

Möjligheter att använda tidigare erfarenhet vid upphandling av offentliga bygg- och anläggningsprojekt.

Henrik Norinder och Stefan Olander



LUNDS
UNIVERSITET



© Copyright Författarna och nedanstående institutioner

Lunds universitet, Lunds tekniska högskola
Institutionen för Bygg- och miljöteknologi, Byggproduktion

Telefon: +46 46 222 7421
Hemsida: www.bekon.lth.se

ISRN LUTVDG/TVBP-20/3102-SE
ISBN 91-85257-24-9

Lund 2020

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning	3
Inledning	4
Leverantörsuppföljning	5
Uppliv som verktyg för leverantörsuppföljning.	7

Inledning

I offentliga upphandlingar är det vanligt att leverantörer ska visa att de har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att lämna referenser för utförda uppdrag. Det är också relativt vanligt förekommande att upphandlande myndigheter använder sig av egna referenser, det vill säga referenser som hänför sig till uppdrag som utförts åt den upphandlande myndigheten själv. Det finns ett antal avgöranden från kammarrätterna som behandlar användning av egna referenser. Av dessa avgöranden följer bland annat att tanken med referenser är att de ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur en leverantör utfört liknande uppdrag – inte att en anbudsgivare ska kunna välja vilken bild av bolaget som ska visas.

I privat verksamhet är bedömning av tidigare erfarenhet en naturlig del i upphandlingsprocessen, där leverantörer som missköter som regel inte är välkomna i kommande upphandlingar. Detta är inte lika lätt i offentlig upphandling då grundläggande principer avseende likabehandling, transparens, proportionalitet, icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande behöver uppfyllas. Idag kan en leverantör till en offentlig beställare, såsom Trafikverket, missköta en leverans i ett projekt, eller flera, men ändå bli tilldelad ett kontrakt i en annan upphandling.

Trafikverket har ett pågående arbete med syfte att undersöka möjligheten att historisk leverans, det vill säga tidigare erfarenhet av en leverantör, ska kunna användas som kvalificeringskrav genom de data som finns tillgängliga i Trafikverkets verktyg för leverantörsuppföljning, Upplev. Även möjligheten att använda Upplevs data som mervärden är något som undersöks. Nya LOU öppnar eventuellt upp för detta i större utsträckning.

Syftet med denna studie är att utvärdera och ge förslag på möjligheter för att i upphandlingar kunna kvalificera alternativt ge mervärden för leverantörer utifrån historisk leverans.

Studien har genomförts under 2019 med huvudsakligt fokus på att reda ut det rättsliga läget för att använda tidigare erfarenhet av en leverantör som ett kvalifikationskrav eller mervärde i kommande upphandlingar, och mer specifikt om Upplev uppfyller de krav som behövs för att uppnå en rättssäker process vid tilldelning av kontrakt. Databasinsamlingen har framförallt varit i form av litteraturstudier och genomgång av relevanta rättsfall, kompletterat med fyra intervjuer med två inköpare och två projektledare hos Trafikverket. Det har även genomförts en workshop för att belysa problemställningen.

Leverantörsuppföljning

För en offentlig verksamhet som Trafikverket skulle upphandlingsverksamheten te sig som närmast omöjlig om verket inte hade tillgång till att göra en kontinuerlig leverantörsuppföljning. Leverantörsuppföljning som metod har för avsikt att mäta, analysera och granska utförandet av en leverantörs prestationer. Metoden är till för att förhindra risker och minimera kostnader (Aberdeen Group, 2002). För att leverantörsuppföljning ska fungera krävs det enligt Van Weele (2010) att beställaren regelbundet ger ärlig och tydlig feedback på leverantörens prestationer för att de ska kunna och ha förutsättningar till att genomföra rätt förbättringsåtgärder. En korrekt genomförd uppföljning kan leda till att beställaren får göra ändringar i sitt arbetssätt om det visar sig att beställaren gjort misstag som påverkat leverantören.

Leverantörens prestation är det som ska stå i fokus för ett projekts framgång. Beställarens roll är att tillhandahålla möjligheterna för leverantören göra ett så bra arbete som möjligt. Enligt Araújo m fl. (2017) är leverantörernas prestation avgörande för ett projekts framgång. Lynch och Cross (1991) beskriver vikten av att använda rätt prestationsmått för att säkerställa att företagets agerande stämmer överens med dess strategi samt att använda kriterier och metoder passar det specifika projektet. Marr (2006) lyfter fram tre typer av fallor som är vanliga att organisationer kan falla i vid mätning av prestation, strategifällan, mätningfällan och styrningsfällan.

Strategifällan (Marr, 2006) innebär att syftet med mätning behöver vara tydligt. Varför görs prestationsmätningen? Detta är relevant när exempelvis ett nytt system för leverantörsuppföljning tas fram, men även när ett befintligt system ska användas för ett nytt ändamål. Vidare behövs en kunskap om den marknad som organisationen verkar inom så att både interna och externa aspekter beaktas när verktyg för prestationsmätning tas fram och används.

