LUND UNIVERSITY

Uppföljning av mervärden för att bedöma tidigare erfarenhet i offentliga upphandlingar.

Olander, Stefan; Norinder, Henrik

2023

Document Version:
Förlagets slutgiltiga version

Link to publication

Citation for published version (APA):
Olander, S., & Norinder, H. (2023). *Uppföljning av mervärden för att bedöma tidigare erfarenhet i offentliga upphandlingar.* Department of Building and Environmental Technology, Lund University.

Total number of authors:
2

Creative Commons License:
Ospecificerad

General rights
Unless other specific re-use rights are stated the following general rights apply:
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.
• Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
• You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
• You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Read more about Creative commons licenses: https://creativecommons.org/licenses/

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LUND UNIVERSITY

PO Box 117
221 00 Lund
+46 46-222 00 00

Download date: 15. May. 2023

Uppföljning av mervärden för att bedöma tidigare erfarenhet i offentliga upphandlingar.

Henrik Norinder och Stefan Olander

© 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-23/1055
ISBN: 91-85257-29-X

Lund 2023

Innehållsförteckning

Innehållsförteckning 3
Inledning 5
Bakgrund 5
Syfte och mål 5
Avgränsningar 6
Metod 6
Avtalsuppföljning som bedömning av tidigare erfarenhet i upphandlingar 7
Trafikverkets modell att bedöma mervärden kopplade till tidigare erfarenhet. 11
Relaterade rättsfall rörande mervärden och mervärdesmodeller 15
Resultat av studien 17
Referensers syfte 17
Urval av kategorier i UppLev 17
Mervärdets storlek 18
Anbudsgivare som inte har en tidigare UppLev-bedömning 19
Ökar möjligheten att få ”rätt” leverantör om UppLev används som mervärde? 20
Hur fungerar UppLev som ett utvärderingsverktyg vid upphandlingar? 21
Möjligheter med att använda UppLev som mervärde i upphandlingar 25
Svårigheter med att använda UppLev som mervärde i upphandlingar 27
Överprövade pilotupphandlingar 30
Slutsatser 37
Referenser 39
Rättsfall 39
Litteratur 40

Inledning

Bakgrund

Idéen om att bedöma tidigare erfarenhet vid tilldelning av kontrakt är bara rimlig i en värld med imperfekt information (Shapiro, 1983). Om attribut kopplat till en prestation, leverans av produkt eller tjänst, var möjligt att bedöma perfekt före inköp då är tidigare prestationer från samma leverantör irrelevant. Dock är dessa attribut ofta svåra att perfekt bedöma före inköp, vilket medför att erfarenhet av leverantörens tidigare prestationer blir intressanta som en indikator på framtida prestationer (Shapiro, 1983).

Det handlar om att säkerställa att krav som har ställts i upphandlingsdokumenten även uppfylls under avtalstiden. Fokus är relaterat till de krav som ställts på leverantören i upphandlingen genom kvalificeringskrav och uteslutningsgrunder men även krav på exempelvis upphandlingsföremålet/tjänsten som tilldelningskriterier, avtalsvillkor, priser/rabatter, ändringar och tillägg, verksamhet, efterlevnad av avtalsvillkoren.

Trafikverket har under 2020-22 genomfört 30 pilotupphandlingar där avtalsuppföljningsverktyget UppLev använts som mervärde, men inte som grund för kvalificering eller uteslutning. För Trafikverkets del är det en viktig del i pilotprojektet att enbart utgå från mervärdet. Ur ett perspektiv kopplat till offentlig upphandling är det framförallt principerna om likabehandling, icke diskriminering, proportionalitet och transparens som blir relevanta. Det vill säga kan mervärden kopplat till tidigare erfarenhet bedömas på ett sätt som uppfyller dessa grundläggande principer?

För upphandlande myndigheter och leverantörer är det ett ömsesidigt intresse. Efterfrågad, upphandlad kvalitet, överenskommet enligt avtal, är centrala moment för den upphandlande myndigheten och på motsvarande sätt är verksamhets- och kvalitetsutveckling viktiga delar för leverantörerna. Det gäller även för myndigheten att upprätthålla och bidra till god konkurrens på lika villkor och bidra till en seriös marknad samt att skattemedel används på bästa möjliga sätt. Det gör också att myndigheten och leverantören bättre kan uppnå en affärsmässig relation men även förtroende och förståelse för varandras förutsättningar. Slutligen kan myndigheten använda kunskapen för att kunna styra köp för att uppnå verksamhetsmålen, samt att en aktiv utvärdering ger kunskap om marknaden – det bidrar till förbättrade upphandlingsunderlag för framtiden och ökad effektivitet.

Syfte och mål

Denna studies syfte är att utvärdera upphandlingar gjorda inom Trafikverket med avtalsuppföljning av tidigare projekt som mervärde. Avtalsuppföljningarna är i form av utvärderingar gjorda med Trafikverkets avtalsuppföljningsverktyg UppLev. En viktig aspekt är hur rättssäkert detta upplägg är, samt hur tilliten för detta upplägg upplevs från både ett beställar- och leverantörsperspektiv.

Målsättningarna med projektet är:

- Att undersöka problem och möjligheter med att använda avtalsuppföljning som ett mervärde i Trafikverkets upphandlingar, utifrån ett beställarperspektiv.

- Att undersöka problem och möjligheter med att använda avtalsuppföljning som ett mervärde i Trafikverkets upphandlingar, utifrån ett leverantörsperspektiv.

- Att bedöma rättssäkerheten avseende avtalsuppföljning i studerade upphandlingar utifrån de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling.

- Att ge förslag på hur upphandlingsdokument och bedömningar i UppLev behöver förbättras för att uppnå en högre grad av rättssäkerhet

Avgränsningar

Denna studie är avgränsad till att behandla en beställares perspektiv, Trafikverket, utifrån de pilotupphandlingar som genomförts med bedömning av tidigare erfarenhet som mervärde. Dessa är således väg- eller järnvägsupphandlingar fördelat på entreprenad-, konsult- eller underhållskontrakt. Husbyggnadsprojekt beaktas inte i denna studie.

Metod

Denna studie baseras på 30 pilotupphandlingar hos Trafikverket under åren 2020-2022 där avtalsuppföljningsverktyget UppLev används för att bedöma mervärden vid tilldelning av kontrakt. Datainsamlingen har skett genom dokumentstudier, i första hand upphandlingsdokument från pilotupphandlingar. Utöver detta har 13 intervjuer gjorts med inköpare hos Trafikverket som varit involverade i dessa upphandlingar. Vissa inköpare har varit involverade i flera upphandlingar samt har ett visst bortfall skett på grund av att inköpare bytt arbete.

För att få en bild över hur leverantörerna upplevde detta upplägg gjordes en leverantörsenkät. Denna skickades ut till alla leverantörer i Trafikverkets databas, fördelat på A-leverantörer (de som genomför projekt oftast) och B-leverantörer (de som genomför projekt mer sällan). Svarsfrekvensen för A-leverantörerna var 68% (15 av 22) och för B-leverantörer 37% (18 av 49).

Av de A-leverantörer som svarat hade 10 varit involverad i en eller flera pilotupphandlingar medan 5 inte varit det. Motsvarande för B-leverantörerna var att 9 varit involverade och 9 hade inte varit det.

Av de A-leverantörer som svarat var det 6 entreprenörer, 6 konsulter och 3 drift- och underhåll, motsvarande för B-leverantörer var 12 entreprenörer, 3 konsulter och 3 drift- och underhåll.

Utöver detta har ett antal rättsfall kopplat till detta område gåtts igenom, med speciellt fokus på de två pilotupphandlingar som blev överprövade.

Avtalsuppföljning som bedömning av tidigare erfarenhet i upphandlingar

Även om det antas att offentliga beslut om vad som ska upphandlas, och hur, är effektiva, så beror utfallet till stor del på hur upphandlingsprocessen har utformats (Fiorino m fl. 2018). Det vill säga på vilka grunder som en leverantör tilldelas ett kontrakt. I privat upphandling är bedömning av tidigare erfarenhet av leverantörers prestation en viktig del i upphandlingsprocessen (Spagnolo, 2012). Albano m fl. (2017) visar på att en leverantör har ett incitament att leverera kvalitet om beställaren har en möjlighet att exkludera eller minska möjligheterna för framtida kontrakt om leverantören inte levererar kvalitet. Om en leverantör ska ha incitament för att leverera hög kvalitet behöver en beställare belöna hög kvalitet och bestraffa låg kvalitet (Klein och Leffler, 1981). Det är dock komplicerat att explicit komplettera kontrakt med mekanismer att bedöma tidigare erfarenhet, då denna bedömning ofta är subjektiv och informell, och även om det skulle vara möjligt att specificera detta i ett kontrakt kommer kostnaden för att upprätthålla ett sådant kontrakt att överstiga nyttan (Spagnolo, 2012).

I offentlig upphandling blir bedömning av tidigare erfarenhet mer begränsad än i privat upphandling beroende på regelverket för offentlig upphandling. Utfallet beror då på hur upphandlingsprocessen genomförs och de regler som styr den (Fiorino m fl. 2018). Behovet att motverka favoritism och korruption har lett till att fokus ligger på transparens och likabehandling och inte på hur leverantörer presterat i tidigare kontrakt (Spagnolo, 2012). Inte minst begränsar EU:s direktiv möjligheten att bedöma tidigare erfarenhet vid offentliga upphandlingar (Spagnolo, 2012). Här finns en skillnad jämfört med USA (Berrios, 2006) där bedömning av tidigare erfarenhet i princip ska bedömas i offentliga upphandlingar sedan 1995, enligt Federal Acquisition Regulations.

Spagnolo (2012) argumenterar att om tidigare erfarenhet inte bedöms kan detta premiera leverantörer med dålig prestation vilket på sikt försämrar kvalitet och värde för pengar. Albano m fl (2017) visade på att en lämplig modell utformad att bedöma både pris och tidigare erfarenhet bidrar till beställarens möjlighet att välja den leverantör som är effektivast och bäst uppfyller beställarens önskade nivå på kvalitet. Genom att länka samman anbud i konkurrens med bedömning av tidigare erfarenhet ger beställaren incitament för en leverantör att leverera kvalitet (Albano m fl. 2017). Kvalificering är i detta avseende mer begränsad då den är statisk och mer indirekt kopplad till leverantörens prestation vid genomförandet, att istället ta tidigare erfarenhet i beaktande vid tilldelning av kontrakt, exempelvis genom mervärden, blir kopplingen till en leverantörs prestation mer dynamisk över tid (Fiorino m fl. 2018). 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.

Men även om utvärdering av tidigare erfarenhet vid tilldelning av kontrakt kan öka incitament för kvalitet så kan det även vara en barriär för nya aktörer, som det inte finns någon tidigare erfarenhet av (Spagnolo, 2014). Det vill säga, på vilket sätt kan nya aktörer, där det inte finns någon tidigare erfarenhet, bedömas tillsammans med leverantörer där det finns tidigare erfarenhet. Spagnolo (2014) argumenterar för att ett vanligt misstag är anta att alla nya aktörer ska startat med inget mervärde. Dock finns det enligt Spagnolo (2014) inget som hindrar ett en ny aktör ges ett positivt värde, eller till och med, maximalt värde. Detta ger då incitament och möjligheter att få in nya aktörer på en marknad (Spagnolo, 2014), istället för att utvärdering av tidigare erfarenhet blir ett hinder för nya aktörer. Butler m fl. (2020) lyfter fram att i USA där mekanismer för att utvärdera tidigare erfarenhet har funnit sedan 1995,

finns en debatt om huruvida detta förförande är en barriär för nya aktörer, och då speciellt små och medelstora företag. En välkalibrerad modell för utvärdering av tidigare erfarenhet där nya aktörer tilldelas ett medel till högt betyg kan dock verka positivt för nya aktörers inträde på en marknad (Butler m fl., 2020).

