

PM 1 2001-12-13 SLUTLIG BEDÖMNING

Staten, g.m. Socialstyrelsen har i en upphandling av administrativa datatjänster valt en utifrån myndighetens egen anbudsvärdering ekonomiskt och kvalitetsmässigt dyrare lösning än vad som i övrigt erbjudits i upphandlingen.

Socialstyrelsen, har genom skrivelser till ett antal leverantörer i oktober 2000 infortrat anbud på dataregistrering av dödsorsaksintyg (Dnr. 01-10407/2000) . Upphandlingen avser tjänsten att under perioden 1 december 2000 till och med den 30 november 2001 på datamedium registrera dödsorsaksintyg för varje person som är folkbokförd i Sverige och som avlidit under den period uppdragsavtalet gäller. Totalt c:a 95.000 intyg per år. Pris skall enligt underlaget för upphandlingen avges per registrerat intyg.

Under rubriken ”Anbudsprovning” framgår av en kravspecifikation i upphandlingsunderlaget att ”Socialstyrelsen kommer att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till följande utvärderingskriterier: * förslag till upplägg av arbetet/projektet * förmåga att hålla leveransplan * kompetens och erfarenhet hos deltagande medarbetare * transporttjänst * pris”. Värderingskriterierna var inte rangordnade i anbudsunderlaget. Någon beskrivning till ledning av bedömningen av de angivna kriterierna förekommer emellertid inte i underlaget. Inte heller förekommer någon uppgift om på vilket sätt poängsättning av anbuderna i enlighet med kriterierna skall ske.

Vid anbudstidens utgång, den 27 oktober 2000 hade i upphandlingen inkommit sju anbud. Av dessa upptog Socialstyrelsen sex anbud till slutlig bedömning^{1[1]}. Ett anbud förkastades då det inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. En promemoria med utvärdering av inkomna anbud och förslag till beslut har upprättats av den inom Socialstyrelsen upphandlingsansvariga tjänstemannen. Promemorian, som är daterad den 20 och den 23 november 2000, anger bland annat att de olika för upphandlingen angivna kriterierna har poängsatts (i en tregradig skala med halvgrader enligt följande: 1p. / 1,5 p. / 2 p./ 2,5 p. samt 3 p., där 1 poäng är lägst och 3 poäng är högst). Anbudens sinsemellan poäng fördelade sig enligt Socialstyrelsens värdering på följande sätt:

Anbudsgivare:	Anbud A	Anbud B	Anbud C	Anbud D	Anbud E	Anbud F
Upplägg:	2 p.	1 p.	1 p.	3 p.	1 p.	2 p.
Leveransplan:	1 p.	1 p.	2 p.	2,5 p.	2 p.	3 p.
Kompetens:	2 p.	1 p.	2 p.	2 p.	3 p.	3 p.
Transport:	1 p.	2,5 p.	2 p.	2,5 p.	2,5 p.	3 p.
Pris:	3 p.	1 p.	1 p.	3 p.	1,5 p.	2,5 p.
Summa poäng:	9 p.	6,5 p.	8 p.	13 p.	10 p.	13,5 p.
S:a poäng exkl.prispoäng:	6 p.	5,5 p.	6 p.	10 p.	8,5 p.	11 p.

Anbudens pris fördelade sig enligt följande:

Anbudsgivare:	Anbud A	Anbud B	Anbud C	Anbud D	Anbud E	Anbud F
Pris per intyg:	8 kr.	27,50	40 kr.	7,60 kr.	15 (-35) kr	12 kr.
Totalt pris:	760.000 kr.	2.612.500 kr.	3.800.000 kr.	722.000 kr.	1.425.000 kr.	1.140.000 kr.

Vid en beräkning av anbudens pris uppdelat enligt Socialstyrelsens poängsättning fördelar sig anbuderna enligt följande: (från poängen för ”pris” har i beräkningen bortsetts):

^{1[1]} Tjänsteskrivelse av den 23 oktober 2000 (namnteckningsdaterad den 20 oktober 2000) och underskriven av Annika Lundin, ansvarig tjänsteman för den aktuella upphandlingen vid Socialstyrelsen.

Anbudsgivare:	Anbud A	Anbud B	Anbud C	Anbud D	Anbud E	Anbud F
Pris per styck per poäng :	1,33 kr./st.	5 kr. kr./st.	6,66 kr./st.	0,76 kr./st.	1,70 kr./st.	0,91 kr./st.
Totalt pris per poäng:	126.666 kr.	86.363	633.333 kr.	72.200 kr.	167.647 kr.	103.636 kr.