Mätningfällan (Marr, 2006) handlar om att rätt saker ska mätas. Ofta finns det en tendens att mäta det som är lätt att mäta med risken att dessa mått har en svag koppling till det som man vill uppnå med mätningen. Alternativt att mätmetoden blir alltför otydlig och därför svår att tolka. En annan fara är att det finns för många mätpunkter och de blir svårt att reda ut vilka som är de viktigaste. Men framförallt behöver det som bedöms vara tydligt kopplat till en beslutsprocess. För att mäta en prestation kan enligt Carr och Kaynak (2007) utvärderingsparametrar fungera som en indikator på ett företags prestation. Carr och Kaynak hävdar då att parametrarna bör uppfylla ett antal kriterier för att fungera optimalt. De bör vara tydliga, de ska gå att påverka dem, de bör vara lätta att förstå, de ska inte finnas utrymme för tolkningar, de ska spegla verkligheten, de ska vara allmänt accepterade samt bör vara få till antalet. Vidare anser Araújo m fl. (2017) att mjuka parametrar som ledning och styrning är viktiga att inkludera i modeller för leverantörsuppföljning. Även kvalitet och samarbete mellan leverantör och beställare nämns som viktiga parametrar eftersom ett väl fungerande samarbete där aktiviteter är väl koordinerade mellan leverantör och beställare ökar chanserna för att ett projekt ska lyckas. Organisationer faller i mätningfällan när det inte finns en tydlig länk mellan mätindikatorer och övergripande organisationsstrategi (Marr, 2006). Gällande bygg- och anläggningsprojekt menar Araújo m fl. (2017) att leverantörerna bör utvärderas efter tid, produktgenskaper, kvalitet, kostnad och säkerhet. Författarna lyfter även vikten av att utvärdera på hållbarhetsfrågor. Utvärderingsparametrar kan ses som mål för leverantören att uppnå.

Styrningsfällan (Marr, 2006) innebär att en risk för suboptimering och kan i förlängningen leda till manipulation och anpassning där fokus ligger på att få ett bra betyg utifrån uppföljningsverktyget och dess praxis, vilket kanske inte alltid innebär en bra prestation. Om

inte de mätindikatorer som tagits fram leder till en bättre beslutsprocess och ett ökat värde blir det i förlängningen bara ytterligare en administrativ uppgift som ska utföras (Marr, 2006). Ett gott samarbete och en öppen kommunikation kan löna sig för både beställaren och leverantören i syfte att uppnå en välfungerande uppföljning av leverantörsprestation. Tankesättet främjar att beställare och leverantörer kan ha gemensamma mål, att det inte finns något behov för beställaren att ha total kontroll (Ryals och Rogers, 2006). Enligt Van Weele (2010) är det dock viktigt att kommunicera målen till potentiella leverantörer i ett tidigt stadium för att få en uppfattning om marknadens förmåga att leverera och skapa sig en överblick över möjliga lösningar. Samarbeten mellan beställaren och leverantören bygger på tillit och kan enligt Van Weele (2010) leda till betydande förbättringar på flera områden. Genom samarbete kan till exempel gemensamma avtal om kvalitetskrav fastställas så att möjliga fel kan minimeras. Det i sin tur kan leda till minskade kvalitetskostnader för beställaren. En öppen dialog kan även leda till att beställaren erhåller kunskaper om leverantörens och branschens kostnadsstruktur varefter gemensamma mål kan tas fram som i sin tur sänker leverantörens underliggande kostnader för material, arbete och processer. Troligen vet leverantören mer om sina respektive marknader än beställarna och har därför större möjlighet att komma med innovativa lösningar på ett problem som upphandlingen vill lösa, istället för beställaren redan från början ska bestämma hur den exakta lösningen bör se ut. En öppen och kontinuerlig dialog mellan parter kan även hjälpa till för att fånga upp de gånger leverantören gjort något bra under projektet.

Risken för sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen är stor när det gäller frågan om användning av referenser i anbudsvärdering. Prövningen av anbudsgivares lämplighet och anbudsvärderingen är två olika moment. Detta är en återkommande kritik när det gäller hanteringen av referenser och framförallt då egna referenser.

Erfarenheter från USA (Berrios, 2006) där bedömning av tidigare erfarenhet i princip ska bedömas i offentliga upphandlingar sedan 1995, enligt Federal Acquisition Regulations, visar på att det medger en förbättrad leverantörsprestation, dock främst avseende leverantörens interna processer. Det finns en liten men påvisbar ökning av anbudspriser. Vidare lyfter Berrios (2006) fram att problematiken med denna bedömning är att betygssystemen inte alltid är tydliga och att bedömningen inom den egna beställarorganisationen inte är enhetlig. Medan USA har tryckt på vikten av att utvärdera tidigare erfarenhet av leverantörsprestation har EU gått i motsatt riktning (Spagnolo, 2012), där en dylik bedömning måste utföras inom ramen för de grundläggande principerna i EUs direktiv avseende offentlig upphandling.

Erfarenheter från Italien där försök gjorts avseende bedömning av tidigare erfarenhet inom ramen för EUs direktiv, har visat att leverantörernas prestation kvalitativt hade ökat (Decarolis m fl., 2016). Vidare var effekten på anbudspriser i princip försumbar. Försöket var upplagt genom att indikatorer bedömdes på en två-gradig skala med noll om det inte uppfyllts och ett om det uppfyllts. Sedan användes dessa som mervärden i kommande upphandlingar. Dock uppstår det ett problem med hur nya leverantörer hanteras, där de både kan gynnas och missgynnas beroende på hur den obefintliga tidigare erfarenheten bedöms.

Upplev som verktyg för leverantörsuppföljning.

Upplev har idag nio olika bedömningsområden:

- Tid
- Kvalitet
- Ekonomi
- Samarbete och kommunikation
- Dokumentation
- Teknik och utveckling
- Säkerhet
- Trafik
- Miljö

Upplev ska utföras för konsultkontrakt över 1 miljon SEK och entreprenadkontrakt över 10 miljoner SEK och bedömning görs 2 gånger per år för Stora projekt och Investering och 1 gång per år för Underhåll. Vidare kan ytterligare bedömningar göras om särskilda skäl finns. Inom varje bedömningsområde finns ett antal indikatorer som bedöms med betyg från noll till fyra, där en tvåa ska motsvara att kontraktskraven uppfyllts medan övriga betyg motsvarar en underprestation eller en överprestation.

