

AVSKRIFT

MARKNADSDOMSTOLEN

DOM

2000:12

2000-05-30

Dnr A 11/99

SÖKANDE

Konkurrensverket, 103 85 STOCKHOLM

MOTPART

Länsarbetsnämnden i Hallands län genom
Arbetsmarknadsstyrelsen, Kungstensgatan 45,
113 99 STOCKHOLMOmbud: advokaten C. N., M. S. Advokatbyrå AB,
Box 2235, 403 14 GÖTEBORG

SAKEN

ansökan om förbud enligt 3 § lagen (1994:615) om
ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig
upphandling

DOMSLUT

Marknadsdomstolen lämnar Konkurrensverkets talan utan bifall.

YRKANDE

Konkurrensverket har, som talan slutligt bestämts, yrkat att Marknadsdomstolen enligt 3 och 9 §§ lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling (LIU) förbjuder Länsarbetsnämnden i Hallands län (LAN) vid vite om fem miljoner kr att i samband med upphandling av utbildningstjänster uppställa ett ovillkorligt och skadestånds-sanktionerat krav att en viss namngiven person skall leda utbildningen varigenom vissa anbudsgivare utestängs från reella möjligheter att teckna avtal, eller att tillämpa beteenden som väsentligen överensstämmer med de angivna. För det fall att Marknadsdomstolen skulle finna att Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) svarar för LAN:s handlande, skall yrkandet enligt Konkurrensverket i stället avse AMS.

LAN har genom AMS bestritt Konkurrensverkets yrkande.

PARTERNAS TALAN

Parterna har anfört i huvudsak följande.

Konkurrensverket

Grunder för talan

LAN har vid genomförandet av upphandling avseende CAD-utbildning (Computer Aided Design) efter det att anbudsupphandlingen har påbörjats och i anslutning till avtalslutet erbjudit Företagsutbildningar i Falkenberg AB (Företagsutbildningar) att teckna avtal på villkor som inneburit att Företagsutbildningar i praktiken omöjligt kunnat acceptera avtalet och därmed förhindrats från att kunna åta sig det aktuella utbildningsuppdraget. LAN har därefter erbjudit AmuGruppen Väst AB (AMU) att ingå avtal på väsentligt förmånligare villkor. Härigenom har Företagsutbildningar påtagligt diskriminerats i förhållande till AMU.

LAN:s beteende har varit otillbörligt i den mening som avses i 3 § första stycket punkterna 1 och 2 LIU. Det saknas betryggande anledning att tro att beteendet inte kommer att återupptas.

Redogörelse för saken

LAN anordnade i juni 1997 en upphandling av CAD-utbildning i Varberg. Anbudsförfrågan skickades till en början enbart till AMU. Företagsutbildningar blev informerat om den pågående upphandlingen och kontaktade då LAN som förklarade att man hade missat att skicka en förfrågan till bolaget men att detta skulle göras omgående.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Anbuden skulle vara LAN tillhanda senast den 15 augusti 1997. Planerad kursstart var den 29 september samma år. Enligt kravspecifikationen avsåg upphandlingen CAD-utbildning i Varberg och den genomfördes som en s.k. förenklad upphandling. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas med hänsyn till tolv icke rangordnade faktorer. Lärarkompetens var angiven som en av dessa. Någon närmare specificering av lärarkompetensen framgick inte.

Två anbud kom in, det ena från AMU och det andra från Företagsutbildningar. Företagsutbildningar lämnade sitt anbud till LAN den 15 augusti 1997. I anbudet namngavs den lärare som bolaget avsåg skulle leda utbildningen, L. N. N. hade lovat att arbeta för Företagsutbildningar om bolaget fick uppdraget att svara för CAD-utbildningen. N. var vid denna tidpunkt anställd av AMU. På förfrågan från LAN uppgav AMU att AMU avsåg att självt använda N. som lärare i den aktuella CAD-utbildningen. LAN begärde då en förklaring från Företagsutbildningar. Den 1 september 1997 faxade bolaget ett intyg till LAN utvisande att N. skulle leda CAD-utbildningen.

Den 3 september 1997 fick Företagsutbildningar ett muntligt besked från LAN att bolagets anbud antagits. Enligt ett skriftligt beslut antogs anbudet eftersom det var det mest fördelaktiga. När Företagsutbildningar muntligen erhållit uppdraget kontaktade bolaget AMU den 5 september 1997 och upplyste om att bolaget fått uppdraget samt att N. skulle ansvara för utbildningen.

Den 8 september 1997 fick Företagsutbildningar per post avtalet med uppdrag att genomföra CAD-utbildningen för påskrift. I avtalets 13 § uppställde LAN villkor som inte fanns med i förfrågningsunderlaget. Paragrafen löd i sin helhet:

”Parterna är ense om att:

- kursstarten ovillkorligen måste ske den 29 september 1997.
- läraren L. N. därvid skall medverka under hela utbildningen.

Skulle ovanstående villkor ej kunna uppfyllas av företaget avbryts upphandlingen samt skadestånd utgå med följande belopp: 200.000, - kronor.”

N. blev emellertid förhindrad att ställa upp som lärare för Företagsutbildningar eftersom han fortsatte sin anställning vid AMU. För att söka en lämplig ersättare för N. kontaktade Företagsutbildningar ett företag som utarbetat det i CAD-utbildningen ingående dataprogrammet. Företaget lämnade beskedet att en kompetent lärare kunde tillhandahållas. Den 9 september 1997 meddelande Företagsutbildningar per telefon LAN att bolaget inte längre kunde erbjuda N. som lärare men att bolaget hade lärare som uppfyllde de krav som ställdes och att kursen kunde starta på utsatt tid. Företagsutbildningar påtalade samtidigt det orimliga kravet i avtalets 13 §. Enligt LAN kunde endast N. accepteras som lärare. Företagsutbildningar framförde i skrivelse den 10 september 1997 till LAN vad bolaget framfört per telefon dagen innan.

