

## PM 2 2000-11-08 SLUTLIG BEDÖMNING

*Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (otillbörligt gynnande).*

Länsarbetsnämnden i Västra Götaland har i en upphandling av yrkesförarutbildning valt en utifrån myndighetens egen anbudsvärdering ekonomiskt och kvalitetsmässigt dyrare lösning än vad som i övrigt erbjudits i upphandlingen.

Länsarbetsnämnden i Västra Götaland, Arbetsförmedlingen Industri Transport, har genom skrivelser till ett antal leverantörer i januari 2000 infordrat anbud på arbetsmarknadsutbildning<sup>1[1]</sup> (Dnr. 1415-00191/99). Upphandlingen avser bl.a. ett ramavtal avseende yrkesförarutbildning under perioden den 1 mars till och med den 31 december 2000, med möjlighet till förlängning i ytterligare sex månader, längst till och med den 30 juni 2001.

I förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen skall handläggas genom förfarandet för förenklad upphandling enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

Under rubriken "PRÖVNING AV ANBUD" framgår av underlaget att "Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga nedan angivna omständigheter kommer att antas. Utöver priset kommer de omständigheter som anges i specifikationen [vilken bilagts förfrågningsunderlaget som bilaga 1] ... att tillmätas betydelse".

Av den bilagda specifikationen framgår följande: "PRÖVNING AV ANBUD [rubrik] Länsarbetsnämnden kommer att anta det anbud som är det mest ekonomisk fördelaktiga med hänsyn till samtliga nedan angivna bedömningskriterier. Följande kriterier, som skall beskrivas, kommer att tillmätas betydelse vid anbudsprövningen: [nytt stycke] Kriterier av **mycket stor** vikt (ej rangordnade) \* Utbildningens upplägg och innehåll samt individualisering av undervisningen \* Dokumenterade erfarenheter av målgruppen \* Lärarkompetensen \* Förmåga att genomföra individuella utbildningsplaner \* Företagarnätverket - möjligheterna till anskaffning av arbeten (Lämna beskrivning på utarbetad plan) \* Maskinell utrustning (1 dator per person, 3 fordon / grupp på 12 elever) \* Metod för kvalitetssäkring \* Utbildningslokaler anpassade för grupper bestående av 12 elever \* Lärartäthet [nytt stycke] Kriterier av **stor** vikt (ej rangordnade) \* Ett flexibelt förhållningssätt \* Litteratur/utbildningsmaterial \* Marknadsåtgärder \* Pris" (Länsarbetsnämndens markeringar med **fet** stil). Specifikationen innefattar även beskrivning vad länsarbetsnämnden avsett med de angivna bedömningskriterierna. Någon beskrivning till ledning av bedömningen av övriga kriterier förekommer emellertid inte i underlaget. Inte heller förekommer uppgift om vilket sätt poängsättning och viktning m.m. skall ske.

Vid anbudstidens utgång, den 18 februari 2000 kl. 15.00, hade i upphandlingen inkommit fyra anbud, vilka samtliga av länsarbetsnämnden upptogs till slutlig bedömning<sup>2[2]</sup>. De således inkomna och i upphandlingen upptagna anbudens priser fördelade sig enligt följande:

	Anbud A	Anbud B	Anbud C	Anbud D
Anbudspris (i kronor):	3.885.300	4.815.350	6.543.020	4.699.200

Av en den 4 april 2000 upprättad tjänsteskrivelse med en utvärdering av inkomna anbud<sup>3[3]</sup> framgår att anbuden "... har jämförts med hänsyn tagen till de i förfrågningsunderlaget

<sup>1[1]</sup> Arbetsmarknadsutbildning omfattar enligt förordningen (1987:406) yrkesinriktad utbildning eller förberedande utbildning (orienterande eller allmänteoretisk utbildning) för enskilda personer som länsarbetsnämnden beslutar om och för vilket statligt utbildningsbidrag lämnas.