I intervjuer med två inköpare och två projektledare har funktionen av Upplev idag, samt de möjligheter och problem som uppstår om Upplev används som ett verktyg för kvalificering och mervärde i kommande upphandlingar, diskuterats.

När det gäller hur Upplev fungerar som ett uppföljningsverktyg verkar de flesta anse att det generellt sätt fungerar bra utifrån dagens syfte, dock med vissa invändningar. Det som upplevdes som det största problemet var hur betygsättningen görs och de instruktionstexter som finns för hur betygen ska sättas på respektive indikator. Det finns ett stort utrymme för tolkningar vilket medför möjligheten att olika personer sätter olika betyg även om det som följts upp varit likvärdigt i utförandet. Kan ge ett utrymme för partiskhet beroende på personliga relationer. Det som ska bedömas är genomförandet inte hur relationen fungerat. Beskrivningar avseende hur de olika betygen ska sättas behöver tydliggöras och kanske även tydligare kopplas till specifika leveranser så att sambandet mellan leveranskvalitet och betygsbedömning blir logiskt och tydligt. Det vill säga att leverantörer förstår varför de fått ett visst betyg, vilket även antagligen ökar acceptansen för bedömningen. Utbildningsmaterial kan behöva tas fram för att göra betygsbedömningen mer likriktad. Förbättringar kan göras genom att ta fram tydligare frågor samt tydligare förklaring till betygsättning. Framförallt tydligare frågeställningar som konkret anger vad som efterfrågas.

De positiva aspekterna var dock att Upplev fungerar väl som ett diskussionsunderlag mellan beställare och leverantör där ett förbättringsarbete kan genomföras under pågående projekt. Det blir en operativt löpande utvärdering där det ges tid för reflektion över leverantörens prestation. När det fungerar bra kan Upplev nästan ses som en indirekt samverkansmodell. Sammanfattningsvis fungerar Upplev bra som ett uppföljningsverktyg under pågående projekt, och blir då ett underlag för löpande diskussioner, återkoppling och erfarenhetsutbyte.

På frågan om Upplev i dagens utformning kan användas som ett verktyg för kvalificering och mervärde i kommande upphandlingar upplevdes detta som mer tveksamt. Det verkar vara svårt att rakt av använda i kommande upphandlingar. Mer tydlighet och stringens krävs om det ska vara ett upphandlingsverktyg. Kriterier behöver förtydligas om det ska användas som ett upphandlingsverktyg, samt blir det då än viktigare med en gemensam diskussion inom Trafikverket om vad som motsvarar ett visst betyg så att eventuellt olika värderingar likriktas.

En aspekt som togs upp var hur nya leverantörer ska hanteras där detta kan bli problematiskt. Kan bli ett hinder om det inte hanteras på ett tillräckligt bra sätt, och vara begränsande för mängden anbud. En respondent ansåg att nya aktörer bör gynnas från ett strikt Trafikverksperspektiv, kan dock bli ett problem för nuvarande leverantörer. Vidare togs det upp att konsortium i princip blir en engångsleverantör även om de ingående leverantörerna var för sig inte är det. Hur ska detta hanteras?

Det togs även upp om vilken utvärdering som ska användas, är det de löpande utvärderingarna eller slututvärderingen efter färdigställt projekt. Hela Upplev ska kanske inte heller användas utan att inköparna ges möjlighet till urval och viktning av indikatorer beroende på behov i det enskilda projektet. Upplev kanske inte heller ska användas i upphandlingen av alla projekt, detta kan medföra att nya aktörer kan komma in i projekt där Upplev inte utvärderas vid tilldelning av kontrakt och därmed skaffa sig en utvärdering i Upplev för kommande upphandlingar där Upplev ska användas vid tilldelning av kontrakt.

Det ansågs dock att det är viktigt att kunna bedöma tidigare erfarenhet i upphandlingar då goda prestationer då premieras samtidigt som leverantörer med mindre bra prestationshistorik har mindre möjligheter att få ett kontrakt. Bedömning av tidigare erfarenhet kan möjliggöra att arbeta med seriösa företag som är duktiga leverantörer, ger leverantören ett incitament för att göra ett bra arbete. Kan även vara en självsanering av att leverantörer med låga betyg inte lägger anbud, vilket både är en risk och en möjlighet.

Att använda tidigare erfarenhet vid anbudsprövning, genom till exempel Upplev, förutsätter dock att det är ett vattentätt system där tolkningsutrymmet i betygssättningen är så litet som möjligt. Risk att det blir överprövningar om det finns luckor i bedömningskriterierna, och det kan då vara svårt att visa hur bedömningen gjordes vid en prövning. Här behöver kopplingen till regelverket avseende offentlig upphandling förtydligas, där framförallt objektiviteten säkerställs. Det behövs även en tydligare kommunikation till marknaden om hur Upplev kommer att användas, framförallt på operativ nivå både hos beställare och leverantör.

Rättsliga utgångspunkter

I offentliga upphandlingar är det vanligt att leverantörer ska visa att de har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att lämna referenser för utförda uppdrag. Det är också relativt vanligt förekommande att upphandlande myndigheter använder sig av egna referenser det vill säga referenser som hänför sig till uppdrag som utförts åt den upphandlande myndigheten själv, där Upplev skulle kunna vara ett exempel på en sådan. Det finns ett antal avgöranden från kammarrätterna som behandlar användning av egna referenser. Av dessa avgöranden följer bland annat att tanken med referenser är att de ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur en leverantör utfört liknande uppdrag – inte att en anbudsgivare ska kunna välja vilken bild av bolaget som ska visas.

