

Jönköpings kommun  
Upphandlingsenheten

551 89 Jönköping

## Modell för utvärdering av anbud vid offentlig upphandling

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) utövar tillsyn över den offentliga upphandlingen enligt 7 kap. 9 § lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). NOU har mottagit en skrivelse från e-Avrop AB med begäran om granskning av Jönköpings kommun upphandling rubricerad "IT-stöd upphandling, avrop/21545". Upphandlingen har genomförts som en urvalsupphandling.

NOU har beslutat att ta upp ärendet till granskning.

e-Avrop har begärt att NOU skall pröva utvärderingen och slutresultatet i upphandlingen. Prövningen skulle gälla metoden för att utse en vinnare och hur tillämpning av denna skett enligt följande.

1. Är modellen med betyg tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpas här?
2. Är metoden med uppräknig av pris tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpats här?
3. Har den upphandlande enheten valt rätt anbudsgivare som vinnare?

e-Avrop har därefter kompletterat sin begäran. NOU har tolkat den tillkommande frågeställningen på följande sätt.

4. Är det tillåtet att relatera anbudspriser till varandra på det sätt som gjorts?

NOU tar upp till prövning endast sådana klagomålsärenden som är av allmänt eller principiellt intresse. Frågorna 2 och 3 är enligt NOU:s bedömning inte av den karaktären. NOU anser däremot att frågorna 1 och 4 är av sådant intresse. NOU tar därför upp frågorna 1 och 4 från e-Avrop men gör inte någon bedömning i övrigt av upphandlingen eller den använda utvärderingsmodellen.

## Rättslig bakgrund

LOU bygger i huvudsak på EG-direktiv i de delar som gäller upphandling över tröskelvärdena. De delar av LOU som gäller för upphandling under dessa tröskelvärden samt upphandling av bl.a. B-tjänster, oavsett värde, styrs av samma grundprinciper men bygger i sin utformning delvis på tidigare gällande svenska regler.<sup>1</sup> För dessa upphandlingar gäller bestämmelserna i 6 kap. LOU. Inom Världshandelsorganisationen (World Trade Organisation, WTO) finns bl.a. ett avtal om offentlig upphandling (Government Procurement Agreement, GPA). LOU införlivar både EG-direktiven om offentlig upphandling och GPA.<sup>2</sup>

EG-fördraget<sup>3</sup> saknar regler som specifikt rör offentlig upphandling. Däremot innehåller det grundläggande principer som är tillämpliga vid all upphandling oavsett värde. Principerna om likabehandling (inklusive icke-diskriminering), transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande anses följa av EG-fördragets artiklar 43, 49 och 81 och gäller således vid alla upphandlingar. EG-domstolen har i ett förhandsavgörande konstaterat att även upphandlingar under tröskelvärdena faller inom gemenskapsrättens tillämpningsområde, även om de inte omfattas av upphandlingsdirektivens noggrant reglerade förfaranden.<sup>4</sup> EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen, beträffande syftet med upphandlingsdirektiven uttalat att "... samordningen på gemenskapsnivå av förfarandena vid offentlig upphandling avser att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat"<sup>5</sup>. Domstolen har vidare uttalat att syftet med direktiv 89/665/EEG (rättsmedelsdirektivet för den klassiska sektorn) är att "... såväl på det nationella planet som på gemenskapsplanet förstärka de redan förekommande medlen för att säkerställa att gemenskapens direktiv i ämnet offentlig upphandling verkligen tillämpas"<sup>6</sup>. Det är mot denna bakgrund som bestämmelserna i LOU skall tolkas och tillämpas.

---

<sup>1</sup> Upphandlingsförordningen (1986:366) och kommunala upphandlingsreglementen.

<sup>2</sup> Se prop. 1995/96:165, SFS 1996:433.

<sup>3</sup> I lagen används benämningen Romfördraget.

<sup>4</sup> Mål C-59/00 Bent Moustén Vestergaard mot Spøttrup Boligselskab. Se även mål C-324/98.