Bästa värde för pengar (best value) är ett koncept med fokus på att välja den leverantör som är mest fördelaktig vid bedömning av pris och andra relevanta faktorer (Elyamany och Abdelrahman, 2010). En viktig aspekt av detta är leverantörens prestation. Leverantörens prestation är det som ska stå i fokus för ett projekts framgång. Beställarens roll är att tillhandahålla möjligheterna för leverantören att göra ett så bra arbete som möjligt. Utmaningen blir då att objektivt bedöma leverantörens prestation och minimera inslaget av subjektiva bedömningar (Elyamany och Abdelrahman, 2010). Avtalsuppföljning som metod har för avsikt att mäta, analysera och granska utförandet av en leverantörs prestationer i syfte att förhindra risker och minimera kostnader (Aberdeen Group, 2002). För att avtalsuppföljning ska fungera krävs det enligt Van Weele (2010) att beställaren regelbundet ger feedback på leverantörens prestationer för att de ska kunna, och ha, förutsättningar till att genomföra rätt förbättringsåtgärder.

Vidare behöver, enligt Carr och Kaynak (2007), parametrar i en avtalsuppföljning uppfylla ett antal kriterier för att fungera optimalt. De bör bara tydliga, det ska gå att påverka dem, de bör vara lätta att förstå, det ska inte finnas utrymme för tolkningar, de ska spegla verkligheten, de ska vara allmänt accepterade samt bör vara få till antalet. Detta blir inte minst viktigt om avtalsuppföljning från tidigare projekt ska användas som mervärde i kommande upphandlingar. Om inte beställare är rättvisa och omsorgsfulla när data kopplat till tidigare erfarenhet samlas in kan leverantörer uppleva problem med riktigheten i den bedömning som görs (Goodrich, 1997).

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 (Snider och Walkner, 2001). Snider och Walker (2001) tar upp ett antal förutsättningar för framgångsrikt användande av tidigare erfarenhet i upphandlingar:

- Ha tillräckliga resurser och väl utvecklade system för att göra en väldokumenterad avtalsuppföljning. Inkludera personal ansvariga för inköp och upphandling som en aktiv part i uppföljningen.
- Anpassa så att bara de indikatorer för avtalsuppföljning som är lämpliga för den enskilda upphandlingen är med i bedömningen, samt vikta dessa indikatorer så att kopplingen till det upphandlade objektet blir så tydlig som möjligt.
- Ha en tydlig dialog med leverantörer om hur utvärderingen av tidigare erfarenhet går till.
- Utgå från de senaste och mest relevanta leverantörsuppföljningarna.
- Genomför en tydlig genomgång med leverantörer som inte tilldelades ett kontrakt och ge dem möjlighet för lärande och förbättring.

I en brittisk utvärdering av offentlig upphandling (Cabinet Office, 2020) lyfts utvärdering av tidigare erfarenhet fram som en väsentlig del av att utveckla regelverket för offentlig upphandling:

”Awarding the right contract to the right supplier is the cornerstone of public procurement and the litmus test for an effective procurement regime. In order to have the best public services we need the best suppliers and we believe the proposed regulatory regime will better support contracting authorities in selecting those suppliers. The current procurement regulations allow contracting authorities to take into account the past performance of a supplier on only very limited grounds and commercial terms often have to rely on bidders’ self-declaration rather than objective, evidence based information”. (Cabinet office, 2020)

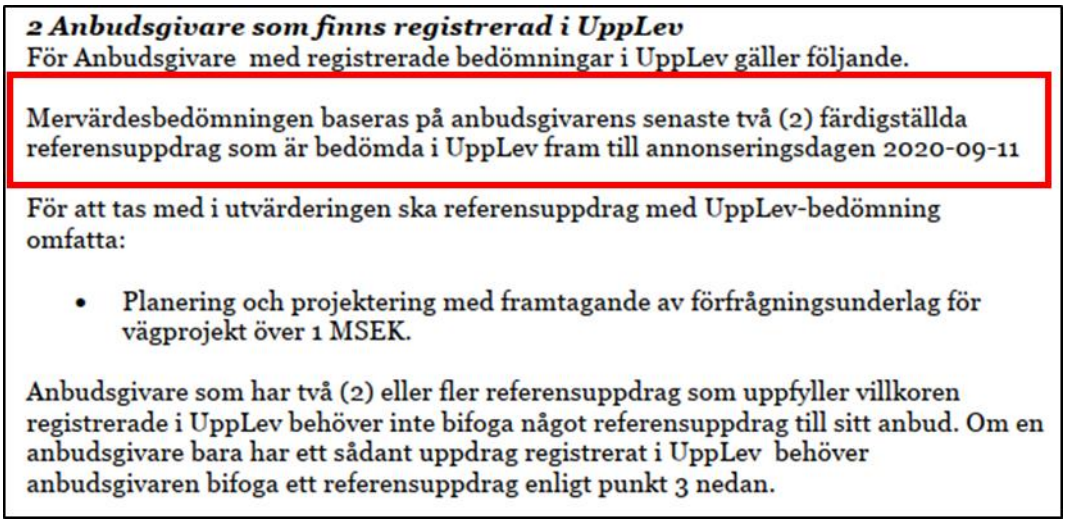
Trafikverkets modell att bedöma mervärden kopplade till tidigare erfarenhet.

Trafikverkets avtalsuppföljningsverktyg UppLev[1] har nio olika bedömningsområden:

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

UppLev utförs 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.

Under åren 2020-2022 genomförde Trafikverket ett pilotprojekt där 30 upphandlingar genomfördes där UppLev användes vid utvärdering av tidigare erfarenhet. Utgångspunkten var att mervärdet bestämdes utifrån de två senaste färdigställda utvärderingarna i UppLev (se figur 1).



2 Anbudsgivare som finns registrerad i UppLev

För Anbudsgivare med registrerade bedömningar i UppLev gäller följande.

Mervärdesbedömningen baseras på anbudsgivarens senaste två (2) färdigställda referensuppdrag som är bedömda i UppLev fram till annonseringsdagen 2020-09-11

För att tas med i utvärderingen ska referensuppdrag med UppLev-bedömning omfatta:

- Planering och projektering med framtagande av förfrågningsunderlag för vägprojekt över 1 MSEK.

Anbudsgivare som har två (2) eller fler referensuppdrag som uppfyller villkoren registrerade i UppLev behöver inte bifoga något referensuppdrag till sitt anbud. Om en anbudsgivare bara har ett sådant uppdrag registrerat i UppLev behöver anbudsgivaren bifoga ett referensuppdrag enligt punkt 3 nedan.

Figur 1: Exempel på text avseende bedömning av mervärden för tidigare erfarenhet i administrativa föreskrifter.

Avtalsuppföljning och kontinuerlig utvärdering är inte rättsligt definierade begrepp i upphandlingslagstiftningen. Det kan dock strida mot kraven på likabehandling och objektivitet att ställa krav som inte kontrolleras/följs upp, se C-448/01 EVN och Wienstrom. (För kommunal verksamhet stadgas i Kommunallagen 10 kap. 8 § ”När skötseln av en

[1] UppLev är sedan årsskiftet 2022/23 under revidering, och ett nytt reviderat avtalsuppföljningsverktyg planeras att introduceras under 2023.

kommunal angelägenhet genom avtal har lämnats över till en privat utförare, ska kommunen eller landstinget kontrollera och följa upp verksamheten.)

En fråga rör kvalitetsvärde. Det finns behov av att granska olika former av kvalitet där den antingen är verifierbar eller inte. Men kvalitet kan också vara sådan att den av praktiska skäl är bestämd sedan innan, men den kan också vara sådan att den bestäms, helt eller delvis, av omständigheter som kan inträffar efter det att kontrakt tecknats. Slutligen handlar kvalitet om kunskap som är känd av såväl köpare som säljare alternativt bara av säljaren (Bergman 2021). Att utvärdera med bas i förhållandet mellan pris och kvalitet, där kvalitet kan värderas i kronor och att ge utrymme för mervärden ger alltså de bästa förutsättningarna för att låta kvalitet bästa möjlighet att få genomslag.

Ett av de svåraste problemen vid offentlig upphandling är alltså att uppnå god kvalitet i dimensioner som inte är verifierbara. Motsvarande problem gäller givetvis även för andra köpare, såväl enskilda konsumenter som privata industriella köpare. Ett antal mekanismer har utvecklats för att hantera det grundläggande problemet att köparen ofta befinner sig i ett informationsunderläge i förhållande till säljaren, i kombination med att kvalitet inte alltid kan mätas eller på annat sätt observeras med en sådan grad av objektivitet att den kan sägas vara verifierbar (Bergman 2021). Ett exempel på icke verifierbar kvalitet är leverantörens rykte. Ett gott rykte är en tillgång. Relationella kontrakt bygger ofta på en positiv jämvikt, men bara för återkommande kontrakt. Den typ av relationella kontrakt där tidigare erfarenhet kan ge en avgörande fördel genom mervärdeshantering är viktiga för både beställare som leverantör.

En form av subjektiv bedömningskapacitet för beställaren kan belöna en anbudsgivares höga kvalitet, men också, i de fall beställaren vill använda detta, för att bestraffa låg kvalitet. Klein och Leffler (1981) var kanske de första att analysera problemet i en teoretisk nationalekonomisk modell. De (och flera efterföljande studier; för en översikt av litteraturen, se Albano m fl., 2017) föreslår att leverantörer som inte håller måttet ska få ett hårt straff, till exempel genom att uteslutas från alla framtida upphandlingar (Bergman 2021).

Trafikverkets intention är att genomföra upphandlingar strukturerade så att mervärden endast ska användas för att ge fördelar för leverantörer med goda interna referenser. Avsikten är inte att utesluta eller icke-kvalificera anbudsgivare utan istället använda mervärdet för att ge positiva effekter för leverantörer med goda tidigare prestationer.

Albano m fl. (2017) visar att en jämvikt med god kvalitet också i icke verifierbara dimensioner kan upprätthållas genom ett system där leverantörer som skött sig bra historiskt får en ganska måttlig fördel genom, som de kallar det, diskriminerande procedurer. Att rutinerna ska diskriminera låter negativt, särskilt med tanke på de allmänna principerna om icke-diskriminering och likabehandling, men skulle i praktiken kunna innebära ett system där referenser från tidigare uppdrag väger tungt (Bergman 2021). Lundberg m fl. (2022) argumenterar för ett nationellt referenssystem. Det skulle vara ett sätt att premiera utförande som levererar bra kvalitet i dimensioner om inte är verifierbara.