LAN meddelade i brev den 15 september 1997 att Företagsutbildningar inte längre kunde komma i fråga som utbildare då förutsättningar för avtal inte längre förelåg med anledning av att N. skulle fortsätta sin anställning hos AMU. LAN tecknade samma dag avtal med AMU. I det avtalet hade 13 § ändrats och löd:

”Parterna är ense om att:

- kursstarten ovillkorligen måste ske den 29 september 1997.
- läraren L. N. därvid skall medverka under hela utbildningen.

Skulle ovanstående villkor ej kunna uppfyllas av företaget avbryts upphandlingen samt skadestånd utgå med följande belopp: 200.000,- kronor.

Kravet på läraren L. N:s medverkan gäller under förutsättning att L. N. ej säger upp sig själv, blir sjuk, avlider, blir uppsagd enligt Lagen om anställningsskydd eller annan anledning varöver AmuGruppen ej kan råda.”

Den aktuella CAD-utbildningen startade på utsatt datum, dvs. den 29 september 1997, i AMU:s regi och med N. som lärare. Efter halva kurstiden hoppade N. av och kursen fortsatte med annan lärare.

Utgångspunkter för prövningen

LIU gäller otillbörliga beteenden avseende upphandling som omfattas av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU). Därvid avses enligt förarbetena beteenden med naturlig anknytning till förhållanden som regleras genom LOU. Syftet med kopplingen är att finna en adekvat beskrivning för de sammanhang som de aktuella beteendena är inriktade på. Dessa kan förekomma över hela det område, omfattande upphandlingens skilda faser, situationer och inslag, för vilka LOU ger ett handlingsmönster. Ett beteende av detta slag berör således enligt förarbetena någon del av hela den upphandlingsprocess som får sin genomgripande rättsliga reglering genom LOU.

LIU är enligt vad som också framgår av förarbetena ett självständigt, konkurrensrättsligt komplement till det på begreppet affärsmässighet uppbyggda systemet i LOU. Den sanktionsmöjlighet som finns i LIU är inte kopplad till vad som strider mot begreppet affärsmässighet i LOU. Vid tillämpningen av 3 § LIU är diskriminering det tänkta huvudfallet och prövningen enligt nämnda paragraf tar bl.a. sikte på situationer där upphandlaren genom sitt förfaringsätt utan objektiva godtagbara skäl gynnar eller missgynnar någon i förhållande till hur andra behandlas.

LAN:s upphandling

Den aktuella upphandlingen omfattas av LOU. LIU är tillämplig i den situation och vid den tidpunkt under upphandlingen då LAN uppställt de aktuella villkoren för tecknande av avtal.

Vid den aktuella upphandlingen har LAN, i samband med att Företagsutbildningar erbjöds att ingå avtal beträffande den ifrågavarande CAD-utbildningen, i avtalsförslagets 13 § uppställt villkor som tog sikte på att en viss namngiven lärare ovillkorligen skulle medverka under hela utbildningen. Villkoret på lärarens närvaro kopplades till bl.a. ett skadestånd om 200 000 kr för det fall den namngivne läraren inte kunde medverka under hela utbildningstiden. Företagsutbildningar framförde till LAN, per telefon och skriftligen, att bolaget inte kunde skriva på avtalet med den aktuella lydelsen i 13 § och att paragrafen måste utgå ur avtalet. Detta kan inte förstås på annat sätt än att Företagsutbildningar försökte få en omförhandling till stånd. När Företagsutbildningar påpekade det orimliga i avtalets 13 § och meddelade att bolaget hade tillgång till en kompetent lärare, fick Företagsutbildningar beskedet från LAN att någon annan lärare än N. inte accepterades. Detta står inte i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget där lärarkompetens var ett av flera kriterier. Sedan Företagsutbildningar meddelat att bolaget omöjligen kunde skriva på avtalet med dess 13 §, tecknade LAN snabbt avtal med AMU. I avtalet med AMU hade 13 § fått en ny och för AMU avsevärt fördelaktigare lydelse.

LAN:s införande av villkoret om läraren N:s ovillkorliga medverkan i utbildningen, och den därtill hörande skadeståndsbestämmelsen, har diskriminerat Företagsutbildningar i förhållande till AMU. Införandet av villkoret i kombination med skadeståndsbestämmelsen gjorde det omöjligt för Företagsutbildningar att skriva på det föreslagna avtalet. Även om villkoret som erbjöds Företagsutbildningar medgav ett visst utrymme för frånvaro av den aktuella läraren, är det uppenbart att detta utrymme var mycket litet i jämförelse med den utformning som LAN gav det aktuella villkoret i avtalet som senare tecknades med AMU. LAN har alltså klart särbehandlat Företagsutbildningar i förhållande till AMU och resultatet har blivit att Företagsutbildningar i praktiken blockerats från möjligheten att kunna åta sig det aktuella uppdraget. Diskrimineringen har därmed varit påtaglig i den mening som avses i 3 § LIU. Företagsutbildningar hade kunnat anta uppdraget eftersom bolaget, trots att N:s medverkan inte var möjlig, uppfyllde kriterierna i förfrågningsunderlaget. Företagsutbildningar fick emellertid ingen reell möjlighet att vinna anbudstävlingen. Genom LAN:s agerande har förutsättningarna för konkurrens påtagligt snedvridits. LAN:s förfarande utgör således ett otillbörligt beteende.