<sup>5</sup> Se bl.a. mål C-380/98 The Queen mot H.M. Treasury, Ex parte: The University of Cambridge och mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo.

<sup>6</sup> Mål C-81/98, Alcatel Austria AG m.fl., Siemens AG Österreich, Sag-Schrack Anlagentechnik AG mot Bundesministerium für Wissenschaft und Verkehr.

EG-domstolen är med stöd av artikel 234 (f.d. artikel 177) i EG-fördraget behörig att tolka gemenskapsrätten, när situationen i fråga inte direkt regleras av denna rätt, men då den nationella lagstiftaren vid införlivandet av ett direktivs bestämmelser har beslutat, att rent interna situationer skall behandlas på samma sätt som de situationer som regleras i direktivet<sup>7</sup>. EG-domstolen har vidare uttalat att de flesta av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har direkt effekt.<sup>8</sup> Även svenska domstolar har vid några tillfällen gett EG-rätten företräde framför svensk lagstiftning med en avvikande innebörd.<sup>9</sup>

## Anbudsutvärdering

Vare sig LOU eller EG-direktiven innehåller några formregler för hur en anbudsutvärderingen skall gå till. Inte heller finns det några regler om hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad. Vid offentlig upphandling finns två alternativa utvärderingsgrunder att välja mellan. I 1 kap. 22 § LOU<sup>10</sup> anges att en upphandlande enhet skall anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Skall det anbud antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga skall den upphandlande enheten i förfrågningsunderlaget också ange samtliga utvärderingskriterier som kommer att påverka utvärderingen. Utvärderingskriterierna exemplifieras i LOU med pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Dessa kan kompletteras och ersättas med andra, under förutsättning att de har anknytning till det som upphandlas<sup>11</sup>. Det bör observeras att samtliga exemplifieringar härrör sig till kontraktsföremålet, dvs. det som skall upphandlas. Det är alltså inte tillåtet att använda utvärderingskriterier som avser att utvärdera leverantören. EG-domstolen har uttalat att den upphandlande enheten inte endast är fri att välja kriterier för tilldelning av kontrakt, utan även att bestämma viktningen av dessa. Detta under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval

---

<sup>7</sup> Mål C-28/95 A. Leur-Bloem mot Inspecteur de Belastingdienst/Ondernemingen Amsterdam.

<sup>8</sup> Se bl.a. mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, C-27/98 Metalmeccanica Fracasso SpA, C-76/97, Walter Tögel mot Niederösterreichische Gebietskrankenkasse och mål C-258/97 Hospital Ingenieure Krankenhaus-Planungs-Gesellschaft mbH (HI) mot Landeskrankenanstalten-Betriebsgesellschaft.

<sup>9</sup> På upphandlingsområdet kan nämnas RÅ 1996 ref. 50.

<sup>10</sup> Motsvarande bestämmelse finns även för upphandlingar som genomförs utanför det direktivstyrda området. 6 kap 12 § LOU har fått en identisk utformning med 1 kap. 22 § LOU.

<sup>11</sup> Se bl.a. mål C-31/87 Beentjes, p. 19, C-19/00 SIAC Construction p. 35-36 och C-513/99 Concordia Bus Finland p. 59

av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.<sup>12</sup>

Den upphandlande enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först. Av fast praxis följer att detta skall läsas restriktivt, dvs. endast när det av påvisbara skäl inte är möjligt att redan i annonsen eller förfrågningsunderlaget ange någon rangordning får man avstå från det. Det är således inte tillåtet att göra en allmän, sammantagen värdering av anbuden eller hur väl utvärderingskriterierna uppfylls. Enligt förarbetena till LOU<sup>13</sup> skall den upphandlade enheten inte bara noga ange vilka omständigheter den avser att beakta utan även redan från början göra klart för sig hur olika omständigheter som servicegrad etc. kan värderas i ekonomiska termer. Något generellt krav på att ange kriteriernas relativa inbördes betydelse finns inte i nuvarande lagstiftning. Däremot kan det i vissa upphandlingar för att uppfylla kraven på transparens och förutsebarhet vara nödvändigt att göra en sådan viktning av utvärderingskriterierna<sup>14</sup>.

