

PM-2 2004-11-03 SLUTLIG BEDÖMNING

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

*Länsarbetsnämnden i Västmanlands län (Länsarbetsnämnden) har vid upphandling av tjänster för "Personalmassage" antagit ett anbud som inte uppfyllt för upphandlingen ställda obligatoriska s.k. skall-krav, och således rätteligen skulle ha förkastats. Som grund för att anta anbudet har vidare angivits omständigheter (referenser) som inte ingår i värderingskriterierna enligt förfrågningsunderlaget och där resultatet inte stöds av någon dokumenterad utredning.*

Inom ramarna för ett s.k. förenklat upphandlingsförfarande infordrade Länsarbetsnämnden i april 2004 anbud avseende ramavtal för löpande avrop av tjänster för s.k. klassisk helkroppsmassage, med betoning på nacke och rygg (dnr. U1.34-148/04).

Upphandlingen anges uppskattningsvis omfatta 400 – 600 behandlingar per år under perioden augusti 2004 till och med augusti 2005 och med möjlighet till förlängning av avtalet i upp till 12 månader (1 + 1 år), således totalt 800-1200 behandlingar under hela den angivna kontraktstiden inklusive maximal förlängningsperiod.<sup>[1]</sup>

Såvitt kan förstås av förfrågningsunderlaget är uppdraget utformat så att massagen skall äga rum hos Arbetsförmedlingen i Västerås. Anbud skall således avse uppsökande verksamhet där Länsarbetsnämnden tillhandahåller erforderlig lokal, medan anbudsgivarna förutsätts hålla med massör samt nödvändig utrustning, såsom portabel massagebänk och förbrukningsmaterial m.m. Någon beskrivning av de arbetslokaler som skall tillhandahållas lämnas inte i underlaget för upphandlingen, utan frågan har lämnats öppen.<sup>[2]</sup> I övrigt framgår i beskrivningen av uppdraget att "Anställda inom Arbetsmarknadsverket har möjlighet att få bidrag till friskvård, bla massage. För de som önskar använda detta bidrag till massagebehandling fakturerar leverantören Arbetsförmedlingen, övriga betalar kontant".

Som administrativa föreskrifter för anbudsgivningen framgår av avsnitt 1, femte stycket att "Länsarbetsnämnden kommer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" Av inom en ruta med s.k. skall-krav i avsnitt 3 framgår vidare att "Anbud lämnas på de villkor som framgår av anbudsinvjudan och bilagorna. Anbud som avviker från dessa villkor (orent anbud) kommer att **förkastas**". Detta upprepas även i punkten 3.1, på följande sätt "Ett anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav kommer att **förkastas**. Leverantören uppmanas därför att noggrant läsa igenom Anbudsinvjudan med bilagor och upprätta anbudet i samma ordning och med samma rubricering som i Anbudsinvjudan" (Länsarbetsnämndens markeringar med **fet** stil).

Under avsnitt 6 i underlaget ("KRAV PÅ TJÄNSTEN") anges följande obligatoriska s.k. skall-krav för upphandlingen:

6.1 Innehåll och kompetens. Målsättningen med upphandlingen är att genom massage öka frisknärvaron i arbetet.

Massören massageterapeuten skall ha adekvat utbildning och vara certifierad av Branschrådet Svensk Massage. Leverantören skall vid ordinarie massörs/massageterapeuts frånvaro kunna tillhandahålla ersättare.

Anbudet skall innehålla:

- a) en utförlig beskrivning av massörens'/massageterapeutens kompetens med meritförteckning (CV) och referenser med angivande av namn, adress och telefon. E-postadress får gärna bifogas.
- b) om hur eventuell vidareutbildning/kompetensutveckling sker för aktuell massör/massageterapeut.

6.2 Utrustning. Anbudet skall innehålla:

- a) en beskrivning av utrustningen leverantören tillhandahåller.
- b) en beskrivning av förbrukningsmaterial som ingår i behandlingen.

I avsnitt 7 ("PRÖVNING AV ANBUD") anges vidare att "Det anbud som uppfyller samtliga skall-krav och får högst sammanlagd poäng vid prövning av anbuderna kommer att antas", samt att anbud därvid skall komma att värderas enligt följande kriterier: "Innehåll och kompetens", varvid hänsyn skall tas till massörens/massageterapeutens kompetens och erfarenhet inom yrket (55 procent), "Utrustningens ändamålsenlighet och hur den är ergonomiskt anpassad" (5 procent) samt "pris per massagebehandling" (40 procent).

