

PM 2 2007-10-10 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen och bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling genom tillämpning av en relativ (eller endogen) utvärderingsmodell samt av fakultativa bestämmelser om uteslutning av anbud.

Länsarbetsnämnden i Stockholms län har vid upphandling av arbetsmarknadsutbildning tillämpat en relativ (endogen) utvärderingsmodell där prispoäng tilldelats efter jämförelse med lägsta anbud. Länsarbetsnämnden har vidare vid beslutet om tilldelning avvikit från villkoren i anbudsfrågan samt avropar för närvarande aktuella tjänster i annan ordning än den rangordning som framgår av anbudsutvärderingen.

Länsarbetsnämnden i Stockholms län infortrade i januari 2006 anbud avseende "Samverkanspartners för aktiviteter inom AVP (Aktiviteter inom Vägledning och Platsförmedling)" – dnr. 0146-2005/0000355 under perioden den 1 april 2006 till och med den 31 mars 2007, med möjlighet till förlängning i maximalt två år (1 år + 2år). Av förfrågningsunderlaget, avd. 7, "PRÖVNING AV ANBUD" punkten 7.1. framgår bl.a följande:

"Länsarbetsnämnden kommer att anta det anbud som uppfyller samtliga skall-krav och får högst sammanlagd poäng vid prövningen utifrån utvärderingskriterierna (p. 7.2). Vid lika poäng vinner det anbud som har det lägsta priset. Länsarbetsnämnden kommer att tillämpa ett tiogradigt betygssystem där anbud som bäst uppfyller utvärderingskriteriet får betyget tio. Övriga anbud får betyg efter hur mycket "sämre" de är jämfört med det anbud som bäst uppfyller utvärderingskriteriet [...]. Betyget multipliceras sedan med viktningen.

Poängbedömningen av anbudens priser går till så att anbud med lägsta pris per [kursdeltagarvecka] **beräknat på summan av heltid och deltid** får betyget tio multiplicerat med viktningen. Övriga anbud får poäng enligt följande formel:

Lägsta pris/anbudets pris x 10 x viktningen. Anbud som är mer än dubbelt så dyrt som anbud med lägsta pris kan komma att **förkastas**.

Ett anbud kan få maximalt 1 000 poäng".

Vidare framgår under punkten 7.2. "Utvärderingskriterier" att inkomna anbud skall komma att värderas utifrån följande omständigheter:

"• Upplägg och referenser (40 procent)

Vid bedömningen kommer hänsyn att tas till:

- hur innehåll, upplägg och pedagogiska metod leder till att deltagarna uppnår utbildningsmålet.
- hur leverantören kommer att tillgodose varje deltagares utbildningsbehov genom en individuell studieplan samt flexibilitet i upplägg och innehåll.

Referensuppdraget [...] och Länsarbetsnämndernas egna erfarenheter av leverantörens sätt att genomföra utbildningsuppdrag är faktorer som kan styrka leverantörens förmåga och kommer att vägas in i bedömningen.

• Pris per [kursdeltagarvecka] (40 procent)

• Lärarkompetens (10 procent)

Vid bedömningen kommer hänsyn att tas till lärarnas utbildning och yrkeserfarenhet samt **dokumenterade** erfarenhet av målgruppen.

• Kurslokaler (10 procent)

Vid bedömningen kommer hänsyn att tas till kurslokalernas tillgänglighet för deltagare som bor inom det geografiska område, som anbudet avser".

Slutligen framgår under punkten 4 "Utbildningen" bl.a. följande.

"Lokal samverkan med arbetsförmedlingarna är av stor betydelse. Länsarbetsnämnden har därför avsikten att antaga så många leverantörer som behövs för uppdragets genomförande och för den samverkan som krävs med lokal arbetsförmedling, avseende geografisk närhet (restider) och samarbete mellan arbetsförmedlingens handläggare och leverantörens. För att kunna tillgodose de varierande behov som finns hos de beställande arbetsförmedlingarna, är avsikten även att antaga anbud med olika innehåll

och upplägg. [...] Leverantören/anbudsgivaren skall i sitt anbud uppge till vilka arbetsförmedlingar alternativt över vilket geografiskt område, som man kan erbjuda sina tjänster.” Några garantier för utnyttjande av viss volym finns ej”.

Anbudstiden löpte ut den 28 februari 2006 och inkomna anbud öppnades vid en förrättning den 2 mars 2006. Enligt anbudsöppningsprotokoll¹ samma dag hade det inom föreskriven frist inkommit 31 anbud (här angivna som Anbud 1 till och med Anbud 31).

Vid anbudsprövningen förkastades totalt åtta anbud ur upphandlingen. Tre av dessa (Anbud 6, 7 och 18) förkastades på grund av att de inte bedömdes uppfylla för upphandlingen uppställda s.k. skall-krav. Ytterligare fem anbud (Anbud 13, 23, 26, 28 samt 29) förkastades på grund av att de uppgavs vara *“mer än tre gånger så dyra som anbudet med lägsta priset”*.

Kvarvarande godkända anbud utvärderades och jämfördes utifrån följande kriterier: *“Upplägg och referenser (40%), Lärarkompetens (10 %) samt Kurslokaler (10 %”* varvid *“Prispoäng har för anbud räknats genom att anbud med lägsta jämförelsepris (beräknat på summan av pris per [kursdeltagarvecka] för heltid och deltid) fått betyget tio multiplicerat med viktningen, alltså 400 poäng”*. Övriga anbud har tilldelats poäng enligt formeln *“Lägsta jämförelsepris / anbudets jämförelsepris x 400”*.

