

PM 2 2018-06-13 SLUTLIG BEDÖMNING

**Fråga om snedvridning av konkurrensen genom otydliga kvalifikationskriterier m.m.**

*En statlig myndighet har vid en upphandling av städtjänster för c:a sju miljoner kronor underlåtit att, på sätt lagen anger, redovisa vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in. Myndigheten har även tillämnat vad som framstår som ett generellt beslut att utesluta dem som ett kreditratinginstitut klassificerat på visst vis, utan möjlighet för berörda anbudsgivare att med en egen utredning bemöta aktuellt kreditomdöme.*

Transportstyrelsen har i oktober 2017 påbörjat<sup>1</sup> totalt tre upphandlingar om köp av tjänster för städning av myndighetens lokaler i norra ("Upphandling Norr"),<sup>2</sup> mellersta ("Upphandling Mitt")<sup>3</sup> respektive södra Sverige ("Upphandling Syd")<sup>4</sup>.

Av upphandlingsdokumenten framgår under avsnitt 4.4.3 att anbudsgivare för att kvalificera sig för deltagande i upphandlingarna ska ha en "tillräcklig ekonomisk stabilitet för att kunna genomföra respektive uppdrag under avtalsperioden". Kravet ska anses uppfyllt om anbudsgivaren innehar rating tre (3) eller högre enligt Upplysningscentralens (UC) ratingmodell.

Anbudsgivare med lägre rating eller som saknar rating (tex. nystartade företag som ännu inte lämnat sin första redovisning) ska enligt samma avsnitt i upphandlingsdokumentet ändå anses uppfylla kravet på ekonomisk stabilitet om en helhetsbedömning visar att företaget är ekonomiskt stabilt eller om en skriftlig fullgörandegaranti kan lämnas.

Vidare framgår att den som inte uppfyller kravet på UC-kreditrating kan i en fritextruta i anbudsformuläret ange vilka särskilda omständigheter som ska beaktas vid en helhetsbedömning.

Någon upplysning lämnas dock inte, varken i annonserna om upphandling eller i övriga upphandlingsdokument, till ledning av vilka kvalificeringskrav<sup>5</sup> som ska tillämpas i upphandlingen eller vilken utredning leverantörerna bör lämna in styrkande av "tillräcklig ekonomisk stabilitet".

Anbudsutvärderingen ska enligt upphandlingsdokumenten ske enligt principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utifrån den enda utvärderingsgrunden *lägsta pris*.<sup>6</sup>

Vid anbudsfristens utgång, den 13 november 2017, noterades ett flertal inkomna anbud. Däribland från Anbudsgivare X, som hade lämnat lägsta anbudspris avseende Upphandlingarna Mitt respektive Syd. Anbudsgivare X uppfyllde dock inte UC-kreditrating tre (3) eller högre, utan angav (i den därtill anvisade fritextrutan) att företaget tidigare haft erforderlig UC-kreditrating tre (3) fram till och med juni 2017, men till följd av en leverantörstvist med påföljande ansökan om betalningsföreläggande hade fått sitt kreditratingbetyg sänkt. Anbudsgivaren angav vidare att "[ö]vrig ekonomisk stabilitet finns och kan intygas".

Beslut om tilldelning meddelades av den 7 december 2017, varvid Anbudsgivare X förklarades diskvalificerad, och således utesluten från att få sina anbud utvärderade och antagna. Av Transportstyrelsens beslut framgår följande motivering.

"Ej kvalificerat anbud uppfyller inte ställt krav på ekonomisk och finansiell ställning med rating tre (3) eller högre enligt Upplysningscentralens (UC) ratingmodell. Anbudsgivare har enligt infordrat UC-intyg rating (2) och har inte angivit sådan förklaring till lägre rating i sitt anbud, som skulle kunna innebära att helhetsbedömning ändå kan anses uppfylla kraven på ekonomisk stabilitet. Något intyg eller skriftlig fullgörandegaranti har inte bifogats anbudet som intygat ekonomisk stabilitet eller garanterat fullgörande av uppdrag" <sup>7</sup>

<sup>1</sup> Upphandlingarna påbörjades genom meddelanden om annonsering som skickades den 3 oktober 2017 till Europeiska kommissionen (OPOCE) för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED (se vidare noterna 2-4, nedan).

<sup>2</sup> Se annons i TED med meddelandenummer 2017/S 191-391424, Lokalvård område Mitt, dnr. TSG 2017-2686.

<sup>3</sup> Se annons i TED med meddelandenummer 2017/S 191-391420, Lokalvård område Mitt, dnr. TSG 2017-2685.

<sup>4</sup> Se annons i TED med meddelandenummer 2017/S 191-391425, Lokalvård område Syd, dnr. TSG 2017-2687.

<sup>5</sup> Här avses övriga kvalificeringskrav utöver UC-kreditrating tre (3) eller högre.

<sup>6</sup> Se upphandlingsdokumenten för respektive upphandling, avsnitten 3.1.2 (punkten 2).

<sup>7</sup> Transportstyrelsens "Beslut om tilldelning av kontrakt, av den 7 december 2017.

x ledning av inkomna anbud uppskattas till minst c:a sju miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).