Lundberg m fl. (2022) menar att:

”Offentlig upphandlings ställer enligt regelverket krav på transparens, likabehandling, förutsägbarhet, öppenhet och proportionalitet. Dessa grundläggande principer gör det svårare att värna om kvalitet som är svår ”att sätta fingret på”, det som ekonomer brukar kalla icke verifierbar kvalitet och som skulle kunna beskrivas som ”mjuka” kvalitetsaspekter.”

Lundberg m fl. (2022) anför vidare att:

”Nationalekonomisk forskning pekar på att ryktesmekanismer och lojalitet kanske är de bästa instrumenten för att hantera icke verifierbar kvalitet. Det finns studier som visar att om detta var möjligt också i offentlig upphandling skulle effektiviteten kunna öka.”

För en beställare är det viktigt att bestämma i vilket skede av upphandlingsprocessen kraven ska ställas, men även till vem de ska riktas. De kan riktas mot leverantören som ett kvalificeringskrav. De kan också ses som ett obligatoriskt krav som ska gälla för produkten vid tilldelningsbeslutet. Men de kan också vara ett utvärderingskriterium vid tilldelning. Slutligen kan de också vara ett kontraktsvillkor som ska vara uppfyllt vid avtalstidens start eller vid en senare tidpunkt.

Den kontroll som måste ske rörande leverantören ska kunna hanteras av bägge sidor, det kan inte vara för svagt men inte heller för långtgående. Det föreligger en risk för att kontraktet suboptimeras i bägge fallen. Om kontrollen är aktivt sökande, alltså utformat på ett ändamålsenligt sätt, ökar tilliten mellan parterna, och den uppfattas även som korrekt och att tillsyn och granskning är nödvändig (Bergman 2021). Det är centralt att påpeka att det förekommer olika former av avtalskontroll. Karlsson Westergren (2023) vill definiera de olika formerna enligt följande:

”Avtalsuppföljning. Vad som menas är just uppföljning av offentliga ramavtal och kontrakt och inte förvaltning av sådana ramavtal och kontrakt. Med avtalsuppföljning avses det specifika ramavtalet/kontraktet som ingåtts mellan avtalet som ingåtts mellan köpare och säljare. Uppföljningen syftar bland annat till att säkerställa att man får det man beställt och i rätt tid, att kvaliteten på levererade varor och tjänster håller avtalad nivå samt att säkerställa att särskilda villkor i avtalet fortlöpande uppfylls under avtalsperioden.

- *Avtalsförvaltning och avtalsuppföljning används ofta felaktigt som synonyma begrepp. I den här studien innebär begreppet avtalsförvaltning intern administration med klassificering av avtal och utveckling av rutiner och processer exempelvis genom kategoristyrning och tillämpning av inköpsanalysverktyg. Det inkluderar även verksamheternas leverantörstrohet innebärande att man styr verksamheternas inköp till den leverantör som man har avtal med. En annan sak är att kategoristyrning kan användas som hjälpmedel vid avtalsuppföljning.*
- *Avtalsutvärdering är en utvärdering av hur avtalsförhållandet och leveranserna har fungerat - alltså själva utvärderingen av avtalsuppföljningen Resultatet av utvärderingen kan tillämpas i framtida offentliga upphandlingar av ramavtal och kontrakt.*
- *Upphandlingsuppföljning och upphandlingsutvärdering är uppföljning och utvärdering av själva upphandlingen inkluderande allt från hur man annonserat sin upphandling, om man fått tillräckligt med anbud, hur man gått tillväga för att värdera anbuden. Denna uppföljning kallar Kammarkollegiet för den systematiska uppföljningen att skilja från avtalsuppföljningen*.”

Relaterade rättsfall rörande mervärden och mervärdesmodeller

Falköpings och Tidaholms kommun upphandlade en utbildning för yrkesförare genom ett öppet förfarande enligt LOU. Centrala Trafikskolan tilldelades kontraktet . Yrkesakademin ansökte om överprövning hos Förvaltningsrätten i Jönköping eftersom Yrkesakademin ansåg att kommunernas tilldelning stred mot 4 kap. 1 § LOU (Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2850-20).

Den klagande leverantören gjorde gällande att det endast var språkliga nyansskillnader utan betydelse som skiljde formuleringarna åt beträffade kravet på tidigare erfarenhet i kvalificeringskravet och i tilldelningskriteriet. Leverantören gjorde även gällande att en leverantörs kapacitet och förmåga att utföra ett uppdrag inte får användas som ett kriterium vid tilldelning och att det inte framgick varför tilldelningskriteriet utgjort ett mervärde.

Kommunerna hänvisade å sin sida till Förvaltningsrättens bedömning. Förvaltningsrätten hade tidigare avslagit ansökan om överprövning med motiveringen att den kvalitetsutvärdering som skedde vid anbudsutvärderingen syftade till att ta reda på hur en tidigare tjänst utförts och hur nöjd kunden varit. Den syftade således inte till att reda ut anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana, som bedömts vid kvalificeringen. Tilldelningskriteriet var således hänförligt till tjänsten snarare än till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, varför anbudsutvärderingen av kommunerna inte ansågs strida mot principerna i LOU.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som myndigheten vill tillämpa vid tilldelningen av kontrakt. Valet av tilldelningskriterier kan dock endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomisk mest fördelaktiga anbudet. Dessutom anser domstolen att det av upphandlingsdokumenten framgår att de inkomna anbuden ska utvärderas utifrån pris och kvalitet.

Av upphandlingsdokumenten framgår att anbud utvärderas utifrån pris och kvalitet. Utvärderingen av kvaliteten ska ske i enlighet med en utvärderingsmodell och ett av delkriterierna i mallen är ”*Teknisk och yrkesmässig kapacitet”*. Som förklaring till kriteriet anges att anbudsgivarna ska lämna beskrivning av ett referensuppdrag som bekräftar erfarenhet av arbete mot kommunala yrkesskolor och annan vuxenutbildning.

Kammarrätten anser att det inte framgår att det nu aktuella kriteriet gällande *”Teknisk och yrkesmässig kapacitet”* syftat till att möjliggöra för kommunerna att bedöma kvaliteten på inkomna anbud. Kammarrätten gör därför bedömningen att det inte framgår att kriteriet syftat till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kammarrätten menar att kommunerna därmed utvärderat omständigheter som huvudsakligen är att hänföra till anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget, vilket står i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Kammarrätten anser att det i målet är visat att bolaget visat att de kunde lida skada till följd av kommunernas agerande. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Eftersom bristerna hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen måste upphandlingen göras om. Kammarrättens avgörande visar varför det är viktigt för upphandlande myndigheter att hålla kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen åtskilda. Detta gäller särskilt vid upprättande av upphandlingsdokumentet och valet av tilldelningskriterier, där upphandlande myndigheter bör vara noggranna i hur de ställer sina krav för att undvika en otillåten sammanblandning av kvalificeringskrav och tilldelningskriterier.

Kammarrätten fastställer i enlighet med praxis från EU-domstolen, mål C-532/06 *Lianakis*, att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning.

I EU-domstolens avgörande C-601/13 *Ambisig* fastställdes 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, vilka utgörs av deras yrkeserfarenhet och utbildning.

Det kan konstateras att de avgöranden där domstolarna underkänt kvalitetskriterier avser att det i valet av modell inte tillräckligt tydligt framgår vad myndigheten tillmätt betydelse. Det har handlat om vad som är ett poänggivande förhållande och som gett ett visst mervärde. I ett mål från förvaltningsrätten i Jönköping (mål 6154-17 m.fl.) där den upphandlande myndigheten hade ställt för öppna och vida frågor i förhållande till uppdragets komplexitet och längd, som även lämnade utrymme till att besvara frågorna på flera olika sätt fick inte användas efter domen. Men mervärdesmodellen som sådan fick godkänt av domstolen. Domstolen menade också att även om kvalitetsbedömningar och poängsättningar ska göras utifrån objektiva omständigheter, utesluter detta inte ett visst bedömningsutrymme. Däremot måste anbudsgivare ges en rimlig vägledning angående vad som krävs för att nå en viss poäng och hur de olika poängnivåerna är avgränsade från varandra.

I ett mål från Kammarrätten i Stockholm (mål 4285-22 avgjort 17 januari 2023) som rör en upphandling avseende ”ramavtal riskanalys och vibrationsmätning” genomfördes som en förhandlat förfarande med föregående annonsering. Det överprövande bolaget anförde att den upphandlande myndigheten genom att tilldela andra anbudsgivare högre mervärdespoäng avseende uppdragsansvarigas sammanvägda kompetens. Utvärderingsmodellen hade enligt bolaget utformats på ett för anbudsgivarna oförutsebart sätt och i princip gett den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet.

Kammarrättens bedömning är, i likhet med förvaltningsrätten, att det är den upphandlande myndigheten som är bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud och att den därmed har ett visst bedömningsutrymme vid utvärderingen av anbuden, under förutsättning att utvärderingen sker på objektiva grunder och inom ramen för det som angetts i upphandlingsdokumenten. Kammarrätten konstaterar även att en upphandlande myndighet inte är skyldig att i upphandlingsdokumenten upplysa anbudsgivarna om den bedömningsmetod som den tillämpar för att konkret värdera och klassificera anbuden i förhållande till omständigheterna i det enskilda fallet (EU-domstolens avgörande C-6/15 Dimarso).

Kammarrätten avslutar att den upphandlande myndigheten har grund för sin bedömning att det överprövande bolagets anbud i mindre utsträckning innehåller tydliga och konkreta beskrivningar av vilka relevanta kompetenser dess uppdragsansvariga har.

Resultat av studien

Referensers syfte

Syftet med att använda referenser är att skapa trygghet för den upphandlande myndigheten eller enheten (i fortsättningen kallad beställaren). Beställaren vill känna till leverantörens förutsättningar att kunna genomföra kontraktet på bästa sätt. Att kunna använda egna interna referenser ökar den kunskapen. I denna studie är det av än större intresse att det rör egna referenser – alltså den interna avtalsuppföljningen som leder till mervärde för anbudsgivarna. Externa referenser avser med nödvändighet någon annans behov. Om så inte är fallet, riskerar referenserna att skapa desinformation eller åtminstone medföra att resursåtgången varit förgäves, och därigenom göra mer skada än nytta.

I pilotprojekten har Trafikverket använt interna referenser genom avtalsuppföljningen i UppLev. Upphandlingar ska utformas och anpassas till beställarens *egna* behov. När beställaren väljer att använda extern referenstagning hamnar en del av bedömningen i upphandlingen åtminstone indirekt hos någon annan, vilket sällan är lämpligt. Genom att använda den interna avtalsuppföljningen minskar denna risk.