LAN bör därför vid vite förbjudas att tillämpa sådana beteenden eller andra beteenden som väsentligen överensstämmer med dessa.

LAN

Grunder för bestridandet

LAN:s beteende vid den aktuella upphandlingen har inte på något sätt diskriminerat något företag i förhållande till ett annat företag eller på något annat sätt snedvridit förutsättningarna för konkurrens vid upphandling. Om Marknadsdomstolen ändå skulle finna att sådan diskriminering eller snedvridning förevarit, har detta i vart fall inte varit påtagligt och det aktuella beteendet kan, vid en samlad bedömning, inte anses otillbörligt.

För det fall Marknadsdomstolen finner att förbud skall meddelas i enlighet med Konkurrensverkets yrkande, saknas det skäl att förena förbudet med vite. I vart fall skall detta sättas till ett avsevärt lägre belopp än det som Konkurrensverket har yrkat.

Redogörelse för saken

Den 27 juni 1997 utsändes ”ANBUDSINFORDRAN köp av arbetsmarknadsutbildning” av LAN. Den aktuella upphandlingen avsåg yrkeskurser i datorstödd konstruktion, s.k. CAD, och handlades som förenklad upphandling enligt 6 § LOU. I underlaget angavs bl.a. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Vidare angavs ett antal faktorer som skulle beaktas vid prövningen av anbudet. En av dessa var lärarkompetens. I den kravspecifikation som bilades anbudsinfordran redovisades särskilt att anbud skulle innehålla specifikation av lärarkompetens. Anbudsinfordran översändes till bl.a. Företagsutbildningar och AMU. Detta framgår av en av LAN upprättad sändlista med handskrivet underlag. Förfrågan tillställdes samtliga anbudsgivare vid samma tillfälle.

Anbud inkom från AMU och Företagsutbildningar. Anbudet öppnades den 19 augusti 1997. I Företagsutbildningars anbud angavs namnet på den lärare som skulle leda utbildningen, L. N. Då LAN förbehållit sig möjligheten att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kunde detta förhållande beaktas som en kvalitetsparameter vid prövningen av anbudet. Någon annan specifikation av lärarkompetensen fanns inte i Företagsutbildningars anbud. Eftersom LAN

sedan tidigare hade positiva erfarenheter från utbildningar ledda av N., vilka anordnats i AMU:s regi, tillmättes N:s medverkan betydelse.

Eftersom N. tidigare lett av AMU anordnade CAD-utbildningar och då Företagsutbildningar i sitt anbud angett att det var samme N. som nu skulle leda den av Företagsutbildningar offererade utbildningen, kontaktade LAN AMU och Företagsutbildningar för att söka utröna hos vem N. var anställd och vilken av anbudsgivarna som hade möjlighet att tillhandahålla hans tjänster. Vid kontakterna med AMU framkom att N. fortfarande var anställd som utbildare hos AMU och att det var han som avsågs leda den av AMU offererade utbildningen. K. J. hos Företagsutbildningar medgav på telefon att han var medveten om detta förhållande men uppgav att N. stod till Företagsutbildningars förfogande. Detta bekräftades per fax. Av detta framgick dessutom att Företagsutbildningar var berett att erlægga eventuellt skadestånd till AMU för det fall N. behövde frånträda sin anställning utan iakttagande av uppsägningstiden.

Företagsutbildningars anbud var, med hänsyn till pris och lärarkompetens, det ekonomiskt mest fördelaktiga. LAN beslutade därför att Företagsutbildningar skulle erhålla uppdraget att anordna de aktuella kurserna. Efter diskussioner mellan parterna översändes den 4 september 1997 ett avtalsförslag till Företagsutbildningar. Förslaget innehöll bl.a. en klausul, punkt 13, vars syfte var att låsa Företagsutbildningar vid det utförande som bolaget utlovat och som hade befunnits vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. N:s medverkan var betydelsefull, i synnerhet då Företagsutbildningar i sitt anbud inte lämnat några andra uppgifter om lärarkompetens än att det var N. som skulle vara lärare.

Den 9 september 1997 meddelade J. per telefon till B. A. vid LAN att N. inte stod till Företagsutbildningars förfogande för genomförandet av utbildningen. Under samtalet antydde J. att en förutsättning för uppdragets utförande var att bolaget kunde hitta en alternativ lärare. J. uppgav att slutligt besked i frågan skulle lämnas någon dag senare. Några påståenden om att en lärare från ett visst företag kontaktats gjordes inte av J. Däremot antydde han under samtalet att det kunde bli aktuellt att tillhandahålla lärare från Högskolan i Borås. Det lämnades dock inga uppgifter om vilken pedagogisk och teknisk kompetens denne lärare hade. A. sade under samtalet inte att Företagsutbildningars anbud endast var intressant under förutsättning att N. medverkade. I brev den 10 september 1997, vilket inkom till LAN den 11 september, bekräftade Företagsutbildningar att N. inte kunde medverka i utbildningen och att punkt 13 i avtalsförslaget därför måste strykas. I brevet angavs inte att annan lärare kontaktats eller att några andra åtgärder vidtagits för att säkerställa utbildningens kvalitet. Det påstods endast att

utbildningen kommer att genomföras med ”annan kompetent lärare”, återigen utan angivande av vem denne skulle vara eller vilken pedagogisk eller teknisk kompetens denne lärare hade. Detta gav inte någon ledning vid bedömningen av utbildningens kvalitet enligt anbudet. Den 12 september 1997 frågade Företagsutbildningar genom sitt ombud K. A. per telefon om det fanns möjlighet att skjuta på utbildningsstarten en vecka. A. meddelade att detta inte var möjligt.