Vid tidpunkten för anbudstidens utgång, den 1 juni 2004 registrerades två inkomna anbud, här angivna som anbud A och B.

Utöver det som framgår av anbudsförutsättningarna kan Arbetsmiljöverket genom förelägganden och anvisningar ställa krav avseende personalsäkerhet och arbetsmiljö vid utförandet av verksamheten. Av ett inspektionsmeddelande från dåvarande Yrkesinspektionen<sup>14</sup> till Anbudsgivare B framgår att myndigheten med stöd av bl.a. 2-4, 7 och 8-11 §§ AFS 1993:2 (se vidare nedan om arbetsmiljölagen m.m.) i augusti 2000 förelagt företaget att upprätta en plan till förebyggande av bl.a. risk för våld eller hot om våld i samband med tjänsten, samt vidta nödvändiga åtgärder i enlighet med denna<sup>14</sup>. I samråd med dåvarande Yrkesinspektionen har företaget därför upprättat en plan som vid uppsökande verksamhet bl.a. förskriver krav på att den lokal som används skall vara ändamålsenligt stor, insynskyddad, försedd med dörr som går att stänga samt ha närhet till tvättfat. För att undvika rån eller rånförsök får någon kassafunktion inte heller utövas vid den uppsökande verksamheten.

Av Anbud B framgår att detta i enlighet med upphandlingsförutsättningarna avser uppsökande verksamhet i Arbetsförmedlingens lokaler, varvid massören skall ta med sig en portabel höj- och sänkbar massagebänk som återfinns beskriven i anbudet. Till efterkommande av Yrkesinspektionens krav har Anbudsgivare B vidare angivit följande kompletterande förutsättningar: " a) Lokal: ett insynskyddat rum med två stolar och god ventilation, ca 10 kvadratmeter, med dörr som går att stänga, samt närhet till tvättfat. B).. Minimitid: Minst fyra (4) timmar sammanhängande tid vid varje uppdrag. C).. Kassafunktion: [Anbudsgivare B]har efter samråd med Yrkesinspektionen (YI) tagit fasta på följande policy för sina anställda som gör uppdrag utanför den egna praktiken: ingen kassafunktion flyttas med utanför den ordinarie receptionen. Detta i ett led att riskeliminera rånförsök mot våra anställda. Samtliga kunder som anlitar oss och har som policy att den anställde skall betala hela eller en del av summan, accepterar att sköta detta via löneavdrag. Detta i ett led att hjälpa oss i vår policy att skydda vår personal. Önskas fakturering av anställda styckevis, tillkommer en faktureringsavgift per faktura på 26 SEK, exkl. moms".

Av Anbud A framgår att detta inte avser någon uppsökande verksamhet "Av arbetsmiljöskäl kan arbetet ej utföras hos köparen då det saknas tillgång till höj och sänkbar massagebänk". Arbetet kommer att utföras i anbudsgivarens fullt utrustade massagepraktik... i Västerås. Till följd av att offererad massage skall äga rum i anbudsgivarens egna lokaler saknas anledning att i anbudet föreskriva några krav på lokalen eller bemöta kassafunktionen.

Till skillnad från Anbud B innefattar Anbud A inte någon beskrivning av tillhandahållen utrustning eller någon uppgift om företagets planer för vidareutbildning och kompetensutveckling. Inte heller framgår av anbud A att företaget vid ordinarie massörs/massageterapeuts frånvaro kan tillhandahålla ersättare medan motsvarande garanti finns i anbud B. I ett tillägg har Anbudsgivare A uppgivit att vid tillfällena då ordinarie massör skulle vara förhindrad kommer ombokning att ske till nya tider<sup>15</sup>. Anbudsgivare A tillhandahåller således inte ersättare vid ordinarie massörs/massageterapeuts frånvaro.