Som en kommentar till poängvärderingen anger Socialstyrelsen i utvärderingspromemorian att *”Vi har valt att rangordna kriterierna efter hur viktigt vi anser det är att varje kriterium är uppfyllt enligt följande (med det viktigaste som punkt 1): 1. Kompetens och erfarenhet 2. Upplägg 3. Leveransplan 4. Pris 5 Transport”*. Myndigheten anger vidare i värderingspromemorian att *”En enkel summering av poängen ger att [Anbudsgivare F] får den högsta poängsumman tätt följd av [Anbudsgivare D] med nästna lika hög poäng”*. Under rubriken *”Sammanfattning av prövning”* anger utvärderingspromemorian att *” Utan rangordning av utvärderingskriterierna värderas [Anbudsgivare F] marginellt bättre än [Anbudsgivare D]. Om viktning görs blir skillnaden något större. [Nytt stycke] För att få en bekräftelse på vår värdering togs en kontakt med referenter. Kontakten med referenterna förändrade inte vår värdering. [Nytt stycke, rubrik: Förslag till beslut]. Med hänvisning till ovanstående utvärdering föreslås att avtal tecknas med [Anbudsgivare F]. Detta blev även Socialstyrelsens beslut. Kontrakt i upphandlingen skall enligt uppgift ha tecknats med Anbudsgivare F.*

Upphandlingens värde kan uppskattas till c:a 1 miljon kronor. Mellan anbud D och F skiljde vid anbudsvärderingen 1 poäng eller 10 procent ($1 \cdot 10 = 0,10$), där vinnande anbud F var tio procent bättre än E. Prisskillnaden mellan anbud D och F uppgick till 4,40 kronor per registrerat intyg eller drygt 57 procent ($4,40 \cdot 7,60 = 0,5789$) där vinnande anbud F var 57 procent dyrare än D. Totalt uppgick prisskillnaden mellan D och F till c:a 418.000 kronor för den aktuella entreprenaden.

Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Datatjänster och därmed anknutna tjänster utgör sådana A-tjänster (kategori 7) enligt bilaga A till lagen, som om värdet av tjänsterna understiger tröskelvärdet 1,756 miljoner kronor^{2[2]} skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap. 1-6 §§ 6 kap. samt 7 kap. LOU^{3[3]}. Som huvudregel skall därvid lagens förfarande för *förenklad upphandling* tillämpas. Upphandlingslagen bygger på ett antal EG-direktiv angående offentlig upphandling.^{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^{5[5]} till 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^{6[6]} gälla även upphandlingar enligt upphandlingslagens nationellt reglerade 6 kap.

^{2[2]} Enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling gällande tröskelvärde från den 1 april 2000, vid upphandlingar av tjänster.

^{3[3]} Se 6 kap. 1 § LOU.

^{4[4]} Prop. 1992/93:88 s. 72.

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

^{6[6]} 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).

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^{7[7]} framgår att den upphandlande enheten vid värderingen av anbud 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 uppställda kriterier, kan dessa inte på ett affärsmässigt sätt läggas till grund för värderingen av anbud. Kammarrätten i Sundsvall har i två avgöranden, 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.^{8[8]}

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 anbuderna skall jämföras. För att åstadkomma en rättvis jämförelse av anbuderna 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*".^{9[9]} 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 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.^{10[10]} Domstolen konstaterade också i målet att s.k. *fri anbudsprövning* är "*uppenbart lagstridigt*" vid offentlig upphandling.^{11[11]}

^{7[7]} Prop. 1992/93:88, sid. 51-52 samt 71-72, jfr. ursprungligt textförslag till 6 kap. 10 § i prop. 1993/94:78 sid. 34.

^{8[8]} Se Kammarrätten i Sundsvall, dom i mål nummer 943-1997. Kammarrättens avgörande har överklagats till Regeringsrätten, som beslutat att inte meddela prövningstillstånd. Se även kammarrättens den 30 juni 2000 avkunnade dom i mål nr. 1669-2000 där domstolen bland annat upprepat kravet på att utvärderingskriterier skall vara tydliga för att kunna läggas till underlag för värdering av anbud.

^{9[9]} Se Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i "NOU-info", årssammanställningen för 1996, sid. 19-20.

^{10[10]} 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).

^{11[11]} 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).

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^{12[12]} 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.

Enligt *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*)^{13[13]}. 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^{14[14]} 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

Socialstyrelsen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Socialstyrelsens intresse har i den aktuella upphandlingen varit att välja en anbudsgivare med så god kompetens som möjligt. Priset per intyg kan därför inte ensamt anses avgörande för vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt för myndigheten. Någon rangordning av utvärderingskriterierna har inte skett utan kriterierna har bedömts enligt principen lika viktning ”*Därutöver kommenterades i utvärderingen hur bedömningen skulle ha utfallit i det fall rangordnad viktning hade tillämpats*”.

Poängsättningen har varit ett hjälpmedel för att kunna jämföra värderingskriterierna, och oavsett skala blir den inbördes skillnaden mellan kriterierna lika. Att poängsättningen inte var känd i förväg skall således inte påverka anbudsgivarna.

Vad avser kravet på tydlighet och förutsebarhet hos värderingskriterierna har anbudsgivarna haft möjlighet att föra talan om överprövning i länsrätt mot upphandlingen, vilket inte skett.

När det gäller poängbedömningen för pris är den matematiskt motiverad utifrån föreliggande prisskillnader mellan anbudena.

Bedömning

^{12[12]} Prop. 1996/97:153 s. 61.

^{13[13]} Prop. 1992/93:88, sid. 103.