Användningen av egna referenser måste framgå av förfrågningsunderlaget och ske på ett objektivt sätt, så att de grundläggande principerna för offentlig upphandling inte överträds. Användningen av egna referenser kan i vissa situationer vara problematiskt att förena med kraven på objektivitet och att en rättvisande bild av leverantören ska ges. Det förekommer till exempel att myndigheten föreskriver att en anbudsgivare som tidigare har utfört uppdrag åt myndigheten måste ange detta uppdrag som referens, alternativt att myndigheten kommer att byta ut en av de angivna referenserna mot den egna referensen. Ett sådant villkor innebär de facto att en anbudsgivare som tidigare utfört arbete åt beställaren har mer begränsade möjligheter att välja referenser än den som enbart utfört arbete åt andra beställare. Även om sådana villkor som nu nämnts har accepterats av kammarrätterna i några fall, anser vi att denna begränsning av anbudsgivarnas möjligheter att ange referenser manar till försiktighet vid tillämpningen. Eftersom syftet med referenser är att ge en rättvisande bild av anbudsgivaren, kan det vara rimligt att anbudsgivaren inte helt förbehållslöst får välja vilka referenser som ska beaktas. Det förekommer emellertid att den upphandlande myndigheten – när det finns flera relevanta egna referenser – ger sig själv möjlighet att välja vilken egen referens som ska användas.

Även den upphandlande myndighetens val av referenser kan givetvis riskera att ge en bild av anbudsgivaren som inte är rättvisande. Dessutom kan ett sådant villkor enligt vår uppfattning medföra en risk för godtycke vid myndighetens interna referenstagning. Detta eftersom en myndighet, som anlitat samma leverantör flera gånger, i extremfallet kan välja om anbudet ska förkastas eller antas (beroende på vilken av de interna referenserna som används).

En upphandlande myndighet kan under vissa förutsättningar utesluta en leverantör, som visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av ett tidigare kontrakt som omfattas av någon av upphandlingslagarna (se bland annat 13 kap. 3 § p. 5 LOU). I vissa situationer kan ett beslut att förkasta ett anbud på grund av negativa omdömen från en egen referens, förefalla ligga nära en uteslutning.

Av ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm av den 8 mars (målnummer 9-18) framgår emellertid att användning av egna referenser inte får ske så att bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU kringgås. Detta är ett principiellt viktigt klargörande, även om kammarrätten i det aktuella fallet bedömde att det inte visats att något kringgående förekommit.

Sammanfattningsvis bär upphandlande myndigheter som använder egna referenser ett stort ansvar för att ge anbudsgivarna en rättvis prövning. Användning av egna referenser bör därför ske med viss försiktighet, och givetvis med noggrant iakttagande av de grundläggande principerna.

Ända sedan EU-domstolens dom i C-532-06 *Lianakis* har experter och domstolar tvistat om var gränsen går för tillåten utvärdering av anbudsgivarens tidigare erfarenhet, resurser och organisation. I *Lianakis* sa EU-domstolen att man inte får utvärdera omständigheter som huvudsakligen är hänförliga till *leverantörens* allmänna förmåga att utföra uppdraget på ett bra sätt eftersom sådana omständigheter är hänförliga till kvalificeringen av leverantörerna. Utvärderingskriterier måste istället vara kopplade till att bedöma *mervärden i anbudet*, det vill säga hur anbudsgivaren avser att utföra just det uppdrag som upphandlingen gäller.

Vissa tolkade *Lianakis* strikt och ansåg att det aldrig var tillåtet att utvärdera tidigare erfarenhet. Andra propagerade för ett flexiblere och mer nyanserat synsätt där erfarenhet är tillåtet att utvärdera förutsatt att utvärderingen tar sikte på faktorer som ger mervärde och identifierar det bästa anbudet – och inte huvudsakligen ser till anbudsgivarens allmänna förmåga.

Svenska domstolar har levererat en mängd motstridiga avgöranden. I vissa fall har det ansetts tillåtet att utvärdera tidigare kunders uppfattning om leverantörernas utföranden av tidigare uppdrag, eftersom detta ansetts ha koppling till kvaliteten i anbudet. I andra fall har sådan utvärdering underkänts eftersom utförande av tidigare uppdrag huvudsakligen ansetts vittna om leverantörens allmänna förmåga att göra ett bra jobb och inte om mervärdena i det specifika anbudet. Motstridig svensk rättspraxis har medfört att det alltså i många upphandlingar förekommer otillåten utvärdering av referenser eller av omständigheter som i huvudsak är hänförliga till leverantörernas allmänna förmåga att utföra uppdraget på ett bra sätt.

Nu finns det dock tydligare vägledning om hur man ska skilja på tillåtna och otillåtna utvärderingskriterier: de nya upphandlingsdirektiven som kom den 26 februari 2014 och EU-domstolens dom den 26 mars 2015 i mål C-601/13 *Ambisig* samt senare tillkommen praxis från kammarrätterna (se främst Kammarrätten i Stockholm 9-18 samt 1047-18). I *Ambisig* klargjorde EU-domstolen att *Lianakis* inte utesluter utvärdering av kompetens och erfarenhet under vissa specifika omständigheter. Kvaliteten på fullgörandet av ett kontrakt kan på ett avgörande sätt vara beroende av vilken yrkeserfarenhet och utbildning de personer har som ska fullgöra kontraktet. Detta, poängterade EU-domstolen, gäller ”i synnerhet om kontraktsföremålet utgörs av tillhandhållande av intellektuella tjänster, till exempel – som i det nationella målet – utbildnings- och rådgivningstjänster.”

I vart fall vid intellektuella tjänster anses alltså skickligheten hos de personer som ska utföra uppdraget avgörande för bedömningen av arbetslagets yrkesmässiga kvalitet och denna kvalitet kan utgöra en oskiljaktig del av anbudet och är därmed tillåten att utvärdera. Detta gäller alltså redan idag.