Slutligt beslut om tilldelning meddelades den 10 april 2006. Enligt tillgängligt beslutsprotoll² tilldelades kontrakt till totalt 18 av de sammanlagt 23 kvarvarande leverantörer vars anbud inte hade förkastats ur upphandlingen. Bland annat har anbud antagits som mer än dubbelt men inte tre gånger överstiger lägsta pris (Anbud 8, 14, 17 och 18). Anbud erna fördelade sig enligt följande:

Anbud	Pris Heltid / deltid:*	Jämf.pris: **	Totalpoäng: **	Noteringar	Rang.
Anbudsgivare 1	1.250 kr. / 833 kr.	2.083 kr.	813		5
Anbudsgivare 2	2.200 kr. / 1.200 kr	3.400 kr.	703		17
Anbudsgivare 3	990 kr. / 445 kr.	1.435 kr.	899		1
Anbudsgivare 4	1.250 kr. / 800 kr.	2.000 kr.	793		9
Anbudsgivare 5	1.950 kr. / 1.250 kr.	3.200 kr.	692	Förkastas efter anbudsvärdering	19
Anbudsgivare 6	1.013 kr. / 763 kr.	-	-	Förkastat p.g.a. bristade kravuppfyllelse	-
Anbudsgivare 7	1.295 kr.	-	-	Förkastat p.g.a. bristade kravuppfyllelse	-
Anbudsgivare 8	1.750 kr. / 950 kr.	2.700 kr.	730		16
Anbudsgivare 9	1.495 kr. / 995 kr.	2.490	595		21
Anbudsgivare 10	1.075 kr.	2.150 kr.	766		13
Anbudsgivare 11	1.900 kr. / 1.540 kr.	3.440 kr.	661	Förkastas efter anbudsvärdering	20
Anbudsgivare 12	1.450 kr. / 1.250 kr.	2.700 kr.	750		14
Anbudsgivare 13	2.950 kr. / 2.750 kr.	-	-	Förkastat p.g.a. för högt pris	-
Anbudsgivare 14	1.495 kr. / 800kr.	2.295 kr.	742		15
Anbudsgivare 15	1.200 kr. / 800 kr.	2.000 kr	803		6
Anbudsgivare 16	750 kr.	1.500 kr.	784		11
Anbudsgivare 17	750 kr. / 1.500 kr	1.250 kr.	849		3
Anbudsgivare 18	500 kr.	-	-	Förkastat p.g.a. bristade kravuppfyllelse	-
Anbudsgivare 19	950 kr. / 750 kr	1.700 kr.	826		4
Anbudsgivare 20	1.050 kr..	2.100 kr.	571	Förkastas efter anbudsvärdering	23
Anbudsgivare 21	1.950 kr. / 1.150 kr.	3.100 kr.	587	Förkastas efter anbudsvärdering	22
Anbudsgivare 22	1.2150 kr. / 700 kr.	1.850 kr.	793		8
Anbudsgivare 23	2.775 kr. / 1.825 kr.	-	-	Förkastat p.g.a. för högt pris	-
Anbudsgivare 24	1.145 kr. / 795 kr.	1.940 kr.	801		7
Anbudsgivare 25	695 kr. / 520 kr.	1.215 kr.	860		2
Anbudsgivare 26	2.700 kr. / 2.300 kr.	-	-	Förkastat p.g.a. för högt pris	-
Anbudsgivare 27	1.290 kr. / 890 kr.	2.180 kr.	783		12
Anbudsgivare 28	2.269kr. / 1.515 kr.	-	-	Förkastat p.g.a. för högt pris	-
Anbudsgivare 29	3.500 kr. / 1.750 kr.	-	-	Förkastat p.g.a. för högt pris	-
Anbudsgivare 30	2.000 kr./ 1.500	3.500 kr.	699		18

¹ Länsarbetsnämnden i Stockholms län, protokoll rubricerat ”ÖPPNINGSPROTOKOLL Dnr 0146-2005/000355” av den 2 mars 2006.

² Länsarbetsnämnden i Stockholms län, protokoll rubricerat ”Meddelande om tilldelningsbeslut gällande upphandling av ramavtal för förberedande utbildning ’Samverkanspartners för aktiviteter inom AVP’ av den 10 april 2006 dnr 0146-2005/355.

Sid. 3 (11)

Anbudsgivare 31	1.375 kr. / 700 kr.	2.095 kr.	792		10
-----------------	---------------------	-----------	-----	--	----

* uppgift ur anbudsöppningsprotokoll av den 2 mars 2006; ** uppgift ur tilldelningsprotokoll av den 10 april 2006.

Enligt vad länsarbetsnämnden uppgivit under hand³ genomförs löpande avrop inte enligt någon i förväg angiven avropsordning. Länsarbetsnämnden har bl.a. angivit följande:

“Någon strikt avropsordning tillämpas därmed ej. Leverantörerna har olika specialiteter och inriktningar som kan utnyttjas. Lokal arbetsförmedling avgör vilken leverantör som bäst kan tillgodose den enskilde sökandes behov (arbetsutbud, handikapp/ funktions -hinder, social situation, möjlighet och förmåga till att resa). Stockholms län har närmare 40 arbetsförmedlingar spridda från Norrtälje/Hallstavik i norr till Nynäshamn/Södertälje/Nykvarn i söder”.