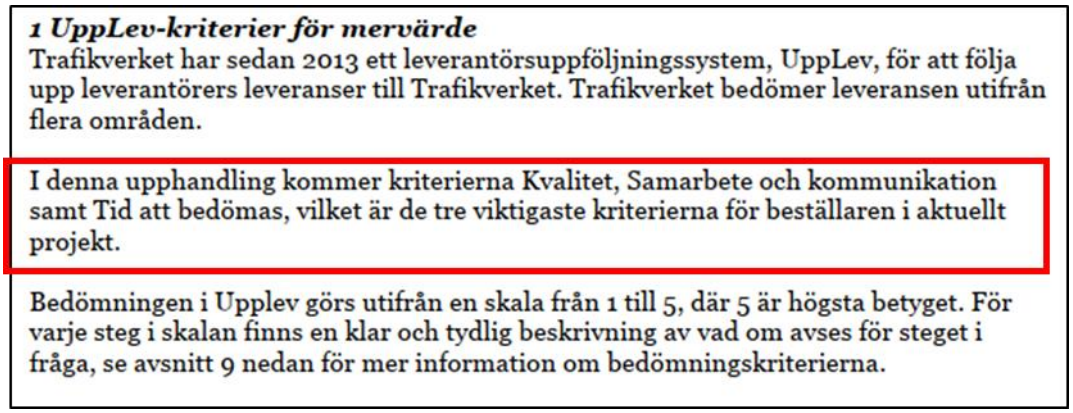
Om utgångspunkten är att upphandlingar ska utformas efter de egna behoven och att syftet med referenstagning är att skapa en tillräcklig trygghet för att ens kunna utvärdera anbudet, innebär det att den interna referenstagningen måste ske utifrån referensuppdrag som är närmast identiska med den aktuella upphandlingen.

Urval av kategorier i UppLev

I varje enskild pilotupphandling gjordes ett urval av de kategorier i UppLev som var relevant för det enskilda projektet. Ett undantag gjordes i den första pilotupphandlingen där alla kategorier bedömdes. Dock var det mer lämpligt att göra ett urval för att få en tydligare koppling till det upphandlade objektet, inte minst viktigt i relation till proportionalitetsprincipen vid offentlig upphandling. Proportionalitetsprincipen innebär att krav eller mervärden inte får användas om inte kopplingen till det upphandlade objektet är tydligt. Fördelning över hur de olika kategorierna valdes redovisas nedan:

- Kvalitet 26 av 30 upphandlingar
- Samarbete/kommunikation 17 av 30 upphandlingar
- Leveranssäkerhet 16 av 30 upphandlingar
- Dokumentation 7 av 30 upphandlingar
- Säkerhet 6 av 30 upphandlingar
- Ekonomi 6 av 30 upphandlingar
- Teknik och utveckling 3 av 30 upphandlingar

Grunden för urvalet baserades på projektets karaktär och erfarenheter från liknande projekt i samarbete mellan inköpare och projektledare. Figur 2 visar på ett exempel på hur skrivelsen i administrativa föreskrifter var formulerade. I några projekt gjordes en inbördes viktning mellan kategorierna men i de flesta hade alla valda kategorier samma vikt.



1 UppLev-kriterier för mervärde

Trafikverket har sedan 2013 ett leverantörsuppföljningssystem, UppLev, för att följa upp leverantörers leveranser till Trafikverket. Trafikverket bedömer leveransen utifrån flera områden.

I denna upphandling kommer kriterierna Kvalitet, Samarbete och kommunikation samt Tid att bedömas, vilket är de tre viktigaste kriterierna för beställaren i aktuellt projekt.

Bedömningen i Upplev görs utifrån en skala från 1 till 5, där 5 är högsta betyget. För varje steg i skalan finns en klar och tydlig beskrivning av vad om avses för steget i fråga, se avsnitt 9 nedan för mer information om bedömningskriterierna.

Figur 2: Exempel på text avseende val av UppLev kriterier i administrativa föreskrifter.

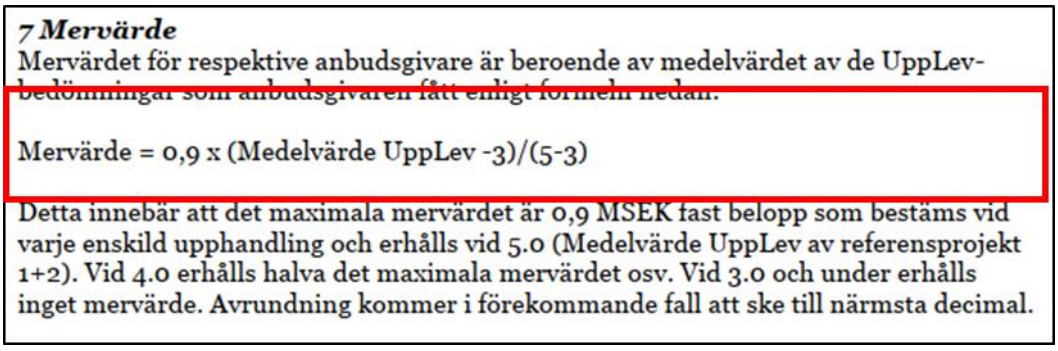
Mervärdets storlek

Rekommendation inom Trafikverket var att det maximala mervärdets storlek skulle vara mellan 10-30% av kalkylerad summa. I snitt var mervärdet storlek 19,9% av kalkylerad summa fördelat enligt tabell 1. Bedömningen ska vara motsvarande det som finns vid liknande upphandlingar. Detta är dock en komplex process i att hitta rätt balans. Mervärdet bör vara tillräckligt stort så att det kan få en effekt på utfallet vid tilldelning av kontrakt men inte för stort så att prisbilden blir allt för urholkad. Det vill säga hur mycket är projektet villigt att betala extra för mervärdet nytta.

Tabell 1: Fördelning över mervärdets storlek i relation till kalkyl.

Antal upphandlingar	Mervärdets storlek i % av kalkyl
6	10
1	18
2	19
13	20
1	21
1	29
4	30
1	31

Grundregeln för bedömning av mervärdet var att det endast skulle verka positivt, det vill säga att negativa mervärden skulle bedömas som noll (se figur 3). Dock var det ett projekt som ändå valde att ge negativa mervärden.



7 Mervärde

Mervärdet för respektive anbudsgivare är beroende av medelvärdet av de UppLev-bedömningar som anbudsgivaren fått enligt formeln nedan.

Mervärde = 0,9 x (Medelvärde UppLev -3)/(5-3)

Detta innebär att det maximala mervärdet är 0,9 MSEK fast belopp som bestäms vid varje enskild upphandling och erhålls vid 5.0 (Medelvärde UppLev av referensprojekt 1+2). Vid 4.0 erhålls halva det maximala mervärdet osv. Vid 3.0 och under erhålls inget mervärde. Avrundning kommer i förekommande fall att ske till närmsta decimal.

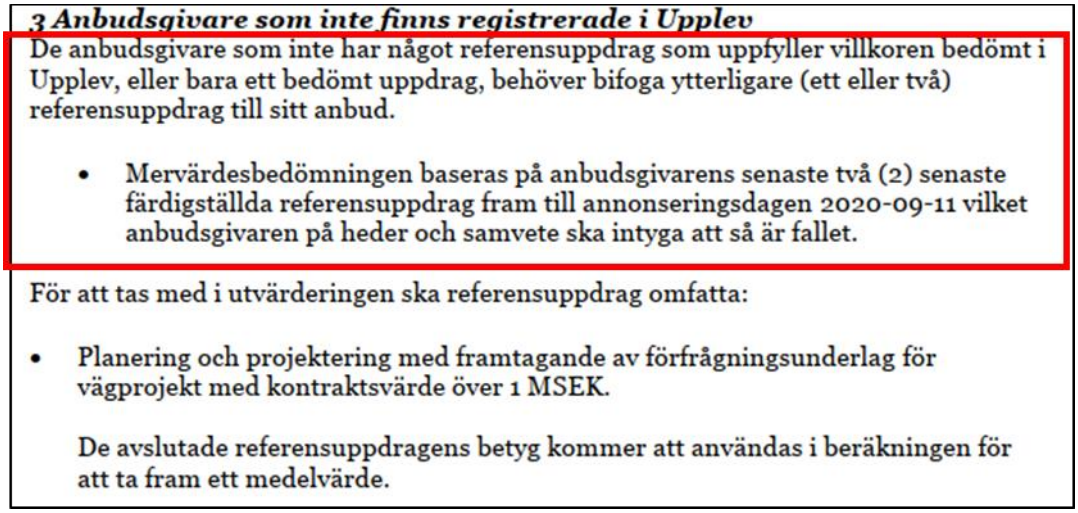
Figur 3: Exempel på text avseende beräkning av mervärden för tidigare erfarenhet i administrativa föreskrifter.

Anbudsgivare som inte har en tidigare UppLev-bedömning

Då alla anbudsgivare har två tidigare UppLev-bedömningar finns det egentligen inga problem utan processen kan fortgå som tänkt. Problem uppstår då en eller flera anbudsgivare inte uppfyller detta ramvillkor. Det vill säga hur nya aktörer ska bedömas i relation till befintliga aktörer.

En viktig aspekt här är att principerna om likabehandling och icke diskriminering följs. Det upplägg som användes var att anbudsgivare som inte hade en tidigare UppLev bedömning själva skulle bidra med de två senaste genomförda projekten som referenser (se figur 4). Dock upplevdes det ändå, från inköparna, en osäkerhet om detta förfarande uppfyllde kraven på likabehandling och icke diskriminering. Den bedömning som behöver göras från Trafikverket själva blev komplex och upplevdes som ett riskmoment. En generell synpunkt från i princip alla intervjuade inköpare var att det krävs tydligare ramar så att de referenser som ges av nya aktörer är användbara vid prövning av anbud.

Det finns även en risk att det inte är de två senaste som lämnas in utan några som är mer fördelaktiga för anbudsgivaren. Delvis baserat på denna riskanalys frångick ett projekt de allmänna riktlinjerna och gav nya aktörer betyg 3, vilket då innebar noll mervärde.



3 Anbudsgivare som inte finns registrerade i Upplev

De anbudsgivare som inte har något referensuppdrag som uppfyller villkoren bedömt i Upplev, eller bara ett bedömt uppdrag, behöver bifoga ytterligare (ett eller två) referensuppdrag till sitt anbud.

- Mervärdesbedömningen baseras på anbudsgivarens senaste två (2) senaste färdigställda referensuppdrag fram till annonseringsdagen 2020-09-11 vilket anbudsgivaren på heder och samvete ska intyga att så är fallet.

För att tas med i utvärderingen ska referensuppdrag omfatta:

- Planering och projektering med framtagande av förfrågningsunderlag för vägprojekt med kontraktsvärde över 1 MSEK.

  De avslutade referensuppdragens betyg kommer att användas i beräkningen för att ta fram ett medelvärde.

Figur 4: Exempel på text avseende nya aktörer i administrativa föreskrifter.

Leverantörerna upplevde även aspekten av nya aktörer som inte har en UppLev-bedömning som ett problem, där de i stort inte ansåg att det var en likvärdig bedömning mellan nya och befintliga aktörer (se tabell 2). Om svaren på frågan om ” Trafikverket behandlar nya leverantörer som inte har en UppLev-bedömning likvärdigt med befintliga leverantörer” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	2,07
B-Leverantörer	2,94
Totalt	2,55

Tabell 2: Trafikverket behandlar nya leverantörer som inte har en UppLev-bedömning likvärdigt med befintliga leverantörer

A-Leverantörer	Håller inte alls med	7
	Håller inte med	1
	Varken eller	5
	Håller med	
	Håller med fullständigt	1
B-Leverantörer	Håller inte alls med	1
	Håller inte med	1
	Varken eller	14
	Håller med	
	Håller med fullständigt	1
Totalt	Håller inte alls med	8
	Håller inte med	2
	Varken eller	19
	Håller med	
	Håller med fullständigt	2

Ökar möjligheten att få ”rätt” leverantör om UppLev används som mervärde?