<sup>2[2]</sup> Anbudsöppningsprotokoll i upphandlingen av den 28 februari samt en tjänsteskrivelse av den 4 april 2000 (nästa fotnot).

uppställda kriterier. En betygsskala 1-3 har använts: \* 1 = uppfyller kriteriet mindre väl \* 2 = uppfyller kriteriet \* 3 = uppfyller kriteriet mycket väl. Kriterier av mycket stor vikt multipliceras med faktor 2". Länsarbetsnämnden beslutade samma dag att med hänvisning till en nedan tabellvis redovisad anbudsvärdering, anta anbudet B som det i upphandlingen mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet:

Kriterier av mycket stor vikt	Anbud A	Anbud B	Anbud C	Anbud D
Utbildningens upplägg och innehåll samt individualisering av undervisningen	2	2	1	2
Dokumenterade erfarenheter av målgruppen	2	2	1	1
Lärarkompetens	1	3	1	1
Förmåga att genomföra individuella utbildningsplaner	2	3	1	1
Företagarnätverket - möjligheterna till anskaffning av arbeten	1	2	1	1
Maskinell utrustning	2	1	1	1
Metod för kvalitetssäkring	2	3	2	1
Utbildningslokaler anpassade för grupper bestående av 12 elever	2	2	1	2
Lärartäthet	2	2	1	1
Summa poäng: (viktat ggr 2)	16x2=32	20x2=40	10x2=20	11x2=22
<b>Kriterier av stor vikt</b>				
Ett flexibelt förhållningssätt	2	2	1	2
Litteratur/utbildningsmaterial	3	2	1	1
Marknadsåtgärder	2	2	1	1
Pris:	3	2	2	1
Summa poäng:	10	8	5	5
Total summa poäng:	42/66	48/66	25/66	27/66
Total summa poäng, exkl. prispoäng:	39/63	46/63	23/63	26/63

Vid en beräkning av anbudens pris uppdelat enligt länsarbetsnämndens poängsättning fördelar sig anbudet enligt följande: (från poängen för "pris" har i beräkningen bortsetts)

	Anbud A	Anbud B	Anbud C	Anbud D
Anbudspris per poäng (i kronor)	99.623	104.681	284.479	180.738

### Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Länsarbetsnämnden i Västra Götaland riskerar att åsidosätta upphandlingslagen och därmed snedvrider konkurrensen genom att i en upphandling avseende yrkesförarutbildning välja en utifrån myndighetens egen värdering prismässigt dyrare lösning än vad som i övrigt erbjudits i upphandlingen.

Offentliga upphandlingar regleras sedan den 1 januari 1994 genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Utbildning inkl. yrkesutbildning utgör sådana övriga s.k. B-tjänster (kategori 24) enligt bilaga B till lagen, som skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§ 6 kap. samt 7 kap. LOU<sup>4[4]</sup>. Som huvudregel skall därvid lagens förfarande för förenklad upphandling tillämpas. Upphandlingslagen bygger på ett antal EG-direktiv angående offentlig upphandling.<sup>5[5]</sup>

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn. I förarbetena<sup>6[6]</sup> till

<sup>3[3]</sup> Tjänsteskrivelse "UTVÄRDERING av anbud vid upphandling av arbetsmarknadsutbildning" daterad den 4 april 2000 och undertecknad av Thomas Gustafsson, AF -chef.

<sup>4[4]</sup> Se 6 kap. 1 § LOU.

<sup>5[5]</sup> Prop. 1992/93:88 s. 72

<sup>6[6]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

LOU motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Bestämmelserna medför också att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Grundläggande gemenskapsrättsliga principer inom offentlig upphandling är principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet. Dessa principer skall enligt uttalanden i upphandlingslagens förarbeten samt i svensk praxis<sup>7[7]</sup> gälla även upphandlingar enligt upphandlingslagens nationellt reglerade 6 kap.

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling anges att en upphandlande enhet som hänvisar till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bör göra klart för sig redan från början hur olika omständigheter kan värderas i ekonomiska termer.