I de fall en viktning anges i förfrågningsunderlaget måste utvärderingen av de inkomna anbuden för att uppfylla kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling ske på det sätt som anges i förfrågningsunderlaget.

I de nya EG-direktiven<sup>15</sup> skärps kraven på att ange utvärderingskriteriernas relativa inbördes betydelse. Om den upphandlande enheten avser att tilldela kontrakt till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall det i förfrågningsunderlaget anges hur de olika kriterierna kommer att viktas. Endast i de fall viktning inte är möjlig får den upphandlande enheten avstå från detta. I de fallen skall kriterierna istället rangordnas. Motsvarande

---

<sup>12</sup> C-448/01 EVN och Wienstrom, p 39. Frågan i målet var huruvida direktivet utgör ett hinder för att en upphandlande myndighet inom ramen för en bedömning av vilket anbud som ekonomiskt sett är mest fördelaktigt för tilldelning av kontrakt om elförsörjning, tillämpar ett kriterium enligt vilket det krävs att den levererade elen producerats från förnybara energikällor. Domstolen konstaterade att sådant kriterium, viktat med 45 procent, inte stred mot gemenskapsbestämmelserna om offentlig upphandling.

<sup>13</sup> Proposition 1992/93:88 om offentlig upphandling, sid. 52.

<sup>14</sup> Som exempel kan nämnas att Kammarrätten i Göteborg (mål nr 662-04) har uttalat att det i den aktuella upphandlingen fick anses föreligga en brist i det att förfrågningsunderlaget saknade uppgifter som klargjorde hur stor betydelse kriterierna skulle tillmätas varandra, t.ex. genom angivande av maximal poäng för vardera kriterium och genom angivande av viktning. Endast den omständighet att kriterierna rangordnats kunde inte anses medföra förutsebarhet i tillräcklig grad för att kravet på affärsmässighet skulle vara uppfyllt i det avseendet.

<sup>15</sup> Direktiv 2004/18/EG artikel 53 p. 2. Direktivet är antaget av Europaparlamentet och rådet den 31 mars 2004. Införlivningen i den svenska lagstiftningen skall i denna del vara slutförd år 2006.

bestämmelse föreslås att införas i LOU<sup>16</sup>. I övrigt kommer ytterligare reglering beträffande hur utvärderingen skall ske eller hur utvärderingsmodeller skall utformas endast att göras i begränsad omfattning. I direktivets<sup>17</sup> artikel 54 punkt 5 föreskrivs att i det fall den upphandlande enheten genomför en elektronisk auktion skall den i inbjudan till denna anges den matematiska formel som används för att bestämma den nya automatiska rangordningen med avseende på de nya priser och/eller nya värden som lämnas. Denna formel skall innefatta viktningen av alla de kriterier som fastställts för att bestämma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet<sup>18</sup>.

EG-domstolen har vid ett flertal tillfällen uttalat sig om vad som krävs för att ett utvärderingskriterium skall vara tillåtet att använda vid offentlig upphandling. Eftersom en utvärderingsmodell används för att utvärdera utvärderingskriterier anser NOU dessa avgöranden i många fall kan tolkas att gälla analogt avseende vilka krav som en utvärderingsmodell måste uppfylla.

En grundläggande förutsättning för att ett utvärderingskriterium skall vara tillåtet att använda är att det är förenlig med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten särskilt icke-diskrimineringsprincipen<sup>19</sup>.

Tillämpningen av de kriterier som valts för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall därtill ske med iakttagande av alla förfaranderegler i direktivet. Det innebär bl.a. att kriterierna uttryckligen skall anges i kontraktshandlingarna eller i annonsen om upphandling, om möjligt med det viktigaste först så att anbudsgivaren skall kunna få kännedom om dessa kriterier och dess omfattning<sup>20</sup>.

