



# Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling

Uppdragsforskningsrapport 2011:1

skriven av

Karl Lundvall och Kristian Pedersen

för Konkurrensverket

Uppdragsforskningsrapport 2011:1  
Karl Lundvall och Kristian Pedersen,  
ISSN-nr 1652-8069  
Konkurrensverket, Stockholm 2011  
Foto: Matton Images

## Förord

I Konkurrensverkets uppdrag ligger bland annat att främja forskning på konkurrens- och upphandlingsområdet.

Konkurrensverket har gett ekonomie dr Karl Lundvall vid Copenhagen Economics, och advokat Kristian Pedersen vid Advokatfirman Delphi, i uppdrag att undersöka de problem som vissa upphandlande myndigheter och leverantörer har upplevt med så kallad strategisk anbudsgivning inom offentlig upphandling. Vid offentlig upphandling, liksom i övriga affärstransaktioner, bör en marknadsaktör drivas av att maximera sin vinst. Den upphandlande enheten maximerar sin vinst genom att pressa anbudslämnarna att minska sina marginaler. Leverantörerna maximerar sin vinst genom att hitta lösningar som matchar anbudsunderlaget till lägsta kostnad.

Denna rapport söker svar på frågan om leverantörernas vilja att maximera sin vinst genom att agera strategiskt utifrån anbudsunderlaget kan bli osunt och i så fall vad som kan göras och vems ansvaret är för att komma till rätta med problemet.

Till projektet har knutits en referensgrupp. Den har bestått av Pär Cronhult (Den nya välfärden – konkurrenskommissionen), Ulrica Dyrke (Företagarna), Ted Ekman (Almega), Jan-Erik Nilsson (Statens väg- och transportforskningsinstitut – VTI), Eva Lotta Sandberg (Affärsconcept), Ulf Palm (Sveriges kommuner och landsting), Sofia Mårtensson (Kammarkollegiet – upphandlingsstödet) och Hans Sundström (Kammarkollegiet – inköpscentralen). Från Konkurrensverket har Magnus Ehn, Daniel Johansson och Joakim Wallenklint deltagit.

Det är författarna som svarar för slutsatser och bedömningar i rapporten.

Stockholm, juni 2011

Dan Sjöblom  
Generaldirektör

## Författarnas förord

Konkurrensverket har gett Karl Lundvall, PhD och Senior Economist vid Copenhagen Economics, och Kristian Pedersen, advokat och delägare i Advokatfirman Delphi, ett forskningsuppdrag om s.k. osund strategisk anbudsgivning inom offentlig upphandling. Myndigheten har vid upprepade tillfällen erfarit att detta är ett stort problem som drabbar såväl upphandlande myndigheter som leverantörer.

Syftet med uppdraget har varit följande:

1. Att närmare beskriva och definiera begreppet osund strategisk anbudsgivning.
2. Att kartlägga omfattningen och betydelsen av de upplevda problemen
3. Att föreslå möjliga lösningar

Uppdraget har tagit sin utgångspunkt i de erfarenheter som olika myndigheter har av osund strategisk anbudsgivning. Några fall har granskats närmare för att mäta vilka direkta kostnader som osund strategisk anbudsgivning kan leda till. En bred enkätundersökning har ingått som ett led i att kartlägga vilka branscher och vilka upphandlingssituationer som är särskilt drabbade. Förslag till lösningar läggs fram som berör såväl regelverk, tillämpningsfrågor och utvärderingsmodeller som utformning och uppföljning av ingångna avtal.

Forskarassistenthjälp har tillförts projektet i form av jur.kand. Erik Olsson, biträdande jurist vid Advokatfirman Delphi, och Jonas Öhlin, vid Copenhagen Economics. I avtalstekniska frågor har Johan Hübner, advokat och delägare i Advokatfirman Delphi, lämnat ett värdefullt bidrag till rapporten.

# Innehåll

|                                                                                        |           |
|----------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Sammanfattning</b>                                                                  | <b>7</b>  |
| <b>Summary</b>                                                                         | <b>10</b> |
| <b>1 Inledning</b>                                                                     | <b>13</b> |
| 1.1 Disposition                                                                        | 14        |
| <b>2 Vilka regler gäller?</b>                                                          | <b>16</b> |
| 2.1 Introduktion till LOU                                                              | 16        |
| 2.1.1 Upphandling enligt LOU                                                           | 17        |
| 2.1.2 Upphandlande myndigheter                                                         | 17        |
| 2.1.3 Grundläggande krav på en upphandling                                             | 18        |
| 2.1.4 Upphandlingsförfaranden                                                          | 19        |
| 2.1.5 Ramavtal                                                                         | 20        |
| 2.1.6 Rättsmedel                                                                       | 21        |
| 2.2 LOU och osund strategisk anbudsgivning                                             | 22        |
| 2.2.1 Tilldelning av kontrakt                                                          | 22        |
| 2.2.2 Att ställa krav som inte kan följas upp strider mot likabehandlingsprincipen     | 24        |
| 2.2.3 Väsentliga förändringar                                                          | 25        |
| 2.2.4 Uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen                         | 26        |
| 2.3 Onormalt låga anbud                                                                | 26        |
| 2.3.1 En nationalekonomisk tolkning av onormalt låga anbud                             | 27        |
| 2.3.2 Möjligheter att förkasta låga anbud                                              | 29        |
| 2.3.3 Exempel i LOU på motiv bakom låga anbud                                          | 30        |
| 2.3.4 Hur kan listan användas?                                                         | 32        |
| 2.3.5 Vad säger svensk rättspraxis?                                                    | 32        |
| 2.3.6 Onormalt lågt anbud på grund av statsstöd                                        | 33        |
| 2.3.7 Onormalt lågt anbud i 15 kap. LOU                                                | 33        |
| 2.3.8 Kan osund strategisk anbudsgivning utgöra skäl för avbrytande av en upphandling? | 34        |
| 2.4 Avtalsrättsliga förutsättningar                                                    | 34        |
| <b>3 Vad är osund strategisk anbudsgivning?</b>                                        | <b>36</b> |
| 3.1 Några uppmärksammade fall                                                          | 36        |
| 3.2 Definition: tre typer av osund strategisk anbudsgivning                            | 38        |
| 3.2.1 Problemtyp 1: Anbudsgivare håller inte vad som utlovats                          | 39        |
| 3.2.2 Problemtyp 2: Koncernstrategisk anbudsgivning                                    | 40        |
| 3.2.3 Problemtyp 3: Manipulation av relativa utvärderingsmodeller                      | 41        |
| 3.3 När dominerande aktörer ägnar sig åt strategisk anbudsgivning                      | 44        |

|          |                                                                |           |
|----------|----------------------------------------------------------------|-----------|
| 3.4      | Vad som inte utgör osund strategisk anbudsgivning .....        | 44        |
| <b>4</b> | <b>Vad kostar osund strategisk anbudsgivning?.....</b>         | <b>48</b> |
| 4.1      | Tänkbara beräkningsmodeller.....                               | 48        |
| 4.2      | Undersökningen .....                                           | 51        |
| 4.3      | Slutsatser.....                                                | 53        |
| <b>5</b> | <b>Hur vanliga är problemen?.....</b>                          | <b>54</b> |
| 5.1      | Introduktion och sammanfattning av resultat .....              | 54        |
| 5.2      | Problemtyper och branscher .....                               | 55        |
| 5.2.1    | Problemtyper .....                                             | 55        |
| 5.2.2    | Branscher .....                                                | 58        |
| 5.3      | Uppföljning och förslag på lösningar .....                     | 61        |
| 5.3.1    | Uppföljning .....                                              | 61        |
| 5.3.2    | Förslag på lösningar .....                                     | 62        |
| 5.3.3    | Övriga synpunkter bland respondenterna .....                   | 63        |
| 5.4      | Leverantörernas synvinkel.....                                 | 64        |
| <b>6</b> | <b>Hur kan problemen lösas?.....</b>                           | <b>65</b> |
| 6.1      | Tidigare initiativ för att lösa problemen .....                | 65        |
| 6.2      | Förslag.....                                                   | 67        |
| 6.2.1    | Förändringar i upphandlingsregelverket .....                   | 67        |
| 6.2.2    | Förändrade utvärderingsmodeller.....                           | 70        |
| 6.2.3    | Uppföljning av avtal .....                                     | 71        |
| 6.2.4    | Avtalslösningar.....                                           | 73        |
| 6.3      | Hur kan förslagen stävja osund strategisk anbudsgivning? ..... | 78        |
|          | <b>Referenser.....</b>                                         | <b>82</b> |
|          | <b>Bilaga A. Enkätfrågor .....</b>                             | <b>83</b> |
|          | <b>Bilaga B. Resultat av enkätundersökningen .....</b>         | <b>89</b> |

## Sammanfattning

Under senare tid har flera fall av extremt låga anbud i offentlig upphandling uppmärksamats, bland annat i ramavtal för olika typer av konsulttjänster med flera leverantörer.

Är detta ett problem? Hur ska vi definiera det? Var förekommer det och hur vanligt är det? Vad kan göras? Denna rapport försöker besvara dessa frågor.

Vi definierar "osund strategisk anbudsgivning" som situationer där en anbudsgivare ensam, eller tillsammans med andra, bryter mot villkoren, eller i vart fall intentionerna, som den upphandlande myndigheten har rörande hur anbudsgivare ska agera. Osund strategisk anbudsgivning leder entydigt till ett sämre utfall i upphandlingen.

"Sund strategisk anbudsgivning" leder inte nödvändigtvis till ett sämre utfall. Det har sin grund i att anbudsgivare anpassar sig till en utvärderingsmodell som är undermålig och inte klarar av att identifiera det bästa anbudet.

Vi identifierar tre typfall av *osund* strategisk anbudsgivning:

1. *Anbudsgivarna håller inte vad de lovar.*  
Exempelvis genom att i ramavtal inte leverera lågt prissatta varor/tjänster, alternativt hänvisa till dyrare alternativ.
2. *Koncernstrategisk anbudsgivning.*  
Två eller fler företag, typiskt sett inom samma koncern, anpassar sina anbud så att de i en ramavtalsupphandling rangordnas efter varandra. Vid avrop bjuder de endast på "normalt" prissatta produkter, och skickar avrop på lågt prissatta produkter vidare till en koncernkollega.
3. *Manipulation av relativa utvärderingsmodeller.*  
Ett företag lämnar ett "bulvan"-anbud för att underlätta för ett annat företag att vinna en upphandling där en relativ utvärderingsmodell används.

Ett exempel på *sund* strategisk anbudsgivning är när en anbudsgivare har bättre information om kommande volymer än den offentliga inköparen. Anbudsgivaren kan då utnyttja denna kunskap och öka sina chanser att vinna upphandlingen, exempelvis genom att prissätta för lågt viktade produkter högt, och vice versa.

För att försöka mäta omfattningen av osund strategisk anbudsgivning, och dessutom beräkna vilka värden problemet representerar, genomfördes ett antal intervjuer med offentliga inköpare samt en webbaserad enkätundersökning.

Vår slutsats av intervjuerna är att osund strategisk anbudsgivning förekommer, men att det är koncentrerat till vissa branscher. Det har inte varit möjligt att göra några konkreta beräkningar av fördyringar, bland annat på grund av dokumenta-

tionskraven samt problemet med att identifiera konkreta exempel. I några fall har inköpare lyckats utnyttja låga vinnande anbud till att spara pengar.

Enkätundersökningen identifierade främst branscherna för kontorsmateriel, livsmedel, samt Tekniska/IT-konsulter som områden där osund strategisk anbudsgivning förekom, i huvudsak av typen att anbudsgivarna inte håller vad de lovar. Två av tre offentliga inköpare angav att detta enligt deras kännedom "förekom".

Det framkom även vid enkätundersökningen att offentliga inköpare främst genom stickprov undersöker förekomst av problem – det sker i de flesta fall inte med någon regelbundenhet, och sällan vid varje upphandling eller avrop. När problem väl uppdagats är dialog med leverantören den vanligaste metoden för att försöka komma till en lösning.

När det gäller vilka lösningar som offentliga inköpare anser mest lovande svarar de flesta bättre uppföljning av att leverantörerna lever upp till avtalens villkor, skarpare villkor och bättre utvärderingsmodeller. Lösningar som inbegriper förändrad lagstiftning eller en uppförandekod hos företagen anses inte ändamålsenliga av de flesta respondenter.

Offentliga inköpare menar således att lösningen på problemen med osund strategisk anbudsgivning ligger hos dem själva, inte hos företagen eller hos lagstiftaren i första hand.

Vi menar att osund strategisk anbudsgivning är ett problem värt att följa och att agera emot givet den kunskapsnivå vi har idag. Särskilt bekymmersamt är att fenomenet visar tendenser till spridning.

Vi lämnar därför följande förslag för att motverka problemen.

1. *Ändra bevisbördans placering för onormalt lågt anbud*  
Utred möjligheten att ändra bestämmelserna i 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU så att bevisbördan för att ett onormalt lågt anbud är seriöst menat åvilar leverantören. Om anbudsgivaren snarare än upphandlande myndighet måste visa att det onormala budet är företagsekonomiskt motiverat ökar möjligheterna att kunna avvisa extrema anbud där man kan misstänka osund strategisk anbudsgivning.
2. *Bättre utvärderingsmodeller*  
Begränsa antalet varu- och tjänstekategorier i ramavtal med rangordning. Använd absoluta utvärderingsmodeller i första hand, bättre relativa modeller i andra hand. Detta minskar risken för såväl koncernstrategisk anbudsgivning som manipulation av relativa utvärderingsmodeller.



3. *Bättre uppföljning av avtal*

Bättre samordning mellan inköpare och avropare krävs för att lättare kunna följa upp situationer där anbudsgivare inte håller vad de lovar. För det krävs bland annat mer resurser, tillämpningsanvisningar och beställningsmallar för avropare. Viten och andra sanktioner bör vara lättillämpade, proportionerliga och kunna avräknas på kommande fakturor. Förbättrad leverantörsdialog över hela kontraktscykeln.

4. *Bättre avtal*

Tydliggör leveransskyldigheterna för leverantörerna och vilket pris och övriga villkor som skall gälla. Förpliktiga leverantören att ge samma villkor för ersättningsprodukter som för ursprungliga produkter. Balansera villkoren för båda sidor och ta hänsyn till små och medelstora företags situation.

Våra förslag sammanfattas i följande matris där vi även anger hur vi tror att de löser vart och ett av de tre identifierade problemtyperna.

**Tabell**      **Hur kan förslagen stävja osund strategisk anbudsgivning?**

| Förslag #                                               | Problemtyp                                                                      |                                                                                 |                                                                                           |
|---------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                         | 1. Anbudsgivaren levererar inte som utlovat                                     | 2. Koncernstrategisk anbudsgivning                                              | 3. Manipulation av relativa utvärderingsmodeller                                          |
| 1. Ändra bevisbördans placering för onormalt lågt anbud | Anbudsgivaren måste visa att det onormala budet är företagsekonomiskt motiverat | Anbudsgivaren måste visa att det onormala budet är företagsekonomiskt motiverat |                                                                                           |
| 2. Bättre utvärderingsmodeller                          |                                                                                 | Begränsa antalet varu- och tjänstekategorier i ramavtal med rangordning.        | Använd absoluta utvärderingsmodeller i första hand, bättre relativa modeller i andra hand |
| 3. Bättre uppföljning av avtal                          | Bättre samordning mellan inköpare och avropare                                  |                                                                                 |                                                                                           |
| 4. Bättre avtal                                         | Leveransplikt, lättillämpade sanktioner och balanserade villkor                 | Leveransplikt, lättillämpade sanktioner och balanserade villkor                 |                                                                                           |

## Summary

Recently, several cases of extremely low bids in public tenders received attention, including public framework agreements of various types of consulting services with multiple suppliers.

Is this a problem? How should we define it? How common is it and where does it occur? What can be done about it? This report attempts to answer these questions.

We define "unsound strategic bidding" as situations where a bidder alone or with others, violates the terms, or at least intent, according to which the bidder must act. Unsound strategic competition unambiguously leads to a suboptimal economic outcome in the contract.

"Sound strategic competition" does not necessarily lead to suboptimal economic outcome. It occurs when bidders adapt to an evaluation model that is inadequate and/or incapable of identifying the best bid.

We identify three cases of *unsound* strategic bidding:

1. *Suppliers do not fulfill their obligations*  
For example, they do not to supply low-priced goods/services, or substitute these items for a more expensive option.
2. *Corporate strategic bidding.*  
Two or more firms, typically in the same group, adjust their bids so that they in a framework agreement are ranked by each other. In call for quotes, they only offer the "normal" priced products, and send the quotes for low-priced products on to a Group colleague.
3. *Manipulation of relative evaluation models.*  
A company making a "dummy" bid to make it easier for another company to win a contract in which a relative evaluation model used.

An example of *sound* strategic bidding is when a bidder has better information about volume than the public procurer, sometimes referred to as unbalanced bidding in the economic literature. The bidder can then use this knowledge and increase their chances to win the competition, for example by pricing too low weighted products high, and vice versa.

In an attempt to measure the extent of unhealthy strategic competition, and also calculate the social cost due to the problems, we conducted a series of interviews with public purchasers as well as a web-based survey.

Our conclusion of the interviews is that unhealthy strategic competition exists, but it is concentrated in certain industries. It has not been possible to make any specific projections of rising costs, particularly because of documentation requirements and

the difficulties of identifying specific examples. In some cases, the buyers managed to exploit the low winning bid to save money.

The survey identified the markets for office stationary, food, and Technical/IT-consultants as areas where unhealthy strategic bidding occurred, mainly of the type that bidders do not deliver what they promise. Two of the three public procurers stated that according to their knowledge, the problem “occurred” regularly.

It was also found in the survey that public procurers mainly by random investigate the occurrence of problems - it happens in most cases not with any regularity. When problems are detected, the most common method of trying to get to a solution is direct dialogue with the supplier.

The most promising reforms in order to mitigate the problems, according to the respondents, consist of improved monitoring of suppliers to live up to contractual terms, sharper conditions in public procurement contracts and better evaluation models for bid ranking. Solutions that involve change of legislation, or a code of businesses, are not considered adequate by most public procurers.

Public procurers therefore believe that the solution to the problems of unhealthy strategic competition rather lies with themselves, not with the companies or the legislature in the first place.

We believe that unsound strategic bidding is a problem worth considering and address, given the knowledge we have today. Particularly troublesome is that it is prone to proliferation.

We therefore give the following suggestions for addressing the problems.

1. *Change the placement of the burden of proof for abnormally low tenders*  
Investigate the possibility of amending provisions of Chapter 12. § 3 and Chapter 15. 17 § LOU so that the burden of proving that an abnormally low tender is seriously meant is shifted from the public procurer to the bidder. If the prospective supplier, rather than the contracting authority, must show that the abnormal bid is economically justified, the ability to reject the extreme bids in which one suspects unsound strategic bidding improves.
2. *Better evaluation models*  
Limit the number of goods and services categories in framework agreement procurements with ranking. Use absolute evaluation models in the first place, better comparative models in the alternative. This reduces the risk of corporate strategic bidding and of manipulation of relative evaluation models.

3. *Better monitoring of contracts*

Better coordination between public procurers and users is necessary in order to follow up situations where the bidder does not deliver what they promise. This requires, inter alia, more resources, application instructions and request templates for bid quotes. Penalties and sanctions should be easily applicable, proportionate and be counted on future invoices. Improved supplier dialogue over the contract cycle is also warranted.

4. *More adequate contractual terms*

Clarify delivery obligations to vendors regarding pricing and other conditions that apply. Oblige the supplier to provide the same conditions for the replacement of original products. Balance conditions for both sides and acknowledge the situation for small and medium-sized enterprises.

Our proposal is summarized in the following matrix where we indicate how we think they address each of the three identified types of problems above.

**Table      How our proposals address unsound strategic bidding in public procurement**

| Proposal                                                                  | Type of Problem                                                                           |                                                                                           |                                                                                                  |
|---------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                                           | 1. Suppliers do not fulfill their obligations                                             | 2. Corporate strategic bidding                                                            | 3. Manipulation of relative evaluation models                                                    |
| 1. Change the placement of the burden of proof for abnormally low tenders | The bidder must prove that the low tender is commercially motivated                       | The bidder must prove that the low tender is commercially motivated                       |                                                                                                  |
| 2. Better evaluation models                                               |                                                                                           | Reduce the number of items in framework agreements with ranking                           | Use absolute evaluation models in the first place, better comparative models in the alternative. |
| 3. Better contract monitoring                                             | Better coordination between public procurers and users                                    |                                                                                           |                                                                                                  |
| 4. More adequate contractual terms                                        | Obligation to supply, penalties and sanctions should be easily applicable, balanced terms | Obligation to supply, penalties and sanctions should be easily applicable, balanced terms |                                                                                                  |

# 1 Inledning

Under senare tid har flera fall av osund strategisk anbudsgivning uppmärksammats i media, bland annat i ramavtal för olika typer av konsulttjänster med flera leverantörer. Kända fall är exempelvis de IT-upphandlingar som Försäkringskassan, Göteborgs stad och Stockholms stad genomfört under 2010.

I de nämnda fallen offererade de vinnande anbudsgivarna mycket låga priser för vissa kategorier av konsulter – nivåer som i några fall till och med låg på noll kronor i timmen. För andra kategorier av konsulter låg däremot priserna på mer ”normala” nivåer.

Beroende på vilken viktning av priserna för olika kategorier av konsulter som den upphandlande myndigheten tillämpar kan en sådan strategi vara framgångsrik för en anbudsgivare under förutsättning att anbudsgivaren under avtalstiden inte kan tvingas att leverera de kategorier av konsulter som har de lägsta priserna. Upphandlande myndigheter som ska avropa en lågt prissatt konsult kan då få beskedet att någon sådan konsult inte finns tillgänglig, men att högre kvalificerade konsulter finns tillgängliga till ett högre pris.

Resultatet kan bli att den vinnande anbudsgivaren i praktiken kan komma att ta ut högre priser för att lösa de behov som den avropande myndigheten har jämfört med leverantörer vars anbud inte har antagits i ramavtalsupphandlingen.

Den beskrivna situationen illustrerar ett av de problem som osund strategisk anbudsgivning kan medföra. I praktiken kan betydligt mer komplicerade situationer uppstå, exempelvis i ramavtal med rangordning där olika bolag inom en och samma koncern, genom att samordna anbud, kan tillförsäkra sig en tillämpning av ramavtalet där alltid något av koncernbolagen får ett avrop till ett högre pris än det som skulle gälla i frånvaro av den osunda strategiska anbudsgivningen.

Osund strategisk anbudsgivning kan således leda till fördyringar för den offentliga upphandlingen och även sätta konkurrensen, åtminstone delvis, ur spel. På sikt kan effekterna bli mer allvarliga eftersom företag som inte ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning successivt kan komma att avstå från att lämna anbud i offentliga upphandlingar.

Hur vanligt osund strategisk anbudsgivning är, och vidden av de problem som beskrivits ovan, är emellertid relativt okänt i Sverige. Det finns heller ingen officiell rekommendation, vägledning eller liknande från upphandlingsansvariga myndigheter till offentliga inköpare om hur man bör utforma upphandlingar för att undvika dessa problem.

## 1.1 Disposition

Studien är indelad i sex kapitel. Vår analysram är tvärvetenskaplig i så måtto att den baseras på både juridiska och nationalekonomiska metodverktyg.

I kapitel 2 sammanfattas det grundläggande regelverket av betydelse för att kunna avgränsa och definiera strategisk anbudsgivning närmare. Särskild vikt läggs vid hur begreppet "onormalt låga anbud" i regelverket har kommit att tillämpas och hur man kan tolka dess innebörd.

I kapitel 3 presenterar vi ett förslag på definition givet de grundläggande förutsättningar som gäller i en offentlig upphandling. Särskilt viktigt är att fastställa om låga priser är en logisk följd av en väl fungerande konkurrens eller av ett osunt anbudsstrategiskt beteende. Eftersom begreppet "strategiskt" inte är entydigt skiljer vi på "sund" och "osund" strategisk anbudsgivning. Vi menar att osund strategisk anbudsgivning ska leda till en samhällsekonomisk kostnad i form av ett sämre utfall i en given offentlig upphandling än vad som blivit fallet om agerandet inte förekommit.

Begreppet *osund strategisk anbudsgivning* ska alltså ges en snävare innebörd än vad man kan förledas att tro givet språkbruket inom nationalekonomi.

Vi undersöker i samma kapitel vilka typer av problem som är tänkbara och problemen definieras och kategoriseras efter hur de fungerar och vilka aktörer de drabbar.

I kapitel 4 närmar vi oss frågan om vilka kostnader dessa problem representerar, exempelvis hur mycket högre kostnaden blev för ett visst avrop som direkt konsekvens av att det vinnande anbudet i den bakomliggande upphandlingen utgjorde osund strategisk anbudsgivning. Det kom att visa sig att denna del av den empiriska undersökningen var svår att genomföra.

I kapitel 5 genomför vi en kartläggning av omfattningen av problemen med osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling med hjälp av en webbaserad enkät. Baserat på definitionerna och analysen i föregående två steg gör vi en grov approximation av omfattningen av problemen uppdelat på olika typer av branscher, upphandlingsformer och marknadsförhållanden.

Undersökningen omfattar tjänstemän med ansvar för upphandling inom såväl statlig som kommunal sektor. Vi kompletterar denna grupp med några röster från leverantörshåll.

I det avslutande kapitel 6 lägger vi fram en rad förslag för att åtgärda de problem vi identifierat. Vi utvärderar tidigare ambitioner från såväl lagstiftaren som upphandlande myndigheter att åtgärda problemen med osund strategisk anbudsgivning.

Vi analyserar därefter de mest lovande områdena för reformer för att komma till rätta med vart och ett av de problem som identifierats i de föregående kapitlen. Vi undersöker tre huvudsakliga områden: förändringar i och förändrad tillämpning av upphandlingsregelverket, förändrade utvärderingsmodeller och förfrågningsunderlag och förändring och uppföljning av avtal. För varje område ger vi konkreta förslag till lösningar.

## 2 Vilka regler gäller?

I detta kapitel sammanfattas det grundläggande regelverket av betydelse för att kunna avgränsa och definiera strategisk anbudsgivning närmare. Särskild vikt läggs vid hur begreppet ”onormalt låga anbud” i regelverket har kommit att tillämpas och hur man kan tolka dess innebörd.

### 2.1 Introduktion till LOU

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) bygger på EU-direktiv<sup>1</sup> i de delar som reglerar upphandling över de så kallade tröskelvärdena.<sup>2</sup> Syftet med upphandlingsdirektiven är att bidra till att förverkliga den inre marknaden inom EU genom att motverka hinder mot den fria rörligheten för varor och tjänster. Dessutom ska direktivens bestämmelser skydda leverantörer som är etablerade i en medlemsstat och som vill erbjuda varor, tjänster och bygg-entreprenadarbeten åt upphandlande myndigheter och enheter i andra medlemsstater.<sup>3</sup> Fri rörlighet på den inre marknaden kan i förlängningen leda till effektiv konkurrens och därmed till att såväl företag och offentlig sektor som konsumenter får tillgång till produkter av hög kvalitet till förmånliga priser.