^{14[14]} 89/665/EEG art. 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 administrativa datatjänster för registrering av dödsorsaksintyg har Socialstyrelsen 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. Värdering av anbud kan således inte ske på grunder som inte angivits i underlaget för upphandlingen eller på annat sätt i förväg klarlagts för anbudsgivarna.

Av upphandlingsunderlaget framgår att Socialstyrelsen valt att anta det anbud som var det ”ekonomiskt mest fördelaktiga” med hänsyn till ett antal punktvis angivna och icke rangordnade kriterier. Någon beskrivning av vad som avses med de angivna kriterierna har emellertid inte angivits, varken i förfrågningsunderlaget eller i något annat underlag för upphandlingen. Inte heller framgår av underlaget att poängsättning av anbuden skulle komma att ske.

Socialstyrelsen har därefter värderat anbuden enligt en tregradig skala (med halvpoäng) samt antagit det väsentligt dyrare anbudet F istället för det prismässigt lägsta anbudet D, trots att det antagna anbudet enligt Socialstyrelsens egna bedömning enbart marginellt uppfylla en bättre kvalitet.

Socialstyrelsens handläggning av upphandlingen föranleder därvid kritik i följande avseenden:

- - Av två i sammanhanget betydelsefulla domar från Kammarrätten i Sundsvall framgår att enbart punktvis angivna kriterier i förfrågningsunderlaget - liknande dem i den här aktuella upphandlingen - inte kan anses uppfylla lagens krav på affärsmässighet om det inte samtidigt klart och tydligt framgår vad den upphandlande enheten avser med dessa kriterier. Kriterierna skall i förfrågningsunderlaget normalt dessutom rangordnas, vilket inte har skett. Har utvärderingskriterierna redovisats så pass översiktligt att de av affärsmässiga skäl inte får tillmätas någon betydelse utgör priset således den enda kvarstående objektivt mätbara värderingsgrunden. I sådana fall är den upphandlande enheten, i avsaknad av andra grunder för värderingen, hänvisad till att anta det anbud som med det lägsta priset uppfyller upphandlingens grundläggande s.k. skall-krav avseende det som skall levereras. I den aktuella upphandlingen är det Anbudet D som enligt Socialstyrelsens värdering uppfyllt ställda skall-krav till lägsta pris och som således skulle ha antagits. Den omständighet att någon anbudsgivare inte invänt eller anhängiggjort talan om överprövning mot upphandlingsunderlaget skall enligt svensk praxis inte medföra någon annan bedömning.^{15[15]}
 - Skall en värdering däremot ske enligt utvärderingsformen ”ekonomiskt mest fördelaktigt anbud” i enlighet med de för upphandlingen uppställda värderingskriterierna bör det förekommande anbudspriset över huvud taget inte ingå i någon poängvärdering. Priset utgör istället den konstant gentemot vilken övriga värdecoefficienter skall jämföras, så att det sammantaget *ekonomiskt* mest fördelaktiga anbudet skall kunna väljas ut.
- Enligt Socialstyrelsens egna notering i utvärderingspromemorian har det vinnande anbudet F uppskattats som enbart marginellt bättre än den förlorande konkurrenten D. Om man bortser från värderingen av variabeln ”pris” i den aktuella poängvärdering som

^{15[15]}

Se NJA 1998 s. 837, majoritetens votum i domskälen jämfört med justitierådets Thorsons minoritetsvotum.

Socialstyrelsen gjort, har det vinnande anbudet F en poängsumma som med 10 procent överstiger det förlorande anbudet D:s medan F:s anbudspris med över femtio procent (57,8 %) överstiger D:s pris. Med utgångspunkt i Socialstyrelsens egen anbudsvärdering överstiger således nyttan av den påstått högre kvaliteten i F:s anbud inte prisskillnaden mellan anbuderna. Även omräknat i pris per poäng är det förlorande anbudet D *ekonomiskt* mer fördelaktigt än det vinnande anbudet F, med ett anbudspris på 72.200 kronor per poäng, att jämföras med F:s pris på 103.636 kronor per poäng. Någon ytterligare bedömningsomgång, genom en viktning av de angivna poängen som antyds i utvärderingspromemorian, är av samma skäl som angivits ovan om transparensprincipen, inte möjlig med det aktuella upphandlingsunderlaget som grund.

Sammantaget har Socialstyrelsen enligt Konkurrenskommissionens bedömning utformat förutsättningarna för den aktuella upphandlingen av administrativa datatjänster på ett sätt som strider mot transparensprincipen enligt lagen om offentligt upphandling. Beslutet om slutligt val av leverantör har heller inte skett på affärsmässiga grunder, eftersom det vinnande anbudet F:s högre pris (drygt 57 procents prisskillnad jämfört med anbud D) enligt Socialstyrelsens egna värdering motsvarar enbart en marginell kvalitetsskillnad (endast 10 procents skillnad i kvalitetspoäng).

Genom förfarandet har det allmänna orsakats kostnader i onödan för de aktuella tjänsterna med över 400.000 kronor, samtidigt som Socialstyrelsen riskerar att efter domstolsprövning dömas att betala skadestånd till den förfördelade leverantören D i anledning av upphandlingens handläggning.
