av avtalet.

Kommunen har inte visat att anbudet var olämpligt eller oacceptabelt

38. Det är kommunen i egenskap av upphandlande myndighet som har att visa att ett undantag från annonseringsskyldigheten är tillämpligt. Oaktat generalkonsultens agerande är det kommunen som bär ansvaret för en överträdelse vid överlåtandet av utförandet av en upphandling. Ansvaret är strikt.³²
39. En förutsättning för undantagens tillämplighet är att det finns en budget som var beslutad och dokumenterad av den upphandlande myndigheten innan upphandlingsförfarandet inleddes.³³ Kommunen har inte inkommit med uppgifter i utredningen som visar att anbudet översteg en beslutad och dokumenterad budget. Det saknas dokumentation avseende beslutad budget. Den skärmdump som kommunen inkommit med under utredningen visar inte att någon budget för upphandlingen beslutats av kommunen eller vid vilken tidpunkt detta skulle ha skett.³⁴ Det saknar betydelse att vissa frågor och underlag hanterades av generalkonsulten.³⁵
40. Kommunen har alltså inte visat att anbudet översteg en av kommunen beslutad och dokumenterad budget, vilket i sin tur innebär att kommunen inte har visat att anbudet i den annonserade upphandlingen var oacceptabelt eller olämpligt. Det var därmed inte tillåtet att övergå till ett förhandlat förfarande enligt 6 kap. 12 eller 16 §§ LOU.

De ändrade villkoren utgjorde en väsentlig ändring

41. Vidare är en förutsättning för att kunna övergå till ett förhandlat förfarande enligt 6 kap. 12 § LOU, att de villkor som har angetts i de ursprungliga upphandlingsdokumenten inte ändras väsentligt.
42. Kommunen gjorde flera ändringar av villkoren efter övergången till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Konkurrensverket anser att följande ändringar var för sig och tillsammans var väsentliga:
 - a) Ersättningsformen ändrades från fast pris till löpande räkning

³² Jfr prop. 2009/10:180 s. 368.

³³ Se EU-domstolens avgörande i mål C-376/21, Obshtina Razlog, EU:C:2022:472, p. 61–62 och prop. 2015/16:195 s. 994 och 999.

³⁴ Kommunen har endast gett in dokumentation som visar att kommunfullmäktige beslutat om en budget efter att upphandlingen avbrutits och kommunen övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering, se handl.nr 186 och 189.

³⁵ Se handl.nr 186, punkt 1.2.



- b) Villkor om säkerhet i entreprenaden togs bort
- c) Förutsättningarna för tilldelning av avtalet ändrades.

43. Skälen till att ändringarna var väsentliga utvecklas nedan.

Ändrad ersättningsform

44. Ersättningsformen i byggentreprenadkontrakt är ett viktigt kontraktsvillkor. Standardavtalet för utförandeentreprenader AB 04 bygger på att det som avtalas är ett fast pris och att priset är avsett att täcka hela kostnaden för entreprenaden.³⁶ Vid en fastprismodell tar entreprenören risken för oväntade händelser eller ineffektivt arbete som kan påverka kostnaden i projektet.³⁷ Entreprenören ska således kalkylera för eventuell vinst i det fasta priset för entreprenaden. I motsats till fastprismodellen får entreprenören vid ersättning på löpande räkning i stället betalt för sina självkostnader och därutöver ett procentuellt påslag på kostnaderna i form av ett entreprenörsarvode, vilket innefattar entreprenörens vinst. Entreprenören är således garanterad ersättning för sina kostnader och vinst, i den mån entreprenörsarvodet inte behöver täcka upp för räntekostnader och centraladministration. Vid ersättning på löpande räkning kan inte beställaren veta på förhand vad kostnaden för entreprenaden kommer att bli i samma utsträckning som vid fast pris och kan få svårare att kontrollera budget.³⁸ Således bär den upphandlande myndigheten en större risk vid entreprenader med ersättning på löpande räkning.
45. Genom ändring av ersättningsformen hos byggentreprenaden har riskfördelningen ändrats väsentligt mellan parterna. Vidare har andra potentiella leverantörer gått miste om möjligheten att konkurrera om avtalet på lika villkor. Resultatet av den ursprungliga upphandlingen skulle kunna ha påverkats om ersättningsformen med löpande räkning hade funnits med från början eller om kommunen i stället valt att gå ut med upphandlingarna i ett annonserat förfarande på nytt med de ändrade villkoren. Såvitt framgår av upphandlingsdokumenten har det inte heller funnits en möjlighet att ändra ersättningsformen.