Avropen fördelar sig således inte i enlighet med den rangordning som framgår av länsarbetsnämndens anbudsvärdering och beslut om tilldelning i upphandlingen utan utifrån hur länets enskilda arbetsförmedlingar i varje enskilt fall anser att anbuderna bäst uppfyller förmedlingens behov.

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Upphandling av arbetsmarknadsutbildning och motsvarande tjänster skall oberoende av kontraktsvärdet handläggas enligt bestämmelserna i 6 kap LOU. Upphandlingen skall därvid normalt handläggas som en förenklad upphandling eller som en urvalsupphandling.

Skyldighet att följa lagens bestämmelser åvilar samtliga statliga, kommunala och andra myndigheter samt beslutande församlingar i kommuner och landsting, vilka enligt lagens terminologi benämns som ”*upphandlande enheter*”. Tillsyn över lagen utövas för närvarande av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).⁴

Av 1 kap. 4 § och 6 kap. 1 § LOU framgår att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är central för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Lagens bestämmelser, även regleringen i 6 kap. LOU,⁵ bygger på ett antal gemenskapsrättsliga principer om likabehandling (inklusive icke-diskriminering), transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande, vilka anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81.⁶

Bestämmelsernas huvudsakliga syfte är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas lika, utan ovidkommande hänsyn (likabehandlingsprincipen) samt att anskaffningen sker under öppna och förutsebara former (transparensprincipen)⁷.

³ Länsarbetsnämnden i Stockholms län, skrivelse till Konkurrenskommissionen den 19 juni 2007.

⁴ Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling. Från och med den första september 2007 planeras tillsynsansvaret övergå på Konkurrensverket.

⁵ Av EG-domstolens dom den 3 december 2001 i målet *Vestergaard* (C-59/00) samt dom den 13 oktober 2005 i målet *Parking Brixen* (C-458/03) framgår att de centrala EG-rättsliga principer som kommer till uttryck genom EG-fördraget, däribland principerna om likabehandling och transparens, äger generell giltighet på all upphandling och tilldelning av tjänstekoncessioner, således även på sådana förfaranden som i övrigt faller utanför de gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektivens allmänna tillämpningsområde och som i Sverige regleras genom bl.a. bestämmelserna i 6 kap. LOU.

⁶ EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att ”... *samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat*”. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att ”...*såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas*” (se bl.a. EG-domstolens dom den 28 oktober 1999 i målet *Alcatel Austria* (C-81/98).

⁷ I den rättsliga doktrinen (Hentze och Sylvéns lagbokkommentar, upplaga 1:2, sid 15f - den blå utgåvan) definieras kravet på transparens och öppenhet på följande sätt: ”*Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheter för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Vilka åtgärder en upphandlande enhet kommer att vidta under upphandlingsprocessen, skall således vara förutsebara för leverantörerna.*” Vidare anges i anslutning till frågan om skall-krav bl.a. följande:

(I) Vare sig LOU eller de bakomliggande EG-direktiven innehåller några formregler för hur en anbudsutvärderingen skall gå till. Inte heller finns det någon detaljreglering om hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad. Tolkning får istället ske utifrån de grundläggande principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten och därmed bildar ramverk för upphandlingarnas utformning och tillämpning (jfr. vad som nedan redovisas om RÅ 2005 ref. 50)

Det finns i lagen två alternativa utvärderingsgrunder att välja mellan. Enligt 6 kap. 12 § LOU skall den upphandlande enheten anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktigt, eller det anbud som har lägst anbudspris. Skall det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas måste den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget också ange samtliga utvärderingskriterier som kommer att påverka utvärderingen. Utvärderingskriterierna exemplifieras i LOU med pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m.

I en forskningsrapport, ”Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet i offentlig upphandling” som har utarbetats på uppdrag av Konkurrensverket (2004)⁸ redovisas bl.a. följande:

”I många fall använder sig upphandlaren av en formell beräkningsmodell för att utvärdera och jämföra anbuden. I stort sett alla beräkningsmodeller som används idag vid offentlig upphandling bygger på att upphandlaren låter sätta poäng på anbudsgivarens kvalitativa kriterier efter en skala som anges i förfrågningsunderlaget, och sedan tilldelar anbudsgivarens lämnade pris ett poängtal. Mycket vanligt är att låta det enskilda prisets poäng bero på hur det ligger i förhållande till de andra lämnade priserna i upphandlingen. En ofta tillämpad modell är att relatera varje enskilt bud till det lägsta lämnade priset i upphandlingen. Den anbudsgivare, som efter summering av kvalitetspoängen och prispoängen, har högst totalpoäng vinner upphandlingen. Ett problem med dessa beräkningsmodeller, där det enskilda prisets poäng är en funktion av de andra lämnade priserna, är att de inte är konsistenta, dvs. de uppfyller inte ett grundläggande krav vi ställer på en bra beslutsmetod. Genom att den enskilda prispoängen är beroende av vad de andra anbudsgivarna har lämnat in för priser, kan rangordningen mellan två anbud påverkas av närvaron av ovidkommande anbud. Beräkningsmodellen öppnar så att säga möjligheter för anbudsgivare, som inte har för avsikt att försöka att vinna upphandlingen, att med strategiska anbud försöka påverka utfallet i upphandlingen. Upphandlaren riskerar med andra ord att försvaga konkurrensen genom sitt val av beräkningsmodell. I nästan samtliga insamlade förfrågningsunderlag, där upphandlaren använt sig av en formell beräkningsmodell, har modellen visat sig vara ickekonsistent. I rapporten illustreras denna inneboende negativa egenskap i modellerna med några enkla simuleringar, där vi bl.a. använder oss av fältdata från observerade upphandlingar. Simuleringarna pekar även på att skrivningen ’vid utvärderingen tillmäts pris 50 procent och kvalitet 50 procent’, som ofta förekommer i kombination med olika beräkningsmodeller, har en mycket diffus innebörd” (rapporten, s. 7 f).