Ett av syften med att bedöma mervärden utifrån tidigare erfarenhet vid upphandlingar är tanken om att detta ska medverka till att den mest lämpade leverantören tilldelas kontraktet, eller kanske mer korrekt att risken för att olämpliga leverantörer tilldelas kontraktet minskar. Utifrån intervjuerna med inköpare, är det tydligt att det finns intresse av att bedöma mervärden utöver pris vid tilldelning av kontrakt. Dock, är det inte lika tydligt att mervärden kopplade till UppLev är det tillvägagångssätt som föredras.

Ett argument som fördes var att bedömning av tidigare erfarenhet med hjälp av UppLev kan vara bra för Trafikverket på lång sikt, men inte nödvändigtvis för det enskilda projektet på kort sikt. En diskussion var om bedömningarna skulle göras nationellt för leverantörsföretaget eller mer lokalt där projektet utförs. Dock var Trafikverket syfte med att ha bedömningen på nationell basis att det gav ett strategiskt leverantörsperspektiv istället för ett operativt fokus på det enskilda projektet.

Utfallet var att i 15 av upphandlingarna fick mervärdet genomslag genom att det vinnande anbudet också var det med det högsta mervärdet (alltså bäst bedömning avseende tidigare erfarenhet). Av dessa hade dock 8 stycken även det lägsta anbudet. I 23 upphandlingar var det lägsta anbudet som tilldelades kontraktet och det var endast i 5 upphandlingar som mervärdet av tidigare erfarenhet fick genomslag så att det inte var det lägsta anbudet som tilldelades kontraktet.

Hur fungerar UppLev som ett utvärderingsverktyg vid upphandlingar?

En tydlig synpunkt från i princip alla intervjuade inköpare var att systemets uppbyggnad och funktion medförde merarbeten i upphandlingsprocessen. Automatgenerering av de två senaste bedömningar fungerade inte optimalt. Inköpare behövde gå in manuellt i systemet för att hämta information om de senaste UppLev-bedömningar. Förutom att detta tog tid, så upplevdes det som en riskfaktor avseende om rätt bedömningar hämtats ut. Ett stort upplevt problem var att data inte var tillförlitlig, och det fanns en osäkerhet om det verkligen var de två senaste som bedömdes. Bättre systemstöd behövs för att hämta ut information från UppLev.

Utöver detta behöver även UppLev som verktyg utvecklas. Frågeställningar och bedömningsmallar behöver få en tydligare koppling till kontraktet som bedöms, det vill säga att verktyget kan behöva vara mer flexibelt så att det lättare kan anpassas till olika projekt. Upplevelsen från inköpare är att det för närvarande är otydligt hur frågor och svarsalternativ ska tolkas.

Bedömningsmallar är till viss del inaktuella, det behövs kontinuerlig uppdatering av mallar. Det finns en upplevelse av osäkerhet och inkonsekvens om vad som ger ett visst betyg. Detta var även tydligt hos leverantörerna där en klar övervikt inte ansåg att betygsättningen i UppLev var tydlig och klar (se tabell 3). Om svaren på frågan om ” Betygsättningen i UppLev är tydlig och klar” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	2,13
B-Leverantörer	2,71
Totalt	2,44

Tabell 3: Betygsättningen i UppLev är tydlig och klar

A-Leverantörer	Håller inte alls med		5
	Håller inte med		6
	Varken eller		2
	Håller med		1
	Håller med fullständigt		1
B-Leverantörer	Håller inte alls med		5
	Håller inte med		2
	Varken eller		4
	Håller med		5
	Håller med fullständigt		1
Totalt	Håller inte alls med		10
	Håller inte med		8
	Varken eller		6
	Håller med		6
	Håller med fullständigt		2

Tydligare instruktioner behövs till projektledare så att bedömningarna blir mer likriktade, och därmed, minska subjektiviteten i bedömningarna. Detta är inte minst viktigt om UppLev ska användas som mervärde i upphandlingar, då det annars finns en risk att det bryter mot likabehandling och transparens.

Subjektivitet är en värderingsfråga – och alla utvärderingar som innehåller andra kriterier än pris kommer att innefattas av något mått av subjektivitet. I praxis godtas poängsättning av tilldelningskriterier med ett visst mått av subjektivitet, så länge de grundläggande principerna är beaktade (RÅ 2002 ref 50).

För att i så stor utsträckning som möjligt göra subjektiviteten transparent och likabehandlande, bör den upphandlande myndigheten redovisa för vad som kommer att premieras vid utvärderingen så utförligt som möjligt i upphandlingsdokumentationen. Ett par grundläggande frågor är vad beställaren vill åstadkomma när man använder mervärde som ett kriterium: hur ska bedömningen göras och mot vilka kriterier, och hur utvärderingen ska utformas. En ytterligare fråga som internt måste utredas är vad som ska utvärderas: är det identiska, besläktade eller unika prestationer?

Det kan konstateras att det finns domstolsavgöranden som visar på en förståelse från domstolarnas sida att de upphandlande myndigheterna måste kunna få ha en subjektiv grund i sin bedömning av anbud.

Leverantörerna ansåg att det finns ett behov för att reformera UppLev både till innehåll och bedömning (se tabell 4). Om svaren på frågan om ” UppLev behöver reformeras både avseende innehåll och betygsbedömning” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	4,33
B-Leverantörer	3,69
Totalt	4,00

Tabell 4: UppLev behöver reformeras både avseende innehåll och betygsbedömning.

A-Leverantörer	Håller inte alls med		
	Håller inte med		
	Varken eller		1
	Håller med		8
	Håller med fullständigt		6
B-Leverantörer	Håller inte alls med		1
	Håller inte med		1
	Varken eller		5
	Håller med		4
	Håller med fullständigt		5
B-Leverantörer	Håller inte alls med		1
	Håller inte med		1
	Varken eller		6
	Håller med		12
	Håller med fullständigt		11

Dock verkar UppLev i stort fungera som det kommunikationsverktyg som det var tänkt att vara från början. Leverantörernas ger här ett medelvärde, med en spridning där några tycker det fungerar bra och några tycker det fungerar mindre bra (se tabell 5). Om svaren på frågan om ”UppLev tillför ett värde som kommunikationsverktyg mellan Leverantör och Trafikverket” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	3,20
B-Leverantörer	2,94
Totalt	3,06

Tabell 5: UppLev tillför ett värde som kommunikationsverktyg mellan Leverantör och Trafikverket

A-Leverantörer	Håller inte alls med	1
	Håller inte med	3
	Varken eller	4
	Håller med	6
	Håller med fullständigt	1
B-Leverantörer	Håller inte alls med	3
	Håller inte med	3
	Varken eller	4
	Håller med	6
	Håller med fullständigt	1
Totalt	Håller inte alls med	4
	Håller inte med	6
	Varken eller	8
	Håller med	12
	Håller med fullständigt	2

Det är ur ett likabehandlingsperspektiv viktigt att leverantörerna upplever att bedömningen är i UppLev rättvis. Framförallt om UppLev-bedömningar används som ett mervärde i upphandlingar. Här var leverantörerna till stor del ense om att bedömningarna inte var rättvisa och likvärdiga (se tabell 6). Om svaren på frågan om ”UppLev ger en rättvis bedömning av leverantörens prestation” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	2,20
B-Leverantörer	2,35
Totalt	2,28

Tabell 6: UppLev ger en rättvis bedömning av leverantörens prestation

A-Leverantörer	Håller inte alls med		3
	Håller inte med		7
	Varken eller		4
	Håller med		1
	Håller med fullständigt		
B-Leverantörer	Håller inte alls med		6
	Håller inte med		3
	Varken eller		5
	Håller med		2
	Håller med fullständigt		1
Totalt	Håller inte alls med		9
	Håller inte med		10
	Varken eller		9
	Håller med		3
	Håller med fullständigt		1

Möjligheter med att använda UppLev som mervärde i upphandlingar

De finns en möjlighet till bättre leveranser genom att kunna bedöma tidigare prestationer med bibehållen transparens. Här är det viktigt att lyfta fram att transparensen är viktigt. Om detta inte uppfylls kan det bli problem med rättsosäkerheten. Om processen att använda UppLev som mervärde görs enkel är detta ett verktyg som borde finnas att tillgå, även om det inte används i alla upphandlingar.

Grundtanken är bra om det är rättssäkert och pilotupphandlingarna har gett ett bra utfall och även medfört ett internt förbättringsarbete. Vidare har även intresset hos leverantörerna för sin egen och andras UppLev-bedömningar ökat, då det finns ett tydligt syfte med bedömningen om det används som mervärde vid kommande upphandlingar. Det sätter en viss press på leverantörerna att prestera bra.

Leverantörerna är generellt sett positiva till att Trafikverket använder mervärden i sina upphandlingar (se tabell 7). Om svaren på frågan om ” Det är bra att Trafikverket använder mervärden utöver pris i sina upphandlingar” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	4,60
B-Leverantörer	3,41
Totalt	3,97

Tabell 7: Det är bra att Trafikverket använder mervärden utöver pris i sina upphandlingar.

A-Leverantörer	Håller inte alls med	
	Håller inte med	
	Varken eller	
	Håller med	6
	Håller med fullständigt	9
B-Leverantörer	Håller inte alls med	2
	Håller inte med	2
	Varken eller	3
	Håller med	7
	Håller med fullständigt	3
Totalt	Håller inte alls med	2
	Håller inte med	2
	Varken eller	3
	Håller med	13
	Håller med fullständigt	12

På enkätfrågan om UppLev tillför ett värde för leverantörernas förbättringsarbete var det en liten övervikt av leverantörerna som ansåg detta med fördelning enligt tabell 8. Om svaren på frågan om ”UppLev tillför ett värde för oss som leverantör i vårt interna förbättringsarbete” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	3,47
B-Leverantörer	3,00
Totalt	3,22

Tabell 8: UppLev tillför ett värde för oss som leverantör i vårt interna förbättringsarbete

A-Leverantörer	Håller inte alls med	1
	Håller inte med	1
	Varken eller	4
	Håller med	8
	Håller med fullständigt	1
B-Leverantörer	Håller inte alls med	3
	Håller inte med	3
	Varken eller	3
	Håller med	7
	Håller med fullständigt	1
Totalt	Håller inte alls med	4
	Håller inte med	4
	Varken eller	7
	Håller med	15
	Håller med fullständigt	2

I fritextsvaren från leverantörsenkäten lyftes det fram positiva aspekter av att använda mervärden utöver pris i allmänhet och UppLev som mervärde i synnerhet. Det var positivt att mer än enbart pris utvärderas, att bara konkurrera med lägsta pris driver prisnivåerna nedåt och minskar möjligheten att premiera kompetens och kvalitet. Någon lyfte även fram att det i grunden är bra att kunna ge positivt mervärde för ett tidigare väl genomfört projekt, men att detta behöver göras i tydligare dialog mellan beställare och leverantör. En leverantör gav följande kommentar som:

” Det är positivt att anbudsbedömning sker på mervärden och vår anbudsinsats blir mindre omfattande jämfört med konventionella mervärdesbedömningar. Det är bra att få något tillbaka när man levererar goda resultat i projekt. Goda betyg ger positiva signaler internt - vi vill ha nöjda kunder och feedbacken blir väldigt konkret.”