Av Länsarbetsnämndens upphandlingsprotokoll<sup>6</sup>, framgår följande pris- och poängmässiga fördelning:

Prisfördelning:	Pris per 30 min behandling:	Pris per 60 min behandling:
Anbudsgivare A	220 kr/30 min	425kr/60 min
Anbudsgivare B	211 kr/30 min	396kr/60 min

Poängberäkning:	Anbudsgivare A:		Anbudsgivare B:	
	Betyg:	Poäng:	Betyg:	Poäng:
Innehåll och kompetens (55 %):	10	550	9	495
Pris per behandling (40%):		376		400
Utrustning (5%):	9	45	10	50
Totalt (100%):		971		945

Av protokollet<sup>6</sup> framgår följande specialkommentarer:

Innehåll och kompetens (55 procent): ”Båda anbuden är likvärdiga i formell kompetens och erfarenhet. I erfarenhet ingår referenser från liknande uppdrag. [Anbudsgivare A] får mycket goda referenser från uppdrag med samma upplägg. [Anbudsgivare B] får goda referenser från ett likartat uppdrag”

Pris per massagebehandling (40 procent): ”[Anbudsgivare B:s] pris inkluderat fakturering på 26 kr. Enligt anbudet är endast löneavdrag och fakturering möjligt. Löneavdrag kan ej ombesörjas av köparen”.

Utrustning (5 procent): ”[Anbudsgivare A:s] utrustning är ändamålsenlig och ergonomiskt anpassad, beskrivning av förbrukningsmaterialet är dock något tunn. [Anbudsgivare B:s] utrustning är ändamålsenlig och ergonomiskt anpassad, beskrivning av förbrukningsmaterialet är utförlig med bl.a. detaljer om miljöhänsyn”.

Beslut i om tilldelning i upphandlingen fattades den 5 augusti 2004. Tilldelning beslutades därvid ske till Anbudsgivare A, som tidigare levererat aktuella tjänster till Länsarbetsnämnden.

Som framgår ovan har beslutet om tilldelning enbart skett på grundval av inhämtade referenser. Någon uppgift om att referenser skall tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget. Någon dokumentation av referenstagningen föreligger heller inte, och skillnaden mellan ”goda” respektive ”mycket goda” referenser uppges vara grundad enbart på ”den subjektiva bedömningen, beroende av referentens sätt att uttrycka sig”.<sup>12</sup> Den av Anbudsgivare B åberopade referenten uppger i telefonsamtal med Konkurrenskommissionen att ”Jag är mycket nöjd med det arbete som [Anbudsgivare B] utfört och tycker att jag uttryckte det vid det telefonsamtal som jag hade med Länsarbetsnämnden”. Tillfrågad om vilket betyg han skulle lämna om han gavs möjlighet att gradera svarade referenten ”mycket god”<sup>13</sup>. Något stöd för att referentens omdöme om Anbudsgivare B skulle vara sämre föreligger således inte.

På fråga från Anbudsgivare B, varför Länsarbetsnämnden på angivna skäl antog anbud A som på flera punkter avvek från förfrågningsunderlaget, har Länsarbetsnämnden svarat följande: ”Angående personalmassage Dnr UI.34-148/04. Inget av de två anbud som kom in var fullständiga och båda kunde ha förkastats. Det från [Anbudsgivare A] på grundval av de områden som du nämner. I ert anbud har ni satt villkor på lokalen och att betalningen inte kan utföras enligt de kriterier vi frågar efter. I stället för att göra en ny upphandling valde vi att bortse från bristerna i anbuden. För övrigt har ni ett mycket välskrivet anbud och vi ser fram mot fler anbud från er vid tillfälle”.

Upphandlingens totala värde kan med ledning av uppskattad volym och inkomna anbud uppskattas till c:a 350.000 kronor.

## Gällande rätt

Offentliga upphandlingar regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Tjänster för hälso- och sjukvård (kategori 25) utgör sådana s.k. B-tjänster vilka oavsett värdet skall upphandlas enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU. Förfarandet för s.k. förenklad upphandling kan därvid tillämpas.

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<sup>101</sup> (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 konkurrensnedvidande sätt. Lagens bestämmelser medför även att skattebetalarna på sikt skyddas mot onödigt höga kostnader.

Enligt 6 kap. 12 § LOU skall en upphandlande enhet pröva inkomna anbud i enlighet med de krav som angivits i förfrågningsunderlaget. Enheten skall därefter anta antingen det med hänsyn tagen till samtliga i förväg angivna omständigheter ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det bud som har lägst anbudspris.

