KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 00-057

PM 2 2000-09-13 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (bland annat genom otillbörlig särbehandling).

Länsarbetsnämnden i Hallands län har vid upphandling av arbetsmarknadsutbildning begränsat föremålet för upphandlingen så att endast vissa utbildningsorter - där en av de i upphandlingen tänkbara anbudsgivarna bedriver verksamhet - kan komma ifråga. Utbildningsanordnare med driftställe på andra orter i länet utesluts därmed från deltagande i upphandlingen. Värderingskriterierna i upphandlingen har vidare angivits enbart punktvis utan närmare rangordning och utan specifikation av vad som avses med kriterierna.

Länsarbetsnämnden i Hallands län har i juni 2000 begärt in anbud avseende tjänster för industriteknisk arbetsmarknadsutbildning (dnr. 1300-2000/165). Upphandlingen omfattar perioden den 1 januari 2001 till och med den 30 juni 2002 med möjlighet för länsarbetsnämnden att förlänga avtalet ytterligare sex månader. Anbudstiden går ut den 28 augusti 2000.

Den aktuella typen av arbetsmarknadsutbildning har tidigare tillhandahållits Länsarbetsnämnden i Hallands län av Lernia AB, tidigare AmuGruppen[1[1]]. Utbildningen har då bedrivits på kursorterna Halmstad, Falkenberg samt Varberg. Av förfrågningsunderlaget i upphandlingen framgår att utbildningen skall tillhandahållas arbetssökande från hela länet för vilka statligt utbildningsbidrag lämnas. De aktuella utbildningarna vänder sig således till sökande från hela Hallands län.

Av förfrågningsunderlaget för upphandlingen framgår att denna skall handläggas enligt förfarandet för s.k. *förenklad upphandling* enligt lagen om offentlig upphandling.

I underlaget har specifika kursorter reglerats på ett sådant sätt att angiven utbildning på andra orter inte kan komma ifråga. Av underlagets allmänna del jämte relevanta bilagor framgår, att utbildningar för verkstadsteknik, plåt- och svetsteknik samt el/tele-, styr- och reglerteknik (bilagorna: 1a-c till förfrågningsunderlaget) skall bedrivas i Halmstad, att en utbildning för plåt- och svetsteknik även skall bedrivas i Falkenberg (bilaga 2 till förfrågningsunderlaget) och att utbildningar för verkstadsteknik och el/tele-, styr- och reglerteknik (bilagorna: 3a-b till förfrågningsunderlaget) även skall bedrivas i Varberg. Varken av det aktuella förfrågningsunderlaget eller av något annat underlag för upphandlingen framgår något affärsmässigt motiverat skäl till uppdelningen på fasta, i förväg angivna kursorter.

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken ”PRÖVNING AV ANBUD” vidare att det anbud i upphandlingen som är mest fördelaktiga med hänsyn till ett betydande antal kriterier skall komma att antas. Bedömningskriterierna ha delats upp i två grupper: grupp A med 16 sinsemellan icke rangordnade kriterier samt grupp B med åtta icke rangordnade kriterier. I underlaget anges att ”Grupp A har högre prioritering än grupp B”. På vilket sätt prioriteringen skall ske mellan grupperna av kriterier anges emellertid inte. Bland de lägre prioriterade kriterierna i gruppen B återfinns bland annat kriteriet ”Kurspris”.

De angivna utvärderingskriterierna har vidare angivits punktvis, utan någon närmare precisering av vad som avses med kriterierna eller hur inkomna anbud skall komma att värderas i enlighet med dessa. Enbart på en punkt av 24 (punkten ”Säljarens kundbas och marknadskontakter”) har en kortfattad beskrivning av vad som avses med kriteriet lämnats.

1[1] Lernia AB, ägs av svenska staten. Bolaget hette tidigare AmuGruppen. År 1999 omsatte bolaget 1,9 miljarder kronor varav 91 procent hänförde sig till arbetsmarknads- och företagsutbildning.