Enligt rättspraxis från EU-domstolens har många bestämmelser i upphandlingsdirektiven så kallad direkt effekt.<sup>4</sup> Bestämmelserna kan därmed åberopas av leverantörer i nationell domstol, oavsett om eller hur bestämmelserna införlivats i nationell lagstiftning. Vid eventuella skillnader mellan upphandlingsdirektiven och nationell lagstiftning gäller också normalt sett upphandlingsdirektivens bestämmelser före de nationella bestämmelserna i så måtto upphandlingsdirektiven innebär ett strängare skydd för den enskilde leverantören. LOU och LUF reglerar emellertid även upphandlingar utanför det direktivstyrda området, såsom upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster<sup>5</sup> oavsett värde. Bestämmelserna för upphandlingar utanför det direktivstyrda området, 15 kap. LOU och 15 kap.

---

<sup>1</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster; Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet); Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten; Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna; Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

<sup>2</sup> Gällande tröskelvärden framgår av tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>3</sup> Se bl.a. EU-domstolens domar i mål C-380/98 University of Cambridge och mål C-19/00 SIAC Construction.

<sup>4</sup> Se bland annat EU-domstolens dom i mål C-76/97 Tögel.

<sup>5</sup> De tjänster som är B-tjänster är förtecknade i bilaga 3 till LOU.



LUF, liknar bestämmelserna för upphandling över tröskelvärdena, men är i många avseenden mer flexibla.

Inom ramen för denna rapport har vi endast analyserat fenomenet osund strategisk anbudsgivning utifrån bestämmelserna i LOU. Eftersom bestämmelserna i LOU och LUF i relevanta delar har samma innebörd bedömer vi dock att såväl analys som slutsatser i huvudsak är relevanta även för upphandling enligt LUF.

### 2.1.1 Upphandling enligt LOU

Upphandling innebär enkelt uttryckt tilldelning av offentliga kontrakt, så kallade upphandlingskontrakt. Bestämmelserna i LOU reglerar hur upphandlande myndigheter ska gå tillväga när de väljer vilka leverantörer som ska tilldelas kontrakt. Med offentlig upphandling avses, enligt LOU, de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggentreprenader.

Begreppet upphandlingskontrakt ska tolkas vidsträckt. Det omfattar alla former av ekonomiskt mätbar ersättning som en upphandlande myndighet betalar till en leverantör, och alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, levererar varor till en upphandlande myndighet, samt utför tjänster eller bygg- och anläggningsarbeten för en upphandlande myndighets räkning.<sup>6</sup> Ett avtal måste således, för att omfattas av LOU, innehålla ömsesidiga ekonomiskt mätbara förpliktelser. Även bytesavtal omfattas således av LOU:s tillämpningsområde, eftersom det vid byten sker ett utbyte av ekonomiskt mätbara prestationer. Ensidiga (benefika) avtal utan krav på motprestation, t.ex. gåvor, omfattas dock inte av LOU. Dessutom är LOU inte tillämplig då upphandlande myndigheter säljer eller hyr ut varor, tjänster eller byggentreprenader.

### 2.1.2 Upphandlande myndigheter

De organisationer som ska tillämpa LOU kallas *upphandlande myndigheter*, och tillhör den så kallade klassiska sektorn.<sup>7</sup>

Begreppet upphandlande myndighet omfattar först och främst statliga och kommunala myndigheter. Vid tillämpning av LOU ska dock även beslutande församlingar i kommuner och landsting, offentligt styrda organ och samman slutningar av en eller flera statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar eller offentligt styrda organ jämföras med myndigheter.

---

<sup>6</sup> Europeiska kommissionens riktlinjer om offentlig upphandling (Guide to the Community rules on public procurement of services, s. 12, Guide to the Community rules on public works contracts, s. 12 och Guide to the Community rules on public supply contracts, s. 9).

<sup>7</sup> De organisationer som ska tillämpa LUF kallas upphandlande enheter, och tillhör de så kallade försörjningssektorena.

Med offentligt styrda organ avses sådana bolag, föreningar, delägarförvaltningar, särskilt bildade samfällighetsföreningar och stiftelser som tillgodoser behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och

1. som till största delen är finansierade av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet,
2. vars verksamhet står under kontroll av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet, eller
3. i vars styrelse eller motsvarande ledningsorgan mer än halva antalet ledamöter är utsedda av staten, en kommun, ett landsting eller en upphandlande myndighet.

Bland de offentligt styrda organen finns bland annat vissa statliga bolag och flertalet kommun- och landstingsägda bolag. Något förenklat kan sägas att de offentligt styrda organen är sådana organisationer som har nära koppling till den offentliga sektorn i traditionell bemärkelse (staten, kommuner och landsting) och på grund av denna koppling inte behöver agera marknadsmässigt vid sina upphandlingar. Det rör sig med andra ord om organisationer som inte behöver vara rädda för att inte gå med vinst eller för att gå i konkurs t.ex. för att de har offentlig finansiering, för att de genom uttryckliga eller underförstådda garantier från det offentliga inte bär den ekonomiska risken för sin egen verksamhet eller för att de verkar på en marknad utan konkurrens.<sup>8</sup>

### 2.1.3 Grundläggande krav på en upphandling

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Dessa bestämmelser, som ger uttryck för fem grundläggande EU-rättsliga principer, är helt centrala i upphandlingsrätten och utgör grundläggande krav för all offentlig upphandling.

- *Icke-diskrimineringsprincipen*  
innebär ett förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av deras nationalitet (medborgarskap, etablerings- eller verksamhetsland).
- *Likabehandlingsprincipen*  
innebär att leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. En upphandlande myndighet får inte behandla lika fall olika eller

---

<sup>8</sup> Pedersen, Upphandlingens grunder, Jure Förlag AB, 2011, s. 47.

olika fall lika, om det inte finns sakliga skäl för detta.

- *Transparensprincipen*  
innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsebarhet. Den upphandlande myndigheten får exempelvis inte förändra förutsättningarna under pågående upphandling.
- *Proportionalitetsprincipen*  
innebär att åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i samband med upphandling inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Dessutom måste de krav som ställs vara effektiva, dvs. möjliga att kontrollera och ägnade att leda till att det avsedda syftet uppnås. Krav och kriterier i en upphandling ska ha ett samband med kontraktsföremålet och stå i rimlig proportion till det.
- *Principen om ömsesidigt erkännande*  
innebär att en EU-medlemsstats myndigheter är skyldiga att erkänna och acceptera handlingar, t.ex. betyg, intyg och certifikat, som utfärdats av behöriga myndigheter i de andra medlemsstaterna.

Dessa principer ska tillämpas i alla skeden av ett upphandlingsförfarande och gäller gentemot alla leverantörer alldeles oavsett om dessa har lämnat anbud i upphandlingen eller inte.

#### 2.1.4 Upphandlingsförfaranden

Huvudregeln vid upphandling över tröskelvärdena är enligt LOU att öppet förfarande eller selektivt förfarande ska tillämpas. Endast i undantagsfall får förhandlat förfarande, med eller utan föregående annonsering, eller konkurrenspräglad dialog tillämpas.<sup>9</sup> Det normala vid upphandlingar enligt LOU är därför att öppet eller selektivt förfarande används.

Gemensamt för dessa förfaranden, och av intresse för frågan om osund strategisk anbudsgivning, är att förhandlingar inte är tillåtna och att anbuderna därför som utgångspunkt ska utvärderas såsom de inkommer. Annonsering av upphandlingar över tröskelvärdena ska göras i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och den europeiska databasen Tenders Electronic Daily (TED).

Huvudregeln vid upphandling utanför det direktivstyrda området, enligt 15 kap. LOU, är att förenklat förfarande eller urvalsförfarande ska tillämpas. I vissa undantagsfall får dock direktupphandling eller konkurrenspräglad dialog tillämpas.

---

<sup>9</sup> Vid upphandling enligt LUF är förhandlat förfarande med föregående annonsering inte något undantagsförfarande, utan får väljas som förstahandsalternativ. LUF saknar bestämmelser om konkurrenspräglad dialog.

Vid upphandling enligt 15 kap. LOU är förhandlingar alltid tillåtna. Annonsering av upphandlingar enligt 15 kap. LOU sker normalt i någon av de (nationella) allmänt tillgängliga databaser som finns.

### Tröskelvärden

Gällande tröskelvärden framgår av regeringens tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling, se Tabell 2.1..

**Tabell 2.1 Tröskelvärden för offentlig upphandling enligt LOU**

| Varor och tjänster                                                                                       | Euro      | SEK        |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|------------|
| Statliga myndigheter                                                                                     | 125 000   | 1 243 375  |
| Övriga upphandlande myndigheter (t.ex. kommuner, landsting, allmännyttiga bolag, föreningar, stiftelser) | 193 000   | 1 919 771  |
| <b>Byggentreprenader</b>                                                                                 |           |            |
| Samtliga upphandlande myndigheter                                                                        | 4 845 000 | 48 193 215 |

### 2.1.5 Ramavtal

Ramavtal definieras i 2 kap. 15 § LOU som avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod. Detaljerade bestämmelser för upphandling och tillämpning av ramavtal finns i 5 kap. LOU.<sup>10</sup>

Olika bestämmelser gäller för tilldelning av kontrakt på grundval av ramavtal, beroende på om det rör sig om ramavtal med en eller med flera leverantörer.

Vid tillämpning av ramavtal med en leverantör ska villkoren i de kontrakt som tilldelas baserat på ramavtalet överensstämma med villkoren i ramavtalet. Vid tilldelning av sådana kontrakt får den upphandlande myndigheten skriftligen samråda med ramavtalsleverantören och vid behov uppmana leverantören att komplettera sitt anbud. En komplettering får emellertid inte innebära att anbudet går utöver eller på annat sätt avviker från ramavtalet.

För ramavtal med flera leverantörer finns två alternativa former, dels ramavtal i vilka samtliga villkor för tilldelning av kontrakt är fastställda, dels ramavtal i vilka samtliga villkor för tilldelning av kontrakt inte är fastställda.

<sup>10</sup> Enligt LUF får en upphandlande enhet, vid tilldelning av kontrakt baserat på ramavtal, tillämpa förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Den upphandlande enheten får dock även välja att tilldela kontrakt i enlighet med något av de förfaranden som framgår av 5 kap. LOU.

Vid tillämpning av ramavtal med samtliga villkor fastställda sker tilldelning av kontrakt utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Istället krävs att ramavtalet innehåller villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt.<sup>11</sup>

Vid tillämpning av ramavtal utan samtliga villkor fastställda ska den upphandlande myndigheten bjuda in ramavtalsleverantörerna till s.k. förnyad konkurrensutsättning. Vid förnyad konkurrensutsättning ska ramavtalsleverantörerna bjudas in att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet. Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras och vid behov kompletteras med andra villkor som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

En förnyad konkurrensutsättning ska genomföras skriftligen och anbudsgivarna ska medges en tillräcklig tidsfrist för att inkomma med anbud, med hänsyn tagen till upphandlingens art och omfattning. Den upphandlande myndigheten ska tilldela varje enskilt kontrakt till den anbudsgivare som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de tilldelningskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

## 2.1.6 Rättsmedel

Bestämmelser om rättsmedel, dvs. överprövning och skadestånd, finns i 16 kap. LOU.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får ansöka om överprövning vid allmän förvaltningsdomstol. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och denna överträdelse medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättens behörighet att besluta att en upphandling ska göras om eller rättas är dock begränsad till situationer där avtal ännu inte ingåtts.

Om avtal har ingåtts kan en leverantör istället ansöka om överprövning av det ingångna avtalets giltighet, en s.k. ogiltighetstalan. Rätten ska bifalla en sådan ansökan i följande situationer.

- Om avtalet slutits genom otillåten direktupphandling, dvs. utan föregående annonsering trots att annonseringsskyldighet föreläggat.
- Om avtalet slutits genom förnyad konkurrensutsättning baserad på ett ramavtal, den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU:s bestämmelser om förnyad konkurrensutsättning eller villkoren i ramavtalet och detta har

---

<sup>11</sup> Prop. 2006/07:128, s. 175.

medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

- Om avtal slutits i strid med LOU:s bestämmelser om avtalsspärr, interimistiskt beslut eller i strid med de frister som inträder efter sådan avtalsspärr eller sådant interimistiskt beslut förelegat. För ogiltighet i sådana fall krävs dessutom att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 16 kap. 20 § framgår att en upphandlande myndighet som inte har följt bestämmelserna i LOU ska ersätta därigenom uppkommen skada för en leverantör. En upphandlande myndighets skadeståndsskyldighet enligt denna bestämmelse kan omfatta såväl utebliven vinst (det s.k. positiva kontraktsintresset) som onödiga kostnader (det s.k. negativa kontraktsintresset). Dessutom kan i vissa fall en leverantör som lider skada av ett avtal ogiltigförklaras erhålla skadestånd för den skada som leverantören lider genom att avtalet blir ogiltigt. En sådan talan om skadestånd görs dock i allmän domstol.

Förutom de rättsmedel som leverantörer kan använda sig av har Konkurrensverket i vissa fall möjlighet att vid allmän förvaltningsdomstol ansöka om att en upphandlande myndighet ska betala upphandlingsskadeavgift, dvs. ett slags böter.

Eftersom bestämmelserna i LOU riktar sig till upphandlande myndigheter, dvs. det är de upphandlande myndigheterna som är skyldiga att tillämpa LOU, innehåller LOU inga rättsmedel som kan användas för att rikta sanktioner mot någon leverantör. LOU innehåller med andra ord inga bestämmelser om rättsmedel som kan användas mot anbudsgivare som gör sig skyldiga till någon form av osund strategisk anbudsgivning.

## 2.2 LOU och osund strategisk anbudsgivning

I de följande avsnitten redogör vi för de bestämmelser i LOU som vi bedömer kan vara av betydelse för bedömningen av osund strategisk anbudsgivning.

### 2.2.1 Tilldelning av kontrakt

Av 12 kap. 1 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten har två alternativa grunder utifrån vilka den kan tilldela kontrakt. Antingen ska den upphandlande myndigheten anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas. Det normala är att denna information återfinns i förfrågningsunderlaget.

Att den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga innebär att den upphandlande myndigheten väljer det anbud som är mest fördelaktigt baserat på en utvärdering i enlighet med de utvärderingskriterier som angetts i förfrågningsunderlaget.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kan hänsyn således tas till andra utvärderingskriterier än enbart pris. Vid upphandlingar då tilldelningsgrunden lägsta pris tillämpas, får hänsyn vid utvärderingen endast tas till vilket anbud som innebär det lägsta priset. En förutsättning för att anbudet med det lägsta priset ska kunna antas är dock att det uppfyller samtliga krav i upphandlingen.

En utvärdering baserad på tilldelningsgrunden lägsta pris innebär därför inte nödvändigtvis att andra faktorer, exempelvis kvalitet, saknar betydelse. Genom att ställa höga obligatoriska krav (så kallade skall-krav) kan den upphandlande myndigheten säkerställa att föremålet för upphandlingen även i andra avseenden har de önskade egenskaperna trots att endast priset blir föremål för utvärdering.

Bestämmelserna i 12 kap. 1 § LOU har sin grund i artikel 53 i det klassiska direktivet. Av beaktandesats 46 till direktivet framgår att syftet med att endast tillåta att tilldelningsgrunderna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och lägsta pris är att kontraktstilldelning ska ske på grundval av objektiva kriterier som säkerställer att principerna om öppenhet (transparens), icke-diskriminering och likabehandling iakttas och att anbudet bedöms i verklig konkurrens med varandra.

#### Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Av 12 kap. 1 § andra stycket LOU framgår vilken typ av utvärderingskriterier som den upphandlande myndigheten kan ta hänsyn till då den utser det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

I bestämmelsen nämns särskilt pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. Denna lista är emellertid inte uttömmande. Det är även möjligt att använda andra utvärderingskriterier så länge dessa har ett samband med kontraktets föremål, inte ger den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget, eller i annonsen om upphandlingen och är förenliga med alla grundläggande principer i EU-rätten.<sup>12</sup>

Det har i EU-domstolens praxis förtydligats att utvärderingskriterierna inte behöver vara av rent ekonomisk art. Även faktorer som inte är av rent ekonomisk art såsom exempelvis estetiska aspekter kan ha ett värde för den upphandlande myn-

---

<sup>12</sup> EU-domstolens domar i mål C-513/99 Concordia Bus och mål C-448/01 EVN Wienstrom.

digheten.<sup>13</sup> Utvärderingskriterierna måste emellertid göra det möjligt att utvärdera varje anbuds prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna, samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris i varje anbud.<sup>14</sup>

Vidare framgår av 12 kap. 2 § LOU att kriterierna ska vara viktade på så sätt att det framgår vilken betydelse de olika kriterierna har i förhållande till varandra vid utvärderingen. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen eller prioritetsordningen ska anges i annonsen om upphandlingen, förfrågningsunderlaget, inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar eller, vid konkurrenspräglad dialog, det beskrivande dokumentet.

Som framgår av direktivet är syftet med bestämmelserna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att utvärdera varje prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna, samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris i varje anbud.<sup>15</sup> Den upphandlande myndigheten ska på detta sätt kunna säkerställa att anbuderna utvärderas i verklig konkurrens med varandra.

### Lägst pris

Tilldelningsgrunden lägsta pris har samma syfte som tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, dvs. att tillse att anbuderna utvärderas i verklig konkurrens med varandra och på ett sätt som är förenligt med de grundläggande principerna. I en lägstaprisupphandling sker emellertid hela utvärderingen av anbuderna på grundval av vilket anbud som innebär det lägsta priset. Några ytterligare hänsyn får således inte beaktas vid utvärderingen.

## 2.2.2 Att ställa krav som inte kan följas upp strider mot likabehandlingsprincipen

Ett avgörande skäl till varför det är möjligt för anbudsgivare att ägna sig åt osund strategisk anbudsgivning är att upphandlande myndigheter i vissa fall endast i begränsad utsträckning följer upp att de krav som ställts i förfrågningsunderlaget också tillämpas under hela avtalsperioden. I vissa fall kan den bristande uppföljningen bero på att bristande resurser eller en decentraliserad inköpsorganisation helt enkelt omöjliggör uppföljning på ett verkkningsfullt sätt.

Av EU-domstolens domar i mål C-448/01, EVN och Wienstrom, framgår att det utgör en överträdelse av likabehandlingsprincipen att ställa krav i en upphandling,

---

<sup>13</sup> EU-domstolens dom i mål C-513/99 Concordia Bus.

<sup>14</sup> Beaktandesats 46 i direktiv 2004/18.

<sup>15</sup> Beaktandesats 46 i direktiv 2004/18.



vilka inte är möjliga för den upphandlande myndigheten att kontrollera. Vi kommer i kommande avsnitt att redogöra för varför det kan utgöra en överträdelse av LOU att ändra avtalsvillkor under ett upphandlat avtals löptid, men som utgångspunkt kan konstateras att en upphandlande myndigheten endast bör ställa sådana krav som den har såväl avsikt som resurser att följa upp. Krav som den upphandlande myndigheten inte kommer att ha möjlighet att följa upp kan således i sig strida mot likabehandlingsprincipen.

### 2.2.3 Väsentliga förändringar

Ändringar i ett befintligt kontrakt mellan en upphandlande myndighet och en leverantör kan innebära att en ny upphandlingssituation anses uppkomma. Av EU-domstolens praxis framgår att väsentliga ändringar i ett upphandlat kontrakt innebär att bestämmelserna i upphandlingslagstiftningen blir tillämpliga.<sup>16</sup> Om en väsentlig ändring genomförs utan att det först sker en ny upphandling, kan det utgöra en otillåten direktupphandling. Detta eftersom kontraktet i fråga, om en väsentlig ändring görs, anses vara så förändrat jämfört med det ursprungliga kontraktet att det i praktiken utgör ett nytt kontrakt, dvs. ett kontrakt som skulle ha föregåtts av upphandling.

EU-domstolen har bl.a. uttalat följande om i vilka situationer en förändring av ett upphandlat kontrakt ska anses vara väsentlig.

- En ändring av ett kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det förekommit villkor som, om de hade förekommit i den ursprungliga upphandlingen, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. Om den ursprungliga upphandlingen skulle ha fått ett annat utfall om förändringen varit känd redan under upphandlingen är förändringen med andra ord att betrakta som väsentlig.
- En förändring av det ursprungliga kontraktet kan även anses vara väsentlig om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig omfattning utsträcks så att kontraktet, efter förändringen, omfattar sådana varor, tjänster eller entreprenadarbeten som inte tidigare omfattades.
- En förändring kan också anses vara väsentlig om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för leverantören på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet. Förändringar som gynnar leverantören är med andra ord normalt att betrakta som väsentliga.

Det bör framhållas att väsentliga förändringar, av det slag som innebär att upphandlingsskyldighet uppkommer, inte förutsätter aktivt agerande från den upp-

---

<sup>16</sup> Se bl.a. mål C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur och C-91/08 Wall.

handlande myndighetens sida. En väsentlig förändring kan tvärtom uppkomma t.ex. genom att en upphandlande myndighet passivt accepterar att en leverantör tar ut högre priser än vad som avtalats eller avstår från att tillämpa viten och andra sanktioner i situationer då detta är föreskrivet i avtalet.<sup>17</sup> En väsentlig ändring av ett avtal kan således i vissa situationer uppstå till följd av den upphandlande myndighetens passivitet.

#### 2.2.4 Uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen

Av 10 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att en upphandlande myndighet under vissa förutsättningar är skyldig att, respektive får, utesluta en leverantör från att delta i en upphandling.

Det finns ingen bestämmelse i LOU som uttryckligen reglerar upphandlande myndigheters möjligheter att utesluta anbudsgivare som i tidigare upphandlingar ägnat sig åt osund strategisk anbudsgivning. Den enda uteslutningsgrund som eventuellt skulle kunna aktualiseras är 10 kap. 2 § 1 st. 4 p. LOU som föreskriver att en upphandlande myndighet får utesluta en anbudsgivare som har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen under förutsättning att den upphandlande myndigheten kan visa detta.

Osund strategisk anbudsgivning är dock inte något som är otillåtet, och knappast heller något som i sig kan betraktas som ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Däremot kan upprepade avtalsbrott vara att betrakta som allvarligt fel i yrkesutövningen.<sup>18</sup> En anbudsgivare som satt i system att lämna osund strategiska anbud, med villkor som anbudsgivaren inte upprätthåller under avtalstiden, skulle därför möjligen kunna uteslutas med hänvisning till allvarligt fel i yrkesutövningen. Bevisbördan för att allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger åvilar dock den upphandlande myndigheten. Dessutom bör framhållas att det finns former av osund strategisk anbudsgivning som inte innebär att anbudsgivaren begår avtalsbrott och att det i sådana fall kan vara svårt att påvisa allvarligt fel i yrkesutövningen.

### 2.3 Onormalt låga anbud

Det finns situationer då ett anbudspris är så lågt att det kan finnas skäl att misstänka att något missförstånd har uppstått, att anbudet baserats på felaktiga förutsättningar eller att anbudsgivaren inte är seriös i sitt åtagande att leverera i enlighet med vad som efterfrågas i upphandlingen.

---

<sup>17</sup> Jfr Nämndens för offentlig upphandling ärende dnr 2000/0320-26.

<sup>18</sup> Se t.ex. Kammarrättens i Jönköping dom den 9 juni 2009 i mål nr 4211-08 och Kammarrättens i Göteborg dom den 15 april 2011 i mål nr 2090-11.

För att säkerställa att onormalt låga anbud inte förhindrar att övriga anbud utvärderas i verklig konkurrens med varandra och att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller det faktiska lägsta priset kan identifieras, ges upphandlande myndigheter i vissa fall möjlighet att förkasta onormalt låga anbud.

Bestämmelser om onormalt låga anbud återfinns, för upphandlingar över tröskelvärdena, i 12 kap 3 § LOU. Bestämmelsen har sin grund i artikel 55 i det klassiska direktivet och har enligt EU-domstolens praxis två syften. Dels syftar den till att säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan identifieras, dels ska den skydda anbudsgivare mot godtycke från den upphandlande myndighetens sida.<sup>19</sup> I bestämmelsen finns en förteckning över uppgifter som en anbudsgivares förklaring kan gälla. För upphandlingar utanför det direktivstyrda området återfinns en likartad bestämmelse i 15 kap. 17 § LOU.

### 2.3.1 En nationalekonomisk tolkning av onormalt låga anbud

Det finns en rad, från leverantörens synvinkel, rationella skäl till varför man ibland finner det bäst att lägga ett mycket lågt anbud. Kärnfrågan är vad den upphandlande myndigheten egentligen bör och får fästa avseende vid bedömningen av mycket låga anbud.

Analysen av skälen till låga anbud kan delas in i fyra steg.

#### 1. Är det en förlustaffär för leverantören?

Avgörande för svaret på frågan är vilka kostnaderna för företaget i själva verket är. Det finns flera förklaringar till varför kostnaderna som uppstår genom tillkommande leveranser som offererats i ett anbud kan vara låga, i princip nära noll kronor. En leverantör kan ha "slack" i sin produktionslina och fasta kostnader för personal och annat som inte kan undvikas. En annan möjlighet är att produkterna redan ligger på hyllan, dvs. redan har producerats, eventuellt med kort hållbarhet eller är förenade med vissa lagringskostnader.

Leverans enligt ett offererat mycket lågt pris till en offentlig myndighet är i dessa fall ingen förlustaffär för leverantören. Eftersom ekonomiska incitament finns för företaget att leverera föreligger ingen rationell grund för den upphandlande myndigheten att förkasta ett sådant anbud.

Helt avgörande för frågan är således företagets kostnader. Sådana analyser kan vara resurskrävande att genomföra eftersom de, typiskt sett, kräver en

---

<sup>19</sup> EU-domstolens domar i mål 76/81 Transporoute mot Ministère des travaux publics p. 17, mål C-147/06 och mål C-148/06 p. 6

omfattande insyn i företagens kostnads- och produktionsstruktur.

2. Om det är en förlustaffär för leverantören, uppstår andra fördelar som uppväger dessa förluster?

Om kostnaden överstiger priset förlorar leverantören på den enskilda affären. Men om det finns andra fördelar som uppstår i och med leverans, inom nationalekonomin ofta kallade positiva externaliteter, kan det ändå vara motiverat för leverantören att ta förlusten, eftersom man kan ta igen det förlorade och mer därtill på andra affärer. Till denna kategori skulle vi kunna räkna möjligheten att arbeta med en offentlig kund för att kunna utveckla nya system, lära sig nya metoder, få inblick i offentlig verksamhet och dess behov eller för att få ett värdefullt referensuppdrag. I praktiken finns det gott om exempel på företag som gör dylika överväganden. Det är inget ovanligt med "gratisjobb" på de flesta marknader – på marknaden för skrivare är hårdvaran (själva skrivaren) relativt billig medan toner är förhållandevis dyr, för flera former av mobilteleabonnemang ingår mobiltelefonen till en mycket låg kostnad givet att konsumenten accepterar en lång bindningstid, och så vidare.