Förvaltningsrätten i Linköping har med anledning av en ansökan om överprövning förordnat om rättelse, innebärande att en ny anbudsprövning ska genomföras i Upphandlingarna Mitt respektive Syd. Av domskälen framgår att Transportstyrelsen vid angivna förhållanden haft ett ansvar att begära in en komplettering från Anbudsgivare X om hur företaget uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet. Eftersom någon sådan förklaring inte har begärts har myndigheten förfarit felaktigt genom att på sätt som nu skett diskvalificera företaget som anbudsgivare i upphandlingarna.<sup>8</sup>

### **Rättslig reglering**

Med offentlig upphandling avses förfarandet till och med tilldelning av ett *offentligt kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling av *offentliga tjänstekontrakt* som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU.<sup>9</sup> Lagstiftningen är följd av bl.a. kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).<sup>10</sup> Lagens bestämmelser är generellt tillämpliga på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa tjänster genom tilldelning av kontrakt.<sup>11</sup>

Statliga myndigheter utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iaktta bestämmelserna i LOU.<sup>12</sup>

En upphandling som avser tjänster för städning (CPV 90900000)<sup>13</sup> ska om det samlade kontraktsvärdet<sup>14</sup> överstiger det vid varje tidpunkt gällande tröskelvärdet handläggas enligt de på LOU-direktivet grundade bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. Det för upphandlingarna aktuella tröskelvärdet uppgick 2017 till 1.233.941 kronor.<sup>15</sup>

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är bland annat att säkerställa den lagliga efterlevnaden av EUF-fördragets bestämmelser om etableringsfrihet och rörlighet mellan medlemsstaterna. Det har därför i lagen intagits ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling. Däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.<sup>16</sup>

Av dessa principer följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet till sådan insyn, att de i konkurrens med andra leverantörer kan lämna anbud utifrån samma villkor.

<sup>8</sup> Se Förvaltningsrätten i Linköpings dom av den 26 februari 2018 i de förande målen nr. 9001-17 och 9004-17.

<sup>9</sup> ÄLOU har i sin tur ersatt den ännu äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, sedan ikraftträdandet den 1 januari 2008.

<sup>10</sup> EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>11</sup> Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU se även 2 kap. 12 § LOU.

<sup>12</sup> På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

<sup>13</sup> CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen – se 4 kap. 19 § LOU samt Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), i lydelsen enligt Europeiska kommissionens förordning (EG) nr 213/2008.

<sup>14</sup> Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges ska enligt 3 kap. 12 § LOU det s.k. kontraktsvärdet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

<sup>15</sup> Gällande tröskelvärden inom den s.k. klassiska sektorn för varor och tjänster som tilldelas av centrala upphandlande myndigheter - se regeringens tillkännagivande (2017:223) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>16</sup> Se 4 kap. 1 § LOU. De grundläggande principer som här 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 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) och specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU (s. 972 f.).

Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas, utan samtliga på marknaden verksamma leverantörer ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.<sup>17</sup>

Bestämmelser om kvalificering av anbudsgivare finns i 14 kap. LOU. Av 14 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantörerna i en upphandling ska vara kvalificerade i vissa avseenden. De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas.<sup>18</sup> Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga. Myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att bekräfta intresse tydligt ange vilka kvalificeringskrav som ska tillämpas i upphandlingen och vilken utredning leverantörerna bör lämna in.

När det gäller vilka krav som får ställas på leverantörens ekonomiska kapacitet får enligt lagen dessa innebära att leverantören ska ha en viss minsta årsomsättning eller en minsta omsättning inom det område som omfattas av kontraktet.<sup>19</sup> Omsättningskravet får dock inte utan *särskilda skäl*<sup>20</sup> bestämmas till ett beloppsvärde som är mer än två gånger så högt som det uppskattade värdet av upphandlingen. Krav om ekonomisk kapacitet får även innefatta att leverantören ska ha en viss kvot mellan tillgångar och skulder. Metoden och kriterierna för beräkning av kvoten ska i förekommande fall dock alltid anges i något av upphandlingsdokumenten.<sup>21</sup> Härutöver anger lagen även att krav för ställas på att leverantören ska ha en lämplig ansvarsförsäkring.<sup>22</sup> Eftersom de i lagen angivna exemplen inte är uttömmande, kan även andra krav på ekonomisk kapacitet komma ifråga. Dessa ska dock alltid finnas redovisade i *annonsen om upphandling* tillsammans med ett angivande av vilken utredning leverantörerna i så fall bör lämna in.<sup>23</sup>

Om den upphandlande myndigheten väljer att inhämta relevanta upplysningar avseende leverantörens ekonomiska kapacitet på annat sätt än från leverantören själv – genom exempelvis en kreditupplysning (s.k. rating) från ett fristående kreditratinginstitut som Upplysningscentralen AB (UC) – följer det av Högsta förvaltningsdomstolens praxis att den upphandlande myndigheten även måste genomföra en *individuell bedömning* av om leverantören uppfyller de för upphandlingen uppställda kraven på ekonomisk kapacitet. Av referatsavgörandet RÅ 2005 ref. 47 framgår bl.a. följande.