Rapporten förordar istället en värderingsmodell där den upphandlande enheten sätter ett monetärt värde på kvalitet och redan i förfrågningsunderlaget anger i monetära termer hur den värderar förändringar i kvalitetspoäng, dvs. hur mycket enheten är beredd att betala i högre kostnad för att erhålla en vara eller tjänst med högre kvalitet. Enheten kan sedan låta ett absolut eller relativt påslag eller avdrag justera anbudsgivarens pris beroende på bedömningen av redovisade kvalitet. Den anbudsgivare som efter kvalitetsjustering av sitt pris har det lägsta justerade priset vinner upphandlingen.

Den avgörande skillnaden mellan en sådan värderingsmodell och en modell som bygger på (endogen) poängsättning av priset är enligt rapporten att den är konsistent, dvs. rangordningen mellan två anbud kommer inte att påverkas av förändringar i kvalitetspoäng eller i pris hos andra anbud.

”Samtliga krav som ställs på det som skall upphandlas skall finnas med i förfrågningsunderlaget.” ... ”Det är normalt inte tillåtet att under upphandlingens gång tillföra eller dra ifrån krav. När förhandlingar är tillåtna kan sådana förändringar ske som inte anses vara av väsentlig karaktär. Kvalitet, prestanda m.m. som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget får inte värderas vid prövningen och kan inte heller väga upp en brist i anbudet. Om den upphandlande enheten under upphandlingens gång skaffar sig kunskap som ger vi d handen att nya krav bör ställas, måste enheten avbryta upphandlingen och göra om den. Det skall framgå av förfrågningsunderlaget vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas (skall-krav).”

⁸ Konkurrensverket, forskningsrapport (2004) rubricerad ”Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet i offentlig upphandling”, utarbetad av Arne Andersson, professor i datalogi vid Uppsala universitet och Anders Lunander, lektor i nationalekonomi vid Örebro universitet (Konkurrensverkets uppdragsforskningsserie: 2004:1).

Därmed försvinner det potentiella problemet att anbudsgivare kan försöka utnyttja värderingsmodellen i syfte att hämma konkurrensen.

Regeringsrätten har i ett avgörande, RÅ 2002 ref. 50,⁹ angivit att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Regeringsrätten konstaterade vidare att i kravet på affärsmässighet enligt LOU får det anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

Av de principer om *likabehandling och ickediskriminering* som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten följer emellertid att värderingsmodeller där anbudens poängsättning görs beroende av relativa faktorer som exempelvis vilka övriga anbud som har kommit in och hur dessa har prissatts, inte bör komma ifråga. De individuella poäng som ett anbud åsätts baseras under sådant förhållande inte på anbudet i sig utan även på vad andra anbud har erbjudit, vilket gör att poängsättningen kan komma att variera beroende på utomstående faktorer och, i vissa fall, rena tillfälligheter.

Av den s.k. *transparensprincipen* följer vidare att förutsättningarna för anbudsutvärderingen uttryckligen måste framgå av kontraktshandlingarna eller i annonsen om upphandling på så sätt att anbudsgivaren skall kunna få kännedom om vilka kriterier som skall tillämpas och om tillämpningens omfattning.¹⁰

Relativa eller endogena utvärderingsmodeller har tidigare bedömts av EG-domstolen i målet *Kommissionen mot Italien*, (C-274/83).¹¹ Domstolen hade att bedöma en italiensk lagändring där det hade införts en variant på relativ utvärderingsmodell där ett medelpris kunde fastställas kalkylerat på priset av anbudet i den nedre delen av en skala av det lägsta och det högsta anbudet. Den anbudsgivare som lämnat det uträknade medelpriset eller låg närmast detta uträknade värde, vann upphandlingen. EG-domstolen bedömde att detta förfarande stred mot gällande upphandlingsdirektiv och angav att en upphandlande myndighet måste kunna fatta sitt beslut baserat på både kvantitativa och kvalitativa kriterier, vilka varierar beroende på vilken typ av kontrakt som skall upphandlas. En upphandlande enhet kan därför inte förlita sig enbart på det kvalitativa kriteriet ”medelpris” för att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹²

Avseende relativa utvärderingsmodeller med utgångspunkt i en jämförelse med lägsta pris har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) uttalat bl.a. följande.

”NOU anser att en utvärderingsmodell som låter det anbud som har lägst total poäng påverka vilket av de andra anbudet som kommer att vinna upphandlingen inte kan anses vara utformad på ett sådant sätt att den leder till ett rättvist resultat. Inte heller kan en sådan modell säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Förfrågningsunderlaget skall vara så klart utformat att anbudsgivaren utifrån det kan utforma det anbud som han tror bäst svarar upp mot den enhetens önskemål. Om en modell som den ovan beskrivna används måste

⁹ Se RÅ 2002 ref. 50, Regeringsrättens dom 13 juni 2002 i mål 300-2002 (*Migrationsverksmålet*).