Villkor om säkerhet togs bort

46. Även det utgående villkoret avseende säkerhet i byggentreprenaden kan antas kunna ha påverkat resultatet i upphandlingen. Kravet på säkerhet enligt förfrågningsunderlaget till den ursprungliga upphandlingen innebar att entreprenören skulle ha en försäkring, en fullgörandeförsäkring eller bankgaranti, till skydd för ekonomiska förluster för kommunen om

³⁶ Se Olsson, *Introduktion till entreprenadrätt* (AB Svensk Byggtjänst, 2020), s. 47.

³⁷ Jfr Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2014:4, *Entreprenadupphandlingar – Hur kan byggherrar främja effektivitet och innovation genom lämpliga upphandlingsstrategier?*, s. 53.

³⁸ Se Olsson, *Introduktion till entreprenadrätt* (AB Svensk Byggtjänst, 2020), s. 48 f.



entreprenören inte skulle kunna fullgöra sina åtaganden. Säkerheten skulle gälla för ett belopp om tio procent av kontraktssumman under entreprenadtiden och fem procent intill två år efter entreprenadens godkännande.³⁹ Det är således en kostnad för leverantören och ett värde som den behöver ta höjd för i prissättningen av sitt anbud.

Ändrade förutsättningar för tilldelning

47. Av de administrativa föreskrifterna i upphandlingsdokumenten till byggentreprenaden framgår inte uttryckligen vilka tilldelningskriterier eller vilken grund kommunen avsett att tillämpa. Däremot framgår att "[d]et anbud som erhåller lägst fiktiv anbudssumma [...] bedöms som det ekonomiskt mest fördelaktiga för Beställaren och kommer att antas". Vidare består utvärderingsmodellen endast av priser där anbudssumman utgör en del i modellen. Mot den bakgrunden utgår Konkurrensverket från att grunden för tilldelningen avsetts vara pris.
48. Av anbudsförmuläret till upphandlingsdokumenten framgår att anbudssumman är enligt ersättningsform beskrivet i AFB.14, alltså fast pris utan indexering. Alltså utgör ersättningsformen en del av tilldelningskriteriet anbudssumma. Då inget nytt fast pris avtalades och ersättningsformen omförhandlades har kommunen ändrat förutsättningarna för tilldelning av avtalet och även förutsättningarna för entreprenaden.
49. Ändringen innebär, på samma vis som ändringarna av villkoren som redogjorts för ovan, att andra potentiella leverantörer har gått miste om möjlighet att ta ställning till de ändrade förutsättningarna och konkurrera om avtalet på lika villkor. Ändringen är därför väsentlig.

Sammanfattning

50. Konkurrensverket bedömer att förutsättningen för att kunna genomföra ett förhandlat förfarande inte var uppfylld då ändringarna av villkoren utgör en väsentlig ändring av kontraktet. Undantaget i 6 kap. 12 § LOU var därför inte heller av detta skäl tillämpligt.

Kommunen har inte visat att leverantören uppfyllde alla krav i den annonserade upphandlingen

51. Kommunen har angett att det saknas dokumentation avseende prövning av anbud från den annonserade upphandlingen. Kommunen har därmed inte visat att leverantören inte skulle uteslutas och uppfyllde alla krav i den tidigare annonserade upphandlingen på det sätt som krävs i 6 kap. 16 §

³⁹ AB 04 kap. 6 § 21, med kommentar.