Dock var det positiva aspekterna även kopplade till att UppLev behöver vara mer transparent och tydligt. UppLev kanske inte på ett bra sätt beskriver den verkliga förmågan. Det som bedöms upplevs som ensidigt där någon eller några personer gör en subjektiv bedömning, som delvis kan beror på relationen mellan beställare och leverantör i det specifika projektet.

Svårigheter med att använda UppLev som mervärde i upphandlingar

Kvaliteten på data i UppLev behöver förbättras och så även möjligheten att plocka ut rapporter. Det var tydligt att många inköpare upplevde ett merarbete och en osäkerhet när rapporter från UppLev skulle tas fram och bedömas. Upplägget med att använda UppLev som mervärde upplevdes av många som juridiskt tveksamt ur ett rättssäkerhetsperspektiv. Här är det viktigt att säkerställa kopplingen till det upphandlade objektet samt att nya aktörer behandlas likvärdigt med befintliga aktörer.

Frågan om rättssäkerheten ställdes även till leverantörerna där dessa i princip var ense om att det var tvivelaktigt att använda UppLev som mervärde i upphandlingar (se tabell 9). Om svaren på frågan om ” Det är problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv att använda UppLev-bedömningar som mervärden i upphandlingar” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	4,07
B-Leverantörer	3,59
Totalt	3,81

Tabell 9: Det är problematiskt ur ett rättssäkerhetsperspektiv att använda UppLev-bedömningar som mervärden i upphandlingar.

A-Leverantörer	Håller inte alls med		
	Håller inte med		1
	Varken eller		2
	Håller med		7
	Håller med fullständigt		5
B-Leverantörer	Håller inte alls med		
	Håller inte med		5
	Varken eller		4
	Håller med		1
	Håller med fullständigt		7
Totalt	Håller inte alls med		0
	Håller inte med		6
	Varken eller		6
	Håller med		8
	Håller med fullständigt		12

Leverantörerna var inte övertygade om att UppLev-bedömningar är det mervärde som ska användas, åtminstone inte in UppLevs nuvarande form (se tabell 10). Om svaren på frågan om ” Det är bra att Trafikverket använder UppLev-bedömningar som mervärden i sina upphandlingar” ges ett värde från 1 (håller inte alls med) till 5 (håller med fullständigt) så fås medelvärde enligt följande:

A-Leverantörer	2,33
B-Leverantörer	2,47
Totalt	2,41

Tabell 10: Det är bra att Trafikverket använder UppLev-bedömningar som mervärden i sina upphandlingar.

A-Leverantörer	Håller inte alls med	5
	Håller inte med	4
	Varken eller	3
	Håller med	2
	Håller med fullständigt	1
B-Leverantörer	Håller inte alls med	7
	Håller inte med	2
	Varken eller	3
	Håller med	3
	Håller med fullständigt	2
Totalt	Håller inte alls med	12
	Håller inte med	6
	Varken eller	6
	Håller med	5
	Håller med fullständigt	3

I fritextsvaren från leverantörsenkäten lyftes det fram förhållandevis många negativa aspekter av att använda UppLev bedömningar i upphandlingar, i alla fall utifrån hur UppLev fungerar idag. Den främsta kritiken är att UppLev bedömningarna upplevs som subjektiva och att kriterierna för bedömningen är otydlig. Det upplevs även att personliga relationer påverkar hur bedömningen blir.

”Ett betyg från ett projekt är inte nödvändigtvis likvärdigt med ett betyg från ett annat projekt.”

Det fanns även kommentarer som mer konkret adresserade att använda UppLev-bedömningar som mervärde i upphandlingar. En aspekt var att det inte gjordes ett lokalt urval av projekt som skulle vara med i bedömningen. Det upplevdes som slumpmässigt vilka projekt som var med i utvärderingen och att relevansen då var svag till det upphandlande objektet.

”Såsom urvalet från UppLev gjorts hitintills visar det i överhuvudtaget inte på leverantörens förmåga att utföra uppdraget. Projekt av helt annan art, storlek, geografi, projektledning etc. får påverkan på utfallet i den entreprenad som upphandlas.”

En kommentar gjordes även att det borde varit fler än de två senaste som var i bedömningen och där ytterligheter, mest positiva och mest negativa, togs bort från utvärderingen. Problematiken avseende nya aktörer lyftes även fram.

”Det system som använts för nya och utländska leverantörer ger otillbörliga konkurrensfördelar då leverantören själv fått välja projekt. Man ser också i upphandlingarna att sådana leverantörer generellt får väldigt höga poäng.”

Överprövade pilotupphandlingar

Under projektets gång har två upphandlingar överprövats. Detta har varit en beräknad risk för Trafikverket, men även en förväntad effekt av pilotupphandlingarna.

Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 775-21

Trafikverket genomförde en upphandling avseende utförande av beläggningsarbeten med halvvarm massa i Dalarnas- och Jämtlands län (KOM-400062). Upphandlingen har två anbudsområden (W10 och Z10) och genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 12 februari 2021 varvid andra bolag än Peab Asfalt AB tilldelades kontrakt i de båda anbudsområdena. Peab Asfalt AB placerade sig på andra plats i båda anbudsområdena.

Parternas argumentation

Peab Asfalt AB (i det följande Peab) ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om. Peab anförde bland annat följande. Av AFB.53 framgår att beställaren kommer att anta det anbud i respektive beläggningsgrupp som är det mest ekonomiskt fördelaktiga för beställaren och att det kommer att avgöras enligt den utvärderingsgrund och tilldelningskriterier som därefter anges. Utvärderingsmodellen sammanfattas på följande sätt: Jämförelsesumma = Anbudssumma – Mervärde (SEK). Peab hävdar att utvärderingsmetoden bryter mot likabehandlingsprincipen. Utvärdering har skett baserat dels på av anbudsgivaren lämnad anbudssumma, dels på ett mervärde baserat på referensuppdrag lämnade i Trafikverkets leverantörsuppföljningssystem ”UppLev”. Peab är sedan tidigare registrerat i UppLev.

Trafikverket anförde att utvärderingsmodellen är förenlig med LOU och att anbudsgivarna har möjlighet till insyn i Trafikverkets utvärdering. Trafikverket hänvisar vidare till leverantörs-uppföljningssystemet UppLev som från 2013 använts för att få enhetliga uppföljningar av leverantörernas leveranser till Trafikverket samt att även säkerställa kontraktsenliga leveranser. Leveranserna utvärderas enligt nio parametrar vilka poängsätts efter en femgradig skala för respektive parameter. Parametrarna är tid, kvalitet, ekonomi, samarbete och kommunikation, dokumentation, teknik och utveckling, säkerhet, trafik och miljö. Det sker en kontinuerlig uppföljning under kontraktsperioden och Trafikverket återkopplar två gånger per år för kontrakt som tecknas av verksamheten Investering och Stora projekt samt en gång per år för kontrakt som tecknas av verksamhetsområdet Underhåll. Varje färdigställt kontrakt får även en slutlig bedömning efter den slutliga leveransen.

I den aktuella upphandlingen gjorde Trafikverket bedömningen att kvalitet, samarbete och kommunikation var de områden som skulle tillföra ett mervärde till de aktuella entreprenaderna. Modellen för detta redovisas i AFB.53. Utvärderingen av de valda parametrarna är avsedda att göras med så aktuella förhållanden som möjligt, vilket är anledningen att det är de två senast färdigställda referensuppdagen (bedömda i UppLev) fram till annonseringsdagen som blir grunden för utvärderingen. Trafikverket hämtar in betygen i UppLev och dessa omvandlas till ett fiktivt monetärt avdrag. Det är alltså inte någon ny bedömning av referensuppdragen. Det är omöjligt för Trafikverket att känna till vilka som ska lämna in anbud vid tidpunkten för annonsering. Det säkerställer således kraven på transparens och likabehandling. Det gör att Trafikverket inte kan välja uppdrag för respektive potentiell anbudsgivare.

Trafikverket hävdar vidare att modellen tillåter både insyn som kontroll av vilka uppdrag som legat till grund för utvärderingen. Den har också varit transparent för anbudsgivarna om de fiktiva avdrag som kommer göras från anbudssumman. Utvärderingsmodellen är därför förenlig med principerna om transparens och likabehandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlande myndigheter är vid upprättandet av upphandlingsdokumenten fria att fastställa de krav och kriterier som kommer att tillmätas betydelse vid upphandlingen.

Den utvärderingsmodell som Trafikverket har valt att tillämpa i upphandlingen beskrivs ingående i upphandlingsdokumenten under koden AFB.53. I AFB.53 finns bland annat redovisat vilka tilldelningskriterier som gäller i upphandlingen, vad mervärdesbedömningen baseras på för det fall anbudsgivaren har registrerade bedömningar i leverantörs-uppföljningssystemet UppLev, utifrån vilken skala bedömningen i UppLev görs samt närmare hur mervärdet räknas fram för respektive anbudsområde i upphandlingen. Därtill kommer att Trafikverket i AFB.53 har exemplifierat hur modellen fungerar i praktiken samt att Trafikverket hänvisat till en webbplats där ytterligare information om UppLev, bedömningsmallar samt kriterier för respektive poäng 1–5 finns att tillgå. Detta är i linje med hur pilotupphandlingarna skulle genomföras för att kunna få genomslag för mervärdesmodellen.

Förvaltningsrätten menar att Peab med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten bör ha haft tillräckligt goda möjligheter att utforma ett konkurrenskraftigt anbud med insikt i vilka referensprojekt som kommer att ligga till grund för utvärderingen och därmed också vilka betyg och fiktiva avdrag som bolaget kommer att erhålla i utvärderingen. Det förhållandet att Trafikverket valt att basera utvärderingen på anbudsgivarens senaste två färdigställda referensuppdrag som är bedömda i UppLev fram till annonseringsdagen är enligt förvaltningsrättens mening förenligt med de grundläggande principerna i LOU. Trafikverket har bestämt att det är de två senaste färdigställda referensuppdragen som ska räknas.

Sammanfattningsvis bedömer förvaltningsrätten att upphandlingsdokumenten och utvärderingsmodellen når upp till kraven på öppenhet och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU och att det inte finnas skäl för ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 228-22 Infranord ./. Trafikverket

Trafikverket genomförde en upphandling för utförande av basunderhåll av Järnvägsanläggningar enligt LUF. Infranord AB ansökte om överprövning och yrkade att upphandlingen skulle göras om på grunden att utvärderingsmodellen är utformad i strid med LUF och att bristerna har medfört skada eller risk för skada för Infranord.

Infranord anförde ett antal grunder för att söka påvisa att Trafikverkets upphandling var utformad i strid med LUF. Den första frågan gällde sammanblandning av kvalificerings-kriterier och utvärderingskriterier.

Infranord menade att tilldelningskriteriet UppLev avser omständigheter som borde vara relaterat till kvalificeringsprocessen. Det pekar inte på offererade personer utan på referensuppdrag oavsett bakgrund för kontrakten som följs upp. Enligt Infranord är detta således referensen som egentligen avser anbudsgivarens allmänna förmåga, kvalifikationer och resurser som utvärderas. Enligt Infranord är därför kriteriet UppLev utformat i strid med LUF samt praxis från EU-domstolen (mål C-532/06 samt C-601/13) och kammarrätten i Stockholms dom i mål 1047-18.