¹⁰ Se EG-domstolens dom den 20 september 1988 i målet *Gebroeders Beentjes* (C-31/87), pp. 31 och 36, även domstolens dom den 26 september 2000 målet *Nord-pas-deCalais* (C-225/98), p 51 samt den 17 september 2002 i målet *Concordia Bus* (C-513/99), p. 62.

¹¹ Se EG-domstolens dom den 28 mars 1985, *Kommissionen mot Italien*, (C-274/83). Se även Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, Norstedts 2006, s.66 f.

¹² I ett annat fall – EG-domstolens dom den 27 november 2001 i de förenade målen *Lombardini och Mantovani* (C-285/99 och C-286/99) – som inte avsåg själva anbudsutvärderingen utan det tidigare stadium i anbudsprövningen där anbud utesluts från att gå vidare till slutlig värdering, tillät visserligen domstolen i och för sig en beräkningsmetod för uteslutning av onormalt låga anbud som baserades på det genomsnittliga värdet av inkomna anbud, trots att anbudsgivarna rimligen inte kunde känna till det genomsnittliga värdet när de lämnade sina anbud, men förutsättningen var att berörda anbudsgivare gavs möjlighet att förklara sina priser innan den upphandlande myndigheten fatta slutligt beslut om uteslutning av deras anbud. Avgörandet som avser *uteslutning* av anbud har knappast betydelse vid bedömningen av relativa värderingsmodeller (se vidare fotnot 20).

anbudsgivaren för att kunna utforma ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt förutom att göra normala avväganden beträffande sitt eget anbud även göra långtgående bedömningar om andra anbuds utformning. Dessa bedömningar kan då inte inskränkas till de anbud som skulle kunna tänkas vinna upphandlingen, utan även omfatta anbud som överhuvud taget inte kan förväntas vinna [...] I de fall en upphandlande enhet har för avsikt att anta fler än ett anbud kan [den s.k. dumpningseffekt som där riskerar uppkomma] även påverka vilka anbud utöver det bästa som antas.

Det får dessutom anses ligga i den upphandlande enhetens intresse att kunna identifiera det i förhållande till ställda krav ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dvs. det anbudet som vid uppfyllda krav har bästa förhållandet mellan önskad kvalitet och pris. Tilldelning av kontrakt bör därför inte ändras beroende på vilka andra anbud som kommer in.

Det får dessutom anses ligga i den upphandlande enhetens intresse att kunna identifiera det i förhållande till ställda krav ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dvs. det anbudet som vid uppfyllda krav har bästa förhållandet mellan önskad kvalitet och pris. Tilldelning av kontrakt bör därför inte ändras beroende på vilka andra anbud som kommer in”.¹³

Från svensk nationell (underrätts-) praxis kan vidare nämnas ett avgörande där Länsrätten i Östergötlands län hade att pröva en upphandling vid vilken poängsättningen inom kriteriet ”pris” hade gjorts beroende av en jämförelse med det prismässigt lägsta budet enligt formeln: $10 p = (\text{anbudspris}/\text{bästa anbudspris}) \times 5$. Avgörande för tilldelningen i den aktuella upphandlingen var således inte de inkomna anbuden i sig utan dessas relation till det anbud som erbjöd lägsta pris. Länsrätten, vilken förordnade att upphandlingen skulle göras om, angav bl.a. följande.

”Länsrätten konstaterar att en upphandlande enhet har stor frihet att välja vilka kriterier den skall använda samt vilken betydelse dessa skall tillskrivas. Likaså finns stort utrymme för varierande lösningar vid utformningen av utvärderingsmodell, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds (jfr RÅ 2002 ref. 50). I detta fall finner länsrätten att det är visat att [...] den utvärderingsmodell som angetts i förfrågningsunderlaget har allvarliga brister. I [utvärderingsmodellen] påverkas den inbördes rangordningen mellan de två bästa anbuden av om ytterligare ett anbud med lägre poäng ingetts eller ej. Detta förhållande gör att vilken anbudsgivare som tilldelats upphandlingen kan komma att ändras beroende på vilka andra anbud som inkommer. Upphandlingen kan härigenom inte anses säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. [Den upphandlande enheten] har därför, enligt länsrättens mening, åsidosatt kravet på affärsmässighet.”¹⁴

Tilldelningen av poäng vid den avslutande anbudsvärderingen får med ledning av det anförda inte påverkas av vilka andra anbud som har kommit in. Poäng skall tilldelas anbud med iakttagande av en objektiv måttstock och oberoende vilka andra anbud som har kommit in. Först därefter kan jämförelse ske mellan anbuden och dessa inordnas i en inbördes rangordning.

(II) Sådana krav som vid anbudsprövningen är ägnade att utesluta viss leverantör eller visst anbud från att prövas vidare kallas för skall-krav. En upphandlande enhet skall som huvudregel pröva samtliga i rätt tid inkomna anbud som uppfyller för upphandlingen ställda skall-krav. Endast vid urvalsupphandling (eller selektiv upphandling) kan enheten begränsa urvalet av anbud som skall prövas och värderas.

