

PM 2 2017-06-15 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om antagande av anbud från anbudsgivare som inte uppfyller ställda krav.

En kommun har vid offentlig upphandling antagit ett anbud trots att anbudsgivaren inte uppfyller uppställt kvalifikationskrav om viss minsta kreditvärdighet. Kommunen har även efter beslut om tilldelning tillåtit anbudsgivaren komplettera sina kvalifikationer.

Oxelösunds kommun (nedan Kommunen) har i december 2016 infordrat anbud för leverans och installation av träbryggor med betongflytelement samt vissa övriga arbeten. Upphandlingen har utlysts som en direktupphandling med skriftlig anbudsinfordran jml. 15 kap. LOU.

Upphandlingsdokumentet, rubricerat ”Förfrågningsunderlag för upphandling av Bryggor”, är daterat den 12 december 2016. Enligt punkten 16 i detta underlag ska utvärdering och tilldelning av kontrakt ske enligt kriteriet lägsta pris.

Under punkten 7 ”Krav på leverantören” anges att ”Anbudsgivaren *ska* [i]nneha resurser, kompetens och erfarenhet för att genomföra uppdraget” samt ”[h]a en kreditvärdighet motsvarande Riskklass 3 enligt UC’s riskklassning eller likvärdig och vara registrerad i aktiebolags-, handels- eller föreningsregistret. Intyg bifogas anbudet”. Även enligt punkten 14 ska ”[t]ill anbudet [...] bifogas” ett ”Intyg om kreditvärdighet”.

Vid anbudstidens utgång den 28 december 2016 noterades totalt tre inkomna anbud, vilka samtliga kvalificerade sig till utvärderingsfasen. Av dessa rangordnades på första plats ett anbud från ett företag som här anges som Anbudsgivare 1, vilket Kommunen även beslutade anta.

Anbudsgivare 1 har emellertid inte förutsättning att uppfylla det för deltagande uppställda kravet om en kreditvärdighet motsvarande UC riskklass 3, eftersom bolaget var klassat i UC-riskklass 1, som innefattar lägre kreditvärdighet.¹ Bolaget har heller inte till sitt anbud bifogat intyg om egen kreditvärdighet. Däremot bifogades anbudet ett som ”Engångskreditbeslut” rubricerat intyg som avsåg Anbudsgivare 1:s koncernmoderbolag. Av denna handling kan utläsas att moderbolaget har kreditbetyget AA, vilket torde motsvara UC riskklass 3.

Något åtagande från moderbolaget eller annat dokument som visar att Anbudsgivare 1 kommer att förfoga över nödvändiga resurser för kontraktets fullgörande har inte åberopats, varken i anbudet eller på annat sätt före den aktuella anbudstidens utgång.

Efter beslut om tilldelning inhämtade Kommunen ett åtagande från koncernmoderbolaget. Av detta intyg, som är daterat den 20 januari 2017, framgår att Anbudsgivare 1 äger rätten att åberopa moderbolagets ekonomiska kapacitet i samband med Kommunens upphandling av bryggor. Någon precisering av tiden för åtagandets giltighet lämnades inte, varken i åtagandet eller på annat sätt.

Upphandlingens aktuella kontraktsvärde kan med ledning av inkomna anbud uppskattas till c:a 330.000 kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Förvaltningsrätten i Linköping har i dom av den 16 maj 2017 förordnat att upphandlingen ska rättas genom ny anbudsvärdering, där anbudet från Anbudsgivare 1 inte får beaktas.² Till grund härför anför rätten bland annat att det intyg och övrig bevisning som givits in inte är preciserat i tiden. Därigenom har det inte visats att Anbudsgivare 1 kommer att ha tillgång till moderbolagets ekonomiska kapacitet eller förfoga över nödvändiga resurser vid tidpunkten för fullgörande av kontraktet. Eftersom Anbudsgivare 1 inte heller på annat sätt visat att bolaget uppfyller kravet på kreditvärdighet i förfrågningsunderlaget borde bolagets anbud inte ha kvalificerats för utvärdering.