Det skulle enligt EG-domstolen inte vara förenligt med upphandlingsdirektiven att ett "tilldelningskriterium" hade den verkan att den upphandlande enheten gavs en obegränsad valfrihet när den tilldelade en anbudsgivare ett kontrakt.<sup>21</sup>

---

<sup>16</sup> SOU 2005:22, Nya upphandlingsregler, Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004

<sup>17</sup> Direktiv 2004/18/EG.

<sup>18</sup> Upphandlingsutredningen skall enligt sitt tilläggsdirektiv redovisa sitt förslag i denna del senast den 13 januari 2006.

<sup>19</sup> Se ovan nämnda mål Concordia Bus Finland, p 63. För liknande resonemang se även Beentjes, p 29 och Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike, p 50.

<sup>20</sup> Beentjes, p. 31 och 36, mål C-225/98, Kommissionen mot Frankrike, p 51 och Concordia Bus Finland, p 62.

<sup>21</sup> Beentjes, p 26, SIAC Construction, p 37 och Concordia Bus Finland, p 61

Av likabehandlingen följer att anbudsgivarna skall ges lika möjligheter att utarbeta sina anbud och de skall behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten.<sup>22</sup> Principen om likabehandling leder vidare till att de som har intresse att erhålla ett kontrakt skall ha möjlighet till insyn, så att man kan kontrollera att principerna iakttas. Detta innebär i synnerhet att tilldelningskriterierna skall vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Denna skyldighet att möjliggöra insyn innebär även att den upphandlande myndigheten skall tolka tilldelningskriterierna på samma sätt under hela förfarandet. Vid prövningen av anbudena skall tilldelningskriterierna tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare.<sup>23</sup> Lika fall skall därför behandlas lika och olikheter skall beaktas. Det går således inte att ge samma utvärderingspoäng till anbud som förhåller sig olika till det som angetts i förfrågningsunderlaget.

EG-domstolen har även slagit fast att ett kriterium inte kan anses strida mot gemenskapsrättens bestämmelser om offentlig upphandling endast på grund av att det inte nödvändigtvis medför att det avsedda syftet uppnås.<sup>24</sup> Enligt NOU:s mening borde detta innebära att ett kriterium inte är otillåtet bara för att det visar sig att den upphandlande enheten t.ex. skulle ha gjort en ekonomiskt bättre upphandling om den hade valt andra utvärderingskriterier. Däremot måste man vid utvärderingen hålla sig till vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Om man vid utvärderingen upptäcker att ett annat kriterium än de som angivits i förfrågningsunderlaget skulle leda till en ekonomiskt bättre upphandling är det inte tillåtet att byta kriterium. Vad som skall betraktas som ekonomiskt fördelaktigt fastställs alltså när förfrågningsunderlaget utformas.

Regeringsrätten<sup>25</sup> har uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Regeringsrätten angav vidare att i det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

---

<sup>22</sup> SIAC Construction p. 34

<sup>23</sup> SIAC Construction p. 41-44

<sup>24</sup> EVN, p 53.

<sup>25</sup> RÅ 2002 ref 50

Enligt NOU:s mening skall Regeringsrättens dom tolkas så att den anger att en utvärderingsmodell, som inte utformats på bästa möjliga sätt, inte behöver leda till ett ingripande vid en överprövning enligt 7 kap. LOU. Som förutsättning gäller dock att den upphandlande enhetens krav och utvärderingsmetod angivits på ett sätt som enligt Regeringsrätten är ”tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.”

Regeringsrätten ansåg även att det förhållande att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

## **Frågorna för NOU:s prövning**

### **Är modellen med betyg tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpas i den aktuella upphandlingen?**

I den anbudsinfordran som e-Avrop hänvisat till anges hur utvärderingen skall ske samt på vilket sätt poängen skall fördelas. Anbuderna skall bedömas i fyra huvudavsnitt.

- A. Krav på upphandlingsystem
- B. Krav på direktupphandlingsmodul
- C. Krav på avtalspubliceringsmodul
- D. Krav på support och underhållsavtal

Dessa huvudavsnitt består av vardera 2-16 underavsnitt varav vissa är skallkrav som måste uppfyllas medan andra kallas kvalitetskrav och ger mellan 1-5 poäng alternativt 1-3 poäng om de uppfylls. Uppfylls samtliga kvalitetskrav på bästa sätt erhålls maximala 81 poäng för avsnitt A-C och maximala 10 poäng för avsnitt D.