Om ett onormalt lågt anbud är en förlustaffär sett i isolation, men det finns andra fördelar som leverantören värdesätter högre, finns det inte heller här någon rationell grund för den upphandlande myndigheten att förkasta ett sådant anbud. Leverantören har fortsatt incitament att leverera, och den upphandlande myndigheten, och ytterst skattebetalarna, gör därmed en bra affär.

Helt avgörande för svaret på denna fråga är således att värdesätta de positiva externaliteterna för leverantören som kan uppstå i och med leverans. Sådana analyser är för utomstående (andra än leverantören) typiskt sett svårare än de som nämnts ovan i fråga 1.

3. Är anbudet lågt för att slå ut konkurrenter?

Om ett lågt anbud är en förlustaffär för leverantören och inte kan uppvägas av positiva externaliteter kan syftet vara att slå ut befintliga konkurrenter från marknaden, eller att utestänga nya konkurrenter. Om strategin lyckas kan det ge sämre möjligheter till bra affärer för den offentliga sektorn på sikt.<sup>20</sup>

Ett rationellt val för den långsiktige offentlige inköparen vore då att förkasta sådana anbud. Tecken på sådan rationalitet finns inom det privata näringslivet. Inom dagligvaruhandeln köper de stora kedjorna medvetet viss volym

---

<sup>20</sup> Om leverantören är ett företag som har en dominerande ställning kan ett sådant agerande komma att träffas av konkurrenslagstiftningens förbud mot missbruk av dominerande ställning.

av mindre företag bland annat för att balansera de större leverantörernas marknadsposition. Motsvarande inköpslogik torde vara lika rationell för en upphandlande myndighet. Bestämmelserna i LOU begränsar dock upphandlade myndigheters möjligheter att agera, om det inte rör sig om konstaterade överträdelser av konkurrenslagstiftningen.

4. Kringgår leverantören gällande regler eller har den inte för avsikt att leverera det som den upphandlande myndigheten efterfrågar?

Här är svaret desto enklare. Konkurrens förutsätter lika villkor, och om någon bryter mot grundläggande förutsättningar sätts konkurrensen ur spel. Låga anbud som har sin grund i att leverantörer inte tar sitt ansvar och följer gällande lagar och regler utgör ett problem. Om en leverantör inte har för avsikt att leverera kan det jämföras med fusk som sätter konkurrensen ur spel.

Sammanfattningsvis finns således en rad situationer då det är ekonomiskt rationellt för en upphandlande myndighet att godta ett lågt anbud. Så länge som anbudsgivaren har incitament att leverera finns ingen överhängande risk att leverans uteblir. De offentliga medlen används i dessa situationer effektivt.

Likafullt finns situationer där det är ekonomiskt rationellt att förkasta ett anbud, såsom där en anbudsgivare försöker sätta konkurrensen ur spel genom att "prisa" ut sina konkurrenter antingen genom egen ekonomisk styrka eller genom någon form av fusk.

Som framgår nedan är dock möjligheterna för upphandlande myndigheter inte helt i linje med dessa nationalekonomiska tankegångar.

### 2.3.2 Möjligheter att förkasta låga anbud

För att den upphandlande myndigheten ska få förkasta ett anbud med motivering att det är onormalt lågt måste myndigheten först ha begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredställande svar. Syftet med detta kontradiktoriska förfarande inför ett beslut om att förkasta anbudet är enligt EU-domstolens praxis att göra det möjligt för de anbudsgivare som har lämnat in särskilt låga anbud att visa att dessa anbud är seriösa.<sup>21</sup>

Bestämmelsen ger dock i sig endast begränsad vägledning om vad som är ett onormalt lågt anbud. EU-domstolen har konstaterat att eftersom begreppet onormalt lågt anbud inte definieras i upphandlingsdirektiven ankommer det på

---

<sup>21</sup> EU-domstolens domar i mål 103/88 p. 18, mål C-285/99 och mål C-286/99 Impresa Lombardini.

medlemsstaterna att fastställa vad som ska anses utgöra ett onormalt lågt anbud.<sup>22</sup> I Sverige har lagstiftaren inte antagit någon nationell regel för vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud, utan bedömningen får göras i det enskilda fallet av den upphandlande myndigheten. Den upphandlande myndighetens ställningstagande i detta avseende kan dock bli föremål för domstolens bedömning inom ramen för en ansökan om överprövning.

Utgångspunkten för en bedömning av att ett anbud är onormalt lågt får anses vara att offererat anbudspris för en viss vara, tjänst eller byggtreprenad ligger under marknadspriset. Ett pris som dessutom ligger under produktionskostnaden för en viss nytthet får som regel beaktas som onormalt lågt. Av detta följer att det vid så kallade nollpriser eller motsvarande finns skäl för den upphandlande myndigheten att överväga om anbudet ska förkastas med stöd av 12 kap. 3 § eller 15 kap. 17 § LOU.

Att ett anbud är att betrakta som onormalt lågt är emellertid som tidigare nämnts inte tillräckligt för att den upphandlande myndigheten ska kunna förkasta anbudet. Den upphandlande myndigheten får endast förkasta ett anbud först sedan den skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått ett tillfredställande svar. Genom sin begäran ska den upphandlande myndigheten försöka ta reda på varför anbudsgivaren kunnat lämna ett så lågt anbud, för att bedöma om anbudet är hållbart och trovärdigt eller om anbudet får anses oseriöst och därför bör förkastas.<sup>23</sup>

### 2.3.3 Exempel i LOU på motiv bakom låga anbud

I 12 kap. 3 § 2 st. LOU finns en lista med frågeställningar som den upphandlande myndighetens begäran om en förklaring av ett onormalt lågt anbud kan avse. Listan är emellertid inte uttömmande, utan utgör endast exempel på vad som kan utgöra de bakomliggande skälen till varför en anbudsgivare har möjlighet att offerera ett lägre anbudspris än övriga anbudsgivare. Listan innehåller följande punkter:

- Leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder att fullgöra kontraktet
- Leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet
- Egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören

<sup>22</sup> EU-domstolens dom i mål C-285/99 och mål C-286/99 Impresa Lombardini.

<sup>23</sup> EU-domstolens dom i mål C-147/06 och C-148/06 SECAP mot Comune di Torino.

- Leverantören iakttar de bestämmelser om arbetsskydd och arbetsförhållanden som gäller där kontraktet ska fullgöras
- Leverantören erhåller statligt stöd

Listan illustrerar att skälen bakom ett lågt anbudspris kan vara många och variera mycket från situation till situation. Ett skäl till varför ett anbudspris kan vara onormalt lågt kan exempelvis vara att anbudsgivaren på förmånliga villkor, exempelvis genom ett auktionsförfarande eller genom köp av ett konkursbo, kommit över stora kvantiteter av den vara som upphandlingen avser. Det kan också vara fråga om att en anbudsgivare redan levererar samma typ av varor eller tjänster i det geografiska område som upphandlingen avser, och att anbudsgivaren således kan dra nytta av de investeringar som gjorts med anledning av det pågående uppdraget.

Om en anbudsgivare försöker etablera sig på en marknad där anbudsgivaren tidigare inte varit verksam kan det nämligen vara affärsmässigt motiverat för anbudsgivaren att offerera ett mycket lågt anbudspris till en upphandlande myndighet för att på detta sätt "få in en fot på" marknaden och samtidigt skaffa sig en betydelsefull referenskund. Ett sådant agerande innebär inte i sig att anbudsgivaren ska anses som icke trovärdig eller oseriös, utan tvärtom kan de två nämnda exemplen betraktas som godtagbara förklaringar.

Ett onormalt lågt anbud kan också förklaras med hänvisning till viktningen i en upphandling eller till arten av de varor och tjänster som upphandlas. Om en upphandling exempelvis rör tre tjänsteslag, vilka tilldelats samma vikt i upphandlingen trots att det är allmänt känt att ett av tjänsteslagen avropas i en väsentligt mindre utsträckning än övriga två, kommer anbudsgivarna sannolikt att vara villiga att offerera ett mycket lågt anbudspris för det tjänsteslag som avropas mindre än övriga.

Att en anbudsgivare gör beräkningar utifrån en jämförelse mellan viktningen i en utvärderingsmodell och vad anbudsgivaren vet om verkliga förhållanden innebär inte att anbudsgivarens anbud per automatik ska förkastas, även om en sådan beräkning medför att anbudspriset för ett tjänsteslag väsentligen understiger marknadspriset. Tvärtom får det anses utgöra ett normalt affärsmässigt beteende i en anbudssituation att använda sin kunskap om verkliga förhållanden för att göra sitt anbud så konkurrenskraftigt som möjligt. Endast om anbudsgivaren har för avsikt att under avtalstiden avvika från vad som offererats i anbudet kan ett sådant beteende anses oseriöst.

### 2.3.4 Hur kan listan användas?

Vad som angetts ovan innebär emellertid inte att det, åtminstone såsom bestämmelsen kommit att tillämpas av EU-domstolen, saknas situationer då den upphandlande myndigheten trots den förklaring som lämnats ändå kan förkasta anbudet. Tvärtom tyder EU-domstolens praxis på att det faktum att ett anbudspris är onormalt lågt skapar en presumtion för att den upphandlande myndigheten får förkasta anbudet, om inte anbudsgivaren kan lämna en tillfredställande förklaring som kullkastar presumtionen, dvs. om inte anbudsgivaren visar att anbudet trots det låga priset är trovärdigt och seriöst menat.

Det finns två huvudsakliga situationer då en upphandlande myndighet, som begärt en förklaring till ett onormalt lågt anbud, trots förklaringen har rätt att förkasta anbudet.

Den första situationen är då den upphandlande myndigheten trots, eller på grund av, förklaringen har skäl att misstänka att anbudsgivaren inte kan fullgöra kontraktet korrekt och med iakttagande av för området relevant lagstiftning. Att leverantören inte kan fullgöra kontraktet korrekt kan vara fallet om anbudsgivaren i sin förklaring indikerar att anbudsgivaren inte har för avsikt att upprätthålla de krav som framgår av förfrågningsunderlaget under hela avtalstiden. Det kan också vara fallet om det framgår att anbudsgivaren har för avsikt att ta betalt för tillkommande kostnader under avtalet trots att ett totalpris efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Vad gäller att anbudsgivaren inte kan fullgöra kontraktet med iakttagande av tillämplig lagstiftning kan det röra sig om att det framgår av förklaringen att anbudsgivaren inte fullgjort sina skyldigheter med avseende på betalning av skatter och sociala avgifter, eller att det framgår att anbudsgivaren inte iakttar gällande säkerhetsföreskrifter.

Den andra situationen är då den förklaring som inkommit varit ofullständig eller otillräcklig för att bryta presumtionen om att anbudet får förkastas. Exempelvis kanske anbudsgivaren inte lämnat någon förklaring, eller endast lämnat oklara uppgifter eller en förklaring som inte besvarar den upphandlande myndighetens frågor.

### 2.3.5 Vad säger svensk rättspraxis?

I svenska domstolar har bevisbördan kommit att läggas på den upphandlande myndigheten. Här kan särskilt nämnas att Kammarrätten i Stockholm har ansett att det är den upphandlande myndigheten som har att visa att anbudsgivaren inte på ett tillfredsställande sätt kunnat förklara sitt låga anbud och att skäl för förkastande enligt 12 kap. 3 § LOU därför föreligger.<sup>24</sup> Kammarrätten i Göteborg har gått något

---

<sup>24</sup> Kammarrätten i Stockholm i mål 236-07 av den 5 april 2007



längre och angett att den upphandlande myndigheten har att visa att anbudsgivaren saknar förmåga att leverera till det i anbudet offererade priset.<sup>25</sup>

Av 12 kap. 3 § 3 st. LOU framgår att om den upphandlande myndigheten beslutar sig för att, även med beaktande av den förklaring som anbudsgivaren lämnat, förkasta anbudet ska anbudsgivaren beredas tillfälle att yttra sig över den upphandlande myndighetens skäl för förkastande. Denna bestämmelse har sin grund i det klassiska direktivets artikel 55.2 enligt vilken den upphandlande myndigheten i samråd med anbudsgivaren ska granska anbudsinnhållet med beaktande av de förklaringar som anbudsgivaren lämnat. Lagrådet tolkade, i samband med lagstiftningsarbetet, kravet på samråd som ett krav på att anbudsgivaren skulle ges möjlighet att yttra sig över den upphandlande myndighetens skäl för förkastande vilket medförde att 12 kap. 3 § 3 st. LOU fick sin nuvarande utformning.<sup>26</sup>

### 2.3.6 Onormalt lågt anbud på grund av statsstöd

I 12 kap. 4 § LOU regleras den situationen att ett onormalt lågt anbudspris kan förklaras med att anbudsgivaren erhållit statligt stöd. Om en upphandlande myndighet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren har fått statligt stöd, får myndigheten begära en särskild förklaring av anbudsgivaren. Kan anbudsgivaren inte efter en sådan begäran, och inom en skälig tidsfrist som angetts av den upphandlande myndigheten, visa att det är fråga om ett med EUF-fördraget förenligt stöd får anbudet förkastas.<sup>27</sup>

Om ett anbud förkastas på grund av att anbudsgivaren har erhållit otillåtet statsstöd ska den upphandlande myndigheten även underrätta Europeiska kommissionen.

### 2.3.7 Onormalt lågt anbud i 15 kap. LOU

Av 15 kap. 17 § LOU framgår att regler för förkastande av onormalt låga anbud motsvarande de som gäller för det direktivstyrda området även gäller för upphandlingar under tröskelvärdena och för B-tjänster enligt 15 kap. LOU.<sup>28</sup> Den upphandlande myndigheten är med andra ord, även vid upphandlingar enligt 15 kap. LOU, skyldig att begära en förklaring till varför ett anbud är lågt om myndigheten överväger att förkasta anbudet och endast om ingen tillfredsställande förklaring lämnas får anbudet förkastas. Bestämmelsen i 15 kap. 17 § LOU inne-

<sup>25</sup> Kammarrätten i Göteborg i mål 3356-09 av den 4 november 2009

<sup>26</sup> Se prop. 2006/07:128 s. 409.

<sup>27</sup> Bestämmelser om otillåtet statligt stöd finns artiklarna 107-108 i EUF-fördraget.

<sup>28</sup> Det framgår av EU-domstolens dom i mål C-147/06 och C-148/06 att det inte är tillåtet för medlemsstater att ha en förfarande varigenom onormalt låga anbud utesluts automatiskt för upphandlingar som understiger tröskelvärdena men som har ett visst gränsöverskridande intresse. Detta då ett sådant förfarande fräntar den upphandlande myndigheten sin möjlighet att bedöma hur hållbara och trovärdiga onormalt låga anbud är, vilket i sig utgör en överträdelse av de grundläggande principerna.

håller emellertid ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten att dessutom, dvs. utöver att begära en förklaring, bereda anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över skälen för förkastandebeslutet på det sätt som anges i 12 kap 3 § 3 st. LOU.

### 2.3.8 Kan osund strategisk anbudsgivning utgöra skäl för avbrytande av en upphandling?

En annan fråga är om en upphandlande myndighet som inser att de anbud som inkommit i en upphandling innebär osund strategisk anbudsgivning kan avbryta upphandlingen. Detta eftersom ett avbrytande skulle ge den upphandlande myndigheten möjlighet att genomföra en ny upphandling med ett nytt förfrågningsunderlag anpassat för att förhindra den typ av osund strategisk anbudsgivning som den upphandlande myndigheten identifierat.

När den osunda strategiska anbudsgivningen möjliggjorts av en brist i förfrågningsunderlaget torde en upphandlande myndighet som avser att korrigera denna brist i en förnyad upphandling ha sakliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Av EU-domstolens beslut i mål C-244/02, Kauppatalo Hansel framgår att den upphandlande myndigheten har sakliga skäl för avbrytande när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande myndigheten inser att den med hänsyn till innehållet i förfrågningsunderlaget, på grund av fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I vissa fall kan därför förekomsten av osund strategisk anbudsgivning sannolikt utgöra sakliga skäl för avbrytande av en upphandling.

## 2.4 Avtalsrättsliga förutsättningar

Bestämmelserna i LOU utgör ingen uttömmande reglering av de rättsliga förutsättningarna för upphandlande myndigheters inköp. Tvärtom samspelar bestämmelserna i LOU med en stor mängd annan lagstiftning, såväl offentligrättslig som civilrättslig.

LOU reglerar hur offentliga upphandlingar ska genomföras, dvs. hur upphandlande myndigheter ska fastställa vilken leverantör som de ska teckna kontrakt eller ramavtal med. LOU reglerar dock inte hur bindande avtal kommer till stånd, hur länge de lämnade anbudena är giltiga etc. I dessa delar gäller istället bestämmelserna i lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område (avtalslagen). Avtalsrätten vilar på grundprincipen att avtal ska hållas (pacta sunt servanda). Detta gäller även i avtalsrelationer mellan offentliga köpare och privata leverantörer. Avtalsrätten gör det således mycket svårt för en part att ensidigt ändra avtalsförpliktelser eller annat avtalsinnehåll. Förutsättningarna för

avtalet ska i princip ha ändrats så mycket att det vore orimligt att låta dem bestå för att det ska vara möjligt att göra ensidiga avsteg från ett gällande avtal. Vidare krävs att de ändrade förutsättningarna var oförutsedda och att den drabbade parten varken kunnat eller bort inse händelsernas utveckling. Utgångspunkten är att leverantören är bunden av de villkor som offererats i anbudet under hela avtalstiden om inte annat angetts i avtalet. En annan sak är att den upphandlande myndigheten genom att inte invända mot att en leverantör förändrar villkoren i ett avtal, över tid kan anses ha passivt accepterat villkor vilka medför att avtalsinnehållet ändrats.

Förutom civilrättslig lagstiftning finns det en rad standardavtal som det förekommer att upphandlande myndigheter hänvisar till i sina förfrågningsunderlag. Det är emellertid viktigt att poängtera att dessa standardavtal endast gäller och kan tillämpas i den utsträckning de inte står i strid med LOU:s bestämmelser.

### 3 Vad är osund strategisk anbudsgivning?

I detta kapitel presenterar vi ett förslag på definition av osund strategisk anbudsgivning givet de grundläggande förutsättningar som gäller i en offentlig upphandling.

Eftersom begreppet "strategisk" inte är entydigt skiljer vi på "sund" och "osund" strategisk anbudsgivning.

Strategisk anbudsgivning innefattar alla tillfällen då en anbudsgivare försöker utnyttja svagheter eller på annat sätt anpassa sig till villkoren i ett förfrågningsunderlag med syfte att vinna en offentlig upphandling.

Osund strategisk anbudsgivning leder entydigt till ett sämre utfall för den upphandlande myndigheten. Det har sin grund i att en anbudsgivare ensam, eller tillsammans med andra, bryter mot villkoren eller i vart fall intentionerna som den upphandlande myndigheten har rörande hur anbudsgivarna ska agera.

Sund strategisk anbudsgivning däremot innebär inte att en leverantör bryter mot de villkor som finns. Däremot utnyttjar leverantören svagheter eller anpassar sig till villkoren i förfrågningsunderlaget för att öka sannolikheten att vinna och samtidigt göra vinst. Det går inte att säga om det innebär ett bättre eller sämre utfall för den upphandlande myndigheten.

Begreppet *osund strategisk anbudsgivning* ska alltså ges en snävare innebörd än vad man kan förledas att tro givet språkbruket inom nationalekonomi. Särskilt viktigt är att fastställa om låga priser är en logisk följd av en väl fungerande konkurrens eller av ett osunt anbudsstrategiskt beteende.

Vår definition utgår från vilka typer av problem som är tänkbara givet hur de uppstår och vilka aktörer de drabbar.

#### 3.1 Några uppmärksammade fall

På senare tid har en rad fall uppmärksammats i fackpress rörande det vi inom ramen för denna rapport kallar för osund strategisk anbudsgivning. Ett vanligt beskrivande uttryck är "nollbud". En första observation är att fenomenet förefaller vara vanligare nu än tidigare.

Ett uppmärksammat fall är Försäkringskassans upphandling av IT-konsulter under 2010. Några anbudsgivare, som också var framgångsrika i den ursprungliga utvärderingen, lämnade anbud på flera tjänstekategorier till priset av en krona per timme. I utvärderingen genererade detta snittpriser som flera väl etablerade it-konsultföretag inte kunde matcha.

Flera leverantörer hörde under upphandlingen av sig till Försäkringskassan enligt Computer Sweden (21/8, 2010) och menade att upplägget inbjöd till "taktisk pris-sättning". Detta eftersom ramavtalet byggde på förnyad konkurrensutsättning – leverantörerna som kom med i ramavtalet hade därmed ingen skyldighet att leverera till de extremt låga priserna och skulle därför kunna stå över dessa avrop.

Upphandlingen har sedermera blivit föremål för överprövning och kammarrätten har beslutat att den ska göras om. Skälet till detta är dock inte de låga anbudena utan har att göra med Försäkringskassans försök att förlänga anbudens giltighet eftersom upphandlingen drog ut på tiden.

Ett annat uppmärksammat ramavtal upphandlades av Göteborgs Stad 2010. Även i denna upphandling förekom exempel på mycket låga priser för vissa tjänstekategorier. Avropen tilldelas med förnyad konkurrensutsättning, men till skillnad från liknande ramavtalsupphandlingar är samtliga leverantörer ålagda att svara på samtliga avrop. Om leverantörerna vid upprepande tillfällen avböjt att lämna anbud kan vite utkrävas eller avtalet hävas. Priserna som lämnats vid själva ramavtalsupphandlingen är takpriser som får underskrivas vid avropstillfällena – men enligt uppgift till Upphandling24 (29/3, 2011) kommer inköparen att vara observant på onormalt låga anbud.

Även en upphandling som genomförts av Stockholm Stad har uppmärksammat eftersom det i denna upphandling förekommit anbud med priset för vissa tjänster satt till noll kronor.

Listan med exempel kan göras mycket längre – de ovan nämnda upphandlingarna är endast ett axplock. Även exempel på upphandlingar av varor förekommer.

I diskussionen och debatten kring "nollbuden" (eller mycket låga anbud) har stor frustration luftats bland såväl inköpare som leverantörer. Vissa menar att konkurrensen sätts ur spel eftersom utvärderingsmodellerna inbjuder till strategisk pris-sättning av anbud, vilket leder till att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudena inte antas. Argument har även framförts att de bästa anbudena inte ens kommer att lämnas i offentliga upphandlingar eftersom de, i utvärderingarna, inte kommer att vara tillräckligt konkurrenskraftiga.

Det förefaller enligt vår uppfattning finnas två huvudspår i debatten kring strategisk anbudsgivning.

För det första handlar diskussionen om onormalt låga anbud och vilka förutsättningar en upphandlande myndighet har att förkasta sådana anbud. Relativt lite uppmärksamhet lämnas åt den potentiella paradoxen att den offentliga sektorn, i sin strävan att agera marknadsmässigt och pressa priserna för sina inköp, ser det som ett problem att också få anbud med mycket fördelaktiga villkor. Naturligtvis finns det ett rationellt berättigande i att förkasta anbud med villkor som man av en eller annan anledning inte tror kommer att tillämpas i praktiken, eller som innebär

att leverantören inte uppfyller gällande lagar och regler. Samtidigt ligger det dock en potential i betydande kostnadsbesparingar för upphandlande myndigheter, som inte har rönt någon större uppmärksamhet i debatten.

För det andra handlar diskussionen om konkurrensvinkeln, och att förekomsten av taktiska anbud leder till att konkurrensen sätts ur spel. Det bästa anbudet vinner därför inte och sammantaget leder detta till dåliga affärer för den offentliga sektorn och ytterst för skattebetalarna, i vart fall på sikt.

I det följande avsnittet problematiserar vi dessa två synsätt och föreslår en definition på det vi kallar osund strategisk anbudsgivning.

### 3.2 Definition: tre typer av osund strategisk anbudsgivning

Det bör särskilt framhållas att det inte finns något explicit förbud mot osund strategisk anbudsgivning. En anbudsgivare som ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning gör sig därför i normalfallet inte skyldig till någon överträdelse av någon lag eller andra regler. Om det inte finns några avtalsvillkor som påbjuder eller förbjuder visst agerande under avtalstiden kan ett osunt strategiskt agerande normalt inte heller innebära något avtalsbrott.

I vissa fall kan dock ett agerande som ingår som ett led i osund strategisk anbudsgivning innebära en lagöverträdelse. Exempelvis kan den situationen att flera anbudsgivare koordinerar sitt agerande i en upphandling utgöra en överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbeten.

I många andra fall finns det inga juridiska hinder mot osund strategisk anbudsgivning, och det bör i sammanhanget exempelvis framhållas att LOU inte innehåller någon bestämmelse som i sig hindrar att en anbudsgivare ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning. I den mån osund strategisk anbudsgivning är klandervärt är det alltså normalt inte utifrån juridiska utgångspunkter, utan snarare utifrån affärsetiska överväganden.

Däremot finns det bestämmelser i LOU som aktualiseras, och kan komma att få betydelse, i samband med osund strategisk anbudsgivning. Därutöver kan också villkor i upphandlade kontrakt och ramavtal påverka leverantörers handlingsmöjligheter under tillämpningen av ett kontrakt eller ramavtal, dvs. upphandlande myndigheter kan i viss utsträckning på avtalsrättslig väg förhindra eller minska möjligheterna för anbudsgivare att ägna sig åt eller effekterna av osund strategisk anbudsgivning.

Vidare kan det i många fall vara svårt att särskilja osund strategisk anbudsgivning från sådan godtagbar strategisk anbudsgivning som är naturlig och som endast beror på att anbudsgivarna anpassar sig till förfrågningsunderlagets krav och villkor i syfte att baserat på dessa lämna ett så förmånligt anbud som möjligt.

Det bör också understrykas att anbudsgivare inte kan lastas för att resultatet i en upphandling blir ett annat än det av myndigheten önskade om skälet till detta är ett förfrågningsunderlag som med avseende på exempelvis utvärderingsmodellen är bristfälligt utformat.

Vår huvuddefinition är följande, se Box 3.1.

### **Box 3.1 Definition av osund och sund strategisk anbudsgivning**

Strategisk anbudsgivning innefattar alla tillfällen då en anbudsgivare försöker utnyttja svagheter eller på annat sätt anpassa sig till villkoren i ett förfrågningsunderlag med syfte att vinna en offentlig upphandling.

Osund strategisk anbudsgivning leder entydigt till ett sämre utfall för den upphandlande myndigheten. Det har sin grund i att en anbudsgivare ensam, eller tillsammans med andra, bryter mot villkoren eller i vart fall intentionerna som den upphandlande myndigheten har ställt upp för hur anbudsgivarna ska agera.

Sund strategisk anbudsgivning däremot innebär inte att en leverantör bryter mot villkor som finns. Däremot utnyttjar leverantören svagheter eller anpassar sig på annat sätt till villkoren i förfrågningsunderlaget för att öka sannolikheten att vinna och samtidigt göra vinst. Det går inte att säga om det innebär ett bättre eller sämre utfall för den upphandlande myndigheten.