Samma synsätt går igen i de nya direktiven. Av artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet framgår det att det är möjligt att utvärdera kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet om kvaliteten på den personal som utsetts på ett *betydande sätt* kan påverka nivån på kontraktets fullgörande. I direktivens inledande skäl klargörs att om sådan utvärdering sker bör den upphandlande myndigheten se till att personalen faktiskt uppfyller kvalitetsstandarderna och att avtalet reglerar att sådana personer endast får ersättas med lika kompetenta personer efter samtycke av den upphandlande myndigheten.

Det är alltså viktigt att utvärderad kvalitet får genomslag i praktiken vid genomförandet av kontraktet. Det ska vidare vara fråga om nyckelpersoner vars yrkesskicklighet på betydande sätt påverkar utförandet av uppdraget eller som är avgörande för bedömningen av kvaliteten i anbudet eller som är en oskiljaktig del av anbudet. Detta innebär ett krav på en mycket nära koppling mellan den erfarenhet som utvärderas och de mervärden denna erfarenhet medför vid kontraktutförandet.

Tidigare kunders omdömen om just sådana nyckelpersoner kan därför vara relevanta. Att ett företags dåvarande organisation utförde ett uppdrag på ett bra sätt för tre, eller till och med ett år sedan, betyder dock inte att anbudsgivarens nuvarande organisation kommer att lösa ett nytt uppdrag på ett bättre sätt än konkurrenterna.

Referenser och egna referenser

I den litteraturstudie vi genomfört kan vi inte påvisa någon ändring i synen på referenser generellt eller egna referenser i synnerhet. Det som kan konstateras är att frågan om leverantörsuppföljning och egna referenser inte är i fokus inom den upphandlingsrättsliga forskningen. De böcker och artiklar som tar upp frågan om referenser inom ramen för offentlig upphandling rör frågan om referenser som kvalificering och/eller tilldelningskriterium. Frågan om egna referenser kommer, i den mån det sker, som ett bihang till den generella frågan om referenser. Vi har valt att ta några exempel från de senaste årens doktrin. Vi har gått igenom standardverken för EU-rättslig doktrin däribland Arrowsmith (2014), men framförallt den svenska doktrinen för att kunna ge en bild av hur området presenteras. Många frågor finns rörande kvalificeringsfasen respektive utvärderingsfasen. Enligt Arrowsmith (2014) finns det inte något i domstolsavgörandet i domen Lianakis, eller i upphandlingsdirektivet, som skulle hindra att referenser används som tilldelningskriterier. Norman och de Jonge (2019) menar att:

”Vilka kriterier som är relevanta måste avgöras från fall till fall och ett kriterium som i en upphandling uppfyller syftet behöver inte nödvändigtvis göra det i en annan upphandling. I nuläget finns ett antal avgöranden från kammarrätterna, men dessa avgöranden förefaller inte vara enhetliga och det saknas således vägledning för hur referenser ska tillämpas på ett korrekt sätt i utvärderingsfasen.”

Bengtsson (2018), som gör en genomgång av uteslutnings- och kvalificeringsgrunder anför att:

”Enligt min mening måste det dock vara möjligt för en myndighet att kräva av en leverantör att tidigare uppdrag har utförts på ett tillfredsställande sätt och kunna förkasta denne i annat fall, även om det inte har varit fråga om brister som varit så allvarliga eller ihållande att leverantören istället kan uteslutas.”

Edelman (2019) som gjort en bra genomgång om referenser hävdar att:

”Användande av egna referenser är således tillåtet i en offentlig upphandling, men ställer särskilda krav vid tillämpningen på såväl tydlighet vid kravställningen som vid inhämtandet av uppgifter.”

Ågren (2015) skriver att det återstår ett antal frågor att lösa inom ramen för kommande lagstiftning. Han vill framförallt påtala vikten av att göra åtskillnad mellan linjerna EU-domstolen anger i domarna i Lianakis och Ambisig:

”I domen Ambisig var det frågan om en liten, väl avgränsad, projektgrupp med en specifik uppgift. Det är sannolikt att rättspraxis i frågan kommer att utformas med inriktning mot dessa konsulttjänstebaserade projekt, snarare än större upphandlingar, till följd av de begränsningar som EU-domstolen och EU-lagstiftaren har infört för användandet av erfarenhet och kompetens som tilldelningskriterium. Konsekvensen blir att domstolen har säkerställt att dess tidigare rättspraxis i domarna Lianakis, GAT, kommissionen mot Spanien m.fl. fortsatt är aktuella, samtidigt som man har anpassat rättspraxis till att ligga i linje med de nya direktiven. Begränsningarna är så pass omfattande att det vore olyckligt om de lämnades utanför den kommande svenska lagstiftningen om offentlig upphandling.”

Inom doktrin tycks råda enighet om att omständigheter som typiskt sett utgör kvalificeringskrav enligt lagtext och EU-direktiv också kan användas som anbudsutvärderingskriterier och att någon absolut skiljelinje däremellan därmed inte föreligger utan att kriterierna i vissa fall kan komma att glida i varandra. Det talas också om möjligheten att ställa krav på viss kompetens som grundkrav i kvalificeringsfasen och sedan utvärdera samma kompetens såsom spetskompetens som ett av flera utvärderingskriterier, att då provas genom CV och referenser.

Genomgång av rättspraxis

En offentlig upphandling är uppdelad i åtminstone två tydligt avgränsade faser efter anbudstidens utgång, kvalificeringsfasen respektive utvärderingsfasen. Att faserna är avgränsade innebär inte att faserna nödvändigtvis skiljer sig åt tidsmässigt, även om så brukar vara fallet.