I anbudsinfordran anges vidare att de olika huvudavsnitten kommer att viktas. Avsnitten A-C kommer att ges en vikt av 40 % och avsnitt D viktas med 20 %. Därtill kommer den totala kostnaden att viktas med 40 %.

e-Avrop har i sin skrivelse anfört att det av tilldelningsbeskedet framgår att kommunen efter att ha utvärderat och poängsatt anbuderna i enlighet med vad som anges i anbudsinfordran har tillfört ytterligare ett moment i utvärderingen. Det har skett genom att betyg har delats ut i förhållande till hur många poäng anbudsgivarna erhållit i de olika avsnitten. Anbudsgivaren med högst poäng har fått betyg 5. De anbud som erhållit lägre poäng har beroende på hur mycket lägre poängen varit även erhållit ett lägre betyg.

Poängavvikelser större än 10 procent har resulterat i en enhets lägre betyg. Poängavvikelse större än 20 procent har resulterat i två enheters lägre betyg osv. Kommunens har gjort följande bedömning av anbudet.

	<b>Anbud 1</b>	<b>e-Avrop2</b>	<b>Anbud 3</b>	<b>Vinnaren</b>
Anbudets kvalitet, avsnitt A-C	73 poäng	67 poäng	73 poäng	76 poäng
Betyg	5	3	5	5

Support- och underhållsavtal, avsnitt D	9 poäng	10 poäng	8 poäng	10 poäng
Betyg	4	5	3	5

Utöver att e-Avrop riktar kritik mot att modellen med betyg inte har angetts i anbudsinfördran anser man även att kommunen p.g.a. felräkning har gjort ett för stort avdrag på deras anbud. Därtill menar man att modellen med betyg förändrar anbudens inbördes förhållande och därmed den matematiska grund på vilken hela utvärderingsmodellen i anbudsinfördran bygger.

e-Avrop menar att det av tilldelningsbeskedet framgår att anbud med större avvikelse än 10 % ger 1 minus i betyg och att avvikelser större än 20% ger 2 minus i betyg. Eftersom e-Avrop avviker 12 % avseende avsnitt A-C skall betygsavdraget endast vara en enhet. Således borde anbudet i denna del erhållit betyg 4 istället för betyg 3.

Vad gäller betygens sätt att påverka anbudens inbördes förhållande till varandra anför e-Avrop bl.a. att den ursprungliga skillnaden i poäng mellan e-Avrops anbud och det vinnande anbudet var cirka 12 procent, skillnaden mellan 76 poäng och 67 poäng. Med introducerandet av betygsmodellen har den skillnaden ökat till 20 procent, skillnaden mellan 4 i betyg som e-Avrop anser att man skulle fått om felräkningen inte skett och vinnande anbuds betyg 5.

e-Avrop anför avslutningsvis att procentgränserna för avdrag samt avdragens storlek inte nämns i anbudsinfördran. Den upphandlande enheten kan därmed i praktiken välja vilket anbud som skall bli vinnare genom att justera avdragen och procentgränserna till önskad nivå.

I yttrande över anmälanens första del anför kommun bl.a. följande. För att kunna vikta ställda kriterier mot varandra krävs en gemensam bas. Kommunen har i detta fall valt att göra det genom en trappstegsmodell som man kallat betyg. Kommunen medger att man på ett tydligare sätt kunde ha redovisat vad som utvärderats och inom vilka betygsgränser. Man menar dock att man gett vinnande anbud högst poäng i varje delavsnitt och sedan

viktat i enlighet med anbudsinfördran. Avsikten har enligt kommunen varit att eliminera små avvikelser i de mer subjektiva utvärderingsmomenten med validitetsproblem etc. samt att tona ner mindre differenser i den objektiva delen dvs. prisutvärderingen. Kommunen menar dock att modellen ger problem som det visat sig i det aktuella fallet där betygen gärna flyter ihop och rangordningen blir otydlig. Kommunen menar att man hela tiden har mätt det som kommunen sagt att den skulle mäta. Kommunen ifrågasätter även att en anbudsgivare i praktiken skulle ha gjort andra dispositioner om det funnits tydligare information om utvärderingsförfarandet.