Trafikverket anförde att användandet av UppLev-bedömningar ska ses som att verket använder sina egna referenser vid utvärderingen. Detta har godtagits i praxis. Det är inte någon sammanblandning mellan kvalificerings- och utvärderingsfas. UppLev-bedömningen menar att söka information om hur, med vilken kvalitet, tidigare uppdrag genomförts. Att bara beakta nyckelpersoner vid utvärdering är ett misstag då personer kan sluta sina anställningar, vara tjänstlediga eller föräldralediga vid tidpunkten för genomförande av entreprenaden. Det är således projektet som är i fokus, inte anställd personal. På det sättet kan Trafikverket säkerställa fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Infranord anförde vidare att kriteriet UppLev saknar anknytning till det som ska upphandlas. Här argumenterade bolaget att det strider mot 15 kap. 2 § LUF. De kontrakt som bedöms enligt UppLev är enligt Infranord inte sådana att de ryms inom det aktuella området för den nu aktuella upphandlingen.

Trafikverket hävdar att ett tilldelningskriterium som ska ha anknytning till upphandlingsobjektet inte måste gälla kontraktsföremålets egenskaper som sådana. Den avgränsning som Trafikverket gjort rörande tilldelningskriteriet till den kontraktstyp som Trafikverket anser vara relevanta för upphandlingen: ”baskontrakt eller ny- och ombyggnadsentreprenader, inom trafikslag järnväg och med en kontraktssumma om minst 50 MSEK”. Det är enligt Trafikverket ett medvetet val att inte begränsa kriterierna till att bara avse basunderhåll järnväg. Det finns också flertalet gemensamma kopplingar kring säkerhet, arbetssätt, tekniksslag och så vidare. De områden som Trafikverket till utvärdera i den aktuella upphandlingen (Kvalitet, Samarbete och kommunikation, Säkerhet och Dokumentation) är gemensamma för dessa olika typer av kontrakt.

Infranord menar också att kriteriet UppLev strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet i LUF då det bara är uppdrag utförda för Trafikverket som ska beaktas. Bolaget anser att det inte finns något hinder i sig att en upphandlade enhet använder sina egna referenser. Däremot anser Infranord att dessa referenser måste likställas med andra referenser. Här synes Infranord mena att anbudsgivare som inte haft kontrakt med Trafikverket inte har samma möjligheter att använda andra referenser.

Enligt bolaget skulle det strida mot proportionalitetsprincipen att inte anbudsgivare skulle få använda ”relevanta referensuppdrag utförda för andra beställare”.

Här menar Trafikverket att UppLev-bedömningen måste utgå från just Trafikverkets egna referenser. Det är ett ”mervärde att anbudsgivaren kommer att utföra uppdraget med viss kvalitet, vilket utvärdera mot bakgrund av hur anbudsgivaren har utfört tidigare uppdrag.” Den grundläggande tanken här för Trafikverkets del är att referenserna ska kunna ge Trafikverket en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören har utfört uppdrag tidigare.

Den lösning som Trafikverket valt för anbudsgivare som inte har bedömningar i UppLev har varit att ge dessa en poäng som varken innebär eller påslag eller ett avdrag från anbudssumman. Det är i linje med likabehandlingprincipen.

Infranord menar att kriteriet UppLev står i strid med likabehandlingsprincipen. Skälet till detta anges vara att olika anbudsgivares kan komma att bedömas enligt olika modeller. De olika underkriterierna i den nu aktuella upphandlingen bedöms enligt Infranord på olika grunder.

Härvidlag menar Trafikverket att de aktuella underkriterierna bedöms enligt samma grundmodell även om det kan skilja sig något på detaljnivå. Men det ger enligt Trafikverket ett likvärdigt resultat i slutändan.

Infranord menar också att utvärderingsmodellen innebär att uppdrag som helt saknar relevans för och koppling till det kontrakt som ska upphandlas kan komma att bedömas vid utvärderingen. Modellen kan ge helt godtyckliga resultat och säkerställer inte att Trafikverket erhåller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Infranord hänvisar till hur leverantörsuppföljningen går till enligt Trafikverkets hemsida. För vissa kontrakt sker uppföljningen två gånger per år, för andra kontrakt görs den en gång per år.

Trafikverket menar att Infranords påståenden är felaktiga. Det är även inte rätt att olika referensprojekt skulle bedömas enligt helt olika bedömningsmodeller. Här pekar Trafikverket på att modellen tydligt beskrivs i AFB.53. Det kan inte heller leda till helt godtyckliga resultat. Kriterierna är tydliga, fasta och utförligt beskrivna. Modellen motverkar i själva verket godtycklig poängsättning. Utvärderingsmodellen är till för att kunna Trafikverket de bästa förutsättningarna för att kunna anta anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.

Infranord anför att man menar att kriteriet UppLev är utformat på ett motsägelsefullt och otydligt sätt. Här vill bolaget peka på att bedömningsmallarna inom Trafikverket är otydliga, i flera fall motsägelsefulla och i vissa fall går det inte att utläsa om kriterierna innebär bedömning av samma omständigheter eller om det skiljer sig dem emellan. Det är en otydlighet som leder till att leverantörerna inte kan veta vilken grund som finns för betygsgivningen hos Trafikverket.

Trafikverket menar att bedömningskriterierna inte är motsägelsefulla eller otydliga. Det är enligt Trafikverket en ”väl genomarbetad modell med fasta och utförligt beskrivna kriterier över vad som bedömas i ett uppdrag”. Kriterierna är hela tiden kända för leverantören och denne har möjlighet att få vetskap om sina slutliga poäng i de kontrakt som kommer att beaktas vid utvärderingen. Trafikverket medger att det självklart återfinns subjektiva moment i en beställares utvärdering av en leverantör och dennes leverans och prestationer. Så länge utvärderingen sker på objektiva grunder, utifrån bedömningskriterier och poängskalor, är detta inte något som strider mot LUF. Detta utrymme för subjektivitet måste finnas för den upphandlande enheten.

Slutligen hävdar Infranord att kriteriet UppLev innebär en fri prövningsrätt för Trafikverket. Enligt bolaget innebär kriteriet UppLev ”obegränsade möjligheter till skönsmässiga bedömningar från Trafikverkets sida”. Infranord menar här att Trafikverket kan bestämma vilken poäng de olika anbudsgivarna ska erhålla vid utvärderingen av UppLev. De tillkortakommanden som finns inom Trafikverket leder till en möjlighet för verket att helt skönsmässigt bestämma poängen. Med andra ord en fri prövningsrätt för Trafikverket enligt bolagets mening.

Trafikverket kommenterar denna grund från Infranord med att påtala att det finns ett system för leverantörer som vill påtala oklarheter, vid såväl byggmöten som bedömningsmöten. Avseende uppföljning enlig UppLev finns också en möjlighet för leverantören att ta frågan vidare till respektive ombud om man inte är överens med Trafikverket.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten inleder med att hänvisa till EU-domstolens mål C-532/06 Lianakis där man slagit fast att kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier inte får sammanblandas. Av nämnda avgörande framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan däremot inte utläsas av vare sig

LUF eller EU-rättslig praxis, så länge referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förvaltningsrätten lade stor vikt vid utformningen av AFB.53 och bedömningsgrunderna i UppLev.

”Av AFB.53 framgår att anbudsutvärderingen av kvalificerade anbudsgivares anbud kommer att baseras dels på lämnad anbudssumma, dels på värdering utifrån bedömningar i Trafikverkets leveransuppföljningssystem UppLev. Av AFB.53 framgår vidare att det är ett mervärde för Trafikverket att anbudsgivaren utför entreprenaden med en viss kvalitet och att detta utvärderas mot bakgrund av hur anbudsgivaren har utfört tidigare entreprenader. I denna upphandling uppges det vara områdena Kvalitet, Samarbete och kommunikation, Säkerhet samt Dokumentation som kommer att värderas. De kriterier och bedömningsfrågor som leverantörens prestation ska bedömas utifrån i UppLev-systemet framstår som nära kopplade till hur leverantören utfört tidigare uppdrag med avseende på kvalitet och därigenom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid dessa förhållanden har Infranord inte visat att utvärderingskriteriet UppLev avser omständigheter som huvudsakligen är att hänföra till anbudsgivarens allmänna förmåga att utföra uppdraget. Det har sålunda inte skett någon otillåten sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier genom den valda utvärderingsmodellen, varför skäl saknas för ingripande enligt LUF utifrån vad Infranord har anfört i denna del.”

Domstolen fortsätter med att det av 15 kap. 2 § LUF framgår att en upphandlande enhet som utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållande mellan pris och kvalitet ska bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som anskaffas. Vidare framgår att ett tilldelningskriterium ska anses ha anknytning till den vara, tjänst eller byggentreprenad som ska anskaffas om kriteriet i något avseende hänför sig till denna vara eller tjänst eller byggnadsverket under något skede av livscykeln.

Det nu upphandlade kontraktet avser utförande av basunderhåll av järnvägsanläggningar och omfattar förebyggande och avhjälpande underhåll på totalt nio bandelar. Rätten delade inte Infranords uppfattning om att sådana referensuppdrag som enligt AFB.53 kommer att utvärderas, dvs. baskontrakt eller ny- och ombyggnadsentreprenader inom trafikslag järnväg med en kontraktssumma om minst 50 miljoner kr, är helt irrelevanta för uppdraget och att tilldelningskriteriet UppLev saknar anknytning till det som ska anskaffas.

Rätten fastslår sedan att det är:

möjligt för upphandlande enheter att använda sig av egna referenser i såväl kvalificeringsfasen som utvärderingsfasen under förutsättning att det framgår av upphandlingsdokumenten och detta sker på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i LUF inte träds för när (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 9-18 och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2504-10).

Rätten säger vidare att Trafikverket i förevarande fall angett i upphandlingsdokumenten hur mervärdesbedömningen kommer att genomföras och vad som gäller i fråga om anbudsgivare som finns registrerade i UppLev respektive anbudsgivare som saknar eller har färre än fyra avslutade bedömningar i UppLev. Såsom upphandlingsdokumenten är utformade kommer alla anbudsgivare som har registrerade bedömningar i UppLev respektive alla anbudsgivare som saknar eller har färre än fyra avslutade bedömningar i UppLev att behandlas lika i utvärderingen. Trafikverkets val att använda sig av UppLev på det sätt som föreskrivs i upphandlingsdokumenten strider inte mot likabehandlingsprincipen.

Det framstår vidare som rimligt och ändamålsenligt att Trafikverket i egenskap av beställare ges möjlighet att utvärdera och poängsätta leverantörer som tidigare har utfört uppdrag av liknande art för Trafikverket i syfte att identifiera det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Kriteriet UppLev är således förenligt med proportionalitetsprincipen. Det förtjänar här att påpekas att upphandlingsdokumenten inte är utformade på sådant sätt att en anbudsgivare som saknar UppLev-bedömda uppdrag diskvalificeras från att delta i utvärderingen av den anledningen.

Förvaltningsrätten knyter sedan an till den fasta praxis som råder sedan tjugo år tillbaka. Det är den upphandlande myndigheten som har tolkningsföreträde rörande utformning och utvärderingsmodeller.