Enligt den s.k. *transparensprincipen* skall upphandlingsprocessen kännetecknas av förutsebarhet. Frågan om grunderna för vilka anbud som skall antas är vidare mycket central i lagen för syftet att uppnå en icke diskriminerande upphandling. Av såväl själva lagtexten som förarbetena till bestämmelsen i 6 kap. 12 § LOU<sup>8[8]</sup> framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbuden inte får beakta andra omständigheter än sådana som angivits i annonsen eller förfrågningsunderlaget för upphandlingen. Föredragande departementschefen uttalar därvid att "*[d]et får ... inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på*". Om kraven i förfrågningsunderlaget, utan angivande av några närmare definitioner, begränsats till att enbart omfatta punktvis uppställa kriterier, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbuden. Kammarrätten i Sundsvall har i ett avgörande, som får anses vara vägledande, bland annat angivit att ett förfarande, där det *överlämnats åt anbudsgivarna att själva ange vad de anser ligga i de olika begreppen och i vilken mån de uppfyller dem*, och därmed har lämnat utrymme för en helt subjektiv bedömning, strider mot lagens krav på affärsmässighet.<sup>9[9]</sup>

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall en upphandlande enhet om möjligt ange de omständigheterna enligt vilka anbud kan komma värderas. Omständigheterna skall anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Nämnden för offentlig upphandling (NOU), vilken utövar tillsyn över upphandlingslagen tillämpning, har angett att detta lagrum skall läsas restriktivt, "*dvs. endast när det inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från detta. Det är NOU:s uppfattning att rangordningen emellertid måste ha gjorts av den upphandlande enheten innan anbuden skall jämföras. För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbuden krävs ofta också någon form av viktning och betygssättning av kriterierna. För att anbudsgivarna skall kunna lämna så ändamålsenliga anbud som möjligt, är det angeläget att en sådan viktning och betygssättning framgår av förfrågningsunderlaget. För en upphandlande enhet kan det ofta vara nödvändigt att göra klart för sig hur rangordning, viktning och betygssättning skall ske, innan förfrågningsunderlaget slutligen utformats. Härigenom tvingas enheten att tänka igenom vad som är nödvändigt och viktigt för den aktuella upphandlingen*".<sup>10[10]</sup> Nämndens uttalande har knäsat i rättspraxis i flera mål, senast av Länsrätten i Skåne län genom dom den 17 maj 2000 i mål 2241-00 E. Länsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om till följd av att värderingsgrunderna inte rangordnats. Liknande domar har tidigare avkunnats av

<sup>7[7]</sup> Prop. 1993/94:78 sid. 15 ff., se vidare uttalanden i NJA 1998 s. 873 (dom den 23 december 1998 i mål nr. 1441:97, arkitekttjänst i Uppsala ./ Heby kommun) "...även bestämmelserna för upphandlingar av detta slag är i motsvarande delar anpassade till vad som följer av gemenskapsrätten..." – se även EG-domstolens dom den 17 juni 1997 i mål C-28/95 (Loer-Bloem ./ Konungariket Belgien).

<sup>8[8]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72, jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid. 34.

<sup>9[9]</sup> Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

<sup>10[10]</sup> Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i "NOU-info", årsammanställningen för 1996, sid. 19-20.

Länsrätten i Göteborg, Länsrätten i Gävleborgs län samt av Länsrätten i Norrbottens län. Även Högsta domstolen har i avgörandet NJA 1998 s. 873 konstaterat att den upphandlande enheten "... i förfrågningsunderlaget eller annonsen om upphandling [skall] ange vilka omständigheter som enheten tillmäter betydelse och om möjligt rangordna dessa efter angelägenhetsgrad" samt erinrat om den skyldighet som i angivet avseende följer av EG-rätten.<sup>11[11]</sup> Domstolen konstaterade också i målet att s.k. *fri anbudsprövning* är "uppenbart lagstridigt" vid offentlig upphandling.<sup>12[12]</sup>