Vi har identifierat tre huvudtyper av osund strategisk anbudsgivning antingen kan förekomma enskilt eller i kombination med varandra. Dessa leder, eller riskerar att leda, till en samhällsekonomisk kostnad i form av ett sämre utfall i en given offentlig upphandling än vad som blivit fallet om det osunda strategiska agerandet ej förekommit. I de följande avsnitten redogör vi för dessa problemtyper.

#### **3.2.1 Problemtyp 1: Anbudsgivare håller inte vad som utlovats**

Anbudsgivaren lämnar anbud med priser och andra villkor som anbudsgivaren inte har för avsikt att iaktta under avtalstiden. Genom att erbjuda förmånliga villkor, som anbudsgivaren inte har för avsikt att tillämpa, ökar anbudsgivaren sina möjligheter att tilldelas ramavtal i upphandlingen. Agerandet innebär att andra anbudsgivare, som räknar med att infria sina åtaganden och därför kalkylerar med högre kostnader, får försämrade möjligheter att tilldelas ramavtal. Agerandet medför också högre kostnader för den upphandlande myndigheten.

Inom ramen för denna problemtyp har vi identifierat följande undertyper:

- a. Anbudsgivaren har inte för avsikt att leverera överhuvudtaget. Detta kan exempelvis ta sig uttryck genom att vissa varor eller kategorier av konsulter, som offererats till förmånliga villkor, aldrig är tillgängliga för avrop. Anbudsgivaren gör då ingen vinst på den aktuella varu-/tjänstekategorin.

Syftet torde typiskt sett vara att öka möjligheterna till framgång i ramavtalsupphandlingen och göra vinst genom att leverera i andra varu-/tjänstekategorier till mer normala, eller för leverantören förmånliga, villkor.

- b. Anbudsgivaren har för avsikt att leverera, men inte det som offererats i upphandlingen. Istället erbjuds eller levereras vid avrop något annat, på villkor som är mer förmånliga för anbudsgivaren, exempelvis en mer kvalificerad och därför dyrare konsult. En variant av denna undertyp är att anbudsgivaren visserligen levererar det som offererats i upphandlingen men kompenserar sig för de förmånliga villkor som offererats genom olika typer av tilläggsvillkor, exempelvis administrativa avgifter av olika slag.

Problemtyp 1 är sannolikt främst aktuell vid ramavtal med en leverantör eller med rangordning, men torde kunna förekomma även vid ramavtal som förutsätter förnyad konkurrensutsättning.

### 3.2.2 Problemtyp 2: Koncernstrategisk anbudsgivning

Flera anbudsgivare som vanligen, men inte nödvändigtvis, tillhör samma koncern koordinerar sin anbudsgivning i en upphandling. Varje berörd anbudsgivare lämnar anbud med mycket förmånliga villkor, exempelvis ett pris om noll kronor, i varsin varu-/tjänstekategori, men mindre förmånliga villkor i övriga kategorier. De förmånliga villkoren i en kategori leder till att alla de berörda anbudsgivarna får en bra genomsnittspoäng och därför erhåller ramavtal och, i de fall då rangordning tillämpas, rangordnas högt i ramavtalet.

Vid avrop eller förnyad konkurrensutsättning avböjer dock förstahandsleverantören att leverera respektive att lämna nytt anbud till förmån för annan berörd anbudsgivare med högre pris respektive högre takpris (eller på annat sätt mer förmånliga villkor). Agerandet innebär att andra anbudsgivare, som inte koordinerar sina anbud med andra anbudsgivare utan räknar med att infria sina åtaganden och därför kalkylerar med högre kostnader, får försämrade möjligheter att tilldelas ramavtal. Agerandet medför också högre kostnader för den upphandlande myndigheten.

Denna problemtyp kan endast förekomma vid ramavtal med flera leverantörer. En illustration ges nedan. Leverantör 1 och 2 tillhör samma koncern och har i ramavtalsupphandlingen lämnat nollbud i varsin tjänstekategori A och B. I den andra tjänstekategorin har man satt ett pris som ger lönsamhet. Eftersom utvärderingsmodellen grundar sig på genomsnittet av timpriset för A och B (givet 50 procents vikt för vardera tjänsten) ger detta ett genomsnittspris som ligger på hälften av offererat pris för den "korrekt" prissatta tjänsten, se i Tabell 3.1 nedan.



**Tabell 3.1 Koncernstrategisk anbudsgivning**

| Leverantör | Tjänst A, kr/tim | Tjänst B, kr/tim | Genomsnittspris kr/tim<br>(Utvärderingskriterium) |
|------------|------------------|------------------|---------------------------------------------------|
| 1          | 8                | 0                | 4                                                 |
| 2          | 0                | 10               | 5                                                 |
| 3          | 5                | 7                | 6                                                 |

Källa: Copenhagen Economics

Leverantör 1 och 2 blir således högst rankade medan leverantör 3, som egentligen har lägst priser bortsett från nollbuden, kommer först på tredje plats.

Vi ett avrop avstår leverantör 1 från B-tjänster till förmån för leverantör 2. När ett avrop på A-tjänster kommer bjuder däremot leverantör 1. Detta innebär att upphandlande myndighet betalar mer för såväl A- som B-tjänster än vad skulle ha behövt om man istället haft möjlighet att ge uppdraget till leverantör 3.

### 3.2.3 Problemtyp 3: Manipulation av relativa utvärderingsmodeller

Två eller flera anbudsgivare som vanligen, men inte nödvändigtvis, tillhör samma koncern lämnar anbud i upphandlingen, men endast en av dem gör det i syfte att vinna. Övriga berörda anbudsgivare lämnar anbud med extremt förmånliga villkor i något avseende, men med dåliga villkor i övrigt, för att i gynnande riktning påverka utfallet i upphandlingen för den av anbudsgivarna som lämnar anbud i syfte att vinna upphandlingen. Därigenom får exempelvis priset liten praktisk betydelse i utvärderingen, eftersom alla de anbudsgivare som offererat ett seriöst pris i upphandlingen kommer att få ungefär samma poäng trots inbördes skillnader, dvs. skillnader i pris återspeglas inte fullt ut i skillnader i poängsättning eftersom det eller de strategiska anbudena avviker så mycket från övriga anbud.

Agerandet innebär att utvärderingskriterierna i upphandlingen inte får den effekt som den upphandlande myndigheten avsett, dvs. att det anbud som antas inte nödvändigtvis återspeglar den upphandlande myndighetens behov och önskemål såsom de uttryckts i förfrågningsunderlaget. Enkelt uttryckt kan förhållandet mellan exempelvis kvalitet och pris bli ett annat än vad den upphandlande myndigheten avsett. Agerandet innebär också att andra anbudsgivare, som inte försöker manipulera utvärderingsmodellen utan lämnar anbud utifrån utvärderingskriterierna såsom de framgår av förfrågningsunderlaget, får försämrade möjligheter till framgång i upphandlingen.

Denna problemtyp kan förekomma i alla typer av upphandlingar där relativa utvärderingsmodeller används.

Själva grundproblemet med relativa utvärderingsmodeller är att de ingående bedömningskriteriernas vikt i bedömningen inte kan bestämmas på förhand, utan

istället beror på spridningen i de inkomna anbudena. Anders Lunander har visat i uppdragsforskningsrapporter för Konkurrensverket (Lunander 2004 och 2009) att sådana relativa utvärderingsmodeller strider mot antagandet om oberoende av irrelevanta alternativ. Den inbördes rangordningen mellan två anbudsgivare beror också på vad övriga bjuder, även om dessa inte är intresserade av att vinna upphandlingen.

För att illustrera denna situation utgår vi från en relativ utvärderingsmodell där pris och kvalitet utvärderas med lika vikt, 50 procent vardera, enligt följande formler:

$$\text{Prispoäng} = \frac{\text{lägsta pris}}{\text{anbudspris}} \cdot 100 \cdot \text{vikt}$$

$$\text{Kvalitetspoäng} = \frac{\text{kvalitet i anbud}}{\text{högsta kvalitet}} \cdot 100 \cdot \text{vikt}$$

Poäng för pris och kvalitet läggs därefter ihop till en totalsumma och det anbud som fått flest poäng vinner upphandlingen. Detta är ett exempel på en relativt enkel utvärderingsmodell.

Vi utgår först från en situation utan osund strategisk anbudsgivning där de två konkurrerande leverantörerna offererar olika lösningar som skiljer sig i pris och kvalitet, se Tabell 3.2.

Leverantör 1 har en förhållandevis billig lösning till en lägre kvalitet än leverantör 2 som har en dyrare lösning men som också representerar en högre kvalitet. Vi ser att priset för leverantör 2 är 50 procent högre än för leverantör 1, men samtidigt är kvaliteten också 67 procent högre – vi borde alltså kunna förvänta oss att utvärderingsmodellen, som viktat pris och kvalitet lika, utser leverantör 2 till vinnare.

**Tabell 3.2 Beräkningsexempel för en relativ utvärderingsmodell utan manipulation**

| Leverantör | Pris | Kvalitet | Prispoäng | Kvalitetspoäng | Totalpoäng |
|------------|------|----------|-----------|----------------|------------|
| 1          | 10   | 6        | 50        | 30             | <b>80</b>  |
| 2          | 15   | 10       | 33        | 50             | <b>83</b>  |

Källa: Copenhagen Economics

Det är också slutresultatet: leverantör 2 får en högre totalpoäng, främst drivet av att kvalitetsskillnaden är högre än prisskillnaden mellan de två anbudena.

Om nu en tredje anbudsgivare träder in förändras bilden och möjligheten till osund strategisk anbudsgivning blir tydlig. Anta att leverantör 3 inte vill vinna upphandlingen, men däremot vill underlätta för leverantör 1 att vinna.

Ett sätt att göra detta är att försöka lägga ett anbud som påverkar utvärderingsmodellen så att prisskillnaden väger tyngre och kvalitetsskillnaden väger mindre. Det går nämligen genom att lämna ett anbud med högre kvalitet än övriga anbud. Eftersom leverantör 3 inte vill vinna upphandlingen lägger denne samtidigt ett relativt högt pris.

Utfallet presenteras i Tabell 3.3 nedan.

**Tabell 3.3 Beräkningsexempel för en relativ utvärderingsmodell med manipulation**

| Leverantör | Pris | Kvalitet | Prispoäng | Kvalitetspoäng | Totalpoäng |
|------------|------|----------|-----------|----------------|------------|
| 1          | 10   | 6        | 50        | 23             | <b>73</b>  |
| 2          | 15   | 10       | 33        | 38             | <b>72</b>  |
| 3          | 40   | 13       | 13        | 50             | <b>63</b>  |

Källa: Copenhagen Economics

Notera att prispoängen för leverantör 1 och 2 inte påverkas. Leverantör 3 får en låg prispoäng till följd av det höga priset. Däremot ändras kvalitetspoängen för leverantör 1 och 2 eftersom spannet mellan högsta och lägsta offererade kvalitet nu ändrats i och med leverantör 3:s bud. Det innebär att kvalitetsskillnaden mellan leverantör 1 och 2 inte är lika mycket "värd" längre i utvärderingsmodellen.

Det leder till att leverantör 1 vinner upphandlingen istället för leverantör 2.

Exemplet illustrerar alltså en situation där ett "bulvanbud" kan medverka till att en annan anbudsgivare vinner än vad som annars skett. Detta exempel utgör problemtyp 3 för osund strategisk anbudsgivning.

Med andra ord säger den viktning som närmast rutinmässigt anges förfrågningsunderlag med relativa utvärderingsmodeller i verkligheten förhållandevis lite om den faktiska vikt som kommer att tillmätas de ingående pris- och kvalitetsparametrarna, dvs. utvärderingskriterierna. Det som avgör den faktiska viktningen är istället spridningen i anbuderna med avseende på de olika utvärderingskriterierna. Det öppnar möjlighet för anbudsgivare att minska betydelsen av vissa kriterier genom att lämna ett riktigt lågt (högt) anbud, vilket kan gynna en tredje part. Det är denna möjlighet som är kärnan i problemtyp 3 i vår definition av osund strategisk anbudsgivning.

Att lämna ett anbud som i något avseende avviker från det normala på marknaden i syfte att göra anbudet mer konkurrenskraftigt, utgör inte i sig osund strategisk anbudsgivning. Så länge anbudsgivaren har för avsikt att leverera i enlighet med vad som offererats kan anbudsgivaren inte klandras för att anbudsgivaren försöker maximera sina möjligheter att tilldelas kontrakt. När en koncern lämnar ett flertal anbud på det sätt som beskrivits ovan har emellertid vissa av bolagen inte för

avsikt att leverera i enlighet med sina anbud. Dessa anbud syftar istället till att ändra förutsättningarna för utvärderingen på ett sätt som den upphandlande myndigheten inte avsett. Det är denna aspekt som medför att denna typ av strategisk anbudsgivning får anses osund.

### 3.3 När dominerande aktörer ägnar sig åt strategisk anbudsgivning

De ovan redovisade typerna av osund strategisk anbudsgivning förutsätter viss insyn i hur den upphandlande myndigheten kan förväntas agera i en viss given situation. Den leverantör som ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning måste också ha de ekonomiska resurserna och den juridiska kompetens som krävs för det fall den upphandlande myndigheten, till skillnad från vad leverantören förväntat sig, försöker vidta åtgärder mot leverantören. Detta medför sannolikt att det främst är större leverantörer som kan ägna sig åt osund strategisk anbudsgivning, medan mindre leverantörer som inte har samma erfarenhet av eller resurser för att lämna anbud i offentliga upphandlingar kanske har en större benägenhet att följa de villkor som anges i förfrågningsunderlaget.

Det förhållandet att större leverantörer har lättare att identifiera öppningar för osund strategisk anbudsgivning och använda sig av dessa möjligheter kan innebära att dessa leverantörer stärker sin ställning på marknaden i förhållande till mindre eller nyetablerade leverantörer. Det kan således inte uteslutas att osund strategisk anbudsgivning i längden kan leda till inträdeshinder på marknaden och bidra till att färre nya företag lyckas etablera sig som leverantörer till offentlig sektor.

### 3.4 Vad som inte utgör osund strategisk anbudsgivning

Förutom att som ovan definiera vad som utgör strategisk anbudsgivning kan det också vara värdefullt att definiera vad som inte utgör osund strategisk anbudsgivning.

Alla former av anbudsgivning är i någon utsträckning strategisk. I många situationer kommer en anbudsgivare dessutom att utnyttja eventuella brister eller otydligheter i ett förfrågningsunderlag eller i en utvärderingsmodell utan att detta för den skull ska anses utgöra ett osunt eller klandervärt beteende. Tvärtom är det ett naturligt affärsmässigt beteende att anbudsgivaren försöker göra sitt anbud så konkurrenskraftigt som möjligt utifrån de förutsättningar som den upphandlande myndigheten har ställt upp i förfrågningsunderlaget. Att anbudsgivaren utnyttjar eventuella brister i förfrågningsunderlaget i syfte att vinna upphandlingen är inte ett osunt beteende, så länge anbudsgivaren inte anger något i sitt anbud som anbudsgivaren inte har för avsikt att leva upp till under avtalstiden.

Som exempel på strategisk anbudsgivning som inte är osund kan bland annat nämnas det fallet att den upphandlande myndigheten har efterfrågat produkter

som inte är kompletta. Om leverantören vet att den upphandlande myndigheten kommer behöva göra tilläggsköp för att få en fungerande produkt men dessa tilläggsprodukter inte utvärderas i upphandlingen är det sannolikt att anbudsgivaren sänker sina priser på produkten som utvärderas och höjer sina priser på de delar av produkten som inte utvärderas. Detta kan inte i sig sägas utgöra osund strategisk anbudsgivning.

Ett annat exempel är att den upphandlande myndigheten har angett en viktning mellan olika varu- och tjänsteslag som inte motsvarar det verkliga förhållandet mellan dessa varu- och tjänsteslag med utgångspunkt i hur ofta och till vilket pris de avropas. En anbudsgivare som har insyn i de verkliga förhållandena mellan olika varu- och tjänsteslag kommer kunna utnyttja det faktum att en viss vara eller tjänst har fått en högre viktning än vad som är befogat och sänka priset för denna vara eller tjänst. Inte heller detta agerande kan anses utgöra osund strategisk anbudsgivning.

Denna möjlighet går under beteckningen *unbalanced bidding* i den nationalekonomiska litteraturen (Mandell och Nyström, 2011). Grundförutsättningen är att anbudsgivaren har bättre information om vad en upphandling kommer att innebära i leveransåtagande än vad upphandlaren har. Detta kan anbudsgivaren utnyttja genom att prissätta lågt i de produktkategorier där upphandlaren överskattat framtida behov och prissätta högt i de produktkategorier där upphandlaren underskattat framtida behov.

Denna möjlighet kan illustreras med följande exempel. En upphandling av en väg består av ballast och asfalt. Den upphandlande myndigheten har uppskattat dessa båda behov i sin utvärderingsmodell och två anbudsgivare har lämnat anbud enligt vad som framgår i Tabell 3.4 nedan.

**Tabell 3.4 Exempel på unbalanced bidding – ex ante**

| Ex Ante    | Volym enligt utvärderingsmodellen | Anbud från leverantör 1 (ej informerad) | Anbud från leverantör 2 (informerad) |
|------------|-----------------------------------|-----------------------------------------|--------------------------------------|
| Ballast    | 100 ton                           | 6 kr/ton                                | 15 kr/ton                            |
| Asfalt     | 150 ton                           | 12 kr/ton                               | 5 kr/ton                             |
| Anbudspris |                                   | 2 400 kr                                | 2 250 kr                             |

Källa: Copenhagen Economics

Leverantör 1 har ingen annan information än den som ges i anbudet och utgår därför från dessa vikter för ballast och asfalt i anbudet. Man bjuder 6 kr per ton ballast och 12 kr per ton asfalt.

Leverantör 2 vet däremot att upphandlaren underskattat behovet av ballast och överskattat behovet av asfalt. Det försöker leverantör 2 utnyttja genom lägga ett

relativt högt pris för ballast, 15 kr per ton, och ett relativt lågt pris för asfalt, endast 5 kr per ton.

Leverantör 2 får uppdraget då dennes anbudspris är lägst, 2 250 kr, jämfört med 2 400 kr för leverantör 1.

I leveransfasen visar det sig emellertid att leverantör 2 haft rätt i sina förväntningar. Behovet av ballast är underskattat och istället för 100 ton krävs 140 ton. Behovet av asfalt är överskattat – endast 120 ton behövs jämfört med prognostiserade 150 ton.

Denna felbedömning blir dyrbar för den upphandlande myndigheten, vilket framgår av Tabell 3.5.

**Tabell 3.5 Exempel på unbalanced bidding – ex post**

| Ex Post                  | Faktisk volym i byggnationen | Förlorande anbud från leverantör 1 (ej informerad) | Vinnande anbud från leverantör 2 (informerad) |
|--------------------------|------------------------------|----------------------------------------------------|-----------------------------------------------|
| Ballast                  | 140 ton                      | 6 kr/ton                                           | 15 kr/ton                                     |
| Asfalt                   | 120 ton                      | 12 kr/ton                                          | 5 kr/ton                                      |
| Kostnad för upphandlaren |                              | 2 280 kr                                           | 2 700 kr                                      |

Källa: Copenhagen Economics

Priset för vägen blir 2 700 kr istället för som planerat 2 250 kr – 20 procent dyrare än tänkt. Men om istället leverantör 1 hade fått uppdraget hade kostnaden stannat på 2 280, endast någon procent dyrare än planerat.

Leverantör 2 har alltså i detta exempel kunna få betydligt bättre lönsamhet i sin leverans av material för en väg till den upphandlande myndigheten än om leverantören inte haft kunskap om de faktiska behoven.

Grundproblemet här är emellertid att den upphandlande myndigheten har använt en modell som utgick ifrån att man hade god kunskap om vilka volymer som skulle kunna komma ifråga. Det hade kunnat undvikas genom exempelvis upphandla den färdiga vägen snarare än dess ingående komponenter.

I allt väsentligt ligger emellertid problemet hos den upphandlande myndigheten och inte hos leverantörerna – de agerar endast strategiskt enligt de förutsättningar som ges utan att bryta mot några villkor i själva upphandlingen i detta exempel.

I exemplet ovan är det således inte fråga om osund strategisk anbudsgivning.

## 4 Vad kostar osund strategisk anbudsgivning?

Vår målsättning var att empiriskt försöka mäta omfattningen av eventuella problem med osund strategisk anbudsgivning genom några fallstudier. Syftet var att uppskatta vilka direkta värden de identifierade problemen kunde representera. Med andra ord; hur mycket dyrare blev kostnaden för ett visst avrop eller en viss upphandling som en direkt konsekvens av att vinnande anbud eller avrop var osunt strategiskt?

Om än genomförbar i teorin, visade sig denna analys svår att genomföra i praktiken. Författarna etablerade i samarbete med Konkurrensverket kontakt med en lång rad offentliga inköpare och andra intressenter utan att kunna identifiera några fall där beräkningar kunde genomföras. Däremot framkom en hel del annan intressant information kring ämnet.

Den övergripande slutsatsen är att kostnaderna med osund strategisk anbudsgivning inte entydigt är av det slaget vi ursprungligen tänkt, dvs. högre priser för de varor och tjänster som upphandlande myndigheter köper. Istället förefaller ökade administrativa kostnader, exempelvis för att hantera överprövningar, avbrutna upphandlingar och bristande leveranser, ha stor betydelse. Dessa kostnader är svåra att mäta, men vår bedömning är de är stora.

Vi ser även en fara i att konkurrensen begränsas eller sätts helt ur spel genom osund strategisk anbudsgivning. Anbudsnivåer som prissignal mister mycket av sitt informationsvärde. Låga anbud från i synnerhet stora leverantörer riskerar därmed att på sikt slå ut mindre aktörer som inte har resurser att kunna ta de risker som mycket låga anbud är förknippade med.

Kapitlet är indelat i tre avsnitt. I avsnitt 4.1 presenteras olika möjliga tillvägagångssätt för att beräkna kostnader för samhället till följd av osund strategisk anbudsgivning. Själva lyckades vi inte tillämpa dessa, men vi hoppas att andra är mer lyckosamma och kan hämta inspiration i våra idéer till metodval. I avsnitt 4.2 presenterar vi de relevanta erfarenheter vi samlat in igenom en rad intervjuer med offentliga inköpare runt om i Sverige. I avsnitt 4.3 sammanfattar vi våra slutsatser kring vad osund strategisk anbudsgivning kostar samhället.

### 4.1 Tänkbara beräkningsmodeller

En rad olika beräkningsmodeller är tänkbara givet de olika problemtyperna för osund strategisk anbudsgivning som definierats ovan. Syftet med sådana beräkningar är att beräkna fördyringar för samhället till följd av osund strategisk anbudsgivning.



En avgränsning i de modeller som övervägts är att fördyringen består i att det bästa anbudet inte vinner upphandlingen. Övriga tänkbara kostnader har vi bortsett ifrån i detta sammanhang.

För problemtyp 1, där anbudsgivaren inte levererar som utlovat, är en möjlig modell att jämföra utfallet med bästa anbud som inte varit osunt strategiskt. Utmaningen här är förstås att sälla bort de anbud som är osunt strategiska.

En möjlig strategi illustreras nedan.

Vi utgår från en ramavtalsupphandling med rangordning. Anbudsgivare 1 är osunt strategisk till skillnad från anbudsgivare 2 som är seriös och har för avsikt att leverera till offererade priser. När avropet för två konsulter i kategori A görs meddelar anbudsgivare 1 att A inte är tillgänglig, men däremot B. Kostnaden blir därmed 40 kr istället för 20 kr. Hade istället B fått uppdraget skulle kostnaden ha blivit 25 procent lägre, dvs. 30 kr, se Tabell 4.1

**Tabell 4.1 Beräkningsexempel där anbudsgivare inte håller vad som utlovats**

| Leverantör                                               | Tjänst A, kr/tim | Tjänst B, kr/tim | Tänkt kostnad för 2 st. A | Verklig kostnad för avropet då A ersätts av B |
|----------------------------------------------------------|------------------|------------------|---------------------------|-----------------------------------------------|
| 1                                                        | 10 kr            | 20 kr            | 20 kr                     | 40 kr                                         |
| 2                                                        | 15 kr            | 25 kr            | 30 kr                     | Ej relevant                                   |
| Om leverantör 2 valts hade avropet istället kostat 30 kr |                  |                  |                           |                                               |

Källa: Copenhagen Economics

Ett annat exempel skulle kunna vara en ramavtalsupphandling med förnyad konkurrensutsättning. Båda leverantörerna är med i ramavtalet men leverantör 1 vinner den förnyade konkurrensutsättningen för avropet genom att offerera 20 kr för två konsulter i kategori A. Men dessa visar sig inte räcka till varför ytterligare insatser krävs, exempelvis en konsult i kategori B.

Slutpriset blir därmed också 40 kr istället för 20 kr som tänkt. Hade anbudsgivare 2 istället fått uppdraget skulle kostnaden också här ha varit 25 procent lägre. Kostnaden för osund strategisk anbudsgivning i detta fall är således 10 kronor.

För problemtyp 2 kan vi tänka oss en ramavtalsupphandling med rangordning samt följande koncernstrategiska struktur, se Tabell 4.2. Bindande priser har lämnats.

**Tabell 4.2 Beräkningsexempel för koncernstrategisk anbudsgivning**

| Leverantör | Tjänst A, kr/tim | Tjänst B, kr/tim | Genomsnittspris kr/tim<br>(Utvärderingskriterium) |
|------------|------------------|------------------|---------------------------------------------------|
| 1          | 8                | 0                | 4                                                 |
| 2          | 0                | 10               | 5                                                 |
| 3          | 6                | 6                | 6                                                 |

Källa: Copenhagen Economics

Leverantör 1 och 2 ingår här i samma koncern och har samordnat sina anbud i ramavtalsupphandlingen. De är båda bundna av de priser de där har angett, men har ingen leveransplikt. Strategin vid ett avrop är att leverantör 1 avstår från att leverera tjänst B och leverantör 2 avstår från att leverera tjänst A.

Oavsett om tjänst A eller B avropas kommer leverantör 1 respektive leverantör 2 att få leverera istället för leverantör 3 om minst en av dem väljer att leverera. Om beställaren vid den upphandlande myndigheten istället hade kunnat välja leverantör 3 hade man kunnat få 25 procent lägre priser för tjänst A och 40 procent lägre priser för tjänst B i detta exempel.

Den nämnda prisskillnaden utgör kostnaden för osund strategisk anbudsgivning i detta fall. Den upphandlande myndigheten kan inte realisera besparingen eftersom man är bunden av att tillämpa den rangordning som ramavtalet innehåller.

Vid ramavtal med förnyad konkurrensutsättning elimineras denna typ av problem – leverantör 3 kommer att vinna oavsett om tjänst A eller B avropas, givet att leverantörerna lämnar anbud i enlighet med sina ursprungligen offererade priser.