I stället är upphandlingens faser uppdelade så tillvida att faserna regleras av skilda bestämmelser i LOU. Kvalificeringsfasen syftar till att dels utesluta leverantörer som ska eller bör uteslutas på grund av brott eller andra missförhållanden, dels kvalificera bort andra leverantörer som inte är lämpade att utföra just det uppdrag som konkurrensutsätts genom upphandlingen. Uteslutningsgrunderna framgår av 13 kap. LOU medan kvalificeringskraven regleras i 14 kap. LOU. Hur upphandlande myndigheter ska kontrollera förekomsten av uteslutningsgrunder och anbudsgivarnas uppfyllelse av ställda kvalificeringskrav regleras sedan i 15 kap. LOU. Grunderna för utvärdering av anbud framgår av 16 kap. LOU. Det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som ska tilldelas kontrakt. En av tilldelningsgrunderna för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet”. När kvaliteten ska bedömas är det vanligt att upphandlande myndigheter utvärderar anbudsgivare efter referenser. (Edelman 2019).

Att anbudsgivares erfarenhet i form av referenser får användas som bevis på att kvalificeringskrav avseende en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet är uppfyllda framgår av 15 kap. 11 § LOU. Det har varit omtvistat sedan domen i C-532/06 Lianakis om det varit tillåtet att tillmäta referenser betydelse i samband med anbudsvärderingen. Den efterkommande svenska praxis som kom var inte entydig. Kammarrätten i Göteborg höll en linje där det ansågs tillåtet (mål nr 5910-08 och mål nr 7332-08) medan Kammarrätten i Stockholm höll en annan linje i mål 5512-08 och så även Kammarrätten i Sundsvall 3474-08.

Det är intressant att följa den nationella rättstillämpningen i medlemsstaterna. Många domstolar visade snabbt genom referenser till Lianakis att de var medvetna om målet. Acceptansen för en flexibel lösning minskar inte, trots Lianakis, om man tittar på tysk, dansk, norsk, belgisk och italiensk praxis enligt Treumer (2009). De flesta förefaller ha tolkat Lianakis snävt och till stor del avfärdat restriktiviteten som skulle vara resultatet av Lianakis. Det gör att den rättspraxis som utvecklades under perioden mellan Lianakis och Ambisig snarast förefaller handla om att öka möjligheterna att ändå använda referenser trots tankarna om restriktioner i Lianakis. EU-domstolen ändrades sedan som bekant inriktning i målet C-601/13 Ambisig. EU-domstolen konstaterade att Lianakis avsåg anbudsgivarnas personalstyrkor och erfarenhet i allmänhet och inte, såsom i detta fall, det särskilda arbetslag som konkret skulle fullgöra kontraktet. Lianakis medförde inte att det var uteslutet att en upphandlande myndighet i vissa fall kan fastställa och tillämpa ett sådant kriterium som det som det nu aktuella i utvärderingsfasen. EU-domstolen uttalade vidare att kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt på ett avgörande sätt kan vara beroende av vilka yrkesmässiga förtjänster de personer som ska fullgöra kontraktet har, deras yrkeserfarenhet och utbildning. Detta gäller i synnerhet om kontraktsföremålet utgörs av tillhandahållande av intellektuella tjänster såsom utbildnings- och rådgivningstjänster.

Kammarrätten i Sundsvall fann i mål nr 2197-15 att kvalificerings- och utvärderingsfas hade sammanblandats när referenser utvärderades i en upphandling av golvbeläggningsarbeten. Kammarrätten konstaterade att kvalificering och utvärdering styrs av olika bestämmelser och inte får sammanblandas. Kammarrätten hänvisade till Lianakis och Ambisig och framhöll att upphandlingen inte avsåg intellektuella tjänster utan golvbeläggningsarbeten. Kriterierna som

i detta fall påverkade utvärderingen var enligt kammarrätten hänförliga till kvalificeringen och utgjorde inte godtagbara utvärderingskriterier.

Kammarrätten i Stockholm prövade i mål nr 486-17 en entreprenadupphandling avseende mark och dagvattenbrunnar. Det bolag som hade ansökt om överprövning anförde att utvärderingskriterierna ”organisation/rutiner” samt ”referenstagning arbetsledare” stred mot de upphandlingsrättsliga principerna. Referenter hade fått besvara ett antal frågor och poängsätta föreslagen arbetsledare.

Kammarrätten hänvisade till de båda avgörandena Lianakis och Ambisig och konstaterade sedan att den aktuella upphandlingen inte avsåg intellektuella tjänster utan tillsyn och skötsel samt underhåll av mark. Med hänsyn till upphandlingsföremålet ansåg kammarrätten att såväl ett delkriterium under organisation/rutiner som referenstagningen avsåg anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Genom att i utvärderingen använda dessa kriterier hade utvärderingen påverkats av ovidkommande hänsyn och upphandlingen skulle göras om.

I det nu gällande upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) anges i artikel 67.2.c att organisation, kvalifikationer och erfarenheter hos personal får användas som tilldelningskriterium, om kvaliteten på personalen på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande. I skäl 94 i upphandlingsdirektivet anges att så kan vara fallet till exempel vid upphandling av intellektuella tjänster, och i domen i *Ambisig* anger ju EU-domstolen att detta gäller i synnerhet vid upphandling av intellektuella tjänster. Det kan noteras att regeringen i förarbetena till LOU anförde att de exempel på tilldelningskriterier som anges i artikel 67.2 i upphandlingsdirektivet tjänar som vägledning, men med beaktande av risken för att exemplen skulle uppfattas som uttömmande så infördes dessa exempel inte i LOU.