### **NOU:s bedömning av den första frågan**

Det är otvistigt att det av förfrågningsunderlaget/anbudsinfördran inte framgår att kommunen kommer att använda sig av en trappstegsmodell med betyg. Av tilldelningsbeskedet framgår däremot att en sådan modell har använts. Beskrivningen av modellen i tilldelningsbeskedet är dock vag.

Införande av betygsmodellen innebär att anbuderna inte längre enbart kommer att bedömas utifrån hur väl de uppfyller i förfrågningsunderlaget angivna kvalitetskraven. Anbuderna jämförs med betygsmodellen även sinsemellan och den slutliga bedömningen är således avhängig av hur de andra anbuderna bedöms.

För avsnitt A-C anges följande. ”Flest poäng ger 5 i betyg. >10 % avvikelse ger -1. >20 % ger -2 osv.” Av symbolerna framför procentsatserna framgår alltså att avvikelserna skall vara större än 10 % respektive större än 20 % för att ge avdrag. I den utvärdering som genomförts har de två anbud som haft en avvikelse på mindre än 10 % inte fått något avdrag utan liksom anbudet med högst poäng erhållit 5 i betyg. Däremot har e-Avrop med sin avvikelse på ca 12 % endast fått 3 i betyg.

För avsnitt D anges ”Högst poäng ger betyg 5. 10 % avvikelse ger -1. 20 % avvikelse ger -2 osv.” Här finns således inte symbolen för ”större än” framför procentsatsen.

Även utvärderingen av priset har skett med hjälp av en betygsmodell. I utvärderingsdokumentationen anges en liknande beskrivning som för avsnitt A-C.

NOU konstaterar att betygsmodellen inte heller i tilldelningsbeskedet beskrivs på ett tydligt sätt. Det är även oklart om utvärderingen har gjorts på det sätt som beskrivits i tilldelningsbeskedet.

Som NOU förstår det skulle införandet av betygsmodellen kunna få följande effekt i en upphandling med två anbud.

	Anbud X	Anbud Y
<b>Anbudets kvalitet, avsnitt A-C (max 81 poäng.)</b>		
Antal poäng som anbudet tilldelats	81	74
Betyg som anbudet tilldelas enligt modellen	5	5
Betyg efter viktning med 40%	2,0	2,0
<b>Support- och underhållsavtal, avsnitt D (max 10 poäng)</b>		
Antal poäng som anbudet tilldelats	8	9
Betyg som anbudet tilldelas enligt modellen	4	5
Betyg efter viktning med 20 %	0,8	1,0
<b>Totalkostnad</b>	500 000	540 000
Betyg som anbudet tilldelas enligt modellen	5	5
Betyg efter viktning med 40 %	2,0	2,0
<b>Totalt viktat betyg</b>	<b>4,8</b>	<b>5,0</b>

I exemplet erhåller anbud X maximala 81 poäng för avsnitt A-C och har lägst totalkostnad. Dessa båda kriterier/avsnitt är viktigast med en sammanlagd vikt av 80 %. Anbud Y bedöms endast vara bättre beträffande avsnitt D, där det ges 9 av maximala 10 poäng. Anbud X får i den delen en poäng mindre. Resultatet av tillämpningen av sådan utvärderingsmodell skulle i detta fall bli att anbud Y vid en sammantagen bedömning anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Detta trots att det bara var bättre i avsnitt D, med en sammanlagd vikt på 20 %, och då endast med en poäng.