¹ Enligt kreditupplysning av den 24 januari 2017 från UC AB har Anbudsgivare 1, riskklass 1 enligt en klassificering som bygger på en riskprognos, där 1 anger högsta och 5 anger lägsta risk.

² Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 16 maj 2017 i mål nr. 526-17. Avgörandet har inte vunnit laga kraft.

Gällande rätt

Med offentlig upphandling avses förfarandet fram till och med tilldelningen av bl.a. ett *offentligt tjänstekontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser tillhandahållande av bl.a. varor.

Upphandling av offentliga varukontrakt som har påbörjats före den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU.³ Upphandlingar som påbörjas efter detta datum regleras istället genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - NLOU. Lagarna har kommit till som en följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt de båda upphandlingsdirektiven (2004/18/EG) respektive (2014/24/EU).

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar utgör enligt legaldefinitionen i 2 kap. 19 § LOU sådana s.k. *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta lagens bestämmelser. Företag som tillhandahåller aktuella varor eller tjänster utgör *leverantörer* som ska ges möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud.

Upphandling av varor under gällande tröskelvärde, för närvarande 1.910.323 kronor,⁴ ska handläggas och bedömas enligt de nationellt reglerade bestämmelserna i 15 kap. LOU.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är att bland annat säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i 1 kap. 9 § LOU införts ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och ickediskriminering* samt *öppenhet (transparens)* och *proportionalitet*.⁵

Av den s.k. *likabehandlingsprincipen* följer att alla leverantörer ska behandlas lika och ges möjlighet till sådan insyn, att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud på lika villkor. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas. Bland annat måste alla leverantörer få relevant information för upphandlingen vid samma tillfälle. Enligt ett uttalande från Högsta förvaltningsdomstolen är nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att säkerställa att leverantörerna får lika förutsättningar att lämna bärkraftiga anbud.

Av kravet på *öppenhet (transparens)* följer vidare en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna, så att leverantörerna i förväg känner till vad som gäller för förfarandet.

Om värdet av en upphandling understiger 534.890 kronor⁶ kan den upphandlande myndigheten välja att istället för ett annonserat förfarande inhämta formlösa anbud. De grundläggande principerna om bland annat likabehandling och öppenhet ska dock även iakttas i dessa fall. Den upphandlande myndigheten är bland annat skyldig att anteckna skälen för sina beslut och annat som är av betydelse vid upphandlingen om kontraktsvärdet överstiger 100.000 kronor.

Den upphandlande myndigheten har relativt fria ramar att definiera sitt behov och vad som ska upphandlas. Kraven måste dock enligt vad EU-domstolen uttalat⁷ redovisas så att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör kan förstå vad som avses. Utgångspunkt för vilka krav som ska gälla i en upphandling är det som anges i annonsen eller det skriftliga underlaget för upp-

³ Lagen har numera ersatts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling – NLOU – som trädde ikraft den 1 januari 2017.

⁴ Vad som vid varje tidpunkt utgör gällande *tröskelvärden* fastställs av EU-kommissionen och tillkännages enligt 3 kap. 1 § LOU löpande av regeringen i Svensk författningssamling. Gällande tröskelvärde för kommunal upphandling av varor och A-tjänster inom den s.k. klassiska sektorn uppgick i december 2016 till 1.910.323 kronor - se regeringens tillkännagivande (2016:14) om tröskelvärden vid offentlig upphandling samt Europeiska kommissionens förordning (1422/2007/EG) av den 4 december 2007 om ändring av europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

⁵ De grundläggande principer som åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28–30 och 43–55 EG. Angående de grundläggande principernas innebörd se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132.

⁶ Värdegränsen för direktupphandling bestäms enligt 15 kap. 3 § LOU till 28 procent av gällande tröskelvärde, motsvarande 534.890 kronor.