Fri prövningsrätt får inte förekomma vid offentlig upphandling (se NJA 1978 s. 873).¹⁵ Om viss anbudsgivare eller anbud inte uppfyller för upphandlingen ställda skall-krav får anbudet inte prövas, utan skall rätteligen förkastas från upphandlingen. Enheten får således inte efterge eller

¹³ Se Nämnden för offentlig upphandling, beslut vid nämndsammanträde den 17 oktober 2005 ”Modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling” (dnr. 2004/0024-26), s. 13.

¹⁴ Länsrätten i Östergötlands län, lagakraftvunnen dom den 4 december 2006 i mål 3828-06 (Markör Marknad och Kommunikation mot Luftfartsverket). Föremål för rättens prövning var även det förhållandet att den upphandlande enheten (Luftfartsverket) hade frångått den modell för anbudsvärdering ($10 p = (\text{anbudspris}/\text{bästa anbudspris}) \times 5$) för att med snarligt slutresultat istället tillämpa en annan modell ($10 = \text{anbudspris} - \text{bästa anbudspris} / \text{bästa anbudspris} \times 100$) / 5. Länsrätten konstaterade till grund för sin dom att ”det är visat att både den av Luftfartsverket tillämpade utvärderingsmodellen avseende beräkning av prispoäng och den utvärderingsmodell som angetts i förfrågningsunderlaget har allvarliga brister”. Upphandlingen förordnades därför göras om.

¹⁵ Se NJA 1998 s 873, Högsta domstolens dom den 23 december 1998 i mål T 1441-97 (*Sala-målet*). Där domstolen bl.a. uttalade att ”Kommunens underlag för den aktuella anbudsgivningen innehöll den uppenbart lagstridiga uppgiften att kommunen förbehöll sig fri prövningsrätt”.

bortse från något av de skall-krav som följer av förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandlingen eller av någon bestämmelse i LOU¹⁶. Enheten får heller inte förbehålla sig rätten att bortse från krav som skall medföra uteslutning från deltagande i upphandlingen. Detta skulle strida mot principerna om likabehandling och transparens. Endast anbud som uppfyller de obligatoriska skall-kraven i en upphandling kan således antas.

Enligt EG-domstolens praxis kan det inte anses förenligt med de grundläggande principerna för offentlig upphandling att ett tilldelningskriterium har den verkan att den upphandlande enheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt.¹⁷

EG-kommissionen har tidigare kritiserat Sverige i anledning av en varuupphandling som Rikspolisstyrelsen (RPS) genomförde 1994. Kritik riktades bl.a. mot att det i underlaget angavs bl.a. att "*samtliga krav i denna anbudsbegäran skall vara uppfyllda. I annat fall riskerar anbudet att förkastas...*". Denna formulering, menade kommissionen, kunde tolkas som att RPS hade förbehållit sig rätten att ta upp till prövning och anta även anbud som inte uppfyller kraven.¹⁸

Vidare har EG-kommissionen i en s.k. grönbok om offentlig upphandling bland annat påpekat att "*Vid utvärderingen av anbuderna får den upphandlande enheten ... inte medge att anbud avviker från förfrågningsunderlagets skall-krav. Enheten skulle i så fall bryta mot direktivet och principen om likabehandling av anbudsgivare.*"¹⁹

Skall-krav, där det i praktiken överlämnas till den upphandlande enheten att i efterhand godtyckligt fastställa upphandlingens ramar, får således inte förekomma.

Matematiska uteslutningskriterier, dvs. processer där anbud enbart utifrån en process där exempelvis anbudsprisets matematiska avvikelse från ett angivet normvärde (ett i förväg fastställt grundbelopp, ett medelpris eller motsvarande) och utan någon ytterligare prövning, kan komma att uteslutas från deltagande i upphandlingen har prövats av EG-domstolen i tre avgöranden.²⁰ De prövade målen har enbart avsett matematiska uteslutningskriterier nedåt, d.v.s. fall där anbud har kommit att uteslutas på grund av att de har ansetts orimligt låga (jfr. 6 kap. 12 § tredje stycket LOU).²¹ Någon motsvarande prövning avseende matematiska uteslutningskriterier uppåt, d.v.s. då anbud kan uteslutas från ytterligare värdering om de anses orimligt höga, finns emellertid inte i gemenskapsrättslig praxis. Genomgående för de av EG-domstolen prövade fallen är att domstolen inte har ansett det möjligt att automatiskt utesluta visst anbud enbart på matematisk grund. Även annan prövning, exempelvis avseende anbudens kvalitet, har i de prövade fallen bedömts

¹⁶ Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda obligatoriska krav kan således inte antas, utan skall rätteligen förkastas såsom orena bud. Principen att orena anbud alltid skall förkastas, även om bristerna skulle hänföra sig till administrativa förhållanden eller vara av formell karaktär, framgår av EG-domstolens dom den 22 juni 1993 i det s.k. *Stora Bält-målet*, Kommissionen mot Danmark (C-243/89). I detta mål, som avsåg danska statens upphandling för uppförande av en broförbindelse över Stora Bält, hade den upphandlande enheten (danska staten) inlett förhandlingar med en anbudsgivare och godtagit dennes anbud trots att anbudsgivaren inte uppfyllt ställda skall-krav och trots att förfrågningsunderlaget inte medgav någon rätt att frångå dessa krav. Förfarandet bedömdes av EG-domstolen som en överträdelse av huvudändamålet med upphandlingsdirektiven, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Vidare, menade domstolen, innebar förfarandet brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har med hänvisning till *Stora Bält-målet* flera gånger erinrat om skyldigheten som föreligger för upphandlande enheter att avvisa orena anbud (Nämnden för offentlig upphandling: NOU info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17f. Se även nämndens *Årssammanställning för 1993-95*, sid. 44).