Det finns emellertid fortfarande oklarheter i rättsläget när det gäller utvärdering av referenser. En fråga är vad som ska gälla vid upphandlingar som inte avser intellektuella tjänster. Kammarrätten i Stockholm gör i mål 1047-18, med hänvisning till *Ambisig*, bedömningen att utvärdering av referenser inte är begränsat till att gälla upphandling av intellektuella tjänster. När man läser direktivtexten och *Ambisig* visar det snarast att intellektuella tjänster är ett exempel på när personalens erfarenhet kan vara av betydelse för kontraktets fullgörande. Vi noterar att domskälen är lika de i Kammarrättens i Stockholms dom i mål 486-17. I den domen konstaterade kammarrätten att en utvärdering av referenser inte var tillåtet, med hänvisning till att den aktuella upphandlingen inte avsåg just intellektuella tjänster. Så rättsläget är oklart.

Diskussion om överprövningar generellt

I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta Förvaltnings-domstolens avgörande (RÅ 2009 ref 69).

En överprövning av upphandling tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat, utan på om den upphandlande/myndigheten/enheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit den upphandlingsrättsliga lagstiftningen (jfr HFD 2013 ref. 5). Det ankommer således inte på domstolen att göra en ny detaljerad utvärdering i upphandlingen. Vidare ankommer det på sökanden att visa att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

Av praxis framgår att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Av EU-domstolens praxis framgår att kravet på transparens innebär att samtliga villkor och bestämmelser för tilldelningsförfarandet ska vara formulerade, i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (jfr bl.a. EU-domstolens dom i mål C-171/15 Connexion). Härav framgår det enligt EU-domstolen att en bedömning ska göras av om anbudsgivaren borde ha förstått kriterierna med utgångspunkt i hur en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare hade uppfattat situationen. Vid denna bedömning ska det beaktas att den aktuella anbudsgivaren inte begärt några förtydliganden från den upphandlande myndigheten innan anbudet lämnades (jfr EU-domstolens dom i mål C-538/13 eViglio).

Vilken inverkan har detta på Trafikverkets möjligheter att använda Upplev? I takt med att praxis utformats i framförallt kammarrätterna kan vi säga att det för många leverantörer kan vara en svår uppgift att påtala skada när det gäller användandet av egna referenser från Upplev. Den samlade bilden av mål som behandlats i förvaltningsrätterna de senaste åren är tydlig – det är svårt för leverantörer att påvisa skada. De argument som använts rörande orättvisan att beställaren har möjlighet att använda sina egna referenser faller vid granskningen av förvaltningsrätterna som snabbt drar in Kammarrättens i Stockholms dom 9-18.

I flera av målen i förvaltningsrätterna konstateras att det är tillåtet för en upphandlande myndighet/enhet att använda sig av så kallad egenreferens i såväl kvalificeringsfasen som i utvärderingsfasen under förutsättning att detta framgår av upphandlingsdokument och att det sker på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens inte träds för när (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 9-18 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2504-10). Användning av egna referenser får dock inte ske på ett sätt som innebär att bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU kringgås (jfr Kammarrätten i Stockholm mål nr 9-18). Men frågan om eventuell uteslutning ses inte som primär för Trafikverkets del, snarare är det bristande kvalificering eller lägre poäng vid mervärde som måste vara det prioriterade målet.

Upphandlingsdokumenten får dock inte vara utformat så att det ger den upphandlande myndigheten en i princip fri prövningsrätt. I praxis har en sådan ansetts föreligga när upphandlingsdokumenten inte gav någon ledning för vilka omständigheter som skulle komma att vägas in i bedömningen av om ett svar skulle framstå som "bäst", "näst bäst" osv. eller "väl godkänd".

Slutsatser och rekommendationer

Ett problem i sig är osäkerheten i rättsläget. Det innebär att beställare som Trafikverket får göra kalkylerade bedömningar om risken med att använda leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Det gör att beställare i korthet får vara beredda på kostsamma överprövningsprocesser, kostsamma i såväl tid som resurser. Den andra risken är att beställare inte kan genomföra sina upphandlingar på bästa sätt i förhållande till vad de kan få ut av leverantören i en framtida kontraktsrelation.

Användande av referenser ställer höga krav på upphandlande myndigheter för att säkerställa att de grundläggande rättsprinciperna upprätthålls. Detta blir än mer viktigt då referenserna är i form av en bedömning av tidigare erfarenhet då rättspraxis i princip säger att en beställare både kan och inte kan använda sig av egna referenser i form av tidigare erfarenhet av leverantörsprestation. Då blir användandet av Upplev i denna kontext än viktigare att detta följer grundläggande rättsliga principer för offentlig upphandling för att undvika att hamna i upphandlingsmässig gråzon.

Proportionalitetsprincipen innebär bland annat att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas. Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling. De fall som tydligast anger att egna referenser och tidigare erfarenhet kan användas i upphandlingar är Lianakis och Ambisig. Dock gäller Lianakis i första hand för stora organisationer, vilket Trafikverket i och för sig är ett exempel på, och Ambisig är begränsad till en specifik projektgrupp. Det finns således inbyggt en skillnad rörande vad som utvärderas inom ramen för Upplev och vilka begränsningar som här eventuellt uppstår.

En generell möjlighet för en beställare att utvärdera och poängsätta leverantörer som tidigare har utfört uppdrag av liknande art för dem, måste anses vara ett rimligt och proportionerligt ställt krav för att säkerställa att upphandlande myndighet kan utvärdera vilken tjänst som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, tidigare det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Som rättsläget ser ut nu, med tanke på den rättspraxis som utkristalliserats är det tillåtet att använda referenser vid såväl kvalificering som vid utvärdering av anbud. Däremot kvarstår några begränsningar vid utvärdering av anbud såtillvida de ska vara ägnade åt att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (bästa förhållandet mellan pris och kvalitet), så enbart hänvisning till pris låter sig inte göras. Att använda leverantörers referenser som tilldelningskriterium även för andra typer av tjänsteupphandlingar än ”intellektuella tjänster” där projektledning är ett bra exempel, kan göras. Men det lägger stora krav på att beställaren förmår säkerställa att de grundläggande rättsprinciperna om proportionalitet och likabehandling upprätthålls.