Situationen den 12 september 1997, medan förhandlingar mellan parterna fortfarande pågick, var den att Företagsutbildningar meddelat att N. inte stod till bolagets förfogande, varför bolaget inte kunde upprätthålla den lärarkompetens som angetts i anbudet. Vidare förelåg det enligt uppgift problem för Företagsutbildningar att hålla tiden för kursstarten också med annan lärare. Företagsutbildningar kunde således när det bara återstod en kort tid innan kursstarten inte längre stå fast vid utförandet av uppdraget enligt offerten och kunde heller inte anvisa alternativt utförande genom angivande av annan utbildare och redovisning av dennes kompetens. LAN kunde under dessa omständigheter och på föreliggande underlag inte teckna avtal med Företagsutbildningar. Den återstående tiden inför kursstarten gav inte heller utrymme för LAN att utvärdera andra alternativ i den mån Företagsutbildningar på ett senare stadium hade kunnat presentera sådana. Det blev därför nödvändigt att göra en förnyad prövning av anbudet. Ett avslut av upphandlingen brådskade då det endast återstod omkring två veckor till kursstart.

Den förnyade prövningen visade att det rådde betydande osäkerhet beträffande Företagsutbildningars möjligheter att upprätthålla den nödvändiga kvaliteten i utbildningen. I den uppkomna situationen fanns över huvud taget inga uppgifter om vilken lärarkompetens bolaget kunde erbjuda. Detta förhållande hade inte på något sätt orsakats av de villkor som LAN angett i det avtalsförslag som översänts till Företagsutbildningar. Den uppkomna situationen orsakades av att Företagsutbildningar missbedömt sin möjlighet att anlita N. för genomförandet av utbildningen.

Mot bakgrund av angivna förhållanden befanns AMU:s anbud vara det ekonomiskt mest fördelaktiga, varför LAN fortsatte förhandlingarna med AMU. AMU erbjöds därför att få träffa avtal på exakt samma villkor, med undantag för priset, som de som erbjödits Företagsutbildningar. Under förhandlingarna framförde emellertid AMU vissa invändningar mot avfattningen av avtalsförslagets punkt 13, vilka ledde till att parterna enades om ett tillägg. Detta togs sedan in i det slutliga avtalet. I detta var punkt 13 i huvudsak samma bestämmelse som i det

första avtalsutkast som tillställts Företagsutbildningar, även vad beträffar skadeståndet. Skrivningen avseende undantag för N:s medverkan föranleddes alltså av att parterna på AMU:s initiativ förhandlade om lydelsen av denna klausul. Någon motsvarande förhandling påkallades aldrig av Företagsutbildningar, som med skärpa begärt att klausulen skulle utgå i dess helhet, vilket LAN, mot bakgrund av osäkerheten om vem som skulle leda Företagsutbildningars utbildning och dennes kompetens, inte accepterade. Klausulen infördes i avtalet med AMU under ett skede av upphandlingen då det, av skäl helt och hållet hänförliga till Företagsutbildningar, inte var möjligt att anta detta bolags anbud.

Utveckling av grunderna för bestridandet

I avtalsförslaget uppställdes krav på N:s medverkan eftersom Företagsutbildningar angett detta i sitt anbud som en omständighet att beakta vid prövningen. Mot bakgrund härav kan det inte i sig ha varit diskriminerande att ställa krav på att den upphandlade tjänsten skulle utföras i enlighet med anbudet. Vad beträffar skadeståndsbestämmelsen intogs denna eftersom det, i den uppkomna situationen, under alla förhållanden förelåg oklarheter beträffande Företagsutbildningars möjligheter att utföra uppdraget i enlighet med anbudet. Mot bakgrund härav kan inte heller detta anses ha diskriminerat Företagsutbildningar.

Vad beträffar utformningen av villkoret i punkt 13 i avtalet med AMU har detta getts en annan lydelse än det som erbjöds Företagsutbildningar. Det är emellertid inte korrekt att, som Konkurrensverket gör, jämföra den oförhandlade lydelsen av det villkor som inledningsvis erbjöds Företagsutbildningar med den slutliga lydelsen av det förhandlade avtalet med AMU. Om Företagsutbildningar hade framfört samma invändningar mot klausulen som AMU gjorde, hade LAN accepterat motsvarande ändringar gentemot Företagsutbildningar. Det var klarlagt vid tecknandet av avtalet med AMU att N. kunde medverka i utbildningen. När LAN avbröt upphandlingen med Företagsutbildningar stod det emellertid i stället klart att bolaget inte kunde tillhandahålla N. som lärare. Det förelåg således vid denna tidpunkt inga skäl att fortsätta en förhandling med Företagsutbildningar om lydelsen av en klausul som reglerade villkoren för N:s deltagande. Det skall också i detta sammanhang återigen framhållas att avtalet med AMU innehöll en vitesklausul motsvarande den i avtalet med Företagsutbildningar.

AMU erbjöds samma villkor som Företagsutbildningar. Villkoren modifierades sedermera. Denna nyansering medförde inte att Företagsutbildningar diskriminerades då detta över huvud taget inte påverkade bolagets möjligheter att anta uppdraget. Företagsutbildningar kunde inte

utföra uppdraget på sätt som redovisats i anbudet och hade inte heller lämnat något förslag till utförande.

Någon diskriminering av visst företag har inte förekommit i det aktuella fallet. Även om tillämpningen av de olika avtalsvillkoren mot parterna i sig skulle anses diskriminerande, har dessa inte orsakat att Företagsutbildningar inte kunde anta uppdraget. Därmed har bolaget inte avskurits från reella möjligheter att delta i upphandlingen och diskrimineringen kan inte anses vara påtaglig.