Efter att en promemoria med en preliminär bedömning upprättats och skickats till bland annat länsarbetsnämnden har Länsrätten i Hallands län på talan av en leverantör beslutat om verkställighetsförbud tills vidare (inhibition) av den aktuella upphandlingen.[2[2]] Länsarbetsnämnden (eg. Staten genom Arbetsmarknadsstyrelsen – AMS) har därefter medgivit talan att upphandlingen skall göras om.[3[3]]

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras frågan huruvida Länsarbetsnämnden i Hallands län genom att utan affärsmässiga skäl begränsa den aktuella upphandlingen till att enbart omfatta utbildning på vissa angivna orter samt genom att i övrigt utforma förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att för anbudsvärderingen relevanta kriterier varken närmare klargjorts eller inbördes rangordnats, har åsidosatt kravet på affärsmässighet vid offentlig upphandling och därmed snedvridit konkurrensen.

Offentliga upphandlingar som påbörjats efter den 1 januari 1994 regleras i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Tjänster för utbildning, inkl. yrkesutbildning, utgör sådana s.k. B-tjänster (kategori 24) enligt en bilaga till lagen, vilka oavsett värdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-4 §§ 6 kap. samt 7 kap. LOU[4[4]].

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 till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering[5[5]] (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. Lagens bestämmelser medför också att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Det huvudsakliga syftet med lagen om offentlig upphandling är att säkra att upphandlingen sker genom en effektiv konkurrens och att leverantörerna och deras ansökningar och anbud behandlas utan ovidkommande hänsyn. Därtill hör att anskaffning sker under öppna och förutsebara former och att alla anbudsgivare behandlas lika (se nedan om EG-Romfördraget).

Enligt 6 kap. 3 § LOU får en upphandlande enhet varken i förfrågningsunderlaget eller i annat underlag för upphandlingen beskriva föremålet för upphandlingen på sådant sätt att endast en viss vara eller viss process kan komma i fråga. Av motiven till bestämmelsen[6[6]] framgår att den upphandlande enheten inte får utforma beskrivningen av det som skall upphandlas på ett sådant sätt att upphandlingen i praktiken inte kommer att ske på hela marknaden utan faktiskt utesluter leverantörer som visserligen inte kan tillhandahålla exakt det som efterfrågas men i var fall något som borde kunna fungera lika bra. Bestämmelsen innehåller ett förbud mot att beskriva föremålet för upphandlingen på ett alltför begränsande sätt. Detta har även varit föremål för avgöranden i praxis. Bland annat har Kammarrätten i Jönköping avgjort ett liknande fall där en upphandling av arbetsmarknadsutbildning begränsats till kursorterna Ronneby och Sölvesborg. Kammarrätten uttalade att ett ensidigt gynnande av ifrågavarande karaktär innebär att en reell anbudstävlan inte kan uppkomma och att förfarandet därmed strider mot lagen om offentlig upphandling, samt förordnade att upphandlingen skulle göras om (se Konkurrenskommissionens utredning KKO 95-022). Även Länsrätten i Skaraborgslän har i ett liknande mål - där Skövde var enda tänkbara kursort -

---

2[2] Länsrätten i Hallands län, beslut den 25 augusti 2000 i mål nr. 1459-00.

3[3] Yttrande den 5 september 2000 i mål nr. 1459-00, från Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) till Länsrätten i Hallands län.

4[4] Se 6 kap. 1 § LOU.

5[5] Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.

6[6] Prop. 1992/93:88, sid. 68 samt prop. 1993/94:78 sid. 259.

kommit till motsvarande slutsats (dom i mål nummer 238-97 – se vidare Konkurrenskommissionens utredning i ärendet: KKO 97-018).

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 omständligheter kan värderas i ekonomiska termer. Upphandlingslagen bygger på ett antal EG-direktiv angående offentlig upphandling. [7[7]]

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[8[8]] gälla även upphandlingar enligt upphandlingslagens nationellt reglerade 6 kap.

Principen om *tranparens* innebär att upphandlingsprocessen skall 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[9[9]] 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. [10[10]]

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall en upphandlande enhet om möjlig 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 betygsättning skall ske, innan förfrågningsunderlaget slutligen utformats. Härigenom tvingas enheten att tänka igenom vad som är nödvändigt och viktigt för den aktuella upphandlingen”. [11[11]] Nämndens uttalande har knäsatts 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 Länsrätten i

---

7[7] Prop. 1992/93:88 s. 72

8[8] 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).