¹⁷ Se EG-domstolens ovannämnda dom den 20 september 1988 i målet *Gebroeders Beentjes* (C-31/87), p. 26; även domstolens dom den 18 oktober 2001 i målet *SIAC Construction* (C-19/00), p. 37 samt domstolens ovannämnda dom den 17 september 2002 i målet *Concordia Bus* (C-513/99), p. 61.

¹⁸ Se Nämnden för offentlig upphandling, *NOU info okt -97*, sid 3.

¹⁹ EG-kommissionen antog i november 1996 en s.k. grönbok om offentlig upphandling. Syftet med grönboken är att behandla två huvudproblem, dels det otillräckliga och ofullständiga införlivandet av upphandlingsdirektiven i medlemsstaterna dels den relativt begränsade ekonomiska effekt som direktiven hittills har medfört. Se grönboken, avsnitt 3.29.

²⁰ Se EG-domstolens dom den 12 juni 1989 i målet *Fratelli Costanzo* (C-103/88), domstolens dom den 18 juni 1991 i målet *Donà Alfonso* (C-295/89) samt den 27 november 2001 i de förenade målen *Lombardini och Mantovani* (C-285/99 och C-286/99).

²¹ Bestämmelsen i 6 kap. 12 § tredje stycket LOU, som innebär att en upphandlande enhet får förkasta anbud som den anser vara orimligt lågt, sedan enheten skriftligt begärt förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar, återfinns även i 1 kap. 23 § LOU och motsvaras av art. 30 i det (numera upphävda) tjänsteupphandlingsdirektivet (92/50/EG) – därförinnan av bl.a. art 29.5 i upphandlingsdirektivet (71/305/EG), numera art. 55 i det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet (2004/18/EG).

erforderlig.²²

(III) Den s.k. *transparensprincipen* har även betydelse för i vilken ordning avrop skall ske i en upphandling. Av kravet på förutsebarhet följer att de efterföljande kontraktsförhållandena skall framgå i förväg på ett tydligt sätt för berörda leverantörer. Således skall det av upphandlingsförutsättningarna exempelvis framgå vilka volymer som kan komma ifråga samt, vid parallella ramavtal, att avrop skall komma att ske i en viss rangordning.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har till riksdagens konstitutionsutskott yttrat bland annat följande.

”Vid tecknandet av ett ramavtal med många leverantörer kan uppstå flera negativa konsekvenser som talar mot affärsmässighet eller ändamålsenlighet för myndigheten själv. Av dessa vill NOU särskilt nämna att de inlämnade anbuden kan bli för höga, att avropen inte görs på de förmånligaste kontrakt och att avropshanteringen fördyras och valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet försvåras. Vidare kan förfarandets överensstämmelse med EG:s upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn ifrågasättas ... Det [är] NOU:s uppfattning att det vid avropstillfället bör finnas en bestämd ordning mellan leverantörerna, så att de som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med beaktande [av] vad som angivits om kvalitetskrav) alltid utnyttjas i första hand. Det är först när dessa högst rankade leverantörer inte längre kan leverera, som man bör avropa från dem som kommer lägre ner på rangordningslistan. Vid krav [utan] noggrann prövning i samband med avropen kan de åsyftade administrativa besparingarna gå förlorade. Om sådan prövning inte görs kan det med rätta uppfattas som stötande att en leverantör som - i förhållande till de i förfrågningsunderlaget ställda kraven och kriterierna - haft ett högt anbudspris i praktiken kan få flera avrop och högre pris och göra en högre vinst än en leverantör som lämnat ett för den upphandlande enheten ekonomiskt fördelaktigare anbud.”²³

Har vid tilldelning flera parallellt antagna leverantörer antagits och sinsemellan rangordnats bör avrop således ske på ett sådant sätt att den i första hand rangordnade leverantören alltid erbjuds möjlighet att leverera och det är först när denne avböjer ytterligare leverans som beställningen kan gå vidare till den leverantör som rangordnats i andra hand, och så vidare. Någon möjlighet till att teckna ramavtal med så gott som samtliga anbudsgivare för att därefter fritt avropa varor eller tjänster mellan dessa föreligger således inte.

²² I målet målet *Fratelli Costanzo* (C-103/88) uttalade EG-domstolen bl.a. att ett matematiskt uteslutningskriterium (nedåt) frätog de anbudsgivare som hade lämnat in särskilt låga anbud möjligheten att visa att dessa anbud var seriösa. Domstolen hänvisade till det undersökningsförfarande som följde av gällande direktiv samt angav att detta förfarande alltid skulle tillämpas om den upphandlande myndigheten hade för avsikt att utesluta anbud på grund av att de var onormalt låga. I målet *Donà Alfonso* (C-295/89) hänvisade domstolen bl.a. till vad som tidigare fastslagits i *Fratelli Costanzo* (C-103/88) med innebörden att art 29.5 i då gällande upphandlingsdirektivet (71/305/EG) förbjuder medlemsstaterna att införa bestämmelser enligt vilka vissa enligt ett matematiskt kriterium bestämda anbud automatiskt utesluts från tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten, istället för att ålägga den upphandlande myndigheten att tillämpa det i direktivet föreskrivna kontradiktoriska undersökningsförfarandet, och därigenom ge anbudsgivaren en möjlighet att tillhandahålla förklaringar. I de förenade målen *Lombardini och Mantovani* (C-285/99 och C-286/99) gav domstolen uttryck för ett liknande synsätt, men tillade att det får anses tillåtet för en upphandlande myndighet att i och för sig tillämpa en beräkningsmetod för uteslutning av onormalt låga anbud vilken baseras på det genomsnittliga värdet av de i upphandlingen inkomna anbuden, trots att anbudsgivarna inte kan känna till det genomsnittliga värdet när de lämnar anbud. Som förutsättning gäller dock att anbudsgivare som lämnat anbud som framstår som onormalt låga först lämnas möjlighet att förklara sina priser på det sätt de finner lämpligt, innan den upphandlande myndigheten fattar beslut om att utesluta deras anbud. Se även Sundstrand, EG-domstolens domar om offentlig upphandling, Norstedts 2006, ss.88 f., 101 f. samt 240 ff.