Införandet av betygsmodellen får i exemplet till följd att ett anbud som inte erhåller maximal poäng för något av avsnitten ändå kan erhålla högsta möjliga totala betyg. Det kan inte anses vara uteslutet att en anbudsgivare med vetskap om det skulle kunna välja att utforma sitt anbud på annat sätt. Kunskapen om att ett poängs avdrag i avsnitt D tycks kunna få mer långtgående konsekvenser än vad dess vikt om 20 % indikerar är ett sådant exempel.

Om ett kriterium i förfrågningsunderlaget ges en viss vikt får utvärderingsmodellen inte vara utformad på ett sådant sätt att kriteriets vikt vid utvärderingen blir något annat

Kommunens argument att avsikten med modellen bl.a. har varit att eliminera små avvikelser i de mer subjektiva utvärderingsmomenten med validitetsproblem etc. samt att tona ner mindre differenser i den objektiva delen dvs. prisutvärderingen tycks inte helt tjäna sitt syfte. I stället kan resultatet bli att små avvikelser i poäng i gränsen mellan trösklarna kan leda

Magnus Nilsson

till proportionellt mycket större avvikelser i betyg. I andra fall kan stora avvikelser i poäng mellan anbudena resultera i samma betyg, helt beroende på hur anbudens poäng blir i förhållande till gränserna för avdragen.

Eftersom inte gränserna för betygsavdragen samt avdragens storlek anges i anbudsinfordran kan kommunen i hög utsträckning påverka vilket anbud som skall antas genom att fastställa hur dessa gränser och avdrag sätts. En begränsning i kommunens val av anbudsgivare är dock att kriterierna/avsnitten inklusive underkriterier anges i anbudsinfordran.

Som tidigare nämnts finns inget krav i LOU på att viktning skall ske. Inte heller regleras hur en utvärderingsmodell skall vara utformad. Transparensprincipen kan dock i praktiken medföra att det i vissa fall kan anses vara nödvändigt att ange utvärderingskriteriernas viktning redan i förfrågningsunderlaget. I de fall den upphandlande enheten som en följd av denna eller på eget initiativ väljer att använda sig av en viktning anser NOU att utvärderingen skall göras på ett sådant sätt att viktningen får det genomslag som anges i förfrågningsunderlaget.

NOU anser sammanfattningsvis att modellen med betyg med hänsyn till kravet på transparens inte är tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpas i det aktuella fallet.

### **Är det tillåtet att relatera anbudspriser till varandra på det sätt som gjorts.**

Vad avser utvärderingen av priset har e-Avrop anfört att det uppstår en risk för s.k. dumpningseffekt om anbudens pris relateras till varandra. Att pris jämförs mot varandra vid anbudsutvärdering är vanligt förekommande och sker på olika sätt. Problemet med dumpningseffekten har illustrerats med följande exempel.

I en upphandling inkommer två anbud. Anbudet med lägst pris erhåller 10 poäng. Det andra anbudet erhåller en lägre poäng i förhållande till hur mycket högre pris det har genom att Anbud A:s pris divideras med Anbud B:s pris.

	Pris		Kvalitet	Summa
	Kronor	Poäng	Poäng	Poäng
Anbud A	2000 kr	10,00	9	19,00
Anbud B	3000 kr	6,67	10	16,67

Om det i upphandlingen hade kommit in ett tredje anbud med väsentligt lägre pris, men en kvalitet som bedömts som betydligt sämre, på gränsen till ej acceptabel, hade en s.k. dumpningseffekt kunnat uppstå. Den skulle innebära att Anbud C skulle förändra den inbördes ordningen mellan Anbud A och Anbud B. Anbud A som i det första exemplet fick högst total poäng skulle nu komma tvåa.

	Pris		Kvalitet	Summa
	Kronor	Poäng	Poäng	Poäng
Anbud A	2000 kr	2,75	9,0	11,75
Anbud B	3000 kr	1,83	10,0	11,83
Anbud C	550 kr	10,00	1,5	11,50

Beträffande risken för en dumpningseffekt har kommunen svarat att varje gång man skall fastställa utvärderingskriterierna utsätter man sig för risker som kan äventyra att förmånligaste anbud vinner, till förfång för båda parter. Kommunen menar att den bedömer dumpningseffekten som en av de mer försumbara riskerna. Man hävdar att situationen ännu aldrig har uppträtt på kommunens upphandlingsenhet under LOU:s existens.