Värderingen av inkomna anbud skall enligt 6 kap. 12 § LOU vidare ske i enlighet med de för upphandlingen angivna kraven. Den upphandlande enheten skall anta antingen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det bud som har lägst anbudspris. Om den upphandlande enheten väljer utvärderingsformen "ekonomiskt mest fördelaktiga anbud", får enheten vid anbudsvärderingen ta hänsyn till samtliga i annonsen eller förfrågningsunderlaget angivna kriterier, inte bara till priset. Av utvärderingsformen följer dock att värderingskriterierna skall uppskattas i ekonomiska termer och på ett sinsemellan likvärdigt sätt. I lagförarbetena<sup>13[13]</sup> anges att "det är tillåtet att ställa andra krav som den upphandlande enheten anser vara viktiga. Dessa krav skall dock vara affärsmässigt avvägda i förhållande till det som upphandlas". Kravställandet måste således följa den s.k. proportionalitetsprincipen (se nedan).

Enligt den s.k. *proportionalitetsprincipen* som har sin grund i EG-Romfördraget, skall bland annat relevansen av ställda krav för varje enskild upphandling prövas i relation till andra ställda krav och i förhållande till föremålet för upphandlingen. Objektivt omotiverade snedvridningar i relationen mellan de ställda kraven kan därför strida mot proportionalitetsprincipen. Det är således ytterst den upphandlade varans eller tjänstens pris i proportionell relation till de för upphandlingen angivna värderingskraven, som skall vara avgörande för det slutliga upphandlingsbeslutet.

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "uppkommen skada" avses enligt lagens förarbeten inte bara onödiga kostnader m.m. (*damnum emergens*) utan även utebliven vinst på grund av att leverantören går miste om den intäkt som uppdraget skulle ha medfört (*lucrum cessans*)<sup>14[14]</sup>. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då avtal i upphandlingen slöts.

I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets<sup>15[15]</sup> regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att ha korrekta förfaranden. En leverantör bör kunna utgå ifrån att ett anbud som han lägger ned möda och kostnader på kommer att beaktas på ett rättvist sätt.

### Yttrande

Länsarbetsnämnden i Västra Götaland har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, men skriftligen meddelat att myndigheten beslutat att avstå från att avge yttrande i ärendet.

### Bedömning

<sup>11[11]</sup> Se Högsta domstolen i NJA 1998 s. 873 (jfr not 5). Se även EG-domstolens dom den 20 september 1988 i mål C-31/87 (Gebroeders Beentjes ./ Konungariket Nederländerna).

<sup>12[12]</sup> Angående fri anbudsprövning uttalade Högsta domstolen i NJA 1998 s. 873 särskilt att det i målet aktuella förfrågningsunderlaget "... innehöll den *uppenbart lagstridiga* uppgiften att [den upphandlande enheten] förbehöll sig fri prövningsrätt" (KKOs kursivering).

<sup>13[13]</sup> Prop. 1996/97:153 s. 61

<sup>14[14]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 103

<sup>15[15]</sup> 89/665/EEG ar. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

I den aktuella upphandlingen av tjänster för utbildning av yrkesförare har Länsarbetsnämnden i Västra Götaland tillämpat s.k. förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling. Vid denna upphandlingsform skall samtliga i tid inkomna anbud ekonomiskt värderas i enlighet med förutsättningarna för upphandlingen, såsom dessa har angivits i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande enheten skall därefter anta det anbud som utifrån de redovisade förutsättningarna är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller som har lägsta pris.

Av upphandlingsunderlaget framgår att länsarbetsnämnden valt att anta det anbud som var det "*ekonomiskt mest fördelaktiga*" med hänsyn till samtliga omständigheter. Utöver priset skulle ytterligare ett antal omständigheter som anges i specifikationen till upphandlingen bedömas. Vidare framgår ett viktningssystem enligt vilket omständigheten "*pris*" jämfört med övriga variabler uppskattats på ett sådant sätt att förekommande prisskillnader mellan anbuden tillmätts koefficienten 3 procent<sup>16[16]</sup>. Någon beskrivning av på vilket sätt utvärderingen av anbuden skulle komma att ske, bland annat att en tregradig betygsskala skulle användas, förekom inte i upphandlingen. Inte heller klarlades det för anbudsgivarna i förväg på vilka grunder värderingen skulle komma att ske.