LOU. Undantaget i 6 kap. 16 § LOU var därför inte heller av detta skäl tillämpligt.

Kommunen har brutit mot dokumentationsplikten

52. Kommunen har under utredningen bland annat uppgett att det saknas dokumentation från gällande budget och prövning av anbud från den annonserade upphandlingen, men att det inte kan uteslutas att kommunens anlitade generalkonsult innehar aktuell dokumentation.
53. Det är kommunen i sin roll som upphandlande myndighet som har ansvaret för dokumentationen av upphandlingen av byggentreprenaden.
54. 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. Det försämrar också allmänhetens insyn i det offentliga inköp.
55. Konkurrensverket bedömer att kommunen, genom att inte i tillräcklig omfattning dokumentera upphandlingen av byggentreprenaden, har brutit mot dokumentationsplikten i 12 kap. 14–16 §§ LOU.

Slutsats

56. Kommunen har inte visat att anbudet i den annonserade upphandlingen var olämpligt eller oacceptabelt. Ändringarna var dessutom väsentliga. Kommunen har inte heller visat att leverantören uppfyllde alla krav i den annonserade upphandlingen. Det var därmed inte tillåtet att tillämpa något av undantagen från annonseringsskyldigheten enligt 6 kap. 12 eller 16 §§ LOU. Kommunen har inte visat att något annat undantag från annonseringsskyldigheten var tillämpligt. Upphandlingen av byggentreprenaden skulle därmed ha annonserats enligt 10 kap. 1 § LOU.
57. Kommunen har därför agerat i strid med 10 kap. 1 § LOU genom att ingå avtal avseende byggentreprenaden utan föregående annonsering. Ingåendet av avtalet utgör en otillåten direktupphandling.
58. Kommunen har agerat i strid med 12 kap. 14–16 §§ LOU genom att inte i tillräcklig omfattning dokumentera upphandlingen av byggentreprenaden.
59. Den omständigheten att kommunen annonserade en frivillig förhandsinsyn utan att den ledde till någon överprövning saknar betydelse vid bedömningen av om kommunen har agerat i enlighet med LOU.⁴⁰
60. Kommunen förtjänar kritik för sitt agerande.

⁴⁰ Se prop. 2009/10:180 s. 368.



Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit juristen Anna Wallgren.

Beslutsfattandet har dokumenterats digitalt och beslutet saknar därför namnunderskrift.

Marie Östman

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats.



Allmänt om Konkurrensverkets tillsyn

Konkurrensverket har i uppdrag att utöva tillsyn på området för offentlig upphandling i syfte att öka regelefterlevnaden och bidra till en effektiv offentlig upphandling.

Konkurrensverkets granskning i ett enskilt ärende kan visa att en upphandlande myndighet har agerat i strid med regelverket för offentlig upphandling. Konkurrensverket kan då, avseende upphandlingar som har påbörjats före 1 januari 2024, ansöka om upphandlingsskadeavgift, om förutsättningarna för det är uppfyllda, eller sammanfatta resultatet av tillsynen i ett beslut.⁴¹ 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.

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.

Hur man överklagar

Om ni anser att beslutet är felaktigt kan ni överklaga det genom att skicka ett skriftligt överklagande till Konkurrensverket. Ange i överklagandet vilket beslut ni överklagar och vilken ändring ni begär.

Eftersom ni är en part som företräder det allmänna ska överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag då beslutet meddelades. Om överklagandet har kommit in i tid skickar Konkurrensverket det vidare till Förvaltningsrätten i Stockholm.

Konkurrensverkets kontaktuppgifter framgår av beslutets första sida.

⁴¹ Enligt 21 kap. 7 § LOU i dess lydelse innan den 1 januari 2024 är en förutsättning för att ansöka om upphandlingsskadeavgift att ansökan inkommit till förvaltningsrätten inom ett år från det att avtalet slöts.