För problemtyp 3, manipulation av relativa utvärderingsmodeller, är beräkningen mer komplicerad eftersom det kommer an på antalet ingående utvärderingskriterier och hur den relativa modellen ser ut. En möjlighet, givet den relativa modell som presenterades i avsnitt 3.2.3, är att beräkna vilken prissänkning som skulle krävas för att vinnande anbud i upphandlingen *med* osund strategisk anbudsgivning, också skulle vinna upphandlingen *utan* det osund strategiska anbudet.

I Tabell 4.3 nedan presenteras i övre delen beräkningen för upphandlingen där det osund strategiska anbudet inte är med. Leverantör 2 vinner. Frågan vi ställer oss är: hur mycket måste leverantör 1 sänka sitt pris i detta fall för att kunna vinna? Svaret ges i den nedre delen av tabellen.

**Tabell 4.3 Beräkningsexempel för en relativ utvärderingsmodell utan manipulation**

| Leverantör                                                                             | Pris | Kvalitet | Prispoäng | Kvalitetspoäng | Totalpoäng |
|----------------------------------------------------------------------------------------|------|----------|-----------|----------------|------------|
| <i>Verklig upphandling</i>                                                             |      |          |           |                |            |
| 1                                                                                      | 10   | 6        | 50        | 30             | <b>80</b>  |
| 2                                                                                      | 15   | 10       | 33        | 50             | <b>83</b>  |
| <i>Fiktiv upphandling där priset för leverantör 1 sänks för att få lika totalpoäng</i> |      |          |           |                |            |
| 1                                                                                      | 9    | 6        | 50        | 30             | <b>80</b>  |
| 2                                                                                      | 15   | 10       | 30        | 50             | <b>80</b>  |

Källa: Copenhagen Economics

Om leverantör 1 sänker priset från 10 till 9, dvs. tio procent, får båda anbudsgivarna samma totalpoäng. Givet denna sänkning är således den upphandlande myndighetens inställning till anbudens densamma, dvs. båda leverantörernas kombinationer av pris och kvalitet är lika bra.

Dessa tio procent avspeglar således det värde som går förlorat till följd av den osunda strategiska anbudsgivningen.

Sammanfattningsvis åskådliggör dessa tre olika beräkningsmodeller hur man skulle kunna sätta ett värde på kostnaden för samhället för osund strategisk anbudsgivning som uppstår genom att upphandlande myndighet inte väljer det bästa anbudet.

Till dessa kostnader ska naturligtvis läggas andra kostnader som kan uppstå vid osund strategisk anbudsgivning, såsom försenade leveranser, ökad administrativ börda, begränsad konkurrens, vilken ger sämre utvecklingsmöjligheter för mindre företag, och så vidare.

## 4.2 Undersökningen

Med den arsenal av möjliga beräkningsmodeller som skisserats ovan kontaktades ett 30-tal personer verksamma vid upphandlande myndigheter. Vi väljer att inte offentliggöra namn på upphandlingar eller upphandlande myndigheter. Även om flera uppslag på fallstudier kom fram, visade sig analysen svår att genomföra i praktiken, huvudsakligen beroende på dokumentationskraven.

För att kunna genomföra beräkningen krävs förutom full dokumentation av själva upphandlingen även avrop, faktisk fakturering och någon form av dokumentation av att kompletterande inköp inte gjorts vid sidan av huvudavtalet.

Vår bedömning är att dessa beräkningar kan genomföras, men att de kräver en betydande arbetsinsats för att inhämta rätt och relevant information.

Våra huvudslutsatser är följande.

För det första kan fenomenet osund strategisk anbudsgivning förekomma utan att de berörda inköparna, och kanske inte heller alla anbudsgivare, upptäcker det. Förutom rena nollbud kan fenomenet vara svårt att upptäcka.

För det andra är själva dokumentationen svår att inhämta. För att kunna utföra beräkningar krävs inte bara hela upphandlingsakten, utan även handlingar rörande avrop eller förnyade konkurrensutsättningar och fakturor. Ett enskilt ramavtal ger typiskt sett inte hela bilden. Leverans kan ha skett, men någon del av varan/tjänsten kan ha saknats och då kompletterats i efterhand på ett sätt som inte framgår av den dokumentation som finns tillgänglig. Dokumentationen är dessutom sällan samlad på ett ställe. Det är vanligt att den part som upphandlat ramavtalet inte är den som förvaltar ramavtalet, och att det är ytterligare en annan part som tillämpar det. Spårbarheten förefaller svår.

För det tredje menar flera att kunskapen om enskilda ramavtal och vilka krav som kan ställas på leverantörer är bättre hos större beställare än hos mindre. Flera mindre kommuner saknar exempelvis upphandlingsrättslig kompetens. Samtidigt kan en och samma person avropa vitt skilda produkter och tjänster vilket ställer stora krav på beställarkompetens – krav som ofta inte kan mötas.

För det fjärde vittnar en del inköpare om att extremt låga anbud har blivit alltmer vanliga inom några branscher, såsom kontorsmateriel, IT-hårdvara samt IT-konsulter. Förklaringen till de låga anbuden menar dessa inköpare vara att leverantörerna hoppas på att tjäna igen det de förlorar på de låga anbuden genom att sälja utanför ramavtalet.

För det femte förefaller extremt låga anbud i upphandlingar representera en viss risk för leverantörer. Några konkreta fall där upphandlande myndigheter verkar ha gjort ansevärd besparingar genom att utnyttja de låga priserna har framkommit.

För det sjätte är uppföljning av de upphandlade avtalen relativt sällsynt, dock med några lysande undantag. En större statlig myndighet har infört regelbundna utvärderingar där andelen avrop inom den korg som var föremål för utvärderingen bevakas noggrant. Man gör bedömningen att uppföljningen stramar upp beställarorganisationen och koncentrerar inköpen mot de nettoprissatta varorna vilket ger stora besparingar.

För det sjunde talar en del för att ramavtal för hårdvara inom IT är ett notoriskt problemområde. En av huvudanledningarna är att avropen har längre löptider än modellcyklerna – framtida avrop för viss specificerad utrustning/modell har därför ofta utgått ur sortimentet och ersatts av en annan, inte sällan dyrare, produkt. En annan svårighet är att såväl ramavtalsupphandlingar som avrop ofta utgår från "avskalade" modeller som inte kan fungera som tänkt utan viss extrautrustning.

Tilläggen för denna extrautrustning har en prisbild som sammantaget eliminerar effekten av de extremt låga anbudena.

### 4.3 Slutsatser

Att osund strategisk anbudsgivning förekommer bekräftas av de intervjuer och det material som insamlats, däremot har vi inte lyckats genomföra några vederhäftiga beräkningar av vilka kostnader detta medför. Vår slutsats i denna del är emellertid att det fortfarande torde vara möjligt att genomföra beräkningar, men att betydligt mer resurser än vad som varit tillgängligt inom ramen för detta projekt måste anslås, framförallt för insamling av dokumentation, för att nå framgång.

I övrigt drar vi följande slutsatser.

För det första saknas det en tydlig indikation på att problemet representerar stora belopp i den meningen att "fel" anbud vinner.

För det andra, vaksamma inköpare förefaller tvärtemot kunna spara offentliga medel på att utnyttja försök till osund strategisk anbudsgivning i form av extremt låga anbud (problemtyp 1). Dessa besparingar avser dock kostnaden för faktiska inköp – andra kostnader som kan följa av osund strategisk anbudsgivning, såsom kostnader för försenade leveranser, ökad administration, minskad konkurrens på sikt, kan dock vara betydande.

För det tredje är det vissa branscher som utmärker sig genom förekomsten av strategisk anbudsgivning. I andra branscher förekommer det inte. Där det har förekommit talar vissa personer om starka spridningseffekter – när en aktör väl har börjat, har övriga inte råd att avstå från att följa efter.

För det fjärde förefaller kostnaderna med osund strategisk anbudsgivning framförallt inte vara av det slaget vi ursprungligen tänkt, dvs. enkla fördyringar vid avrop. Istället ser vi ökade administrativa kostnader, exempelvis för att hantera överprövningar, avbrutna upphandlingar och bristande leveranser. Dessa kostnader är svåra att mäta, men vår bedömning är att de är betydande.

Slutligen ser vi en fara i att konkurrensen sätts ur spel genom att transparensen minskar till följd av osund strategisk anbudsgivning. Mycket låga anbud från i synnerhet mycket stora leverantörer riskerar att på sikt slå ut mindre aktörer som inte har resurser att kunna ta de risker som mycket låga anbud är förknippade med.

## 5 Hur vanliga är problemen?

I detta kapitel redovisas hur vanliga problemen med osund strategisk anbudsgivning är, och vilken form problemen har. Analysen bygger på en webbaserad enkät som skickats ut till offentliga inköpare.

Vi går igenom vilka former av osund strategisk anbudsgivning som är vanligast och vilka branscher dessa problem återfinns inom. Vi går även igenom hur offentliga inköpare försöker komma tillrätta med problemen samt vilka lösningar man anser vara mest lovande. Dessutom jämförs erfarenheter mellan kommunala och statliga inköpare.

### 5.1 Introduktion och sammanfattning av resultat

För att undersöka utbredningen av osund strategisk anbudsgivning inom offentlig upphandling har ansvariga personer inom kommunal och statlig upphandling haft möjlighet att ge sin bild av den nuvarande situationen. Denna undersökning har genomförts med hjälp av en webbaserad enkät, där respondenterna besvarat frågor gällande sina erfarenheter av osund strategisk anbudsgivning.

Enkäten har skickats ut till personer verksamma inom upphandling i offentlig sektor via Sveriges Offentliga Inköpars nyhetsbrev under april månad 2011. Antalet personer som har mottagit enkäten uppgår till 1400. 211 personer (drygt 15 procent) svarade på enkäten, varav 156 personer (drygt 11 procent) avslutade hela enkäten. Svarsfrekvensen var relativt jämnt fördelad mellan statliga och kommunala inköpare. Enkäten bifogas i Bilaga A.

Enkäten består av totalt 18 frågor, indelade i fem olika delar. Den första delen innefattar frågor om respondentens roll i upphandlingsfrågor, vilken myndighet man arbetar inom samt vilken typ av upphandling man huvudsakligen arbetar med. De tre följande delarna av enkäten består av frågor gällande de tre problemområden som definierats under avsnitt 3.2:

- Problemtyp 1: Anbudsgivare håller inte vad som utlovats
- Problemtyp 2: Koncernstrategisk anbudsgivning
- Problemtyp 3: Manipulation av relativa utvärderingsmodeller

Varje delavsnitt gällande de tre problemområdena inleds med frågan om hur vanligt man anser respektive problem vara, där fyra olika alternativ ges. Svarsalternativen "Vanligt" samt "Förekommer" innebär att följdfrågor gällande det aktuella problemområdet ställs till respondenten, medan alternativen "Sällsynt" samt "Har aldrig upplevt detta" innebär att följdfrågor inte ställs. Bland följdfrågorna i dessa tre delar efterfrågas vilka branscher respektive problem är

vanligast inom samt hur ofta eventuella problem följs upp. Även frågor om vilken typ av avtal där respektive problem förekommer ställs.

Den femte och sista delen av enkäten består av frågor om hur man försöker komma tillrätta med problemen med osund strategisk anbudsgivning samt vilka lösningar man anser vara mest lovande. Respondenterna har även haft möjlighet att lämna övriga synpunkter i ämnet i detta avsnitt.

Resultaten visar att det vanligaste problemområdet för offentliga inköpare är att leverantörer inte levererar som offererat. Detta sker oftast vid ramavtal med endast en leverantör, medan relativt få problem sker vid ramavtal med flera leverantörer med förnyad konkurrensutsättning. Problemen med strategisk anbudsgivning kan sägas vara vanligast inom fyra branscher. Inom varusektorn är problemen vanligast för livsmedel och kontorsmateriel, medan det i tjänstesektorn oftast uppstår problem gällande tekniska konsulter och IT-konsulter.

Det vanligaste sättet för inköpare att försöka komma tillrätta med problemen är direkt dialog med leverantören. Den mest lovande lösningen anser man vara en bättre uppföljning från den upphandlande myndighetens sida. Det kan även konstateras att problemen i stor utsträckning tar sig liknande uttryck för statliga och kommunala upphandlingar.

Utöver denna enkät har även en mindre enkät skickats ut till leverantörer av IT-tjänster. I denna enkät har leverantörerna kunnat redovisa i vilken utsträckning de upplever att de olika problemtyperna förekommer och erfarenheter av hur ofta upphandlare följer upp problemen, samt inom vilka avtalsformer problemen är vanligast. Även erfarenheter av hur offentliga inköpare försöker motverka dessa problem samt eventuella lösningar på problem med osund strategisk anbudsgivning efterfrågas i enkäten. Även denna enkät visar att problem oftast uppkommer genom att leverantörer offererar villkor som man sedan inte uppfyller.

## 5.2 Problemtyper och branscher

Vi inleder redovisningarna av svaren med att ge en bild av i vilken utsträckning respondenterna har upplevt de olika problemtyperna samt i vilka branscher dessa problem återfinns.

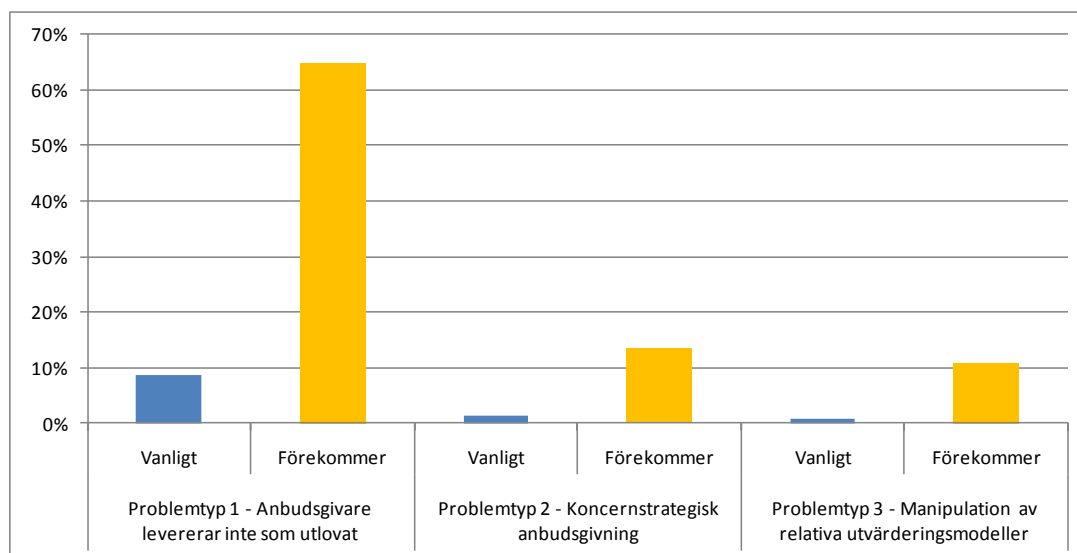
### 5.2.1 Problemtyper

För att skapa en bild av den relativa utbredningen av de olika problemtyperna, redovisas inledningsvis inköparnas uppfattning om hur problemen är fördelade. I Bild 5.1 beskrivs hur svaren fördelats inom frågor om hur ofta man upplever problem inom respektive område. I figuren redovisas fördelningen mellan svarsalternativen "Vanligt" och "Förekommer" inom respektive problemområde, totalt

sex olika kategorier. Procentsatserna anger andelen svar av det totala antalet svar som angetts inom de sex olika kategorierna. Samma person kan ha svarat "Vanligt" eller "Förekommer" för olika problemområden. Alternativen "Sällsynt" samt "Har aldrig upplevt detta" ingår inte i statistiken.

Vi kan observera att problemet att anbudsgivare inte levererar som utlovat är det mest utbredda problemet. Över 70 procent av den relativa svarsfrekvensen hamnar inom Problemtyp 1, även om alternativet "Vanligt" har angetts betydligt mer sällan än "Förekommer". De två övriga problemtyperna förekommer enligt de angivna svaren i mindre utsträckning än Problemtyp 1. Problemtyp 2, koncernstrategisk anbudsgivning, har en svarsfrekvens på ungefär 15 procent, medan Problemtyp 3, manipulation av relativa utvärderingsmodeller, har en svarsfrekvens på ungefär 10 procent. Även i dessa kategorier har alternativet "Vanligt" angetts mer sällan än "Förekommer".

**Bild 5.1** Relativ svarsfrekvens för de olika problemtyperna

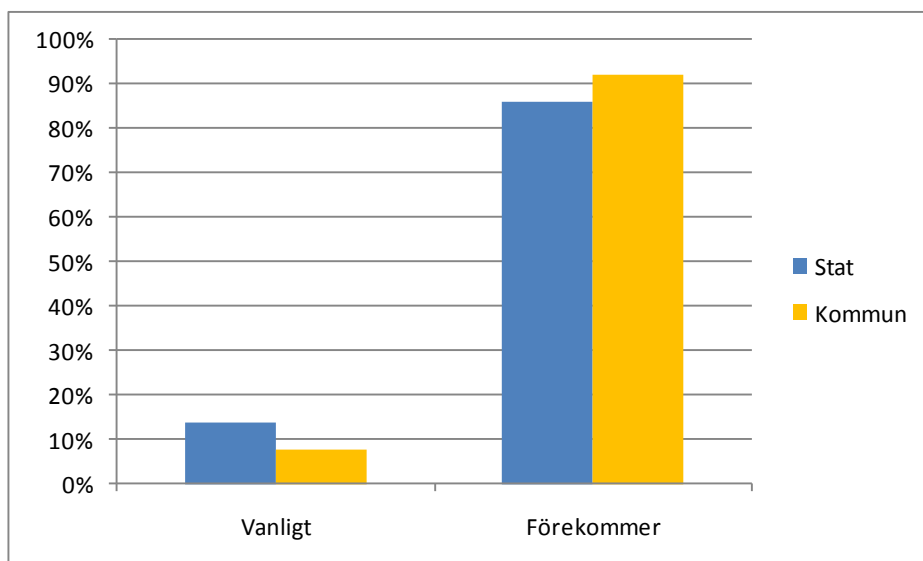


Antal svarande: 148

I Bild 5.2 redovisas den relativa fördelningen av svaren gällande Problemtyp 1 uppdelat på respondenter inom stat respektive kommun. Bilden beskriver hur fördelningen mellan svaren "Vanligt" och "Förekommer" fördelas för statliga respektive kommunala upphandlare. Svaren visar att situationen är liknande för inköpare inom båda dessa offentliga sektorer. Detta mönster återspeglas även för Problemtyp 2 och 3. I Bilaga B återfinns en korstabell över svarsfrekvensen för samtliga svarsalternativ gällande hur ofta problem med strategisk anbudsgivning förekommer, uppdelad på stat respektive kommun.



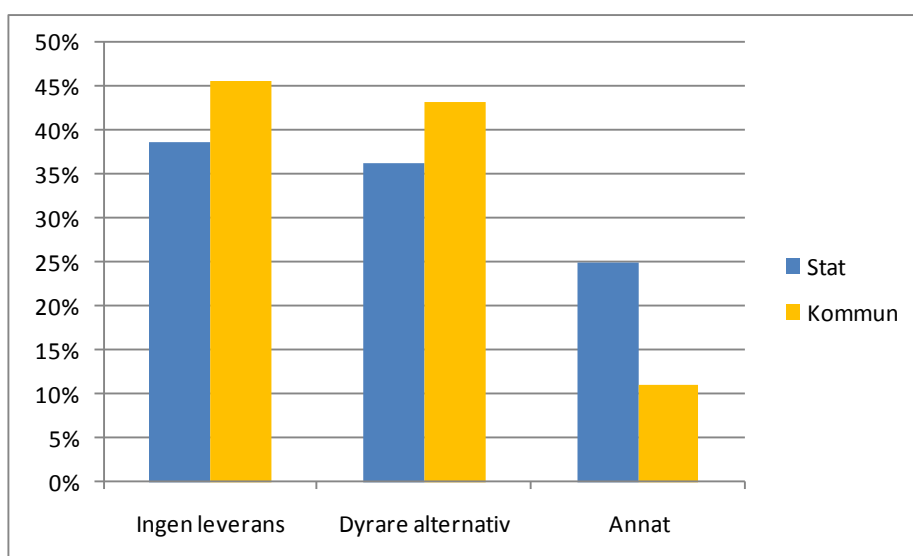
**Bild 5.2 Problemtyp 1: Anbudsgivare levererar inte som utlovat – uppdelat på stat respektive kommun**



Antal svarande: 93

Problemet med att anbudsgivare inte levererar som utlovats beskrivs närmare i Bild 5.3. Respondenterna har angett om det vanligaste problemet gäller att leverantören inte levererar överhuvudtaget, eller om leverantören inte levererar den utlovade varan eller tjänsten men hänvisar till ett dyrare alternativ. Fördelningen av svaren visar att dessa två delproblem är jämnt spridda, och att fördelningen av problemen inte skiljer sig mycket åt för statliga och kommunala inköpare. Respondenterna har även kunnat ange öppna svar, där många har nämnt att ett annat problem som ofta förekommer är att leverantören levererar varor, men att kvaliteten är undermålig.

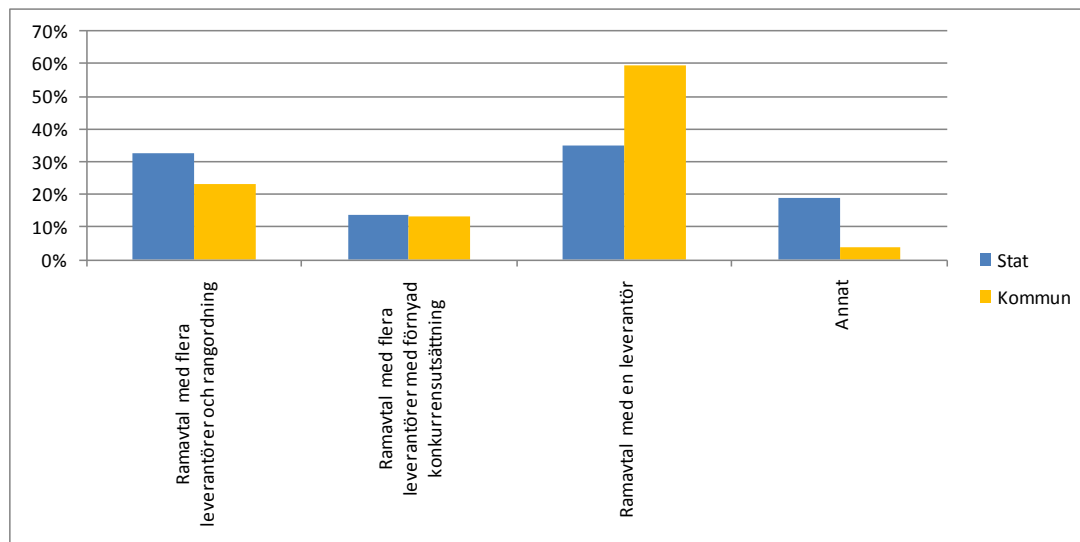
**Bild 5.3 Vilken form har problemet med att anbudsgivare inte levererar som utlovat?**



Antal svarande: 93

Bild 5.4 visar fördelningen över hur statliga respektive kommunala inköpare upplever att anbudsgivare inte håller sina löften, alltså Problemtyp 1, inom olika former av ramavtal. Det vanligaste fallet utifrån svaren är att detta problem oftast uppkommer vid ramavtal med endast en leverantör. Vissa skillnader mellan statliga och kommunala upphandlingar kan dock noteras. För kommuner uppkommer ungefär 60 procent av problemen med att anbudsgivare inte fullgör utlovade leveranser inom ramavtal med endast en leverantör. För statliga upphandlingar ligger denna andel på ungefär 35 procent, vilket är ungefär samma nivå som för ramavtal med flera leverantörer och rangordning. Vid ramavtal med flera leverantörer med förnyad konkurrensutsättning uppkommer relativt få problem med att leverantörer inte levererar som utlovat.

**Bild 5.4** När är det vanligast att en anbudsgivare inte håller vad han lovat i upphandlingen vad gäller priser och andra villkor?



Antal svarande: 89

## 5.2.2 Branscher

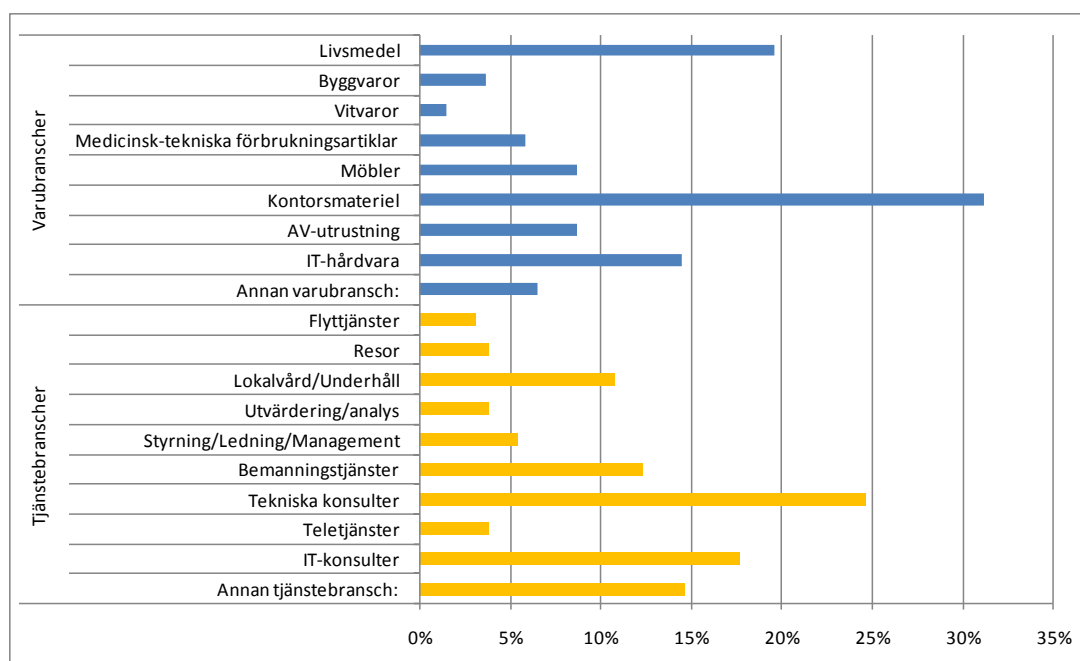
I denna sektion redovisas utbredningen av de tre problemtyperna inom olika branscher. Analysen är uppdelad i tjänste- och varubranscher. Inom tjänstesektorn finns nio olika branscher som alternativ, medan varusektorn består av åtta olika alternativ.

I Bild 5.5 redovisas de branscher där respondenterna har upplevt problem med att anbudsgivaren har offererat med vissa villkor, men sedan inte levererat som utlovat. I figuren redovisas branscherna i kategorierna varu- samt tjänstebanscher. Värdet på de horisontella staplarna är det relativa antalet svar som angetts inom respektive branschkategori. Varje respondent har haft möjlighet att ange flera svar inom båda branschkategorierna.