En grundläggande princip är därvid den s.k. *proportionalitetsprincipen* enligt vilken de omständigheter som avses tillmätas betydelse vid prövningen av anbuderna alltid skall vara relevanta och proportionella i förhållande till föremålet för upphandlingen. Av proportionalitetsprincipen torde även följa att krav som strider mot lag eller annan författning eller mot myndighets bud inte får förekomma eller tillmätas betydelse i upphandlingen.

En annan för lagen grundläggande princip är den s.k. *transparensprincipen* eller principen om förutsebarhet och öppenhet, av vilken följer att anbudsgivarna i en upphandling skall ha tillgång till all sådan information som erfordras för att de skall kunna bedöma vad som förväntas av dem i upphandlingen. Avsedd öppenhet åstadkoms bland annat genom att den upphandlande enheten i förväg måste informera om hur upphandlingen kommer att handläggas samt enligt vilka kriterier inkomna anbud kommer att värderas. I ett förarbetsuttalande anger föredragande departementschefen att: *”Det får [...] inte förekomma att ett anbud väljs framför ett annat på grund av en omständighet som anbudsgivarna inte i förväg fått reda på”*.<sup>102</sup> Några andra omständigheter än sådana som anbudsgivarna i förväg informerats om och som klart framgår av förfrågningsunderlaget får således inte vägas in vid anbudsvärderingen eller på annat sätt läggas till grund för beslut om tilldelning.

En förutsättning för att t.ex. *referenser* skall kunna tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen är därmed att det av förfrågningsunderlaget måste klart framgå att så kommer att ske samt i vilka avseenden och på vilket sätt inhämtade referensomdömen kommer att värderas.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har för dessa fall rekommenderat att den upphandlande enheten i förväg bör redovisa vilka frågor som kommer att ställas till referenterna och således avses att läggas till grund för värderingen av anbuderna: *”Ett bra sätt att minska risken för subjektiva bedömningar, är att redan i förfrågningsunderlaget uppge vilka frågor som kommer att ställas till de lämnade referenserna och hur dessa kommer att poängsättas och värderas. Frågorna bör även skickas ut skriftligen och svar begäras skriftligen. På så sätt har den upphandlande enheten även ett bra dokumenterat underlag vid eventuella tvister.”* (NOU-info juni 2003 sid. 6). Nämndens rekommendation illustrerar tydligt vikten av att anbudsgivarna i förväg lämnas information om förutsättningarna för referenstagningen.

Av 6 kap. 13 § LOU följer vidare att de upphandlande enheterna, vid annat än direktupphandling, skall dokumentera skälen för sina beslut och vad som i övrigt förekommit av betydelse vid upphandlingsförfarandet. Detta innebär att även för de fall där referenstagning har skett mer formlöst än NOU rekommenderar, skall det i vart fall finnas dokumenterat vad som förekommit vid referenstagningen och vilka konkreta uppgifter och bedömningar som ligger till grund för beslut om tilldelning. Kravet på dokumentation framstår som särskilt betydelsefullt när det är fråga om så pass subjektiva och svårjämförliga förhållanden som referenser. Risk föreligger att avgörande betydelse annars kan komma att fästas vid enbart olika referenters sätt att uttrycka sig.

Av samma skäl som de upphandlande enheterna bara får pröva krav som uttryckligen angivits i underlaget för upphandlingen får de inte heller efterge något krav i efterhand. Anbud som inte uppfyller för upphandlingen ställda s.k. skall-krav kan inte antas, utan skall avvisas såsom orena anbud.

EG-domstolen har i ett mål (Stora Bält-målet) behandlat en anmälan från EG-kommissionen beträffande en upphandling, som utfördes av ett danskt statligt bolag (Storebæltsforbindelsen A/S) avseende en bro över Stora Bält. Anmälningen grundades bland annat på det förhållandet att den upphandlande enheten inlett förhandlingar med en anbudsgivare och godtagit dess anbud trots att detta inte uppfyllt kraven i kravspecifikationen och trots att förfrågningsunderlaget inte medgav rätt att frångå de grundläggande kraven i specifikationen. Förfarandet bedömdes av domstolen som en överträdelse av huvudändamålet med direktivet, nämligen effektiv konkurrens inom offentlig upphandling. Vidare innebar förfarandet brott mot principen om likabehandling av anbudsgivare.<sup>[11]</sup> (Se även nedan, om likabehandlingsprincipen enligt EG-Romfördraget).