Utformningen av förutsättningarna för upphandlingen föranleder därför följande kritiska påpekanden:

- Den omständighet att värderingskriterierna för upphandlingen angivits enbart punktvis torde med ledning av den rättspraxis som redovisats strida mot den inom upphandlingsrätten gällande s.k. *transparensprincipen*, d.v.s. principen om att förutsättningarna för anbudsvärdering m.m. i en upphandling skall kunna förutses av anbudsgivarna. De allmänt hållna kravkriterierna i den aktuella upphandlingen synes ha medför att länsarbetsnämnden i praktiken gjort en s.k. fri anbudsprövning, vilket inte får förekomma enligt lag.
- Indelningen av värderingskriterierna i två grupper kan med hänsyn till det stora antalet kriterier som är ifråga knappast anses utgöra någon rangordning i lagens mening utan strider enligt vad som redovisas om gällande praxis mot transparensprincipen. Även den omständigheten att det i förfrågningsunderlaget inte redovisas på vilket sätt kriterierna enligt gruppen A skall prioriteras framför gruppen B torde strida mot denna princip.

Upphandlingens fortsatta handläggning inom länsarbetsnämnden förtjänar dessutom kritik i följande avseenden:

- Vid tillämpning av utvärderingsformen "*ekonomiskt mest fördelaktigt anbud*" bör förekommande anbudspris över huvud taget inte ingå i någon poängvärdering. Priset utgör istället den konstant gentemot vilken övriga värdekoeficienter skall jämföras så att det sammantaget *ekonomiskt* mest fördelaktiga anbudet skall kunna väljas ut.

Om man därför bortser från värderingen av variabeln "*pris*" i den aktuella uppställning som länsarbetsnämnden gjort, har det vinnande anbudet B en poängsumma som med 18 procent överstiger det förlorande anbudet A:s medan B:s anbudspris med hela 23,4 procent överstiger A:s pris. Med utgångspunkt i länsarbetsnämndens egen anbudsvärdering överstiger således nyttan av den påstått högre kvaliteten i B:s anbud inte prisskillnaden mellan anbuden. Även omräknat i pris per poäng är det förlorande anbudet

<sup>16[16]</sup> I en poängvärdeskala 1-3 där 1 är lägsta poäng kan skillnaden mellan i skalan bedömda anbud maximalt utgöra 2 poäng. Jämfört med totalsumman 66 poäng motsvarar värderingskoefficienten 2 poäng c:a 3 procent (3,0303 procent).

A *ekonomiskt* mer fördelaktigt än det vinnande anbudet B, med ett anbudspris på 99.623 kronor per poäng, att jämföras med B:s pris på 104.681 kronor per poäng.

- Av utredningen i övrigt framgår att det förlorande anbudet A väl tillgodosett samtliga krav i upphandlingen samt enligt länsarbetsnämndens egen värdering erbjudit en jämförelsevis mycket god kvalitet samt det av samtliga anbud lägsta priset. Genom att inte anta detta anbud har länsarbetsnämnden åsidosatt kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling.

Sammantaget har enligt Konkurrenskommissionens mening Länsarbetsnämnden i Göteborg utformat förutsättningarna för den aktuella upphandlingen av arbetsmarknadsutbildning på ett sätt som strider mot transparensprincipen enligt lagen om offentlig upphandling. Beslutet om slutligt val av leverantör har inte heller skett på affärsmässiga grunder, eftersom det vinnande anbudet A:s högre pris (drygt 23 procents prisskillnad jämfört med anbud B) enligt länsarbetsnämndens egna värdering inte uppvägs av motsvarande grad högre kvalitet (endast 18 procents skillnad i kvalitetspoäng).

Genom förfarandet har det allmänna orsakats kostnader i onödan för den aktuella trafikutbildningen samtidigt som länsarbetsnämnden riskerar att dömas att betala skadestånd till den förfördelade leverantören A i anledning av upphandlingens handläggning.

---