Inom varusektorn sticker en bransch ut särskilt – kontorsmateriel. Ungefär en tredjedel av observerade problem med att anbudsgivare inte levererar som utlovats inom varusektorn har uppkommit inom denna bransch. Ytterligare två branscher som kan nämnas är livsmedel där knappt 20 procent av problemen observerats och IT-hårdvara där knappt 15 procent av problemen förekommer.

För tjänstesektorn har problem med tekniska konsulter observerats i knappt 25 procent av fallen vilket gör denna bransch till den vanligaste tjänstebanschen där anbudsgivare inte levererar som utlovat. Även IT-konsulter sticker ut med 18 procent av fallen. Ungefär 15 procent av de angivna svaren nämner andra branscher än de som funnits som svarsalternativ, däribland bygg- respektive utbildningstjänster.

**Bild 5.5 Problemtyp 1: Anbudsgivare levererar inte som utlovat – branscher. Andel svar inom respektive bransch.**

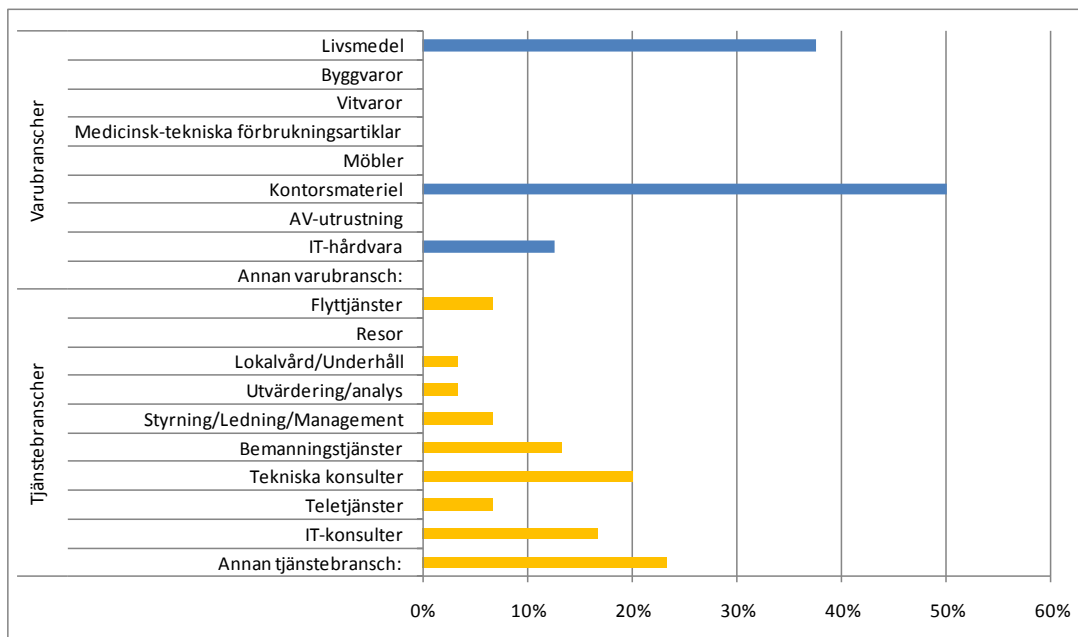


Antal svarande: Varubranscher 74, Tjänstebanscher 66

### **Fördelningen för observerade problem med koncernstrategisk anbudsgivning olika branscher visas i**

Bild 5.6. Värt att notera är dock att svarsfrekvensen gällande dessa branscher är lägre för denna problemtyp än för föregående, då problem med koncernstrategisk anbudsgivning inte observerats i samma utsträckning som problem med att anbudsgivare inte levererar som utlovat. Vi kan dock observera att livsmedels- respektive kontorsmaterielbranschen återigen sticker ut med störst andel observerade problem. Inom tjänstesektorn har en femtedel av problemen observerats bland upphandlingar gällande tekniska konsulter. 23 procent har angett andra branscher där problem med koncernstrategisk anbudsgivning förekommer, däribland bygg- respektive utbildningstjänster.

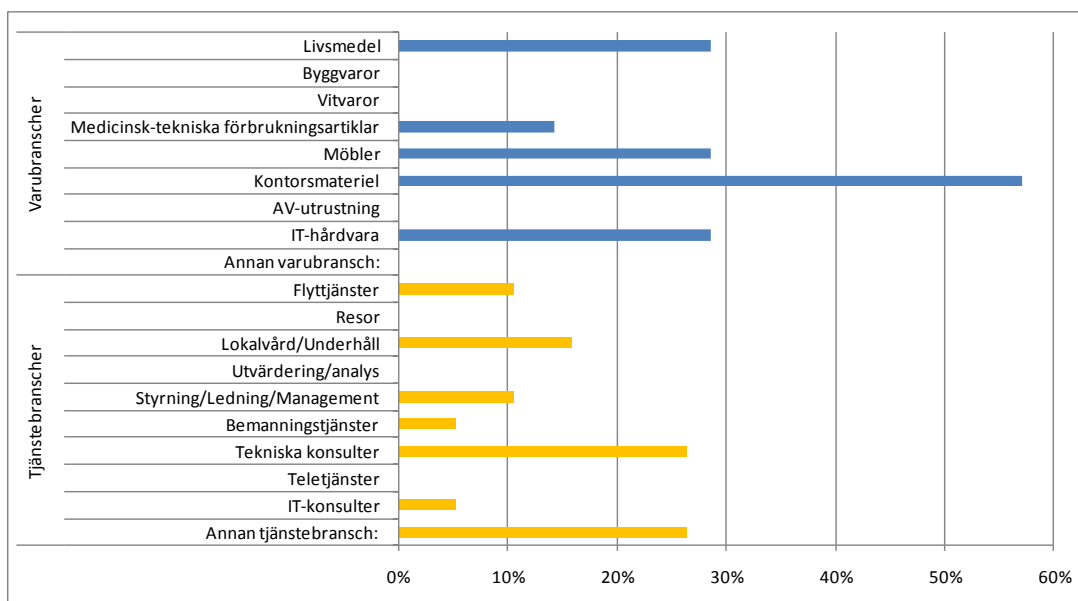
**Bild 5.6 Problemtyp 2: Koncernstrategisk anbudsgivning – branscher. Andel svarande inom respektive bransch.**



Antal svarande: Varubranscher 6, Tjänstebranscher 19

I Bild 5.7 redovisas svaren gällande branscher där manipulation av relativa utvärderingsmodeller förekommer. Även i denna kategori är antalet svar lågt då relativt få fall av detta problem har observerats. Inom varusektorn sticker dock kontorsmaterielbranschen återigen ut, medan det för tjänstesektorn har observerats mest problem med tekniska konsulter. Andra tjänstebranscher där problem observerats är bygg- och hantverkstjänster.

**Bild 5.7 Problemtyp 3: Manipulation av relativa utvärderingsmodeller – branscher. Andel svarande inom respektive bransch.**



Antal svarande: Varubranscher 7, Tjänstebranscher 14

Sammanfattningsvis kan konstateras att kontorsmaterielbranschen sticker ut vad gäller problem med osund strategisk anbudsgivning. Även inom livsmedelsbranschen förekommer problem i stor utsträckning. Inom tjänstesektorn inträffar problem relativt ofta gällande tekniska konsulter och IT-konsulter.

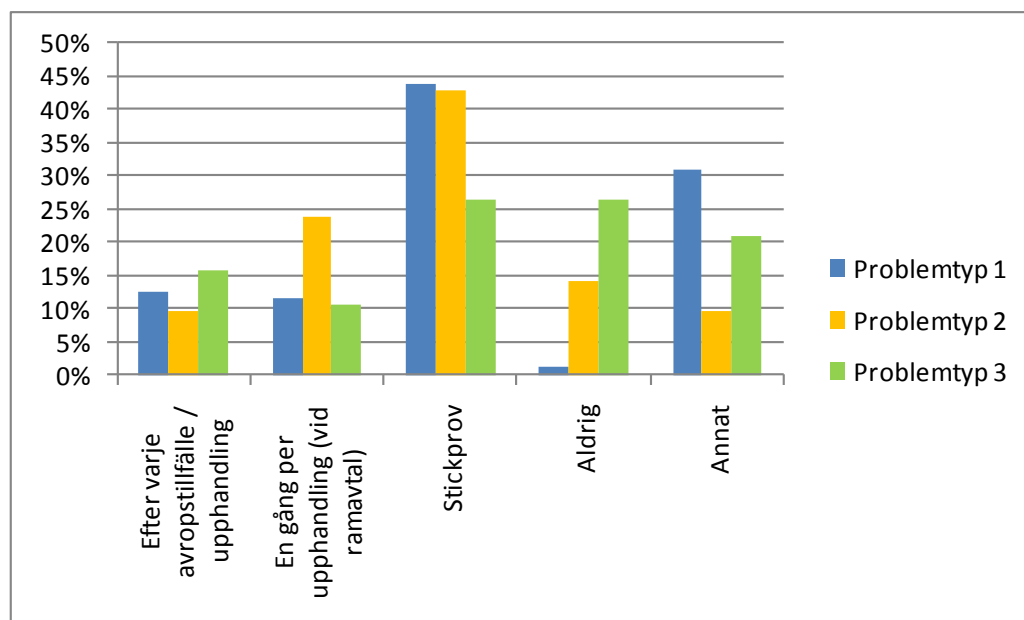
### 5.3 Uppföljning och förslag på lösningar

I detta avsnitt redovisas inledningsvis hur ofta problem med strategisk anbudsgivning följs upp. Dessutom visas hur man försöker komma tillrätta med problemen samt vilka lösningar offentliga inköpare anser vara lovande.

#### 5.3.1 Uppföljning

I Bild 5.8 redovisas hur ofta inköpare följer upp de olika problemtyperna. Bilden visar den relativa fördelningen inom respektive problemtyp för olika sätt att följa upp problemen. Enligt svaren är det vanligaste sättet för uppföljning att genomföra stickprov. Över 40 procent av respondenterna inom Problemtyp 1 respektive Problemtyp 2 har angett detta som det vanligaste sättet att ta itu med problemen. Värt att notera är även att en mycket liten andel respondenter har angett att Problemtyp 1, den klart vanligaste problemtypen, aldrig följs upp. Andra sätt att följa upp problemen som angetts utöver svarsalternativen är att man valt att genomföra kontroller med viss regelbundenhet.

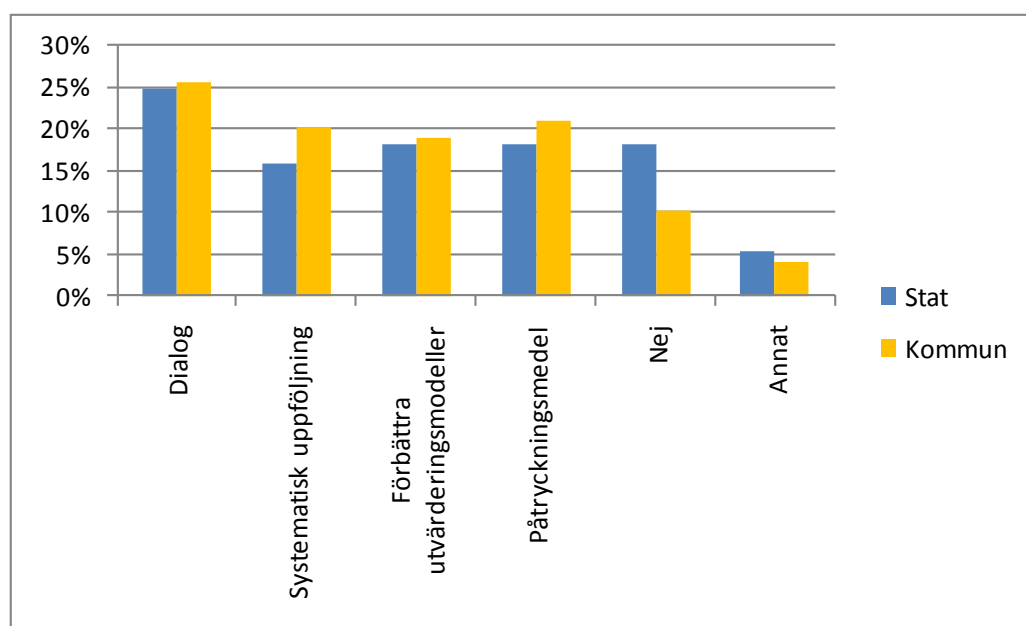
**Bild 5.8 Hur ofta följs eventuella problem upp?**



Antal svar: Problemtyp 1: 87, Problemtyp 2: 21, Problemtyp 3: 19

Att som offentlig inköpare aktivt försöka komma tillrätta med de problem som uppstår i samband med strategisk anbudsgivning kan ske på olika sätt. Bild 5.9 redovisar vilka sätt respondenterna har handlat på när problem väl har uppstått. Respondenterna har kunnat ange flera olika svar. De angivna svaren har spridits relativt jämnt mellan alternativen, men att föra en dialog med leverantören är det vanligaste sättet att motverka problemen. Ungefär en fjärdedel av svaren har angetts i denna kategori. Det kan även nämnas att det inte finns några klara skillnader mellan statliga och kommunala inköpare gällande hur man arbetar för att komma tillrätta med problemen. I Bilaga B redovisas en korstabell över fördelningen av svaren.

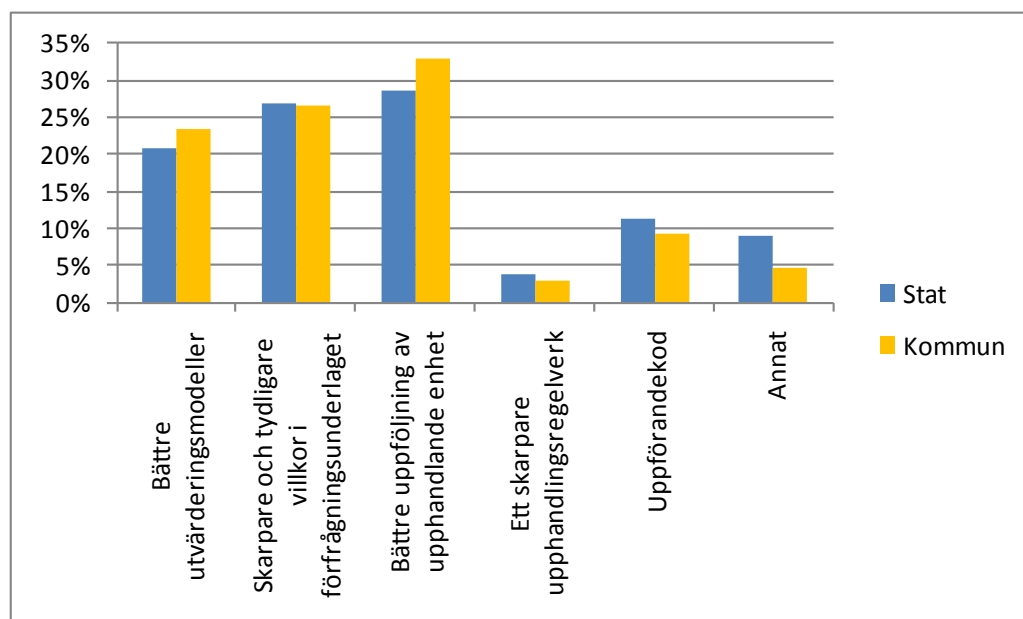
**Bild 5.9 Har man aktivt försökt komma tillrätta med problemen?**



Antal svarande: 157

### 5.3.2 Förslag på lösningar

Lösningar på problemen med strategisk anbudsgivning som respondenterna angett redovisas i Bild 5.10. Respondenterna har kunnat ange flera olika svar. Förslaget som fått mest stöd är att den upphandlande myndigheten bör följa upp incidenter bättre. Även skarpare och tydligare villkor i förfrågningsunderlaget och bättre utvärderingsmodeller har fått relativt starkt stöd. Värt att notera är att man inte anser ett skarpare upphandlingsregelverk vara en lovande lösning. Inte heller en uppförandekod anses lovande i någon större utsträckning. En korstabell över svaren redovisas i Bilaga B.

**Bild 5.10 Vilka lösningar är mest lovande?**

Antal svarande: 156

### 5.3.3 Övriga synpunkter bland respondenterna

Respondenterna har avslutningsvis kunnat lämna egna reflektioner på sina upplevelser av strategisk anbudsgivning. Dessa svar har i stor utsträckning återspeglat de resultat vi kunnat utläsa ur enkäten, men även andra frågor har poängterats. Något som föreslås är att samtal bör föras mellan inköpare och leverantör i större utsträckning, inte bara i samband med avtal. Dessutom föreslås att man bör våga göra marknadsundersökningar och att träffa leverantörer innan upphandlingen påbörjas. Även vikten av kontinuerlig uppföljning vid större avtal poängteras.

En annan punkt är att man anser att möjligheten att förkasta onormalt låga anbud bör vara större. Exempelvis bör man kunna förkasta anbud om enstaka delpriser är onormalt låga.

Det poängteras även att man som offentlig inköpare måste lägga ner tid på att skapa tydliga och väl genomarbetade förfrågningsunderlag. Denna tid krävs innan själva annonseringen för att anbudsgivaren med det i realitet mest förmånliga erbjudandet ska bli tilldelad kontrakt eller ramavtal.

## 5.4 Leverantörernas synvinkel

Som komplement till de offentliga inköparnas syn på strategisk anbudsgivning, har även leverantörer av IT-tjänster haft möjlighet att ge sin bild av situationen. Insamlingen av dessa data har skett genom en webbenkät liknande den som skickats ut till offentliga inköpare. Enkäten gick ut till en samrådsgrupp till IT- och Telekomföretagen vid Almega i maj 2011. Elva svar kom in, varför svaren ska ses som indikativa.

Resultaten skiljer sig en del från den bild vi fick från huvudenkäten till de offentliga inköparna.

För det första menar omkring hälften av respondenterna att problemtyp 1, att anbudsgivaren inte håller vad han lovar, är vanligt förekommande. Det ska jämföras med knappt tio procent bland inköparna.

För det andra uppger uppemot hälften av respondenterna att upphandlande myndigheter aldrig följer upp problemtyp 1.

För det tredje menar hälften av respondenterna att problemtyp 2, koncernstrategisk anbudsgivning, förekommer. Även här ger leverantörerna en annan bild jämfört med inköparna, där knapp en av sju ansåg att denna problemtyp förekom.

För det fjärde anger uppemot hälften av respondenterna att någon uppföljning från den upphandlande myndighetens sida i princip aldrig sker för någon problemtyp.

Slutligen menar sju av nio att lösningen ligger i bättre utvärderingsmodeller. Endast en av tre menar att lösningen är att skärpa villkoren i förfrågningsunderlagen eller att de upphandlande myndigheterna blir bättre på uppföljning.



## 6 Hur kan problemen lösas?

I detta avslutande kapitel lägger vi fram en rad förslag för att åtgärda de problem som vi har identifierat. Vi utvärderar tidigare ambitioner från såväl lagstiftaren som upphandlande myndigheter att åtgärda problemen med osund strategisk anbudsgivning.

Vi analyserar därefter de mest lovande områdena för reformer för att komma till rätta med vart och ett av de problem som identifierats ovan. Vi undersöker tre huvudsakliga områden: förändringar i och förändrad tillämpning av upphandlingsregelverket, förändrade utvärderingsmodeller och förfrågningsunderlag och förändring och uppföljning av avtal. För varje område ger vi konkreta förslag till lösningar.

Avslutningsvis diskuterar vi hur förslagen kan fungera för att avhjälpa problemtyperna 1 – 3.

### 6.1 Tidigare initiativ för att lösa problemen

Inledningsvis kan konstateras att något helhetsgrepp på problematiken med osund strategisk anbudsgivning, i form av exempelvis lagstiftningsinitiativ eller åtgärder från någon av de centrala myndigheterna på området, inte tidigare har tagits. Någon forskning i ämnet osund strategisk anbudsgivning vid offentlig upphandling finns, såvitt känt, inte heller.<sup>29</sup> Däremot finns det exempel på att enskilda upphandlande myndigheter vidtagit åtgärder för att komma till rätta med osund strategisk anbudsgivning, men då främst inom ramen för enskilda upphandlingar.

Ett av de, i media och rättspraxis, mer uppmärksammade sätt som vissa upphandlande myndigheter har försökt hantera osund strategisk anbudsgivning är att använda möjligheten att förkasta onormalt låga anbud med stöd av 12 kap. 3 § LOU. Denna möjlighet har emellertid vissa grundläggande begränsningar som medför att den inte alltid är ett verkningsfullt medel mot osund strategisk anbudsgivning.

Först och främst är det långt ifrån alla låga anbudspriser som utgör ett led i en osund strategisk anbudsgivning. Tvärtom kan anbudspriser som vid första påseende förefaller anmärkningsvärt låga vara affärsmässigt motiverade och ett tecken på att den upphandlande myndigheten har lyckats väl med konkurrensutsättningen i sin upphandling. Även så kallade nollanbud kan vara uppriktigt menade och bero på att anbudsgivaren är beredd att leverera kostnadsfritt för att vara säker på att tilldelas kontraktet i upphandlingen. Så kan vara fallet om

---

<sup>29</sup> Se dock beträffande problematiken kring otillbörlig påverkan på relativa utvärderingsmodeller Lunander (2004 och 2009) m.fl.

anbudsgivaren bedömer affären som strategiskt viktig, exempelvis som referensuppdrag inför andra kommande upphandlingar eller som inbrytning på en ny marknad. Även om en upphandlande myndighet bör vara på sin vakt mot nollanbud är det därför långt ifrån säkert att ett nollanbud i sig utgör ett problem. Snarare är det först om det finns anledning för den upphandlande myndigheten att misstänka att anbudsgivaren inte har för avsikt att leverera till de offererade nollpriserna som anbudsgivarens agerande kan anses utgöra ett led i en osund strategisk anbudsgivning.

Avgörande för om ett anbud ska accepteras eller inte är således om leverantören såväl *kan* som *vill* leverera till de villkor som offererats. Det är typiskt sett enkelt för ett större företag att i kraft av sin storlek hävda att man har erforderliga resurser för att *kunna* leverera till exempelvis mycket låga priser. Men om leverantören, objektivt sett, inte *vill* leverera, dvs. saknar incitament att fullfölja sitt leveransåtagande enligt anbudet, finns det all anledning för en offentlig inköpare att dra öronen åt sig.

En annan begränsning i möjligheterna att förkasta onormalt låga anbud är att det har visat sig vara svårt för en upphandlande myndighet som förkastat ett anbud på denna grund att få gehör för sina argument i samband med överprövning. Såsom förvaltningsdomstolarna har tillämpat den aktuella bestämmelsen är det också den upphandlande myndigheten som normalt åläggs bevisbördan för att den förklaring som anbudsgivaren lämnat inte är godtagbar eller att anbudsgivaren saknar förmåga att utföra det aktuella uppdraget. Ytterligare en begränsning som i sammanhanget bör nämnas är att det inte nödvändigtvis finns något samband mellan en godtagbar förklaring till ett onormalt lågt anbudspris och en anbudsgivares agerande efter upphandlingen, dvs. under avtalstiden. Även en förklaring som rättsligt sett är godtagbar, och som därför leder domstolen till slutsatsen att det inte finns skäl för att förkasta anbudet, är av ringa värde om anbudsgivaren inte har för avsikt att upprätthålla det offererade priset under avtalstiden.

Bestämmelserna om förkastande av onormalt låga anbud är således både svåra för en upphandlande myndighet att tillämpa och ett i många fall trubbigt verktyg för att komma tillrätta med osund strategisk anbudsgivning. Fokus i arbetet mot osund strategisk anbudsgivning bör därför enligt vår mening snarare läggas på andra typer av åtgärder, såsom att utveckla utvärderingsmodeller och avtal som gör det svårt och olönsamt för anbudsgivare att ägna sig åt osund strategisk anbudsgivning.

## 6.2 Förslag

I detta avsnitt analyserar vi vilka möjligheter det finns att komma till rätta med problematiken kring osund strategisk anbudsgivning genom olika typer av förändringar. Vi redogör för fyra övergripande förslag som var för sig innehåller konkreta åtgärder.

### 6.2.1 Förändringar i upphandlingsregelverket

- Utred möjligheten att ändra bestämmelserna i 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU så att bevisbördan för att ett onormalt lågt anbud är seriöst menat åvilar leverantören.

Som framgått ovan finns det, utöver bestämmelserna om onormalt låga anbud, ingen lagreglering som är avsedd att specifikt hantera osund strategisk anbudsgivning. Möjligheterna att införa nya bestämmelser i LOU med detta syfte får dessutom anses begränsade av det faktum att LOU i så stor utsträckning bygger på EU-direktiv, och att bestämmelser om osund strategisk anbudsgivning potentiellt skulle begränsa leverantörers möjligheter att få delta i offentliga upphandlingar på ett sätt som skulle kunna innebära konflikt med bestämmelserna i direktiven.

Samtidigt finns det emellertid anledning att analysera om bestämmelserna i LOU är utformade och tillämpas så att de möjligheter som upphandlingsdirektiven ger att motverka strategisk anbudsgivning inte i onödan inskränks.

Vi har i tidigare avsnitt redogjort för bestämmelserna om förkastande av onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU.

Som nämnts ovan syftar denna möjlighet till att säkerställa att det verkligen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet respektive det anbud som innebär lägst pris som antas i upphandlingen. I detta avseende kan 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU ses som stödregler till den mer betydelsefulla regeln i 12 kap. 1 § LOU av vilken det framgår att en upphandlande myndighet ska anta det anbud som antingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som innehåller det lägsta priset.

Med detta synsätt kan det ifrågasättas om den upphandlande myndigheten verkligen uppfyller sina skyldigheter enligt 12 kap. 1 § LOU om det anbud som myndigheten antar i praktiken inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet respektive anbudet med lägst pris, utan endast framstår som det bästa anbudet på grund av att anbudsgivaren ägnat sig åt osund strategisk anbudsgivning. I detta avseende kan Kammarrättens i Stockholm domar den 18 februari 2011 i mål nr 5913–5915-10 och den 21 mars 2011 i mål nr 5603-10 nämnas. I dessa mål fann kammarrätten att om en upphandlande myndighets agerande innebär att principen om lägsta pris inte får genomslag i det enskilda fallet utgör detta i sig en över-

trädelse av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Kammarrätten ger i dessa domar uttryck för att det inte räcker att en utvärderingsmodell tillämpas på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget. Det krävs, enligt kammarrätten, även att utvärderingsmodellen leder till att det anbud som faktiskt är det ekonomiskt mest fördelaktiga respektive har lägsta pris också antas.

För att säkerställa att den upphandlande myndigheten inte godtyckligt använder sig av möjligheten att förkasta onormalt låga anbud har unionslagstiftaren i artikel 55 i upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn, som ligger till grund för 12 kap. 3 § LOU, infört en skyldighet för den upphandlande myndigheten att inför ett eventuellt beslut om att förkasta ett onormalt lågt anbud ge den berörda anbudsgivaren en möjlighet att visa att dess anbud är seriöst.