Nämnden för offentlig upphandling (NOU), som utövar tillsynen över lagen om offentlig upphandling, har med hänvisning till Stora Bält-målet flera gånger erinrat om skyldigheten som föreligger för upphandlande enheter att avvisa orena anbud.<sup>[12]</sup> Anbud som brister i något avseende får således inte tas upp till prövning, utan skall omgående avvisas från upphandlingen.

Enligt 7 kap. 6 § LOU skall en upphandlande enhet som inte följt lagens bestämmelser ersätta därigenom uppkommen skada för leverantör. Med "uppkommen skada" avses 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>[13]</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 tecknats. I fråga om skadeståndets beräkning och funktioner erinras i förarbetena vidare om att syftet med det bakomliggande EG-direktivets<sup>[14]</sup> 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 vidare 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 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*"<sup>[15]</sup>. Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så att en medlemsstats

myndigheter inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa, t.ex. inhemska, leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn

Frågor om arbetsmiljö och risker för våld och hot i arbetsmiljön regleras genom arbetsmiljölagen (1977:1160) och arbetsmiljöförordningen (1977:1166). Av 2 kap. 2, 3 och 8 §§ arbetsmiljölagen följer att arbete skall planläggas och anordnas så, att det kan utföras i en sund och säker miljö samt att arbetslokal skall vara så utformad och inredd att den är lämplig från arbetsmiljösynpunkt. Bland annat skall i den utsträckning som föranledes av arbetets art och arbetstagarnas behov, finnas utrymmen och anordningar för personlig hygien.

Enligt 3 kap. 2 och 2 a §§ arbetsmiljölagen skall arbetsgivaren vidtaga erforderliga åtgärder för att förebygga risk för ohälsa eller olycksfall i arbetet. Arbetsgivaren skall därvid beakta den särskilda risk för ohälsa och olycksfall som kan följa av att arbetstagaren utför arbete ensam. Arbetsgivaren skall i den utsträckning verksamheten kräver även upprätta handlingsplaner.

Enligt 4 kap. 10 § arbetsmiljölagen får 10 § få regeringen eller, efter regeringens bestämmande, Arbetsmiljöverket (tidigare Yrkesinspektionen<sup>[16]</sup>) meddela föreskrifter om arbetsmiljöns beskaffenhet och om allmänna skyldigheter i fråga om arbetsmiljön som behövs för att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet. Av 18 § första stycket sjätte punkten arbetsmiljöförordningen följer att Arbetsmiljöverket (tidigare Yrkesinspektionen<sup>[17]</sup>) bemyndigats att meddela föreskrifter enligt 4 kap. 10 § arbetsmiljölagen.

I Arbetsmiljöverkets (tidigare Arbetarskyddsstyrelsens) författningssamling AFS 1993:2 återfinns verkets föreskrifter avseende förebyggande av våld och hot i arbetsmiljön. Av 2-4 §§ AFS 1993:2 framgår att Arbetsgivaren skall utreda de risker för våld eller hot om våld som kan finnas i arbetet samt vidta de åtgärder som kan föranledas av utredningen, att arbetet skall ordnas så att risk för våld eller hot om våld så långt som det är möjligt förebyggs och att särskilda säkerhetsrutiner skall finnas för arbete som kan medföra risk för våld eller hot om våld. Rutinerna skall hållas aktuella och följas upp fortlöpande. Vidare skall arbetstagarna hållas tillräckligt utbildade och informerade för att kunna utföra arbetet på ett säkert och tillfredsställande tryggt sätt. Av 7 samt 8-11 §§ AFS 1993:2 framgår vidare att arbetstagarna skall ha möjlighet att kalla på snabb hjälp vid en vålds- eller hotsituation, att en arbetsuppgift som innebär påtaglig risk för våld eller hot om våld får inte utföras som ensamarbete samt att värdetransporter skall organiseras och utföras så att arbetstagarna har betryggande säkerhet.

Av specialkommentaren till 8 och 10 §§ AFS 1993:2 framgår att vid planering och anordnande av ensamarbete är det viktigt att risken för våld och hot beaktas. Detta är av särskild betydelse när arbetstagaren har hand om något stöldbegärligt, arbetar med patienter, klienter eller kunder som kan vara våldsbenägna eller arbetar på en plats som besöks av våldsbenägna, sjuka eller påverkade personer samt att det ofta kan vara lämpligt att förekommande transporter utförs av värdetransportföretag.