9[9] Prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72, jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid. 34.

10[10] Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997 Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

11[11] Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i ”NOU-info”, årssammanställningen för 1996, sid. 19-20.

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.[12[12]] Domstolen konstaterade också i målet att s.k. *fri anbudsprövning* är ”uppenbart lagstridigt” vid offentlig upphandling.[13[13]]

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*)[14[14]]. Talan om skadestånd kan enligt samma kapitel 8 § väckas av leverantör vid allmän domstol. Talan skall väckas inom ett år från den dag då beslut om leverantör fattats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets[15[15]] regler är att åstadkomma ett tryck på de upphandlande enheterna att iaktta 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.

Enligt EG/Romfördraget gäller en allmän princip om likabehandling. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (prop. 1994/95:19, del 1 sid. 478) att "Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har dock slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen". Den allmänna likabehandlingsprincipen innebär att en medlemsstats myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra, vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

Yttrande

Länsarbetsnämnden i Hallands län har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom utsatt tid inkomma med något svar.

Bedömning

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 arbetsmarknadsutbildning har Länsarbetsnämnden i Hallands län begränsat förutsättningarna till enbart kursorter där en

---

12[12] 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).

13[13] 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).

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

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

tidigare leverantör – det statliga Lernia AB, (f.d. AmuGruppen) - bedriver verksamhet. Begränsningarna till de angivna orterna synes inte ha motiverats av affärsmässiga skäl.

I upphandlingsunderlaget har angivits att länsarbetsnämnden valt att tillämpa utvärderingsformen ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbud”. Till stöd för värderingen av inkomna anbud förekommer tjugofyra (24) kriterier med krav som anbudsgivarna bör uppfylla. Samtliga kriterier utom ett har angivits punktvis och utan någon vägledning för tänkbara anbudsgivare om vad som avses med de uppställda kraven, eller hur dessa skall komma att beaktas vid värderingen av inkomna anbud.

Kriterierna har vidare delats upp i två grupper, grupp A med 16 kriterier och grupp B med 8 kriterier, varav grupp A skall ha ”högre prioritering”. På vilket sätt prioriteringen mellan grupperna skall ske anges emellertid inte.

Det sätt på vilket länsarbetsnämnden angivit förutsättningarna för upp den aktuella upphandlingen föranleder följande kritiska påpekanden:

1) Som framgår av de ovan refererade avgörandena i praxis strider upphandlingsunderlagets begränsning till vissa namngivna kursorter mot kravet på affärsmässighet enligt lagen om offentlig upphandling. Varken i förfrågan eller något annat underlag för upphandlingen anges något affärsmässigt skäl till varför enbart dessa orter kan komma ifråga för just de angivna utbildningarna. Även om geografiska skäl eller kommunikationsskäl skulle motivera urvalet av kursorter, kan sambandet mellan de namngivna kursorterna och just de angivna typerna av utbildning inte förklaras affärsmässigt. Förfarandet synes därmed vara ägnat att gynna Lernia AB (tidigare AmuGruppen) på konkurrenternas bekostnad.

2) Den omständighet att värderingskriterierna för upphandlingen redovisats 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 medför att länsarbetsnämnden i praktiken kan göra en s.k. fri anbudsprövning, vilket inte får förekomma enligt lag.

3) Indelning 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 upphandlingsrättens *transparensprincip*. 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.

Vid en samlad bedömning har enligt Konkurrenskommissionens mening Länsarbetsnämnden i Hallands län utformat förutsättningarna för den aktuella upphandlingen av arbetsmarknadsutbildning på ett sätt som är ägnat att ensidigt gynna Lernia AB (f.d. AmuGruppen) på konkurrenternas bekostnad samt även i övrigt snedvrida förutsättningarna för en effektiv konkurrens på den allmänna marknaden för arbetsmarknadsutbildning.

Den omständighet att upphandlingen, efter bland annat beslut i domstol om inhibition, skall göras om medför att inga ytterligare kommentarer från Konkurrenskommissionens sida bedöms nödvändiga.