Det förfarande som ska tillämpas av den upphandlande myndigheten består av fyra steg.<sup>30</sup>

För det första måste den upphandlande myndigheten ha identifierat ett anbud som onormalt lågt. Det framgår av EU-domstolens praxis att det inte i sig finns något hinder för att inom ramen för nationell rätt fastställa riktlinjer för vad som ska anses utgöra ett onormalt lågt anbud så länge resultatet av tillämpningen av sådana riktlinjer kan omprövas av den upphandlande myndigheten. Det är således möjligt, även om det kanske inte alltid är lämpligt, att baserat på nationella riktlinjer presumera att alla anbud som understiger vissa nivåer är onormalt låga. Några sådana riktlinjer har dock inte fastställts i svensk rätt.

För det andra ska den upphandlande myndigheten, om den överväger att förkasta det onormalt låga anbudet, skriftligen begära en förklaring till anbudspriserna från anbudsgivaren så att anbudsgivaren ges tillfälle att visa att dess anbud är seriöst. I sammanhanget bör framhållas att den förteckning över ämnen som en förklaring kan avse endast utgör en icke-uttömmande lista med exempel.

För det tredje ska den upphandlande myndigheten bedöma relevansen av de förklaringar som anbudsgivaren har lämnat. Det är i princip inte tillåtet för den upphandlande myndigheten att avvisa någon särskild typ av förklaring, utan myndigheten är skyldig att beakta samtliga förklaringar som en anbudsgivare lämnat.

För det fjärde ska den upphandlande myndigheten slutligen, med beaktande av de förklaringar som lämnats, fatta ett beslut om att godta eller förkasta anbudet.

Bestämmelserna i artikel 55 ger i sig ingen vägledning om vilken part, den upphandlande myndigheten eller anbudsgivaren, som har bevisbördan för att ett anbud får förkastas. I EU-domstolens praxis förefaller dock den upphandlande myndigheten ha ålagts bevisbördan för att bestämmelserna överhuvudtaget är

---

<sup>30</sup> Se EU-domstolens dom i förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani.

tillämpliga, dvs. för att anbudet är orimligt lågt. När detta väl är konstaterat går emellertid bevisbördan över och det är upp till anbudsgivaren att visa att anbudet, det onormalt låga priset till trots, ändå är seriöst och att det är anbudsgivarens avsikt att leverera i enlighet med de offererade villkoren. Det föreligger således, om ett anbud är onormalt lågt, en presumtion för att anbudet får förkastas, en presumtion som det är upp till anbudsgivaren att bryta.

Såsom bestämmelserna i 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU har kommit att tillämpas av de svenska domstolarna har emellertid den upphandlande myndigheten ålagts bevisbördan både för att ett anbud är onormalt lågt och att anbudsgivaren inte lämnat en tillfredsställande förklaring eller rent av att anbudsgivaren saknar förmåga att leverera till det i anbudet offererade priset.<sup>31</sup> Av förklarliga skäl är det dock mycket svårt för en upphandlande myndighet att, mot anbudsgivarens bestridande, visa att anbudsgivaren saknar förmåga att leverera till det i anbudet offererade priset. Att visa att en anbudsgivare inte klarar av ett visst uppdrag till ett visst pris kräver en insyn i anbudsgivarens organisation, som det typiskt sett inte är möjligt för den upphandlande myndigheten att få. Normalt sett torde det därför vara anbudsgivaren som har bäst förutsättningar för att föra bevisning om varför ett anbud som är onormalt lågt ändå ska godtas.

Den placering av bevisbördan som tillämpats av de svenska domstolarna har därför, enligt vår mening, gjort det onödigt svårt för upphandlande myndigheter att använda sig av möjligheten att förkasta onormalt låga anbud. Detta innebär i sin tur att det kan förekomma fall av osund strategisk anbudsgivning då det enligt EU-domstolens praxis hade varit motiverat att förkasta ett anbud, men då detta inte är möjligt enligt svensk praxis.

Mot denna bakgrund och mot bakgrund av att bestämmelserna om förkastande av onormalt låga anbud enligt vår mening i större utsträckning skulle kunna användas som ett verktyg för att motverka osund strategisk anbudsgivning kan det finnas anledning för statsmakterna att utreda möjligheterna att ändra bestämmelserna i 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU så att den placering av bevisbördan som fastslagits i EU-domstolens praxis tydligare framgår av bestämmelserna. Ökade krav på anbudsgivarna i detta avseende skulle indirekt innebära att anbudsgivarna skulle bli tvungna att med större tydlighet redovisa skälen för ett onormalt lågt pris, vilket i sin tur i vissa fall skulle kunna minska anbudsgivarnas benägenhet att ägna sig åt osund strategisk anbudsgivning.

I den översyn som vi föreslår bör också ingå att utreda frågan om vad som ska bevisas. Ska det exempelvis krävas att en leverantör både *kan* och *vill* leverera till de offererade villkoren. Ett större företag torde utan ansträngning kunna visa att man har tillräcklig kapacitet och ekonomisk ställning för att kunna fullfölja ett leveransåtagande, även om priset är mycket lågt. Frågan är dock om ett sådant företag också skulle kunna åläggas en skyldighet att närmare redogöra för skälen till varför

---

<sup>31</sup> Se t.ex. Kammarrättens i Göteborg dom den 4 november 2009 i mål nr 3356-09.

man har incitament till att fullfölja ett sådant åtagande, dvs. varför man *vill* leverera.

### 6.2.2 Förändrade utvärderingsmodeller

- Överväg att begränsa antalet varu- och tjänstekategorier som upphandlas respektive utvärderas tillsammans
- Låt priser angivna i ramavtalsupphandlingar vara bindande för hela avtalsperioden
- Överväg att minska användningen av relativa utvärderingsmodeller, eller använd mindre känsliga relativa utvärderingsmodeller

Ett sätt att komma till rätta med onormalt låga anbud är att begränsa antalet varu- och tjänstekategorier som upphandlas tillsammans, dvs. i ett och samma ramavtal. Ett annat sätt är dela upp tilldelningen av olika varor och tjänster på så sätt att det blir möjligt för en leverantör att lämna anbud på och tilldelas en enstaka varu- eller tjänstekategori, under förutsättning att leverantören har offererat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vad avser just denna varu- eller tjänstkategori. Enkelt uttryckt bör respektive varu- och tjänstekategori utvärderas var för sig, istället för att utvärderingen bygger på ett genomsnitt av priserna för alla kategorier. En sådan uppdelning gör det meningslöst för anbudsgivare att offerera icke kostnadsbärande priser i varu- och tjänsteslag de inte har för avsikt att leverera.

Nackdelen med ett sådant förfarande är att det kan vara resurskrävande för den upphandlande myndigheten att administrera flera olika leverantörer under avtals-tiden, vilket i vissa situationer kan medföra att det helt enkelt inte är möjligt med en uppdelning.

En annan nackdel är att det kan försvåra för leverantörer att utnyttja samordningsfördelar i produktionen, vilket kan ge högre priser i upphandlingen.

Ett annat sätt att komma till rätta med osund strategisk anbudsgivning är att den upphandlande myndigheten vinnlägger sig om att endast utvärdera priser som anbudsgivaren kommer att vara bunden av under avtalstiden. I vissa ramavtalsupphandlingar förekommer det att leverantörerna inte binds vid de priser de offererar till utvärderingen. En sådan ordning inbjuder till prisdumpning och riskerar att ge en missvisande bild om vilken anbudsgivare som egentligen kan erbjuda den ekonomiskt mest fördelaktiga affären.

Upphandlande myndigheter bör dessutom överväga att minska användningen av relativa utvärderingsmodeller, eller åtminstone sträva efter att använda relativa modeller som är mindre känsliga för osund strategisk anbudsgivning ("bulvanbud"). Grundproblemet med de relativa modellerna är att konkurrenskraften hos ett enskilt anbud i relation till ett annat anbud på förhand inte framgår av utvärderingskriteriernas viktning. Tvärtom beror utfallet i utvärderingen på övriga, i

förekommande fall irrelevanta, anbud. Försiktighet är därför att rekommendera när det gäller relativa utvärderingsmodeller.

### 6.2.3 Uppföljning av avtal

- Avsätt resurser för avtalsuppföljning
- Ta fram tillämpningsanvisningar och beställningsmallar för avropare, eller använd en avtalsdatabas
- Viten och andra sanktioner bör vara lättillämpade, proportionerliga och kunna avräknas på kommande fakturor
- Överväg att inrätta ett forum för samarbetet mellan myndigheten och leverantören

Det kanske viktigaste medlet som upphandlande myndigheter har för att komma tillrätta med osund strategisk anbudsgivning är, enligt vår mening, aktiv avtalsuppföljning. Även avtal som har tydliga definitioner av åtagandet och verksamma sanktioner för det fall åtagandet inte uppfylls förlorar sitt värde om inte avtalets tillämpning följs upp och om inte sanktionsmöjligheter utnyttjas i de fall då det är motiverat. Inte sällan kan skälet till att en anbudsgivare ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning, och offererar priser och andra villkor som anbudsgivaren sedan inte har för avsikt att tillämpa, helt enkelt vara att anbudsgivaren är förvissad om att den upphandlande myndigheten inte kommer att följa upp tillämpningen av avtalet.

Skälen till att upphandlande myndigheter inte i tillräcklig utsträckning följer upp tillämpningen av sina avtal kan givetvis vara många, men två skäl som ofta nämns bör framhållas särskilt. Det ena är att resurs- och tidsbrist medför att uppföljning av avtal nedprioriteras till förmån för nya upphandlingar, dels decentraliserade inköpsorganisationer där de personer som inom ramen för myndighetens ordinarie verksamhet avropar varor och tjänster baserat på ett ramavtal inte är samma personer som varit inblandade i upphandlingen och i upprättandet av avtalet.

De personer som tillämpar avtalet kan således ha bristande kunskaper om avtalsinnehållet och de villkor som leverantören är skyldig att följa. En enskild tjänsteman vid en upphandlande myndighet kan också ha ett mycket stort antal avtal att tillämpa och kan således omöjligen förväntas känna till innehållet i alla avtalen på någon djupare detaljnivå. Den enskilde tjänstemannen befinner sig således ofta i ett kunskapsunderläge i förhållande till leverantören, vilket medför att möjlighet för den leverantör som så önskar att avvika från vad som avtalats.

De avtalssanktioner som finns att tillämpa kräver också ofta viss juridisk kompetens och kan förefalla otympliga i eller rent av skadliga för den löpande, och ofta vänskapliga, avtalsrelationen. Detta gör att den upphandlande myndigheten ofta avhåller sig från att använda sanktioner även om den är medveten om att sådana finns och att skäl för tillgripa sanktioner föreligger.

Som vi framhållit i avsnitt 2.2.3 kan emellertid även en upphandlande myndighets passivitet i förhållande till en leverantör som avviker från avtalsvillkoren utgöra en sådan väsentlig förändring av avtalet som utlöser en skyldighet för den upphandlande myndigheten att på nytt genomföra upphandling. Denna skyldighet påverkas inte av vilken kunskap som den enskilde handläggaren har om avtalet eller av att beställarfunktionen i hög grad är decentraliserad och att det således kan vara många personer på en myndighet som kan komma att beställa varor och tjänster på ett avtal. Den upphandlande myndigheten är fortfarande skyldig att följa upp upphandlande avtal och se till att dessa tillämpas i enlighet med vad som avtalats.

#### Skadeståndsskyldighet om högst rangordnad leverantör får avvika från avtalet

Vid tillämpning av ramavtal med flera leverantörer riskerar den upphandlande myndigheten dessutom skadeståndsskyldighet om den tillåter att den leverantör som är högst rangordnad avviker från ramavtalet på ett sätt som innebär att leverantören kan ta fler uppdrag eller får bättre villkor än vad som annars hade varit möjligt. En sådan situation kan bland annat uppstå då leverantören anger att den inte har möjlighet att offerera en produkt som omfattas av ramavtalet men erbjuder en annan och dyrare ersättningsprodukt i stället. Om det rör sig om ett ramavtal med rangordning är den upphandlande myndigheten normalt sett skyldig att avböja ett sådant erbjudande och i stället tillfråga den leverantör som är rangordnad på andra plats. Om andrahandsleverantören går miste om uppdrag till följd av att förstahandsleverantören tillåts avvika från villkoren i ramavtalet kan detta medföra skadeståndsskyldighet för den upphandlande myndigheten.

#### Contract management

Det ovan anförda innebär sammantaget att den upphandlande myndighet som på sikt vill minska risken för osund strategiskt anbudsgivning och skapa förutsättningar för goda affärer helt enkelt är tvungen att avsätta resurser för avtalsuppföljning. Vi förespråkar också bättre koordination mellan inköpare, som upphandlar avtal, och avropande tjänstemän. Kanske bör det till och med finnas funktioner för s.k. *contract management* som stöder avropande tjänstemän med information om avtalet. Dessutom bör den upphandlande myndigheten säkerställa att verksamheten är organiserad på ett sådant sätt att det blir så lätt som möjligt att tillämpa avtalet på ett korrekt sätt och svårt att göra fel. Förutom att den upphandlande myndigheten bör sträva efter att skriva så lättillämpade och lättförståliga avtal som möjligt bör kortfattade tillämpningsanvisningar och beställningsmallar tas fram som gör det lätt för den enskilde beställaren att beställa på ett korrekt sätt. Eventuella viten och andra sanktioner bör också vara lättillämpade, proportionerliga och kunna avräknas, antingen genom att leverantören gör detta i tjänsten eller genom kvittning, på kommande fakturor. Ett annat sätt att säkerställa avtalstrohet, både från den upphandlande myndighetens och leverantörernas sida kan vara att använda en avtalsdatabas och anvisa berörda tjänstemän att använda denna i samband med inköp. Därutöver bör också framhållas att avtalstrohet sett från den upphandlande myndighetens perspektiv ytterst är en arbetsgivarfråga,



dvs. en fråga om styrning av verksamheten och att myndigheten kan behöva vidta åtgärder för att inskräpa vikten av att inte göra inköp vid sidan av myndighetens upphandlade avtal.

I tillägg till det som tidigare sagts kan det ofta, om det handlar om längre kontrakt eller kontrakt av större värde, finnas anledning att avtala om upprättandet av ett eller flera styrande organ i samarbetet mellan myndigheten och leverantören. Detta är vanligt i privata avtalsförhållanden och syftar till att skapa ett samarbetsforum där avtalsfrågor kan dryftas och en närmare relation mellan leverantör och myndighet. I privata avtal har dessa styrgrupper också ofta behörighet att besluta om ändringar i träffade avtal, vilket är en möjlighet som av naturliga skäl endast blir aktuellt i upphandlade avtal så länge det inte rör sig om väsentliga förändringar.

## 6.2.4 Avtalslösningar

- Använd avtal som på ett tydligt sätt säkerställer skyldighet för leverantören att leverera varan eller tjänsten till det pris och de villkor som offererats i upphandlingen
- I den mån leverantören tillåts erbjuda ersättningsvaror eller ersättnings-tjänster för sådant som inte kan levereras bör leverantören vara förpliktigad att erbjuda dessa till samma pris som enligt avtalet gäller för den vara eller tjänst som ska ersättas
- Avtalsvillkoren måste vara rimliga för båda parter, såväl den upphandlande myndigheten som leverantören

Som vi framhållit ovan är det av central betydelse för att komma tillrätta med osund strategisk anbudsgivning att upphandlande myndigheter följer upp tillämpningen av upphandlade avtal. Därutöver är det dock naturligtvis också viktigt att avtalen innehåller de villkor och verktyg som den upphandlande myndigheten behöver för att kunna säkerställa att anbudsgivaren verkligen blir bunden av de priser och andra villkor som offererats i upphandlingen. Vi kommer i detta avsnitt att gå igenom några sätt att utforma avtal som enligt vår mening kan underlätta den upphandlande myndighetens arbete med att komma tillrätta med osund strategisk anbudsgivning.

Det ska emellertid redan inledningsvis understrykas att en stor del av problematiken med avtalsuppföljning inte ligger i avtalen som sådana utan snarare i organisatoriska aspekter. De personer som upphandlar ett ramavtal är sällan samma personer som ska förvalta avtalet eller tillämpa avtalet under tiden detta löper. Om inte den upphandlande myndigheten kan åstadkomma en samordning och fortlöpande kommunikation mellan den upphandlande funktionen och den avtalsvårdande och beställande funktionen kommer det inte vara möjligt att arbeta med avtalsuppföljning på ett verkningsfullt sätt. I stora och decentraliserade organisationer kan det vara en grannliga uppgift bara att hitta lämpliga kommunikationsvägar mellan dessa funktioner. Denna problematik fördjupas ytterligare då

det rör sig om samordnade ramavtal där den upphandlande funktionen inte ens tillhör samma myndighet som de avropande tjänstemän som ska tillämpa det upphandlande avtalet.

### Leveransskyldighet

Den kanske enskilt viktigaste avtalsfrågan vad gäller osund strategisk anbudsgivning i allmänhet och onormalt låga anbud i synnerhet är att avtalet på ett tydligt sätt måste säkerställa skyldighet för anbudsgivaren att leverera varan eller tjänsten till det pris och de villkor som offererats i upphandlingen, och som medfört att leverantören tilldelats kontrakt eller ramavtal. Om det inte finns en tydlig koppling mellan aspekter i anbudet som utvärderas och det pris och de villkor på vilka varan eller tjänsten faktiskt levereras utsätter sig den upphandlande myndigheten för risken att anbudsgivare ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning. Vidare är det viktigt, för att minska risken för osund strategisk anbudsgivning, att avtalsvillkoren inte öppnar möjlighet för leverantören att fakturera olika tilläggskostnader såsom administrations-, fakturerings- eller fraktavgifter, vilka inte omfattats av utvärderingen i upphandlingen.

Det förekommer att utvärderingar i exempelvis större ramavtalsupphandlingar sker på grundval av offererat pris utifrån ett fiktivt avrop. Detta kan vara ett bra sätt att få en bild av hur leverantören kommer att agera i en framtida avrops-situation, men det är samtidigt viktigt att leverantören också blir bunden av de priser som offererats i det fiktiva avropet. Detta kan exempelvis åstadkommas genom att ramavtalet anger att de priser som offererats i upphandlingen av ramavtalet utgör takpriser som inte får överskridas vid tillämpningen av ramavtalet. Om så inte sker finns det risk för att anbudsgivare under upphandlingen av ramavtalet utan risk kan "prisdumpa" för att antas som ramavtalsleverantörer, eftersom de inte riskerar att vara bundna av de offererade priserna under avtalstiden.

Det är också viktigt att leverantören, då avtalet binder leverantören till vissa priser och andra villkor, inte tillåts neka avrop med hänvisning till att en viss vara eller tjänst inte kan tillhandahållas och istället erbjuda en dyrare vara eller tjänst som ersättning. I den mån leverantören tillåts erbjuda ersättningsvaror eller kompetenser bör leverantören också enligt avtalet vara förpliktigad att erbjuda dessa till samma pris som enligt avtalet gäller för den vara eller tjänst som ska ersättas.

Då det rör sig om ramavtal med flera leverantörer och rangordning bör i grunden samma princip gälla. Den leverantör som är högst rangordnad är som utgångspunkt leveransskyldig till de villkor och priser som offererats i ramavtalsupphandlingen. Leveransskyldigheten bör naturligtvis regleras med utgångspunkt i vad den upphandlande myndigheten har skäl att begära i form av leveransåtagande från den leverantör som är rangordnad som förstahands-leverantör i ett ramavtal. Undantag bör således gälla för fall då leverantören har godtagbara skäl för att tillfälligtvis inte kunna genomföra en viss leverans, dvs. när en avböjd leverans kan motiveras med sakliga grunder som åtminstone delvis har att göra med

omständigheter utanför leverantörens kontroll. En noggrann avvägning måste med andra ord göras, i samband med att avtalet upprättas. Vidare måste avtalet vara så tydligt utformat att det framgår i vilka situationer som leveransskyldighet föreligger.

En sådan avtalsreglering bör enligt vår mening kunna minska leverantörens incitament att ägna sig åt osund strategisk anbudsgivning genom att offerera varor och tjänster till låga priser i syfte att tilldelas ramavtal men utan avsikt att leverera i enlighet med vad som offererats. En leveransskyldighet, eller likartade avtalsmekanismer, förefaller också vara vad Kammarrätten i Stockholm ansett borde ha funnits i de upphandlingar som prövats inom ramen för de ovan refererade målen.<sup>32</sup>

### Leveransskyldighet och särskilda åtgärder för små företag

En leveransskyldighet av det slag som vi föreslår ovan innebär onekligen ökade krav på leverantörerna. Fullständig leveransskyldighet kan vara ett stort och kostsamt åtagande, särskilt för mindre leverantörer. Det är därför viktigt att den upphandlande myndigheten tänker på att samtidigt vidta åtgärder som underlättar för mindre leverantörer att lämna anbud på ett åtagande som de kan hantera. Detta kan exempelvis åstadkommas genom att upphandlingen delas upp så att det är möjligt att lämna anbud på delar av upphandlingen såsom ett visst varu- eller tjänsteslag. Vidare är det viktigt att åtagandets omfattning framgår tydligt på förhand, eftersom det annars blir omöjligt för leverantörerna att bedöma vilken nivå av leveransberedskap som krävs för att uppfylla kraven på leveransskyldighet. Svårigheten för leverantörer är nämligen i många fall inte ett visst åtagande i sig, så länge åtagandet är förutsebart. Även mindre leverantörer kan i många fall göra långtgående åtaganden, förutsatt att de vet att de kommer att få täckning för de kostnader som åtagandena medför.

Det är också viktigt att anbudsgivarens åtagande motsvaras av ett åtagande gjort av den upphandlande myndigheten. I offentlig upphandling är det, åtminstone i jämförelse med privata avtal av motsvarande storlek, ovanligt att den upphandlande myndigheten åtar sig att endast avropa från det upphandlande ramavtalet. Upphandlande myndigheter vill gärna förbehålla sig rätten att upphandla varor och tjänster i separata upphandlingar vid sidan av ramavtalet. En upphandlande myndighet som förbehåller sig en sådan rätt samtidigt som myndigheten föreskriver leveransskyldighet för leverantörerna riskerar dock att leverantörerna uppfattar avtalet som obalanserat till den upphandlande myndighetens fördel. Detta kan medföra att leverantörerna får incitament att under avtalstiden försöka kringgå avtalet för att på så sätt skaffa sig fördelar som kompenserar för den obalans som den upphandlande myndigheten skapat genom avtalets utformning.

---

<sup>32</sup> Kammarrättens i Stockholm domar den 18 februari 2011 i mål nr 5913–5915-10 och den 21 mars 2011 i mål nr 5603-10.

## Vitesklausuler

Ett annat verktyg för att komma till rätta med osund strategisk anbudsgivning är olika former av vitesklausuler.

Det är emellertid viktigt att sådana klausuler är enkla att administrera för den upphandlande myndigheten. Ett problem med många av de vitesklausuler som redan används i upphandlade avtal är att de ofta kan vara svåra att administrera och ofta kräver att den upphandlande myndigheten riktar ett krav mot leverantören. Inte sällan förekommer det också att den upphandlande myndigheten vid upphandlingens genomförande, i en vilja att skapa incitament för leverantörerna att följa avtalet, har formulerat så betungande vitesklausuler att den enskilde tjänsteman som har att tillämpa avtalet inom ramen för en pågående affärsrelation med leverantören drar sig för att tillämpa avtalade viten vid överträdelser av avtalet.

Vitesklausuler bör, till skillnad från hävningsklausuler, vara utformade på ett sådant sätt att det även efter att vitesklausulerna tillämpats är möjligt för parterna att ha en god affärsrelation. Alltför betungande och ensidiga vitesklausuler kan komma att skada affärsrelationen. Den typ av vitesklausuler som vi här beskriver bör endast skapa större incitament för leverantörer att tillämpa offererade villkor och priser än att avstå. För att underlätta tillämpningen av vitesklausuler bör leverantören åläggas en skyldighet att avräkna eventuell ersättningsskyldighet från kommande fakturor. För det fall leverantören inte genomför sådan avräkning, har den upphandlande myndigheten rätt att själv dra av beloppet innan faktura betalas.

## Hävning av avtalet

För situationer då leverantören, trots upprepade påtryckningar från den upphandlande myndigheten, ändå försöker kringgå avtalet bör möjligheter till hävning föreligga. I många fall kan hävning visserligen vara en opraktisk sanktion för den upphandlande myndigheten, eftersom myndigheten då kommer att sakna leverantör till dess att en ny upphandling kunnat genomföras, men redan närvaron av en välavvägd hävningsrätt för den upphandlande myndigheten kan enligt vår mening ha en preventiv effekt. Vidare bör framhållas att hävning som sanktion betraktat inte skapar några problem för den upphandlande myndigheten i ramavtal med flera leverantörer, eftersom myndigheten då har alternativa leverantörer om ramavtalet hävs i förhållande till en av leverantörerna.

## Balanserade avtalsvillkor

Det bör framhållas att de begränsade möjligheter att göra förändringar i avtal, vilka gäller enligt LOU, medför att avtal måste utformas på annat sätt i samband med offentlig upphandling än vad som är fallet i affärer i det privata näringslivet. I privata avtalsförhandlingar är det inte ovanligt att respektive part utgår ifrån att

presentera ett avtalsutkast som är oproportionerligt förmånligt för den parten i förvisning om att avtalet under förhandlingens gång kommer att omformas till ett avtal som båda parter är nöjda med och i vilket båda parter har fått göra vissa eftergifter. Denna naturliga förhandlingsprocess som till slut, givet att parterna är ungefärligen jämbördiga, resulterar i ett avtal med rimliga villkor för båda parter låter sig inte genomföras inom ramen för de flesta upphandlings-förfaranden. Istället måste de villkor som den upphandlande myndigheten presenterar i förfrågningsunderlaget i princip tillämpas i det slutliga avtalet, eftersom det annars skulle kunna bli fråga om sådana väsentliga förändringar som innebär att en ny upphandling måste genomföras.

Det faktum att de avtalsvillkor som den upphandlande myndigheten presenterar, eller i många fall rent av föreskriver, i förfrågningsunderlaget i princip inte kan förändras innebär höga krav på att den upphandlande myndigheten säkerställer att villkoren är rimliga och proportionerliga för båda parter. Den upphandlande myndigheten kan med andra ord inte bete sig som en privat part hade gjort i motsvarande situation utan måste ta på sig att skapa förutsättningar för en balanserad avtalsrelation genom att redan från början beakta leverantörens intressen.

Vår erfarenhet är att det ofta finns brister på denna punkt, och att tendensen ofta är att upphandlande myndigheter utnyttjar bestämmelserna i LOU för att binda leverantörer vid "tuffa" avtalsvillkor. Exempel på detta är att upphandlade avtal ofta har mycket korta och tvingande leveranstider, ohemula viten som inte på något sätt svarar mot den skada myndigheten lider, krav på långa garantitider och avsaknad av sedvanliga skadeståndsbegränsningar. Knappast några av dessa villkor är sådana som kommersiella aktörer skulle acceptera utan förhandling.