### Yttrande

Länsarbetsnämnden i Västmanlands län har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet bl.a. anfört följande: Länsarbetsnämnden instämmer i flera delar av den kritik som riktas mot hanteringen av upphandlingen. Vid alla upphandlingar finns möjlighet att få ärendet överprövat av domstol. Länsarbetsnämnden gjorde allt för att underlätta för Anbudsgivare B att få beslutet överprövat i domstol. Anbudsgivare B hade således möjlighet att få sitt ärende överprövat i domstol, men valde att inte göra så. Länsarbetsnämnden beklagar detta eftersom det är uppenbart att anbudsgivaren inte är nöjd med det beslut som blev.

### Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att sammanblanda myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

I det aktuella ärendet har Länsarbetsnämnden genomfört en upphandling av tjänster för hälsovård m.m. (personalmassage). Upphandlingen är utlyst som ett s.k. förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling.

Som en allmän utgångspunkt gäller i sådant fall att upphandlingen skall genomföras på ett affärsmässigt sätt och inom de ramar som framgår av förutsättningarna för denna.

Upphandlingens handläggning föranleder därför Konkurrenskommissionen att lämna följande synpunkter:

(I) I affärsmässighetsrekvisitet ligger bl.a. att de upphandlande enheterna skall hålla sig informerade om och utforma upphandlingsförutsättningarna i enlighet med gällande lag och övriga på respektive område gällande bestämmelser. De upphandlande enheterna kan enligt den s.k. *proportionalitetsprincipen* t.ex. inte utforma eller tolka förutsättningarna för en upphandling på ett sådant sätt att anbudsgivande leverantörer förutsätts bryta mot gällande bestämmelser eller gå emot myndighets bud.



Enligt uppdragsbeskrivningen i den aktuella upphandlingen består den efterfrågade tjänsten av att en massör avropsvis skall uppsöka Arbetsförmedlingen i Västerås och på plats (i lokal som tillhandahålls av Länsarbetsnämnden) utföra personalmassage. Någon närmare reglering av de fysiska förutsättningarna för uppdraget, förutom att tjänsten kan innefatta viss kontanthantering, anges inte i underlaget.

Enligt arbetsmiljölagen gäller vissa minimikrav som skall iakttas, bland annat skall förekommande arbetslokaler vara utformade och inredda på så sätt att de är lämpliga från arbetsmiljösynpunkt och det skall finnas utrymmen och anordningar för personlig hygien. För de fall där det är fråga om s.k. uppsökande verksamhet är det vidare särskilt viktigt att arbetet organiseras så att risk för våld eller hot om våld förebyggs. För att hindra risk för t.ex. personrån bör enligt Arbetsmiljöverkets (tidigare Yrkesinspektionens) bestämmelser ensamarbetande personal inte utföra någon kassafunktion som innebär transport av pengar eller värdehandlingar.

I upphandlingen har inkommit två anbud (A och B), varav Anbudsgivare A valt att av arbetsmiljöskäl helt avvika från upphandlingsförutsättningarna och istället för uppsökande verksamhet erbjuda massage i egna lokaler. Eftersom denna tjänst inte efterfrågats borde anbudet rätteligen ha förkastats såsom orent och aldrig upptagits till slutlig prövning i upphandlingen.

Den återstående anbudsgivaren, B har till däremot valt att följa ramarna för upphandlingen, men har av arbetsmiljöskäl uppställt särskilda villkor; dels avseende arbetslokalens beskaffenhet, dels att någon kontanthantering inte kan komma ifråga.

Anbudets krav avseende arbetslokalens beskaffenhet m.m. kan knappast anses strida mot förutsättningarna för upphandlingen eftersom underlaget har lämnats oregrerat i dessa delar.

När det kommer till frågan om kassafunktionen innefattar anbudet visserligen en avvikelse från förutsättningarna för upphandlingen. Eftersom avvikelsen är en direkt konsekvens av vad dåvarande Yrkesinspektionen föreskrivit i fråga om arbetsmiljö kan det enligt proportionalitetsprincipen knappast anses affärsmässigt att bortse från anbud B enbart av detta skäl.

Till skillnad från vad Länsarbetsnämnden angivit synes det således inte ha förelegat tillräckliga skäl för att förkasta både anbud A och B såsom orena. Skulle detta emellertid vara fallet har det i vart fall varit fel att av Länsarbetsnämnden anta endera av anbuden, eftersom båda anbuden under sådant förhållande rätteligen skulle ha förkastats, och upphandlingen ha gjorts om i sin helhet (jfr. Stora-Bält domen).