Enligt 3 § LIU skall Marknadsdomstolen göra en samlad bedömning av förhållandena i det aktuella fallet. Även om Marknadsdomstolen skulle finna att LAN tillämpat mildare villkor mot AMU än mot Företagsutbildningar kan det, när endast ett anbud fanns kvar, inte anses otillbörligt i konkurrenshänseende att tillämpa något mildare villkor gentemot denna anbudsgivare än mot den som inte kunde anta anbudet. Konkurrensen har inte på grund av detta snedvridits i något avseende och LAN:s agerande kan inte anses otillbörligt. I detta fall är det inte något beteende hos den upphandlande enheten som avskurit Företagsutbildningar från möjligheten att anta uppdraget utan bolagets oförmåga att tillhandahålla den tjänst som offererats.

Den aktuella upphandlingssituationen var mycket egenartad då samma person uppgetts kunna delta i olika företags utförande av den aktuella utbildningen. Då uppgifterna från anbudsgivarna var oförenliga i detta avseende var upphandlingssituationen otydlig och LAN föranlåten att tillämpa speciella villkor för att säkerställa utbildningens kvalitet gentemot eleverna, något som är av avgörande betydelse i LAN:s verksamhet. Det skall även framhållas att upphandlingen, på grund av oklarheterna beträffande Företagsutbildningars möjligheter att genomföra utbildningen på ett kvalitetsmässigt betryggande sätt, drog ut på tiden och att den slutliga upphandlingen därför genomfördes under tidspress.

Mot bakgrund av de speciella förhållandena i detta fall, saknas det skäl att anta att LAN framdeles kommer att tillämpa de för den unika situationen avpassade avtalsvillkoren. Ett förbud skall därför inte förenas med vite. Under alla förhållanden bör det av Konkurrensverket yrkade beloppet sättas ned. Ett vites storlek skall relateras till storleken av de ekonomiska intressen som berörs. I ett avgörande av Marknadsdomstolen (MD 1996:6) omfattade upphandlingen ett värde om drygt 100 miljoner kr per år under i vart fall tre år varvid ett vite om 5 miljo-

ner kr befanns vara skäligt. I det aktuella målet omfattar upphandlingen ett sammanlagt värde om 500 000-600 000 kr. Vitet skall därför sättas ned i motsvarande mån.

ÅBEROPAD BEVISNING

Konkurrensverket har som skriftlig bevisning åberopat

1. förslag till avtal mellan LAN och Företagsutbildningar, undertecknat av LAN den 4 september 1997, avseende köp av arbetsmarknadsutbildning
2. brev den 10 september 1997 från Företagsutbildningar till LAN
3. brev den 15 september 1997 från LAN till Företagsutbildningar
4. avtal mellan LAN och AMU ingånget den 15 september 1997 avseende köp av arbetsmarknadsutbildning.

Med bevisningen avses styrkas att LAN utformat 13 § i avtalet på ett sådant sätt att det i praktiken inte varit möjligt för Företagsutbildningar att acceptera avtalet (punkt 1), att Företagsutbildningar meddelat LAN uppfattningen att avtalets 13 § var orimlig och att bolaget i stället för den namngivne läraren erbjudit annan kompetent lärare så att utbildningen hade kunnat genomföras i enlighet med anbudsförfrågan och att kursstart skulle ha kunnat ske på utsatt tid (punkt 2), att LAN avbrutit avtalsförhandlingarna med Företagsutbildningar då bolaget inte kunde acceptera att skriva under det av LAN presenterade avtalet med dess 13 § (punkt 3) samt att LAN diskriminerat Företagsutbildningar i förhållande till AMU genom att ändra avtalsvillkoret i 13 § på ett för AMU fördelaktigt sätt (punkt 4).

LAN har som skriftlig bevisning åberopat

1. förfrågningsunderlag
2. anbud den 15 augusti 1997 från Företagsutbildningar
3. fax den 1 september 1997 från Företagsutbildningar till LAN
4. A:s minnesanteckningar från telefonsamtal med A. den 12 september 1997
5. förslag till avtal mellan LAN och Företagsutbildningar, undertecknat av LAN den 4 september 1997, avseende köp av arbetsmarknadsutbildning
6. avtal mellan LAN och AMU ingånget den 15 september 1997
7. brev den 10 september 1997 från Företagsutbildningar till LAN.

Med bevisningen avses styrkas att LAN i förfrågningsunderlaget efterfrågat en specifikation av lärarkompetensen (punkt 1), att Företagsutbildningar inte lämnat någon annan specifikation av lärarkompetensen än namnet på läraren N. (punkt 2), att Företagsutbildningar särskilt utfäst att N. skulle medverka i utbildningen (punkt 3), att Företagsutbildningar efterfrågat en sena-

reläggning av kursstarten för att en alternativ lärare skulle kunna engageras (punkt 4), att samma villkor i allt väsentligt har tillämpats mot Företagsutbildningar och AMU och att en skillnad var resultatet av förhandlingar mellan LAN och AMU som tillkom på initiativ av AMU (punkterna 5 och 6) samt att Företagsutbildningar avslagit det av LAN erbjudna avtalet och att bolaget ändrat sitt anbud på så vis att någon specifikation av lärarkompetensen över huvud taget inte angavs (punkt 7).

På begäran av Konkurrensverket har vittnesförhör hållits med styrelseledamoten i Företagsutbildningar K. J. På begäran av LAN har vittnesförhör hållits med L. N. och B. A., båda anställda vid LAN.