Ett sådant agerande riskerar dock, enligt vår mening, att leda till att leverantörer försöker hitta andra vägar till lönsamhet, däribland genom att ägna sig åt osund strategisk anbudsgivning. Det kan även medföra att många små företag helt enkelt väljer att avstå från att lägga anbud. Mindre företag har mer begränsade resurser och är därigenom ofta känsliga för oproportionerliga avtalsvillkor i form av exempelvis oskäligt höga viten vid uteblivna leveranser.

Av rättspraxis framgår att det är förenat med en stor risk för att anbudet förkastas om en anbudsgivare i sitt anbud reserverar sig mot ett uppställt avtalsvillkor, som leverantören uppfattar som orimligt. För en anbudsgivare som vill delta i en offentlig upphandling finns därför oftast inget alternativ till att acceptera avtalsvillkoren.

Om den upphandlande myndigheten uppställt orimliga och ensidiga villkor finns det därför risk för att anbudsgivaren accepterar avtalsvillkoren, men sedan försöker återta en rimlig marginal genom att kringgå villkoren under avtalets löptid, eller vilket rimligen borde vara vanligt, kompenserar den ökade risken i avtalet med högre priser än vad som annars hade varit fallet om mer skäliga villkor tillämpats. Ett alltför ensidigt beteende från den upphandlande myndighetens sida kan således

framtinga ett osunt beteende från leverantörens sida. Det är således av största vikt att den upphandlande myndigheten vid utformande av avtalsvillkoren beaktar leverantörens intressen och säkerställer att avtalsvillkoren är rimliga för båda parter. Avtalets utformning utgör den första byggstenen i en ofta långvarig affärsrelation och det är vår erfarenhet att den ton som sätts i avtalet ofta kommer att prägla hela affärsrelationen. I sammanhanget bör framhållas att det i frågan om vilka avtalsvillkor som bör tillämpas i upphandlade avtal finns all anledning för upphandlande myndigheter att fortlöpande, dvs. mellan upphandlingar, föra en dialog både med enskilda företag och med bransch- och intresseorganisationer.

### 6.3 Hur kan förslagen stävja osund strategisk anbudsgivning?

Baserat på vår grunddefinition av osund strategisk anbudsgivning, se kapitel 3, identifierade vi tre problemtyper:

**Problemtyp 1: Anbudsgivaren håller inte vad han lovar.**

Anbudsgivaren lämnar anbud med priser och andra villkor som anbudsgivaren inte har för avsikt att iaktta under avtalstiden. Genom att erbjuda förmånliga villkor, som anbudsgivaren inte har för avsikt att tillämpa, ökar anbudsgivaren sina möjligheter att tilldelas ramavtal i upphandlingen.

Detta problem kan framför allt hanteras genom att den upphandlande myndigheten använder avtal som innebär att leverantören blir skyldig att tillhandahålla de aktuella varorna och tjänsterna till de priser och i enlighet med de villkor som leverantören har offererat i upphandlingen. Vad gäller ramavtal med en leverantör, bör leverantören om denne under avtalstiden avviker från dessa villkor, exempelvis genom att ange att en viss vara eller tjänst inte finns tillgänglig och istället erbjuda ett dyrare alternativ bör leverantören vara skyldig att tillhandahålla ersättningsvaran eller ersättningstjänsten till det pris som avtalats för den ursprungliga varan eller tjänsten.

Vad gäller ramavtal med flera leverantörer så kan man för att undvika att leverantörer av strategiska skäl avböjer avrop från ramavtal med rangordning ålägga leverantörerna en leveransplikt av det slag som vi beskrivit i avsnitt 6.2.4.

För att kunna hantera denna problematik är det också viktigt att den upphandlande myndigheten, särskilt om den upphandlande myndigheten har en decentraliserad inköpsorganisation i vilken avrop görs av personer som inte upphandlat avtalet, löpande följer upp hur avtalet tillämpas och kontrollerar att den betalning som utgår motsvarar det pris som leverantören offererat, och att det som levereras motsvarar vad som avtalats. Det är också viktigt att den upphandlande myndigheten tillhandahåller berörd personal kortfattade och lättförståeliga instruktioner kring hur en beställning ska genomföras för att avtalet ska tillämpas korrekt.

Slutligen är det viktigt att den upphandlande myndigheten genom avtalsreglering säkerställer att kostnader som uppstår till följd av en leverantörs överträdelse av villkoren i avtalet avräknas från kommande fakturor från leverantören.

Vi tror också att en avtalad styrgrupp där leverantören och myndigheten möts kan verka avhållande på denna problemtyp, liksom att ökad koordination internt på myndigheten kan stävja denna typ av osund strategisk anbudsgivning.

#### Problemtyp 2: Koncernstrategisk anbudsgivning

Flera anbudsgivare som vanligen, men inte nödvändigtvis, tillhör samma koncern koordinerar sin anbudsgivning i en upphandling. Varje berörd anbudsgivare lämnar anbud med mycket förmånliga villkor, exempelvis ett pris om noll kronor, i varsin varu-/tjänstekategori, men mindre förmånliga villkor i övriga kategorier. De förmånliga villkoren i en kategori leder till att alla de berörda anbudsgivarna får en bra genomsnittspoäng och därför erhåller ramavtal och, i de fall då rangordning tillämpas, rangordnas högt i ramavtalet.

Vid avrop eller förnyad konkurrensutsättning avböjer dock förstahandsleverantören att leverera respektive att lämna nytt anbud till förmån annan berörd anbudsgivare med högre pris respektive högre takpris (eller på annat sätt mer förmånliga villkor). Agerandet innebär att andra anbudsgivare, som inte koordinerar sina anbud med andra anbudsgivare utan räknar med att infria sina åtaganden och därför kalkylerar med högre kostnader, får försämrade möjligheter att tilldelas ramavtal. Agerandet medför också högre kostnader för den upphandlande myndigheten.

Denna problematik bygger, såvitt avser ramavtal med rangordning, på att anbudsgivare tillåts avböja avrop för varor eller tjänster för vilka de erbjudit ett ovanligt lågt pris. Även här menar vi därför att en leveransplikt av det slag som vi beskrivit i avsnitt 6.2.4 skulle kunna vara ett lämpligt verktyg för att komma till rätta med osund strategisk anbudsgivning.

#### Problemtyp 3: Manipulation av relativa utvärderingsmodeller

Två eller flera anbudsgivare som vanligen, men inte nödvändigtvis, tillhör samma koncern lämnar anbud i upphandlingen, men endast en av dem gör det i syfte att vinna. Övriga berörda anbudsgivare lämnar anbud med extremt förmånliga villkor i något avseende, men med dåliga villkor i övrigt, för att i gynnande riktning påverka utfallet i upphandlingen för den av anbudsgivarna som lämnar anbud i syfte att vinna upphandlingen. Därigenom får exempelvis priset liten praktisk betydelse i utvärderingen, eftersom alla de anbudsgivare som offererat ett seriöst pris i upphandlingen kommer att få ungefär samma poäng trots inbördes skillnader, dvs. skillnader i pris återspeglas inte fullt ut i skillnader i poängsättning eftersom det eller de strategiska anbuden avviker så mycket från övriga anbud.

Lunander m.fl. föreslår användning av så kallade absoluta utvärderingsmodeller, det vill säga modeller i vilka varje anbud utvärderas utifrån objektiva värden snarare än via jämförelse med övriga anbud, som ett sätt att hantera denna problematik.<sup>33</sup> Användning av absoluta utvärderingsmodeller kan emellertid upplevas som komplicerat och många upphandlande myndigheten föredrar att utvärdera anbud i jämförelse med varandra.

Ett sätt att hantera anbud som inte är seriöst avsedda är möjligheten till förkastande av onormalt lågt anbud i 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU. Rena bulvananbud som endast har till syfte att påverka utfallet i en relativ utvärderingsmodell torde ofta inte vara särskilt väl genomarbetade och den upphandlande myndigheten kan förhoppningsvis, genom att använda det kontradiktoriska förfarandet i 12 kap. 3 § och 15 kap. 17 § LOU klarlägga om anbudsgivaren verkligen har för avsikt att leverera till de offererade villkoren.

I sammanhanget bör också nämnas att utvärderingsmodeller som i för stor grad öppnar upp för missbruk av detta slag kan stå i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, då sådana modeller inte säkerställer att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.<sup>34</sup> Det kan således, för det fall en upphandlande myndighet först efter genomförd anbudsutvärdering upptäcker att den använda utvärderingsmodellen medför att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kunnat antas, finnas skäl för den upphandlande myndigheten att avbryta och göra om upphandlingen.<sup>35</sup>

I tabellen nedan görs en överskådlig sammanfattning av hur våra fyra förslagsområden kan tillämpas för att komma till rätta med osund strategisk anbuds-givning i de tre problemtyperna vi identifierat.

---

<sup>33</sup> Anders Lunander (2004 och 2009)

<sup>34</sup> Jämför i detta avseende Kammarrättens i Göteborg dom den 21 mars 2011 i mål nr 5293-10 samt i detta mål avgivet yttrande från Konkurrensverket av den 20 december 2010, dnr 616/2010.

<sup>35</sup> Se EU-domstolens dom i mål C-244/02 Kauppatalo Hansel.



**Tabell 6.1 Hur kan förslagen stävja osund strategisk anbudsgivning?**

| Förslag #                                               | Problemtyp                                                                      |                                                                                 |                                                                                           |
|---------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                         | 1. Anbudsbudsgivaren levererar inte som utlovat                                 | 2. Koncernstrategisk anbudsgivning                                              | 3. Manipulation av relativa utvärderingsmodeller                                          |
| 1. Ändra bevisbördans placering för onormalt lågt anbud | Anbudsgivaren måste visa att det onormala budet är företagsekonomiskt motiverat | Anbudsgivaren måste visa att det onormala budet är företagsekonomiskt motiverat |                                                                                           |
| 2. Bättre utvärderingsmodeller                          |                                                                                 | Begränsa antalet varu- och tjänstekategorier i ramavtal med rangordning.        | Använd absoluta utvärderingsmodeller i första hand, bättre relativa modeller i andra hand |
| 3. Bättre uppföljning av avtal                          | Bättre samordning mellan inköpare och avropare                                  |                                                                                 |                                                                                           |
| 4. Bättre avtal                                         | Leveransplikt, lättillämpade sanktioner och balanserade villkor                 | Leveransplikt, lättillämpade sanktioner och balanserade villkor                 |                                                                                           |

## Referenser

Europeiska Kommissionen, (1992), "Guide to the Community rules on public procurement of services", direktiv 92/50/EEC.

Europeiska Kommissionen, (1993), "Guide to the Community rules on public works contracts", direktiv 93/37/EEC.

Europeiska kommissionen, (1993), "Guide to the Community rules on public supply contracts", direktiv 93/36/EEC.

Lunander, A., (2009), "En logisk fälla – relativ poängsättning vid anbudsgivning i offentlig upphandling", Konkurrensverket.

Lunander, A; Andersson, A. (2004) "Metoder vid utvärdering av pris och kvalitet inom offentlig upphandling", Konkurrensverket.

Mandell, S.; Nyström J., (2011), "Endogenous risk in unbalanced bidding", unpublished mimeo, VTI

Pedersen, K., (2011), "Upphandlingens grunder", Jure Förlag, Stockholm

## Bilaga A. Enkätfrågor

### Din roll

1. Vid vilken upphandlande myndighet arbetar du?  
[öppen]
2. Ange vilken enhet inom myndigheten du arbetar vid (avdelning, byrå, enhet):  
[öppen]
3. Vilka typer av upphandlingar arbetar du huvudsakligen med?
  - ☐ Mest tjänsteupphandling
  - ☐ Mest varuupphandling
  - ☐ Mest entreprenadupphandling
  - ☐ Ungefär lika fördelning mellan två eller tre av ovanstående alternativ

### Problemtyp 1: Anbudsgivaren levererar inte som utlovat

4. Hur vanligt är det att en anbudsgivare under avtalstiden inte håller vad anbudsgivaren lovat i upphandlingen vad gäller priser och andra villkor?

Det kan exempelvis gälla ett ramavtal där en leverantör vid avrop meddelar att efterfrågad konsult/vara inte är tillgänglig utan hänvisar till ett dyrare alternativ.

(ett svarsalternativ)

- ☐ Vanligt
  - ☐ Förekommer
  - ☐ Sällsynt
  - ☐ Har inte upplevt detta
5. (Om svaret på 4 är "Vanligt" eller "Förekommer")  
I vilken eller vilka branscher har du sett detta fenomen?  
(flera svarsalternativ möjliga)

*Tjänstebranscher*

- ☐ IT-konsulter
- ☐ Teletjänster, inkl. abonnemang
- ☐ Tekniska konsulter
- ☐ Bemanningstjänster
- ☐ Styrning/Ledning/Management
- ☐ Resor
- ☐ Flyttjänster

- ☐ Utvärdering/Analys
- ☐ Lokalvård/underhåll
- ☐ Annan tjänstebransch, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

*Varubranscher*

- ☐ Kontorsmateriel
- ☐ Möbler
- ☐ IT-hårdvara (datorer, kopiatorer etc., inkl. tillbehör)
- ☐ AV-utrustning
- ☐ Medicinsk-tekniska förbrukningsartiklar
- ☐ Byggvaror
- ☐ Vitvaror
- ☐ Livsmedel
- ☐ Annan varubransch, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

6. (Om svaret på 4 är "Vanligt" eller "Förekommer")

Vilken eller vilka av följande situationer är vanligast enligt din erfarenhet?  
(flera svarsalternativ är möjliga)

- ☐ Anbudsgivaren erbjuder mycket låga priser för vissa tjänster/varor i en ramavtalsupphandling men levererar överhuvudtaget inte de aktuella tjänsterna/varorna med hänvisning till att varan tillfälligt är slut, konsulten är sjuk eller liknande.
- ☐ Anbudsgivaren levererar, men inte det som offererats i upphandlingen. Istället erbjuds en mer kvalificerad konsult, eller ett dyrare varualternativ som kan möta den upphandlande myndighetens behov men till en högre kostnad.
- ☐ Annan situation, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

7. (Om svaret på 4 är "Vanligt" eller "Förekommer")

I vilket av följande fall har du sett flest exempel på att en anbudsgivare inte håller vad anbudsgivaren i upphandlingen lovat vad gäller priser och andra villkor?

(ett svarsalternativ)

- ☐ Ramavtal med flera leverantörer och rangordning
- ☐ Ramavtal med flera leverantörer med förnyad konkurrensutsättning
- ☐ Ramavtal med en leverantör
- ☐ Andra upphandlingar, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]]

8. (Om svaret på 4 är "Vanligt" eller "Förekommer")  
Hur ofta följer ni upp eventuella problem med att en anbudsgivare inte håller vad anbudsgivaren lovat vad gäller priser och andra villkor?  
(ett svarsalternativ)

- ☐ Efter varje avropstillfälle/upphandling
- ☐ En gång per upphandling (vid ramavtal)
- ☐ Stickprov
- ☐ Aldrig
- ☐ Annat, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

### Problemtyp 2: Koncernstrategisk anbudsgivning

9. Hur vanlig är följande situation?

Förutsättningen är en ramavtalsupphandling där avrop sker med hjälp av rangordning av leverantörerna. Några anbudsgivare ingår i samma koncern och lämnar anbud med mycket förmånliga villkor (t.ex. nollbud) i *varsin* varu-/tjänstekategori, men mindre förmånliga villkor i övriga kategorier. De förmånliga villkoren i en kategori leder till att alla anbudsgivarna i koncernen får en bra genomsnittspoäng och därför rangordnas högt i ramavtalet.

Vid avrop avböjer förstahandsleverantören att leverera till förmån för en koncernkollega med ett högre pris.

(Fortsättningsvis kallar vi denna situation för "Koncernstrategisk anbudsgivning")  
(ett svarsalternativ)

- ☐ Vanligt
- ☐ Förekommer
- ☐ Sällsynt
- ☐ Har inte upplevt detta

10. (Om svaret på 11 är "Vanligt" eller "Förekommer")  
I vilken eller vilka branscher har du sett detta fenomen?  
(flera svarsalternativ möjliga)

*Tjänstebranscher*

- ☐ IT-konsulter
- ☐ Teletjänster, inkl. abonnemang
- ☐ Tekniska konsulter
- ☐ Bemannings tjänster
- ☐ Styrning/Ledning/Management

- ☐ Resor
- ☐ Flyttjänster
- ☐ Utvärdering/Analys
- ☐ Lokalvård/underhåll
- ☐ Annan tjänstebransch, nämligen \_\_\_\_\_ [öppen]

#### *Varubranscher*

- ☐ Kontorsmateriel
- ☐ Möbler
- ☐ IT-hårdvara (datorer, kopiatorer etc., inkl. tillbehör)
- ☐ AV-utrustning
- ☐ Medicinsk-tekniska förbrukningsartiklar
- ☐ Byggvaror
- ☐ Vitvaror
- ☐ Livsmedel
- ☐ Annan varubransch, nämligen \_\_\_\_\_ [öppen]

11. (Om svaret på 11 är "Vanligt" eller "Förekommer") Hur ofta följer ni upp eventuella problem med koncernstrategisk anbudsgivning? (ett svarsalternativ)

- ☐ Efter varje avropstillfälle/upphandling
- ☐ En gång per upphandling (vid ramavtal)
- ☐ Stickprov
- ☐ Aldrig
- ☐ Annat, nämligen \_\_\_\_\_ [öppen]

### **Problemtyp 3: Manipulation av relativa utvärderingsmodeller**

12. Hur vanlig är följande situation?

Två eller fler anbudsgivare i en och samma koncern lämnar anbud i en upphandling. En av dessa anbudsgivare lämnar ett anbud med "normala" villkor. Den andra anbudsgivaren lämnar anbud med extremt förmånliga villkor i något avseende (exempelvis pris), men med oförmånliga villkor i övrigt.

Därigenom får priset liten praktisk betydelse i utvärderingen, eftersom alla de anbudsgivare som offererat ett "normalt" pris i upphandlingen kommer att få ungefär samma poäng trots inbördes skillnader (dvs. skillnader i pris återspeglas inte fullt ut i skillnader i poängsättning). Det beror på att det extremt förmånliga anbudet avviker mycket från övriga anbud.

(Fortsättningsvis kallar vi denna situation för "Manipulation av relativa utvärderingsmodeller")

(ett svarsalternativ)

- ☐ Vanligt
- ☐ Förekommer
- ☐ Sällsynt
- ☐ Har inte upplevt detta

13. (Om svaret på 12 är "Vanligt" eller "Förekommer")  
I vilken eller vilka branscher har du sett detta fenomen?  
(flera svarsalternativ möjliga)

*Tjänstebranscher*

- ☐ IT-konsulter
- ☐ Teletjänster, inkl. abonnemang
- ☐ Tekniska konsulter
- ☐ Bemanningstjänster
- ☐ Styrning/Ledning/Management
- ☐ Resor
- ☐ Flyttjänster
- ☐ Utvärdering/Analys
- ☐ Lokalvård/underhåll
- ☐ Annan tjänstebransch, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

*Varubranscher*

- ☐ Kontorsmateriel
- ☐ Möbler
- ☐ IT-hårdvara (datorer, kopiatorer etc., inkl. tillbehör)
- ☐ AV-utrustning
- ☐ Medicinsk-tekniska förbrukningsartiklar
- ☐ Byggvaror
- ☐ Vitvaror
- ☐ Livsmedel
- ☐ Annan varubransch, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

14. (Om svaret på 12 är "Vanligt" eller "Förekommer")  
Vid vilken upphandlingsform har du sett flest exempel på manipulation av  
relativa utvärderingsmodeller? (ett svarsalternativ)

- ☐ Ramavtal med flera leverantörer och rangordning
- ☐ Ramavtal med flera leverantörer med förnyad konkurrensutsättning
- ☐ Vanlig upphandling (ej ramavtal)
- ☐ Annat nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

15. (Om svaret på 12 är "Vanligt" eller "Förekommer")

Hur ofta följer ni upp eventuella problem med manipulation av relativa utvärderingsmodeller? (ett svarsalternativ)

- ☐ En gång per upphandling
- ☐ Stickprov
- ☐ Aldrig
- ☐ Annat, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

### Avslutning

16. Har ni aktivt försökt komma tillrätta med eventuella problem med att en anbudsgivare inte håller vad han lovar vad gäller priser och andra villkor, koncernstrategisk anbudsgivning eller manipulation av utvärderingsmodeller?  
(flera alternativ möjliga)

- ☐ Ja, genom dialog med leverantören
- ☐ Ja, genom att införa "påtryckningsmedel" i avtal såsom straffavgifter eller rätt att häva avtalet
- ☐ Ja, genom att tillämpa systematisk uppföljning av hur avtalen följs
- ☐ Ja, genom att förbättra utvärderingsmodellerna
- ☐ Ja, på annat sätt, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]
- ☐ Nej

17. Vilken lösning på dessa problem anser ni mest lovande?  
(flera svarsalternativ möjliga)

- ☐ Bättre utvärderingsmodeller
- ☐ Skarpare och tydligare villkor vid utebliven leverans
- ☐ Bättre uppföljning av avtalen
- ☐ Ett skarpare upphandlingsregelverk
- ☐ En uppförandekod hos anbudsgivarna att ej ägna sig åt denna form av "strategisk anbudsgivning"
- ☐ Annan, nämligen\_\_\_\_\_ [öppen]

18. Övriga synpunkter?



## Bilaga B. Resultat av enkätundersökningen

I de två nedanstående tabellerna visas korstabeller över hur svaren fördelas på frågan om man aktivt försökt komma tillrätta med problemen med strategisk anbudsgivning.

**Tabell B.1 Hur har ni aktivt försökt komma tillrätta med problemen?**

|                         | Nej | Dialog | Systematisk uppföljning | Förbättra utvärderingsmodeller | Påtryckningsmedel | Annat |
|-------------------------|-----|--------|-------------------------|--------------------------------|-------------------|-------|
| Nej                     | 39  | 1      | 0                       | 1                              | 1                 | 2     |
| Dialog                  | 1   | 70     | 29                      | 29                             | 39                | 5     |
| Systematisk uppföljning | 0   | 29     | 51                      | 26                             | 28                | 4     |
| Förbättra utvärderingar | 1   | 29     | 26                      | 52                             | 26                | 4     |
| Påtryckningsmedel       | 1   | 39     | 28                      | 26                             | 55                | 3     |
| Annat                   | 2   | 5      | 4                       | 4                              | 3                 | 13    |

Totalt antal svarande: 157

**Tabell B.2 Hur har ni aktivt försökt komma tillrätta med problemen? - Procent av totalt antal svarande som har angett respektive svarskombination**

|                         | Nej | Dialog | Systematisk uppföljning | Förbättra utvärderingsmodeller | Påtryckningsmedel | Annat |
|-------------------------|-----|--------|-------------------------|--------------------------------|-------------------|-------|
| Nej                     | 25  | 1      | 0                       | 1                              | 1                 | 1     |
| Dialog                  | 1   | 45     | 18                      | 18                             | 25                | 3     |
| Systematisk uppföljning | 0   | 18     | 32                      | 17                             | 18                | 3     |
| Förbättra utvärderingar | 1   | 18     | 17                      | 33                             | 17                | 3     |
| Påtryckningsmedel       | 1   | 25     | 18                      | 17                             | 35                | 2     |
| Annat                   | 1   | 3      | 3                       | 3                              | 2                 | 8     |

Totalt antal svarande: 157

I de två nedanstående tabellerna visas hur svaren fördelas på frågan om vilka lösningar till problem med strategisk anbudsgivning man anser mest lovande.

**Tabell B.3 Vilka lösningar anses mest lovande?**

|                                                   | Bättre<br>utvärderings-<br>modeller | Skarpare<br>villkor i<br>förfrågnings-<br>underlag | Bättre<br>uppföljning | Ett skarpare<br>upphandlings-<br>regelverk | Uppförande-<br>kod |
|---------------------------------------------------|-------------------------------------|----------------------------------------------------|-----------------------|--------------------------------------------|--------------------|
| Bättre<br>utvärderings-<br>modeller               | 25                                  | 1                                                  | 0                     | 1                                          | 1                  |
| Skarpare villkor i<br>förfrågnings-<br>underlag   | 1                                   | 45                                                 | 18                    | 18                                         | 25                 |
| Bättre<br>uppföljning av<br>upphandlande<br>enhet | 0                                   | 18                                                 | 32                    | 17                                         | 18                 |
| Ett skarpare<br>upphandlings-<br>regelverk        | 1                                   | 18                                                 | 17                    | 33                                         | 17                 |
| Uppförandekod                                     | 1                                   | 25                                                 | 18                    | 17                                         | 35                 |
| Annat                                             | 1                                   | 3                                                  | 3                     | 3                                          | 2                  |

Totalt antal svarande: 156

**Tabell B.4 Vilka lösningar anses mest lovande? - Procent av totalt antal svarande som har angett respektive svarscombination.**

|                                                   | Bättre<br>utvärderings-<br>modeller | Skarpare<br>villkor i<br>förfrågnings-<br>underlag | Bättre<br>uppföljning | Ett skarpare<br>upphandlings-<br>regelverk | Uppförande-<br>kod |
|---------------------------------------------------|-------------------------------------|----------------------------------------------------|-----------------------|--------------------------------------------|--------------------|
| Bättre<br>utvärderings-<br>modeller               | 25                                  | 1                                                  | 0                     | 1                                          | 1                  |
| Skarpare villkor i<br>förfrågnings-<br>underlag   | 1                                   | 45                                                 | 18                    | 18                                         | 25                 |
| Bättre<br>uppföljning av<br>upphandlande<br>enhet | 0                                   | 18                                                 | 32                    | 17                                         | 18                 |
| Ett skarpare<br>upphandlings-<br>regelverk        | 1                                   | 18                                                 | 17                    | 33                                         | 17                 |
| Uppförandekod                                     | 1                                   | 25                                                 | 18                    | 17                                         | 35                 |
| Annat                                             | 1                                   | 3                                                  | 3                     | 3                                          | 2                  |

Totalt antal svarande: 156

Nedanstående tabeller visar hur ofta upphandlare upplever att problem med strategisk anbudsgivning förekommer. Samtliga problemområden är inräknade i statistiken.

**Tabell B.5 Hur ofta förekommer problem med strategisk anbudsgivning?**

|        | Vanligt | Förekommer | Sällan | Har aldrig sett |
|--------|---------|------------|--------|-----------------|
| Stat   | 10      | 62         | 57     | 133             |
| Kommun | 6       | 70         | 46     | 134             |
| Totalt | 16      | 132        | 103    | 267             |

**Tabell B.6 Hur ofta förekommer problem med strategisk anbudsgivning?  
Procent av respektive frekvensalternativ.**

|        | Vanligt | Förekommer | Sällan | Har aldrig sett |
|--------|---------|------------|--------|-----------------|
| Stat   | 63      | 47         | 55     | 50              |
| Kommun | 38      | 53         | 45     | 50              |
| Totalt | 100     | 100        | 100    | 100             |



**KONKURRENSVERKET**

Swedish Competition Authority

*Adress* 103 85 Stockholm

*Telefon* 08-700 16 00

*Fax* 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

[www.konkurrensverket.se](http://www.konkurrensverket.se)