⁷ Se bl.a. EU-domstolens dom i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 111 och 115 och senare även *Connexion Taxi* (C-171/15), pp. 39-40 jämte där angiven praxis.

handlingen.⁸ När myndigheten väl har fixerat sitt behov och det som ska upphandlas, genom kravspecifikation eller motsvarande, är myndigheten senare bunden av denna beskrivning under upphandlingens fortsatta handläggning och vid beslut om tilldelning. Myndigheten kan således inte i efterhand lägga till, ändra eller dra ifrån något av de krav eller kriterier som har angivits i upphandlingsdokumenten.

Om inget annat anges i förfrågningsunderlaget bör som regel krävas att ställda kvalifikationskrav måste vara uppfyllda vid tiden för anbudets ingivande. Undantag kan göras om ett sådant krav vore oproportionerligt.⁹ Den upphandlande myndigheten får enligt 9 kap. 8 § LOU tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare i efterhand rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får även begära att ett anbud eller bevis om ekonomisk kapacitet förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enligt EU-domstolens praxis får sådan komplettering ske av handlingar vars förekomst före utgången av anbudsfriheten objektivt kan kontrolleras, såvida det inte i upphandlingsdokumenten uttryckligen angivits att anbudssökanden annars ska uteslutas från upphandlingsförfarandet.¹⁰ Domstolen angav dock att en sådan begäran inte får otillbörligt gynna eller missgynna berörda leverantörer. Efter en redan genomförd anbudsutvärdering och beslut om tilldelning bör sådan komplettering dock inte kunna ske.

En anbudsgivare som själv inte besitter tillräcklig ekonomisk eller teknisk kapacitet för att leverera enligt upphandlingen får vid behov, enligt 15 kap. 15 § LOU, åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska i sådant fall tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Med nödvändiga resurser kan exempelvis avses tillräcklig finansiell kapacitet för att utföra kontraktet. Ett sådant åtagande måste dock vara preciserat till uppdrag och tid, i förhållande till den aktuella upphandlingen.

Kammarrätten i Göteborg har prövat ett åtagande där dotterbolag åberopade sitt moderbolags ekonomiska kapacitet. Trots att bolagen hade visat ett icke närmare preciserat ekonomiskt samarbetsavtal om att korsvis kunna använda sig av varandras kapacitet fann kammarrätten att detta inte var tillräckligt, eftersom de anbudsgivande bolaget härigenom inte ansågs visa tillgång till den ekonomiska kapaciteten hos moderbolaget vid tidpunkten för fullgörandet av kontraktet.¹¹ I ett annat avgörande fann samma kammarrätt att det i princip bör vara fråga om ett proprieborgensåtagande för att möjligheten att åberopa annans kapacitet enligt 15 kap. 15 a § LOU ska anses föreligga.¹²

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU kan skadelidande leverantör ansöka hos allmän förvaltningsdomstol om att upphandlingen ska rättas eller att den ska göras om.¹³ Myndigheten kan enligt 16 kap. 20 § första stycket samma lag även bli skyldig att betala *upphandlingsskadestånd* till den eller de leverantörer som kan visa skada till följd av felet.

En leverantör som kan visa att denne rätteligen skulle ha tilldelats kontraktet kan tilldömas skadestånd till s.k. *positivt kontraktsintresse*, för utebliven samkostnadstäckning och vinst. Skadeståndet syftar till att i sådant fall sätta leverantören i samma ekonomiska sits som om denne hade tilldelats kontraktet.¹⁴ Möjligheten till skadestånd enligt denna punkt kan även omfatta sådana rättegångs-

⁸ Se bl.a. EU-domstolens dom i *Traunfeller* (C-421/01) EU:C:2003:549.

⁹ Jfr. Kammarrätten i Göteborgs domar av den 5 april 2012 i mål nr. 26-12 respektive den 11 december 2014 i mål nr. 3688-14.

¹⁰ Se EU-domstolens dom i *Mantova* (C- 336/12), EU:C:2013:647 i målet ansågs det möjligt för en upphandlande myndighet att i efterhand tillåta komplettering med ett offentliggjort årsbokslut, eftersom innebörden av detta hade kunnat kontrolleras redan vid tidpunkten för anbudstidens utgång.