Högsta förvaltningsdomstolen hade att i detta mål bedöma en upphandlande myndighets (en kommun) beslut att utesluta en anbudsgivare enbart på grundval av dennes UC:s kreditomdöme. Domstolen hänvisade till att bestämmelserna om offentlig upphandling bygger på att de upphandlande myndigheterna genomför individuella bedömningar avseende varje leverantör i förhållande till dennes förmåga att fullfölja det för upphandling aktuella kontraktet. Bestämmelserna medger därmed inte att några generella uteslutningsgrunder tillämpas. I målet framgick det av skälen för tilldelningsbeslutet att den upphandlande myndigheten inte hade gjort någon sådan individuell bedömning, utan istället grundat sitt ställningstagande att utesluta anbudsgivaren på vad som framstår som ett inom myndigheten generellt tillämpligt beslut att utesluta dem som UC klassificerat på visst vis. Detta förfaringsätt hade i sin tur fått till följd att anbudsgivaren inte givits möjlighet att med en egen utredning bemöta de upplysningar kommunen inhämtat och det kreditomdöme UC lämnat. Högsta förvaltningsdomstolen fann att mot denna bakgrund hade den upphandlande myndigheten brutit i förfarandet genom att inte ha utfört utvärderingen på det sätt som följer av lagen. Domstolen förordnade att upphandlingen därför skulle rättas.

<sup>17</sup> Se prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108–111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

<sup>18</sup> Kraven får enligt 14 kap. 1 § endast avse (1) behörighet att utöva yrkesverksamhet, (2) ekonomisk och finansiell ställning eller (3) teknisk och yrkesmässig kapacitet.

<sup>19</sup> Se 14 kap. 3 § punkten 1 jämförd med 4 § första stycket LOU.

<sup>20</sup> Om den upphandlande myndigheten åberopar *särskilda skäl* till stöd för att sälla ett högre omsättningskrav än två gånger det uppskattade värdet av upphandlingen ska i så fall myndigheten i något av upphandlingsdokumenten eller i en individuell rapport enligt 12 kap. 15 och 16 §§ LOU ange vilka omständigheter som utgör eller har utgjort sådana särskilda skäl.

<sup>21</sup> Se 14 kap. 3 § punkten 2 jämförd med 4 § andra stycket LOU.

<sup>22</sup> Se 14 kap. 3 § punkten 3 LOU.

<sup>23</sup> Se 14 kap. 1 § tredje stycket LOU.

### **Yttrande**

Transportstyrelsen 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.

### **Slutlig 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.

Transportstyrelsen är som upphandlande myndighet skyldig att i sin verksamhet följa upphandlingsbestämmelserna i LOU. Av utredningen framgår att Transportstyrelsen uppställt som ett kvalificeringskrav för att delta med anbud i en städtjänstupphandling över tröskelvärdet att anbudsgivarna ska ha *”tillräcklig ekonomisk stabilitet för att kunna genomföra uppdraget”*. Någon närmare upplysning om vad som krävs för att uppfylla *”tillräcklig ekonomisk stabilitet”* eller *med vilken utredning en anbudsgivare ska ge in för att visa sådan stabilitet* lämnas överhuvudtaget inte. Redan på denna punkt strider Transportstyrelsens tillvägagångssätt mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens). Vidare följer enligt 14 kap. 1 § LOU ett obligatoriskt krav att information om vilka kvalificeringskrav som gäller och vilken utredning som leverantörerna ska lämna in måste anges av den upphandlande myndigheten redan i annonsen om upphandling.

Transportstyrelsen har vidare utformat kravet på ekonomisk kapacitet som en presumptionsbestämelse, där den som vid senare kontroll visar sig ha en UC-rating på tre (3) eller högre ska anses ha *”tillräcklig ekonomisk stabilitet”* för att delta i upphandlingen. Även anbudsgivare som på annat sätt kan bedömas ha en *”tillräcklig ekonomisk stabilitet”* kan således komma ifråga för anbudsgivning. Vid Transportstyrelsens anbudsvärdering har bestämmelsen emellertid inte tillämpats på detta sätt, utan myndigheten har grundat sitt ställningstagande att utesluta Anbudsgivare X på vad som framstår som ett generellt beslut att utesluta alla som UC klassificerat på ett visst angivet vis. Detta förfaringsätt har i sin tur fått till följd att Anbudsgivare X inte har givits möjlighet att med en egen utredning bemöta det kreditomdöme som UC lämnat om företaget. Detta förfarande strider mot den rättspraxis enligt vilket en individuell bedömning av ett företags möjligheter att delta i en upphandling alltid ska göras. Transportstyrelsen har även i detta hänseende brutit mot LOU och de grundläggande principerna om likabehandling och öppenhet (transparens).

Det finns därmed anledning att rikta kritik mot Transportstyrelsen, som uppenbarligen behöver se över sina rutiner för annonsering och anbudsvärdering vid offentlig upphandling.