K. J.

Han startade Företagsutbildningar år 1993. I januari 1997 fick han kontakt med läraren L. N. och de träffades senare. N., som var irriterad på AMU, uppmanade honom att efterhöra hos LAN om det planerades någon CAD-utbildning. Någon sådan utbildning var emellertid då inte aktuell. Under sommaren var han i kontakt med N. som uppgav att LAN anordnat en upphandling av CAD-utbildning i Varberg och att N., som var uppsagd, skulle sluta hos AMU om Företagsutbildningar erhöll CAD-utbildningen. Företagsutbildningar hade inte erhållit något förfrågningsunderlag, varför han kontaktade LAN. En anställd vid LAN, också med namnet L. N., översände förfrågningsunderlaget per fax och post. Företagsutbildningar lämnade in ett anbud och av anbudet framgick bl.a. att L. N. skulle vara lärare. I övrigt nämnde Företagsutbildningar inget om lärarkompetensen i anbudet. LAN visste vem L. N. var. Företagsutbildningar avsåg att anställa N. om bolaget fick anordna kursen. Den 3 september 1997 fick han per telefon besked från LAN att Företagsutbildningars anbud skulle antas. I anledning härav anskaffade bolaget datorer, mjukvaror och skärmar för cirka 150 000 kr. Den 5 september 1997 informerade han en person vid namn J. vid AMU om att Företagsutbildningar erhållit uppdraget och att L. N. skulle gå över till bolaget och ansvara för utbildningen. J. blev irriterad och sade bl.a. att N. var anställd hos AMU. Vid kontakt med LAN framfördes att LAN önskade en bekräftelse på att Företagsutbildningar kunde garantera L. N. som lärare. Han skrev därför ett intyg, i vilket han uppgav bl.a. att Företagsutbildningar skulle komma att ta de konsekvenser som skulle kunna uppstå för N. Härmed avsågs att Företagsutbildningar skulle ta konsekvenserna för det fall att N. fick lämna AMU en månad för tidigt. Det var således endast en eventuell uppsägningstid som avsågs. Intyget faxades över till LAN. Den 8 september 1997 fick Företagsutbildningar per post ett förslag till avtal om CAD-utbildningen för

påskrift. Samma dag kontaktades han av L. N. Denne uppgav att han inte kunde ställa upp som lärare för Företagsutbildningar. I anledning av det kontaktade han företaget Auto Desk i Göteborg, som utarbetat det i CAD-utbildningen ingående dataprogrammet, för att efterhöra om det företaget hade någon lämplig lärare som kunde ersätta N. Han vet inte vem han talade med hos Auto Desk. Vid telefonsamtalet redogjorde han för vilken kompetens som krävdes enligt förfrågningsunderlaget och uppgav att han krävde en lärare som behärskade aktuellt dataprogram. Han fick beskedet att Auto Desk kunde tillhandahålla en kompetent lärare. Han ringde därför till tjänstemannen L. N. hos LAN och uppgav att Företagsutbildningar inte längre kunde erbjuda L. N. som lärare men att Företagsutbildningar kunde ordna en annan lärare från Auto Desk och att kursen kunde starta på utsatt tid. Under samtalet påtalade han även att han bara kunde skriva på avtalet om 13 § togs bort. Tjänstemannen L. N. vid LAN sade att det skulle vara L. N. som lärare. Han sade inte till tjänstemannen L. N. att det var aktuellt med en lärare från Högskolan i Borås. Den 10 september 1997 framförde han i ett brev till LAN de uppgifter han tidigare framfört per telefon. Han hade inget namn på någon lärare från Auto Desk men avsåg med uttrycket ”annan kompetent lärare” i brevet en lärare från det företaget. Även om L. N. hade ställt upp som lärare för Företagsutbildningar hade bolaget på grund av avtalets 13 § inte kunnat skriva under avtalet eftersom det inte fanns någon garanti för att N. skulle stanna. Han uppfattade det så att LAN ville ha L. N. som lärare och förstod att Företagsutbildningar inte kunde åstadkomma det.

L. N.

Han tjänstgör hos LAN och han är bl.a. utbildningsansvarig. År 1997 ansvarade han för upphandlingen av den i målet aktuella CAD-utbildningen. Upphandlingen anordnades i juni det året. CAD-utbildning är tekniskt komplicerad och ställer stora krav på lärare och programvara. Anbudsfrågan skickades till tre företag av vilka AMU och Företagsutbildningar kom in med anbud. Anbudstiden gick ut i mitten av augusti 1997. Han och A. gjorde utvärderingen av anbuderna. Vid bedömningen av anbuderna lades stor vikt vid lärarkompetens och pris. Båda anbuderna bedömdes som fullgoda. Företagsutbildningar hade ett försteg på grund av att L. N. angetts som lärare för utbildningen. Bolaget hade dessutom ett väsentligt lägre pris. Han kände till N., som hade lett flera utbildningar i AMU:s regi med gott resultat. När han frågade AMU vilken lärare företaget tänkte anlita blev svaret att det skulle vara L. N. om AMU fick uppdraget. Det framkom dessutom att N. alltså var anställd hos AMU. Det fanns alltså två konkurrerande anbud med L. N. uppgiven som ansvarig lärare i båda anbuderna. Den 1 september 1997 ringde han till J. hos Företagsutbildningar och frågade om denne var informerad om att såväl Företagsutbildningar som AMU angett L. N. som lärare. J. uppgav att han förfogade