²³ Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU), yttrande till riksdagens konstitutionsutskott den 17 mars 2004 (dnr. 2004-0046), ”Näringsdepartementets upphandling av ekonomisk och juridisk rådgivning gällande SJ AB” sid. 6 f.; se även nämndens uttalande från nämndsammanträde den 25 augusti 1998 (dnr. 203/96-21).

Yttrande

Länsarbetsnämnden i Stockholms län har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. hänvisat till att den tillämpade metoden för poängsättning av kriteriet ”pris” och förutsättningen att ”anbud som är mer än dubbelt så dyrt som anbud med lägsta pris kan komma att förkastas” har beslutats av Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) för användning vid upphandlingar. Länsarbetsnämnden i Stockholm följer dessa riktlinjer.

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.

Länsarbetsnämnden i Stockholms län har i den nu aktuella upphandlingen av arbetsmarknadsutbildning tillämpat en modell för anbudsvärdering och poängsättning inom kriteriet ”pris” där det anbud som erbjudit lägsta anbudspris påverkar vilka prispoäng som åsätts övriga anbud och därmed, i förlängningen, inte bara det egna anbudet utan även vilket eller vilka av de övriga anbuden som kommer att tilldelas kontrakt i upphandlingen.

En sådan relativ utvärderingsmodell riskerar i enlighet med vad bl.a. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) tidigare har uttalat, att strida mot kraven på likabehandling och transparens genom att rangordningen mellan två anbud inte är konsistent utan påverkas av att det förekommer ovidkommande bud.

I anbudsförutsättningarna har Länsarbetsnämnden vidare angivit att *”anbud som är mer än dubbelt så dyrt som anbud med lägsta pris kan komma att förkastas”*. En upphandlande enhet är som huvudregel skyldig att utvärdera samtliga i rätt tid inkomna anbud som uppfyller för upphandlingen ställda krav. Den omständigheten att länsarbetsnämnden genom formuleringen *”kan komma att förkastas”* möjligen felaktigt kan ha utrymme för en något friare prövning medför inte annan bedömning. Fri prövningsrätt eller annan godtycklig bedömning får inte förekomma vid offentlig upphandling och som EG-kommissionen tidigare har påpekat får en upphandlande enhet inte förbehålla sig rätten att anta anbud som inte uppfyller ställda krav. Den angivna grunden för vad som skall anses utgöra för höga anbud bygger även på en relativ (endogen) process. Föreskriften skulle därför, i enlighet med vad som tidigare redovisats om kraven på likabehandling och transparens, över huvud taget aldrig ha förekommit.

Slutligen genomförs löpande avrop oberoende av den rangordning som anbuderna har placerat sig i vid anbudsvärderingen. Ett sådant förfarande strider mot kraven på transparens och likabehandling eftersom den som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (med beaktande av vad som angivits om kvalitetskrav) därmed inte garanteras att komma ifråga för avrop första hand.

Skulle det vara så, som länsarbetsnämnden har uppgivit under hand, att anbuderna avser sinsemellan olika specialiteter och inriktningar, kan anbuderna dock knappast anses jämförbara för nollställning och anbudsvärdering. Upphandlingen borde under sådant förhållande ha delats upp i mindre delar, så att enbart anbud avseende samma specialitet eller inriktning jämförs med varandra.

Genom att anta och teckna kontrakt med mer än två tredje delar (18 av 23) av de godkända anbud som har kommit in i upphandlingen för att därefter avropa fritt mellan dessa synes länsarbetsnämnden ha förbehållit sig i praktiken fri prövningsrätt, vilket inte får förekomma enligt LOU och gällande gemenskapsrätt.

Sammantaget brister den aktuella upphandlingen på flera punkter mot de krav av både formell och materiell natur som kan ställas på hur en offentlig upphandling skall handläggas. Genom förfarandet har länsarbetsnämnden åsidosatt de grundläggande principer om affärsmässighet, transparens och förutsägbarhet samt likabehandling mellan anbudsgivare som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten.

Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) är inte något organ som kan dispensera från LOU eller gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv. Den omständigheten att påtalade förfaranden delvis följer av riktlinjer som har meddelats av AMS medför således inte att länsarbetsnämnden kan undgå kritik för fel och brister i upphandlingen. De påtalade felaktigheterna medför att konkurrensen på marknaden för arbetsmarknadsutbildning snedvrids samtidigt som förtroendet för länsarbetsnämnden som upphandlare har undergrävts.