Länsarbetsnämndens beslut att i upphandlingen anta Anbud A är således formellt felaktigt.

(II) I affärsmässighetsrekvisitet ligger även att förekommande anbudsprövningar skall avgöras inom de ramar som framgår av förutsättningarna för upphandlingen. En upphandlande enhet har tämligen stor frihet att fastställa villkoren för sina anskaffningar, men det måste av rättsakerhetsskäl framgå i förväg vilka omständigheter som skall tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen och på vilket sätt detta kommer att ske (*transparensprincipen*). En förutsättning för att ”referenser” skall kunna värderas och poängsättas vid anbudsvärderingen är således att detta stöds av förfrågningsunderlaget. Det räcker därvid inte att det i underlaget finns infört ett allmänt krav på att anbudsgivare skall lämna referenser, utan det skall även klart framgå i vilka avseenden och med vilken viktning som referenternas omdömen kommer att tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen.

Som Nämnden för offentlig upphandling (NOU) påpekat bör den upphandlande enheten redan i förfrågningsunderlaget uppge vilka frågor som kommer att ställas vid referenstagningen och helst infordra skriftliga referenser. I vart fall är den upphandlande enhetens skyldig att dokumentera referenstagningen på ett sådant sätt att avgivna omdömen

och eventuella skillnader mellan anbudsgivarna klart och tydligt kan uppenbaras i efterhand. Särskilt betydelsefullt är detta om referenstagningen har givits avgörande betydelse för tilldelningsbeslutet i upphandlingen. Bevisbördan avseende inhämtade referenser åvilar rimligen den upphandlande enheten, vilket ytterligare understryker vikten av dokumentation.

Av Länsarbetsnämndens värderingsprotokoll framgår att båda anbudsgivarna har bedömts som likvärdiga avseende ”*formell kompetens och erfarenhet*”. Utslagsgivande för bedömningen inom omständigheten ”*inhåll och kompetens*” har således varit de referensomdömen som uppges ha inhämtats, trots att det av underlaget för upphandlingen varken klart framgår att referenser skall ingå i anbudsvärderingen eller på vilket sätt inhämtande och bedömning skall komma att ske.

Vid referenstagningen påstås Anbudsgivare B vidare ha fått sämre referensomdöme än konkurrenten utan att detta stöds av någon dokumentation eller annan utredning i upphandlingen. Länsarbetsnämnden har under hand medgivit att skillnaden i de återopade referensomdömena kan bero på ”*den subjektiva bedömningen, beroende av referentens sätt att uttrycka sig*”, vilket visar att någon objektiv säkerställd skillnad knappast kan konstateras mellan anbuderna. Någon möjlighet att gradera sin erfarenhet i ”*goda referenser*” respektive ”*mycket goda referenser*” har emellertid inte lämnats vid referenstagningen. Den återopade referenten uppger att han under sådant förhållande skulle ha avgivit omdömet ”*mycket goda referenser*” avseende Anbudsgivare B.

Avseende övriga värderingsomständigheter framgår att anbud B avseende såväl ”*Pris per behandling*” som ”*utrustning*” är bättre än konkurrerande anbudet A. Avgörande för hela upphandlingen har således varit Länsarbetsnämndens värdering av omständigheten ”*referenser*” vilket har skett på synnerligen oklara grunder, i såväl materiellt som formellt hänseende.

Länsarbetsnämndens beslut att i upphandlingen anta Anbud A är således även materiellt felaktigt.

Sammantaget synes Länsarbetsnämnden på flera vitala punkter ha åsidosatt upphandlingslagens krav på affärsmässighet och objektivitet samt snedvridit konkurrensen mellan anbudsgivarna. Den anbudsvärdering som genomförts ger närmast intryck av att vara arrangerad för att gynna redan befintlig leverantör, trots att ett utifrån upphandlingsförutsättningarna ekonomiskt mer fördelaktigt alternativ erbjudits i upphandlingen.

Det förhållande att Länsarbetsnämnden i efterhand försökt underlätta för Anbudsgivare B att få upphandlingen överprövad i allmän förvaltningsdomstol medför inte annan bedömning. Det ankommer på myndigheten att handlägga upphandlingen på ett riktigt sätt från början. Dessutom har möjligheterna för Anbudsgivare B att klaga på upphandlingen inte gått ut. Möjligheten att föra talan om skadestånd vid allmän domstol (tingsrätt) kvarstår fortfarande.