över L. N. och att det inte skulle vara några problem. Om det blev några ekonomiska konsekvenser skulle J. ta dem. För att säkra att L. N. skulle leda utbildningen fick han av juristerna på AMS rådet att ta in en skadeståndsklausul i avtalet. J. faxade in en bekräftelse på att L. N. skulle ställa upp som lärare. Företagsutbildningars anbud antogs av LAN. Den 4 september 1997 informerade han per telefon J. om att Företagsutbildningar erhållit uppdraget. Ett skriftligt avtalsförslag upprättades av LAN och skickades till Företagsutbildningar den 5 september 1997. Skadeståndsklausulen formulerades och tillfördes som 13 § i avtalet av juristerna på AMS. Hans kollega A. talade härefter per telefon med J. eller Företagsutbildningars ombud K. A. som enligt vad A. uppgav hotfullt talat om att om 13 § inte togs bort ur avtalet skulle Företagsutbildningar agera genom media och liknande. Han hade själv inga kontakter med J. efter upprättandet av avtalsförslaget. Eftersom ärendet var speciellt var han medveten om att det måste hanteras riktigt. Han hade därför daglig kontakt med AMS jurister och förde noggranna minnesanteckningar. Han har inte hört talas om Auto Desk och är säker på att J. inte nämnt företaget för honom. J. talade inte med honom om någon annan lärare än L. N. Den 11 september 1997 mottog LAN ett brev från Företagsutbildningar av vilket framgick att L. N. inte kunde ställas till Företagsutbildningars förfogande. Det ledde till att LAN kontaktade AMU. Det var då endast 14 dagar kvar till kursstart och rekrytering av elever till utbildningen pågick. AMU tillfrågades om kursstart kunde ske den 29 september 1997 vilket AMU bekräftade. AMU erbjöds samma avtal som Företagsutbildningar. Den 15 september 1997 uppgav företrädare för AMU per telefon att 13 § i avtalsförslaget förutsatte ett förbehåll, eftersom ”ingen är livegen”. AMU faxade över ett förslag med tillägg till 13 § och, efter kontakt med AMS jurister, accepterades detta av LAN. Han har inte fått något förslag på lärare från Företagsutbildningar efter L. N. Om J. haft någon invändning mot klausulen skulle den ha beaktats. J. hade inte något krav på ändring av klausulen utan ville att den skulle bort.

B. A.

Han tjänstgör vid LAN och ansvarar för länets yrkesvägledning. Han sysslar även med utbildning. Vad gäller den aktuella upphandlingen var han inkopplad från och med det att anbudena öppnades. Det kom in två anbud och båda uppfyllde de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. LAN antog det billigaste alternativet. Den 9 september 1997 ringde J. från Företagsutbildningar till honom. J. lämnade en diffus beskrivning av någon lärarresurs som han kunde anlita och nämnde att han tagit någon form av kontakt med Högskolan i Borås. J. kunde dock varken uppge något namn på lärare eller nämna något om lärarkompetensen. Den 12 september 1997 kontaktades han av K. A. som hörde sig för om det fanns någon möjlighet att flytta

fram kursen en vecka. Han svarade nej. Han gjorde minnesanteckningar vid telefonsamtalet med A. Denne nämnde något om en lärare från Högskolan i Borås men inget lärarnamn eller något om lärarkompetens. Han känner inte till företaget Auto Desk och är säker på att företaget inte nämnts för honom. Han deltog inte vid upprättandet av avtalsförslaget.

DOMSKÄL

I målet är fråga om LAN:s beteende vid upphandling av CAD-utbildning varit otillbörligt i den mening som avses i 3 § LIU. Enligt Konkurrensverket är detta fallet genom att LAN i samband med avtalsslutet uppställt ett ovillkorligt och skadeståndssanktionerat krav att en viss namngiven person skulle leda utbildningen varigenom Företagsutbildningar utestängts från reella möjligheter att träffa avtal. Då LAN därefter erbjudit AMU att ingå avtal på väsentligt förmånligare villkor har, enligt Konkurrensverkets mening, Företagsutbildningar påtagligt diskriminerats i förhållande till AMU och förutsättningarna för konkurrens påtagligt snedvridits.

Av den i målet förebragda utredningen finner Marknadsdomstolen följande omständigheter framgå. Företagsutbildningar har i sitt anbud, med anledning av kravet på uppgivande av lärarkompetens i anbudsförfrågan, angett att läraren L. N. skulle leda den aktuella utbildningen. Detta bekräftades av Företagsutbildningar i ett fax till LAN den 1 september 1997. LAN beslutade att Företagsutbildningar skulle få uppdraget att anordna utbildningen och upprättade ett avtalsförslag som sändes till Företagsutbildningar. LAN, som kände till att L. N. var anställd hos AMU och som fått uppgift om att AMU i sitt anbud avsåg att anlita L. N. som lärare, tog i avtalsförslaget in en klausul (13 §) för att säkerställa att Företagsutbildningar skulle genomföra utbildningen med L. N. som lärare. – Den 9 september 1997 meddelade Företagsutbildningar LAN att L. N. inte stod till bolagets förfogande för genomförande av utbildningen och att denne skulle ersättas med annan kompetent lärare. Detta bekräftades i brev dagtecknat den 10 september 1997 i vilket Företagsutbildningar också framförde att klausulen (13 §) måste strykas eftersom L. N. inte kunde medverka i utbildningen. Någon uppgift om vem Företagsutbildningar avsåg att anlita som lärare lämnades inte. Den 12 september 1997 gjorde Företagsutbildningar en förfrågan hos LAN om det fanns möjlighet att skjuta upp utbildningen en vecka, vilket LAN meddelade inte var möjligt. – I den situationen tog LAN kontakt med AMU som uppgav att kursstart kunde ske den 29 september 1997 som planerat, om AMU fick uppdraget att svara för utbildningen. AMU erbjöds samma avtal som Företagsutbildningar

utom vad gällde priset. Efter påpekanden från AMU ändrades dock klausulen i 13 § vad avser förutsättningar för skadestånd om läraren L. N. medverkan skulle upphöra.