Ett utvecklingsarbete i syfte att använda Upplev för att bedöma tidigare erfarenhet i Trafikverkets upphandlingar av konsult- och entreprenaduppdrag kräver en stegvis och iterativ process där olika upplägg och förhållningssätt prövas. Ett steg bakåt innan man tar två steg framåt. Resultaten från denna studie indikerar på att det inte räcker att utveckla hur detta hanteras i upphandlingsdokumenten avseende exempelvis hur många bedömningar som används och hur nya leverantörer hanteras, utan även Upplev som bedömningsverktyg behöver utvecklas så att det blir så tydligt som möjligt avseende hur olika indikatorer bedöms.

Det är således av vikt att säkerställa objektivitet för de bedömningsgrunder som används i Upplev för att kunna använda detta verktyg i upphandlingar som bedömning av tidigare erfarenhet. Det behöver då vara tydligt och klart från Trafikverket om vad som man vill

åstadkomma med att använda sig av detta upplägg. Det är här av vikt att detta både sker från strategiskt perspektiv avseende Trafikverkets syfte att göra bättre upphandlingar, men även från ett operativt perspektiv så att de som utför bedömningar vet hur de ska göra och hur bedömningarna ska användas.

Framtida studier bör fokusera på att följa upp pilotupphandlingar där Upplev används som ett mervärde och hur de i praktiken fallit ut. Hur har inköpare, projektledare och anbudsgivare upplevt upphandlingsprocessen när detta mervärde har lagts till, och vad behöver utvecklas i Upplev som bedömningsverktyg för att det ska bli mer rättssäkert. Undersöka problem och möjligheter med att använda bedömning i Upplev som ett mervärde i Trafikverkets upphandlingar, utifrån ett beställar- såväl som ett leverantörsperspektiv. Vidare behöver rättssäkerheten i gjorda upphandlingar utvärderas utifrån de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling. Slutligen behöver förslag ges på hur upphandlingsdokument och bedömningar i Upplev behöver förbättras för att uppnå en högre grad av rättssäkerhet.

Referenser

Rättsfall

EU-domstolen

C-532/06 Lianakis and Others ECLI:EU:C:2008:40

C-601/13 Ambisig ECLI:EU:C:2015:204

C-538/13 eViglio ECLI:EU:C:2015:166

C-171/15 Connexxion ECLI:EU:C:2016:948

Högsta Förvaltningsdomstolen

RÅ 2002 ref. 50.

RÅ 2009 ref 60.

RÅ 2010 ref. 78.

HFD 2013 ref. 5.

HFD 2013 ref. 48 I och II.

HFD 2013 ref. 53.

HD, dom 27 januari 2015, mål nr 407–13.

HFD 2016 ref. 37 I.

HFD, dom 10 november 2017, mål nr 4876–16.

HFD 2018 ref. 50.

HFD, dom 25 juni 2018, mål nr 5924–17.

Kammarrätter

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2409–03.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 6411–08.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5910-08.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 7332-08.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2504-10.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 661–13.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2967–13.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2237–16.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5903–16.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2974–18.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2225–16.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 751–16.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3257–17.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 5512-08.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6514–13.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6514–13.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6434–16.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 8254–16.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 486-17
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1047–18.
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 9-18.
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3474-08.
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2195-15.
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2493–15.
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2742–16.
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 192–196–18.
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 3034–18

Litteratur

- Aberdeen Group. (2002). The Supplier Performance Measurement Benchmarking Report. iSource.
- Araújo, M. Alencar, H. L. och Mota, M. C. (2017) Project procurement management: A structured literature review. *International Journal of Project Management*, 35(3), ss. 353–377.
- Arrowsmith, S. (2014) *The Law of Public and Utilities Procurement*. Sweet & Maxwell, Croydon.
- Bengtsson, A. (2018) Utrymmet för den upphandlande myndighetens bedömning vid kvalificering av leverantörer, *Upphandlingsrättslig tidskrift URT* 4/2018 s 157.
- Berrios, R. (2006) Government Contracts and Contractor Behavior, *Journal of Business Ethics*, 63, 119-130.
- Carr, A. och Kaynak, H. (2007). Communication method, information sharing, supplier development and performance: An empirical study of their relationship. *International journal of operations and production management*, 27, 346-370.
- Decarolis, D. Spagnolo, G. och Pacini, R. (2016) Past performance and procurement outcomes, Working Paper 22814, Nber Working Paper Series, National Bureau of Economic Research, Cambridge, US.
- Edelman, V (2019) Referenser – ett verktyg vid kvalificering och utvärdering, *Upphandlingsrättslig tidskrift, URT* 3/2019 s 231.
- Lagen om offentlig upphandling: en kommentar. 2. uppl., Norstedts Juridik, Stockholm, 2015.
- Marr, B. (2006) *Strategic Performance Management – Leveraging and measuring your intangible value drivers*, Elsevier, Oxford, UK.
- Norman, P. och de Jonge, M: (2019) *Offentlig upphandling. En handbok*. Norstedrs Juridik.

Ryals, B. och Rogers, L. (2006) Holding up the mirror: the impact of strategic procurement practices on account management. *Business Horizons*, Vol. 49, No. 1, 2006, p. 41-50.

Spagnolo, G. (2012) Reputation, competition, and entry in procurement, *International Journal of Industrial Organization*, 30, 291-296.

Treumer, S. (2009) The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law - a rule without exception, *Public Procurement Law Review*, 2009, s. 103-111.

Van Weele, A. J. (2010). *Inköp och supply chain management (Vol. 1:1)*. Viborg: Studentlitteratur AB.

Ågren, R. (2015) Erfarenhet som tilldelningskriterium vid offentlig upphandling URT 2/2015 s 180.