¹¹ Kammarrätten i Göteborgs dom av den 29 oktober 2014 i mål nr. 2675-14.

¹² Kammarrätten i Göteborgs dom av den 24 februari 2014 i mål nr. 5572-13.

¹³ Se 16 kap. 4-6 § LOU.

¹⁴ Se bl.a. NJA 2007 s. 349.

kostnader som en anbudsgivare ådragit sig genom att i förvaltningsdomstol framgångsrikt driva en överprövningsprocess mot en felaktig upphandling.¹⁵

Enligt bestämmelsens andra stycke kan skadestånd även komma ifråga för sådana kostnader som en anbudsgivare haft för att förbereda anbud och i övrigt delta i upphandlingen, om den upphandlande myndighetens åsidosättande av LOU menligt påverkat anbudsgivarens möjligheter att tilldelas kontraktet (*negativt kontraktsintresse*). Leverantören behöver i detta fall inte visa att den skulle ha vunnit kontraktet, utan skadeståndet syftar till att kompensera för i onödan nedlagda kostnader för exempelvis arbete med anbudsgivning.

Talan om upphandlingsskadestånd ska enligt 16 kap. 17 § LOU väckas vid allmän domstol inom ett år från den tidpunkt då avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.¹⁶ Väcks inte talan i tid är rätten till skadestånd förlorad.

Yttrande

Kommunen har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Kommunen är som upphandlande myndighet skyldig att iaktta vid varje tidpunkt gällande upphandlingsbestämmelser. En upphandlande myndighet har, inom de ramar som lagen anvisar, en relativt stor frihet att bestämma föremålet för upphandling och vilka krav på bl.a. ekonomisk förmåga och kapacitet som ska ställas på leverantörerna.

De obligatoriska kraven för deltagande i en upphandling ska som regel vara uppfyllda vid tiden för anbudsingivandet, om inget annat särskilt angetts i förfrågningsunderlaget eller det kan anses oproportionerligt att kräva kravuppfyllelse redan vid denna tidpunkt. För att säkerställa likabehandlingsprincipens fulla efterlevnad är det därför viktigt att förekommande krav och kriterier verkligen följs upp och beaktas senast vid myndighetens slutliga anbudsutvärdering och beslut om kontrakts-tilldelning.

Som framgår av utredningen har Kommunen påbörjat en upphandling av leverans och installation av träbryggor med betongflytelement m.m. genom infordran av skriftliga anbud. Av upphandlingsdokumenten framgår som ett för deltagande i upphandlingen obligatoriskt kvalificeringskrav att anbudsgivare ska ha en kreditvärdighet motsvarande UC-riskklass 3, eller likvärdigt, samt även bifoga ett intyg om detta till anbudet. Trots detta beslutade Kommunen anta ett anbud där anbudsgivaren inte hade tillräcklig kreditvärdighet och följaktligen heller inte hade bifogat något intyg om detta till sitt anbud. Kommunen tillät vidare att anbudsgivaren, efter att beslut om tilldelning redan meddelats, kompletterade sitt anbud med ett moderbolagsåtagande, och därigenom sökte läka bristen.

Det senare ingivna åtagandet hade emellertid aldrig åberopats i anbudet och var heller inte preciserat i tiden. Det kan, liksom förvaltningsrätten har kommit fram till, därmed inte anses visat att anbudsgivaren kommer att ha tillgång till moderbolagets ekonomiska kapacitet eller förfoga över nödvändiga resurser vid tidpunkten för fullgörande av kontraktet.

Genom att ändå uppta anbudet till slutlig värdering och tilldelning har Kommunen sålunda brutit mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Kommunen.

¹⁵ Se NJA 2013, s. 762, pp. 20-23, särskilt punkten 23, jämförd med NJA 2016 s. 369.

¹⁶ Alternativt från den dag då avgörandet om ogiltighet av avtal vann laga kraft.