Situationen den 12 september 1997 var sålunda den att Företagsutbildningar meddelat att läraren L. N. inte stod till bolagets förfogande för den aktuella utbildningen och att bolaget inte hade angett någon kompetent ersättare för honom. Därtill fanns anledning att anta att Företagsutbildningar kunde ha svårigheter att hålla tiden för utbildningsstarten.

Konkurrensverket har gjort gällande att Företagsutbildningar inte kunde underteckna avtalsförslaget med en skadeståndssanktionerad klausul (13 §) som tog sikte på att en viss namngiven lärare ovillkorligen skulle medverka under hela utbildningen. Den föreslagna klausulen är enligt Marknadsdomstolens mening alltför långtgående genom att inte medge befrielse från skadeståndsskyldighet för inträffade omständigheter utanför Företagsutbildningars rådighet. I det avseendet får Företagsutbildningar anses ha haft fog för sin invändning mot klausulen.

När avtalsförslaget utformades förelåg emellertid den situationen att de båda anbudsgivarna var för sig uppgett att L. N. skulle vara lärare vid utbildningen. Enligt vad som framkommit genom tjänstemannen L. N:s vittnesmål tillkom klausulen för att säkerställa att den lärare som Företagsutbildningar angett i sitt anbud skulle komma att leda utbildningen. När det sedan visade sig att denne inte stod till förfogande och Företagsutbildningar inte angav någon godtagbar ersättare för honom, får LAN anses ha saknat anledning att vidare diskutera den i avtalsförslaget intagna klausulen eller dess utformning.

Marknadsdomstolen finner vid nu anförda omständigheter att LAN:s handhavande av situationen inte kan anses innebära att Företagsutbildningar diskriminerats i förhållande till AMU eller att i övrigt förutsättningarna för konkurrens snedvridits.

Mot bakgrund av det anförda skall Konkurrensverkets talan lämnas utan bifall.

På Marknadsdomstolens vägnar

Staffan Laurén

Ledamöter: Staffan Laurén, Brita Swan, Lars-Gunnar Mattsson, Marianne Reuterskiöld och Anders Stenlund (skiljaktig).

Sekreterare: Ann-Charlotte Bragsjö

Anders Stenlund anförde:

Den klausul (13 §) som LAN uppställde i avtalet med Företagsutbildningar ter sig långtgående genom sitt kategoriska krav på att läraren L. N. skulle medverka under hela utbildningen och det i sammanhanget höga skadeståndsbeloppet. Att klausulen som sådan var av prohibitiv karaktär styrks av att inte heller AMU kunde acceptera den. Den modifiering som gjordes för AMU:s del synes ha varit avgörande för att avtal kunde ingås. Betydelsen av detta visas också av att N. faktiskt ”hoppade av” efter halva kurstiden och fick ersättas med annan lärare. Det föreligger sålunda en avsevärd skillnad i sig mellan de villkor som erbjöds Företagsutbildningar respektive AMU.

Då avtal skulle tecknas blev det emellertid klart att L. N. inte stod till Företagsutbildningars förfogande. Utredningen ger också vid handen att det framstod som högst osäkert om företaget kunde anskaffa någon kompetent ersättare i tid. Denna omständighet torde ha utgjort en grundläggande svårighet för företaget att påta sig ansvaret för kurserna. Skadeståndsklausulen kan därför, i det konkreta fallet, antas ha varit av mindre betydelse.

Av LIU:s förarbeten framgår att lagen bl.a. skall bidra till att hos de privata företagen skapa tilltro till offentlig upphandling. Ingreppandena är framåtriktade; vitesförbud mot att vissa negativa beteenden tillämpas framdeles utgör ett medel att hindra fortsatta marknadsstörande inslag (prop. 1993/94:35 s. 31 f). Lagen motiveras av de effektivitetsförluster m.m. som kan uppstå om konkurrenstrycket sjunker till följd av otillbörliga beteenden vid offentlig upphandling. Någon prövning av huruvida sådana förluster uppstår eller riskerar att uppstå i ett enskilt fall skall dock inte göras vid tillämpningen. För ett förbud är det tillräckligt att själva beteendet ifråga är otillbörligt. Bestämmelsen i 3 § LIU är sålunda principiellt inriktad på konkurrenssnedvridningen som sådan, men det fordras att denna är påtaglig. Därmed avses

bl.a. att det uppkommer klara skillnader i behandlingen av olika aktörer, liksom att snedvridningen gäller i något avseende som är betydelsefullt (a prop. s. 58-59).

Det kan också noteras att enligt 3 § 2 st. LIU kan ett beteende förbjudas utan att ha faktiskt tillämpats, men det är sannolikt att så kommer att ske. Faktiska effekter i enskilda fall föreligger då inte; i stället måste det, menar jag, normalt bli fråga om en mer typiserad bedömning.

Det står enligt min uppfattning klart att AMU och Företagsutbildningar behandlats väsentligt olika i ett betydelsefullt avseende. Att för en viss aktör uppställa en skadeståndsklausul, som oavsett omständigheterna i övrigt utestänger företaget från den aktuella affären, måste vidare typiskt sett vara otillbörligt i lagens mening. Jag kan inte se att det framlagts något som kan försvara beteendet. Utrymmet för sådana hänsyn är för smalt, se a prop. s. 57. Det i och för sig legitima behovet av att klarlägga en anbudsgivares förmåga att genomföra uppdraget och att med en ekonomisk sanktion skapa tryck på att så verkligen sker, kan i alla händelser inte motivera en klausul som i praktiken omöjliggör att avtal ingås.

Jag finner att LAN som upphandlande enhet för framtiden bör hindras att använda diskriminerande klausuler av det aktuella slaget. Konkurrensverkets förbudsyrkande skall alltså bifallas. Överröstad i denna del saknar jag anledning att gå närmare in på förbudets formulering eller vitets storlek.