[1] Avrop skall komma att ske under tio månader per år till en uppskattad volym av 40-60 behandlingar per månad.

[2] Som allmänna förutsättningar för uppdraget gäller enligt avsnitt 4 av förfrågningsunderlaget (”UPPDRAGET”) att ”Länsarbetsnämnden tillhandahåller lokal i Västerås samt sköter underhållet av denna”.

[3] Arbetsmiljöverket bildades 2001. Detta skedde genom att dåvarande Yrkesinspektionen och Arbetarskyddsstyrelsen gick samman och bildade en enda myndighet. Verkets övergripande mål är att minska riskerna för ohälsa och olycksfall i arbetslivet och att förbättra arbetsmiljön ur ett helhetsperspektiv, dvs från såväl fysisk, psykisk som social och arbetsorganisatorisk synpunkt. Verkets uppgift är att se till att arbetsmiljö- och arbetstidslagstiftningar efterlevs samt lämna råd och upplysningar och sprida information inom verkets ansvarsområde.

[4] Yrkesinspektionen, Örebro distrikt, Inspektionsmeddelande den 30 augusti 2000 (dnr. 19-9872 00/2297).

[5] Länsarbetsnämnden i Västmanlands län, tjänsteanteckning den 5 augusti 2004 rubricerad ”*Tillägg till anbud från [Anbudsgivare A]*”: ”Efter telefonsamtal 2004-08-04: Vid tillfällen då ordinarie massör skulle vara förhindrad kommer ombokning att ske till nya tider snarast”.

- <sup>[6]</sup> Länsarbetsnämnden i Västmanlands län, ”Beslutsprotokoll gällande ’Personalmassage Västerås’” upprättat den 5 augusti 2004.
- <sup>[7]</sup> Enligt elektroniskt meddelande (e-mail) till Konkurrenskommissionen, den 28 september 2004, där inom myndigheten ansvarig tjänsteman hade att besvara följande tre frågor: (1.) Finns det någon dokumentation avseende den referenstagning som gjorts? (2.) Finns det någon manual med angivande av de frågor som ställdes vid referenstagningen? (3.) Vari består skillnaden mellan "mycket goda" referenser och "goda" referenser som redovisats i beslutsprotokollet? – Frågorna besvarades av Länsarbetsnämnden på följande sätt: Svar angående förfrågan om upphandling U1.34-148/04: (1.) Nej, (2.) Nej, (3.) Skillnaden är den subjektiva bedömningen, beroende av referentens sätt att uttrycka sig.
- <sup>[8]</sup> Samtal den 6 oktober 2004, 11.05-11.10 med den person som under punkten 5.2. i anbud B angivits som referens. Vid samtalet uppgav han följande ”*Jag är mycket nöjd med det arbete som [Anbudsgivare B] utfört och tycker att jag uttryckte det vid det telefonsamtal som jag hade med Länsarbetsnämnden*”. Tillfrågad om vilket av följande betyg: ”mindre god”, ”god” och ”mycket god” han skulle lämna avseende Anbudsgivare B, svarade referenten ”*mycket god*”. Någon fråga om graderade omdömen ställdes emellertid aldrig under samtalet med Länsarbetsnämnden.
- <sup>[9]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 59-60.
- <sup>[10]</sup> Se prop. 1992/93:88, sid. 51-52.
- <sup>[11]</sup> EG-domstolens avgörande i mål nr C-243/89, Europeiska kommissionen ./ Konungariket Danmark.
- <sup>[12]</sup> Nämnden för offentlig upphandling: NOU info mars -96, sid. 6 och NOU info okt. -96, sid. 10 och 17f.
- <sup>[13]</sup> Prop. 1992/93:88, sid. 103
- <sup>[14]</sup> 89/665/EEG art. 1(c) samt 92/13/EEG art. 2(d)
- <sup>[15]</sup> REG. prop. 1994/95:19 Del 1 sid. 478.
- <sup>[16]</sup> Se lagen (2000:764) om ändring i arbetsmiljölagen (1977:1160).
- <sup>[17]</sup> Se förordningen (2001:83) om ändring i arbetsmiljöförordningen (1977:1166).