Kommunen menar vidare att val av utvärderingsmetodik måste situationsanpassas och befarar man risk med dumpningseffekter får man hantera det då. I det system som vann den upphandlingen vilken e-Avrops klagan gäller finns en modell som eliminerar problemet med dumpningseffekten och som kommunen använt i några fall. Kommunen tillstår dock att modellen skapar andra problem som man f.n. analyserar.

### **NOU:s bedömning av den andra frågan**

En upphandlande enhet har en stor frihet att välja vilka kriterier den skall använda samt vilken betydelse den vill tillskriva dessa. Den upphandlande enheten har även stor frihet att avgöra vika egenskaper hos ett anbud som den anser skall anses utgöra ett ekonomiskt värde för den upphandlande enheten. Lika så har den stor frihet att avgöra vilken betydelse de olika kriterier ska tillmätas i förhållande till varandra.

Även vid utformningen av utvärderingsmodellen har den upphandlande enheten stor frihet. Som Regeringsrätten har uttalat får även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Däremot måste en utvärderingsmodell vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

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

Förfrågningsunderlaget skall vara så klart utformat att anbudsgivaren utifrån det kan utforma det anbud som han tror bäst svarar upp mot den upphandlande enhetens önskemål. Om en modell som den ovan beskrivna används måste anbudsgivaren för att kunna utforma ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt förutom att göra normala avväganden beträffande sitt eget anbud även göra långtgående bedömningar om andra anbuds utformning. Dessa bedömningar kan då inte inskränkas till de anbud som skulle kunna tänkas vinna upphandlingen, utan även omfatta anbud som överhuvudtaget inte kan förväntas vinna.

Kommunen har anfört att dumpning aldrig har uppträtt på upphandlingsenheten under LOU:s existens. NOU:s bedömning är att om samma eller en liknande modell har använts tidigare torde förhållandet med anbudens påverkan mot varandra ha uppstått även då. Huruvida det har fått till följd att anbudens inbördes rangordning har påverkats är däremot inte möjlig att säga generellt. I de fall en upphandlande enhet har för avsikt att anta fler än ett anbud kan dumpningen även påverka vilka anbud utöver det bästa som antas.

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

### **Övriga frågor**

NOU har bedömt att e-Avrops fråga om metoden med uppräknings av pris är tillåten enligt LOU på de sätt den tillämpats i upphandlingen och frågan om kommunen har valt rätt anbudsgivare som vinnare inte är av sådant principiellt intresse som krävs för att en prövning skall göras av NOU. NOU gör därför ingen bedömning huruvida en annan modell skulle ha kunnat resulterat i att en annan anbudsgivare tilldelats kontraktet.

NOU anser att en utvärderingsmodell bör vara så beskaffad att den säkerställer att en sådan dumping som beskrivits ovan inte får till följd att anbudens inbördes ordning förändras. Det får anses ligga i de principer som

Magnus Nilsson

bär upp LOU att en upphandlande enhet mot bakgrund av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna kan identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet oberoende av antalet deltagare eller påverkan av andra anbud. NOU rekommenderar därför att upphandlande enheter inte använder sig av en modell som den ovan beskrivna.

Beslut om utformningen av detta yttrande har fattats vid nämndsammanträde den 17 oktober 2005, i vilket deltog, Kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande, kommerserådet Bengt Agild, chefsjuristen Hans Ekman, teknologie doktorn Börje Hed, chefsjuristen Dan Holke, chefsjuristen Anna Lefevre Skjöldebrand och förbundsjuristen Eva Sveman. Beslutet fattades i närvaro av NOU:s kanslichef Margareta Hentze och chefsjurist Michael Slavicek efter föredragning av ek.kand. Magnus Nilsson. Yttrandet expedieras i enlighet med föredragandens förslag.

NÄMNDEN FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING

Magnus Nilsson

För kännedom:  
e-Avrop AB  
Box 2004  
103 11 Stockholm