Av praxis framgår att upphandlingsdokument inte behöver vara optimalt utformade men att de ska vara så klart och tydligt utformade att en leverantör på grundval av dessa kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Domstolen pekar sedan på att utvärderingsmodellen ger möjlighet för i princip alla leverantörer att kunna bli bedömda enligt mervärdesmodellen. Den utvärderingsmodell som Trafikverket har valt att tillämpa i upphandlingen beskrivs ingående i upphandlingsdokumenten under koden AFB.53, vari det bl.a. finns redovisat vilka tilldelningskriterier som gäller i upphandlingen, vad mervärdesbedömningen baseras på för det fall anbudsgivaren har registrerade bedömningar i UppLev, utifrån vilken skala bedömningen i UppLev görs samt närmare hur mervärdet räknas för respektive bedömt område.

Trafikverket har därtill i AFB.53 angett vilket betyg de anbudsgivare som saknar eller har färre än fyra avslutade bedömningar i UppLev kommer att erhålla och har exemplifierat hur modellen att beräkna avdrag eller påslag fungerar i praktiken. Trafikverket har vidare hänvisat till en webbplats där ytterligare information om UppLev, bedömningsmallar samt kriterier för respektive poäng 1-5 finns att tillgå.

Det ligger i sakens natur att referenten vid en referenstagning gör en bedömning utifrån den erfarenhet denne har av leverantören i fråga och vissa skönsmässiga inslag är ofrånkomliga vid en utvärdering av kriterier såsom kvalitet i tidigare leveranser och prestationer. I förevarande fall är utrymmet för skönsmässiga bedömningar klart begränsat till följd av de bedömningsmallar som finns i UppLev och de kriterier och betygsnivåer som beskrivs däri. Utvärderingsmodellen och kriteriet UppLev kan därför inte sägas öppna upp för en fri prövningsrätt för Trafikverket.

Kommentarer rörande de två avgörandena

Trafikverket vinner framgång i bägge fallen. Målet 228-22 överklagades till såväl kammarrätten som Högsta förvaltningsdomstolen av Infranord utan framgång. Vi kan konstatera att de grunder som de överprövande parterna anför, i sak snarast berör osäkerhetsmoment rörande utvärderingsmodellen som sådan. I målet 228-22 säger också Infranord att man i sak inte har några invändningar mot att Trafikverket kan använda sina interna referenser i utvärderingsfasen. Förvaltningsrätterna i de två målen ger Trafikverket i allt rätt rörande mervärdesmodellen och användandet av UppLev utifrån frågeställningarna från de överprövande parterna. Förvaltningsrättens bedömning i mål 228-22 rörande betyg för de leverantörer med färre än fyra avslutade bedömningar i UppLev får anses gälla tills annan prövning görs

Slutsatser

Som andra studier visat så finns det rimliga skäl att bedöma tidigare erfarenhet av leverantörer vid upphandlingar. I den privata sektorn görs detta mer som regel än undantag, men för offentliga aktörer måste detta göras inom ramen för regelverk kopplat till offentlig upphandling. Tidigare studier har lyft fram att detta svårligen kan göras inom ramen för offentlig upphandling och då antagligen endast som kvalificering.

Det unika med Trafikverkets pilotupphandlingar, som studerats i denna studie, är att tidigare erfarenhet inte hanterats som kvalificering utan som mervärde vid bedömning tillsammans med pris. Det vill säga att en entreprenör som genomfört kontraktsarbeten på ett bra sätt tidigare har större chans att få tilldelat kommande kontrakt.

30 upphandlingar genomfördes, varav 4 av olika skäl inte slutfördes. Av de 26 som var kvar blev 2 överprövade. I båda dessa överprövningar bedömde domstolarna att Trafikverket uppfyllt grundläggande villkor avseende regelverket kopplat till offentlig upphandling. Då ur ett rättssäkerhetsperspektiv var Trafikverkets upplägg i pilotupphandlingarna korrekt, i alla fall utifrån de grunder som leverantörerna valde att överpröva på. Det är dock fortfarande oklart om hur kopplingen till kontraktsföremålet och avtalsuppföljningen går att sammanföra utan att de grundläggande rättsprinciperna i LOU överträds. Rättsläget är oklart i denna fråga och doktrin är inte entydig vad gäller möjligheten att använda tidigare erfarenhet som mervärde. Denna studie har gett en del svar avseende under vilka förutsättningar som detta är möjligt genom att det funnits en grundläggande, om än inte entusiastisk, acceptans internt hos Trafikverkets inköpare och hos leverantörerna.

Dock var tydligt från både intervjuer med inköpare och enkät till leverantörer att det fanns upplevelse om att det var rättsosäkert. En aspekt som lyftes var UppLev som avtalsuppföljningsmetod, framförallt tydlighet och likriktighet i de betygsbedömningar som görs. Nu verkar det finnas en uppfattning om att det betyg du får i UppLev till stor del beror på de personliga relationer, bra eller dåliga, som funnits mellan beställare och leverantör.

En aspekt var att betygssättningen i UppLev behöver tydliggöras så att det blir objektivt om vad som ska ge ett visst betyg. Det går antagligen inte att helt ta bort subjektiviteten, men ju mer objektivt och likriktad en bedömning är desto mer tillit ges till bedömningen. Detta är inte minst viktigt om bedömningen kommer att bedömas vid upphandling av kommande kontrakt, oberoende om det är som mervärde eller kvalificering.

Ett uppenbart problem som då uppkommer är hur de leverantörer som inte har någon UppLev bedömning ska hanteras. Det nuvarande upplägget med att nya aktörer ska komma med egna referenser upplevdes som problematiskt både från inköpare och leverantörer, eftersom det i någon mening bryter mot likabehandlingsprincipen. Tidigare studier har dock lyft fram att nya aktörer inte behöver vara ett problem (Spagnolo 2014), här anses det dock att nya aktörer bör ges ett schablonmässigt mervärde, exempelvis noll eller ett maxvärde. I en av piloterna gjordes det på detta sätt att en ny aktör gavs mervärdet noll. Frågan är dock hur dessa olika angreppssätt skulle stå sig vid en rättsprövning, det vill säga hur säkerställs likabehandling.

En annan fråga som togs upp, av både inköpare och leverantörer, är vilka och hur många UppLev bedömningar som ska ingå vid bedömning av mervärdet. I pilotupphandlingarna var det de två senaste för en leverantör på nationell basis, det vill säga fokus låg på att bedöma leverantören som organisation och inte hur de lokalt/regionalt presterar. Detta fick kritik från både leverantörer och inköpare, bland annat var det ett av grunderna för Infranords

överprövning. Argumentet kan föras att genom en mer lokal/regional bedömning så kanske kopplingen till det upphandlade objektet blivit tydligare, och ännu mer så om det även tydligare kopplades till typ av projekt. Det vill säga att för exempelvis ett järnvägsprojekt tas bara UppLev bedömningar som berör järnvägsprojekt med.

Argumentet mot en mer lokal/regional och projektspecifik bedömning är att det motverkar den indirekta lärandeeffekt som detta kan ha på leverantören. Det vill säga att detta medför att leverantören behöver se över hela sin verksamhet. Det finns även en problematik kopplat till nya aktörer som inte har en UppLev bedömning. I det nuvarande upplägget, med att nya aktörer själv ska bidra med referenser från de två senaste projekten, kan det bli problem kopplat principen om icke-diskriminering. Det vill säga att om det är de två senaste på lokal/regional nivå så blir kopplingen till de referensprojekt som en ny aktör presenterar i princip omöjliga att bedöma, för de är ju per definition inte lokala/regionala.

Sammanfattningsvis kan sägas att det fanns en mängd positiva aspekter av de genomförda pilotupphandlingarna. En var att intresset för UppLev bedömningarna ökat, från både Trafikverket och leverantörerna. Oberoende av om Trafikverket kommer att fortsätta använda Upplev som mervärde (just nu är beslutet att inte fortsätta med det upplägg som fanns i pilotupphandlingarna) så har pilotupphandlingar öppnat upp för en behövlig utvärdering av UppLev och ett förbättringsarbete har påbörjats. En annan positiv aspekt är att användandet mervärden i upphandlingar tydliggjorts, exempelvis är leverantörerna tydligt positiva till att mervärden används, dock kanske inte mervärde med UppLev som i pilotupphandlingarna. Från ett inköpsperspektiv upplevdes det även som positivt att kunna bedöma tidigare erfarenhet vid tilldelning av kontrakt, om detta kan göras rättssäkert med bibehållen transparens.

Aspekter som behöver utvecklas om det upplägg av att bedöma tidigare erfarenhet som funnits i de studerade pilotupphandlingarna ska användas framtiden är:

- Sökbarheten för att hitta rätt UppLev bedömningar behöver förbättras. I pilotupphandlingarna hade referenser i UppLev en begränsad sökbarhet och medförde ett merarbete för inköparna i anbudsvärderingen.
- Tydligare motiveringar av vilka UppLev bedömningskriterier som ska användas behövs, i många av pilotupphandlingarna angavs bara vilka kriterier som skulle användas utan direkt motiv till varför.
    - Utvärderingens mål är att producera värderingskunskap, genom att säga något om utvärderingsobjektets meriter och värde. Hur bedömningsarbetet kan genomföras kan analyseras med hjälp av fyra frågor
        1. Vilka värdekriterier ska bedömas?
        2. Med vilka mått ska kriterierna preciseras?
        3. Enligt vilka principer ska jämförelsen ske?
        4. Skall resultat vägas samman och i så fall hur?
- Utreda på vilket sätt som nya aktörer ska ges mervärden, om de inte har någon tidigare bedömning i UppLev

Referenser

Rättsfall

EU-domstolen
C-448/01 EVN och Wienstrom ECLI:EU:C:2003:651
C-532/06 Lianakis ECLI:EU:C:2008:40
C-601/13 Ambisig ECLI:EU:C:2015:204
C-6/15 TNS Dimarso ECLI:EU:C:2016:555

Högsta Förvaltningsdomstolen
RÅ 2002 ref. 50.
HFD, beslut meddelat 22 augusti 2022, mål nr 4604-22
Kammarrätter
Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2850-20.
Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2504-10
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 9-18
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1047-18
Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4285-22
Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 887-22

Förvaltningsrätter
Förvaltningsrätten i Falun, mål 775-21
Förvaltningsrätten i Falun, mål nr 228-22
Förvaltningsrätten i Jönköping, mål 6154-17

Litteratur

Aberdeen Group. (2002). The Supplier Performance Measurement Benchmarking Report. iSource.

Albano, G L. Berardino, C. och Iozzi, A. (2017) Public procurement with unverifiable quality: The case for discriminatory competitive procedures, Journal of Public Economics, 145, 14-26.

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.

Bergman, M. (2021) Nationalekonomiska aspekter vid upphandling av kvalitet, Uppdragsrapport, Upphandlingsmyndigheten.

Berrios, R. (2006) Government Contracts and Contractor Behavior, Journal of Business Ethics, 63, 119-130.

Butler, J V. Carbone, E. Conzo, P. och Spagnolo, G. (2020) Past performance and entry in procurement: An experimental investigation, Journal of Economic Behavior and Organization, 173, 179-195.

Cabinet Office (2020) Transforming public procurement, Parliamentary Secretary at the Cabinet Office, APS Group, UK.

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.

Elyamany, A och Abdelrahman, M. (2010) Contractor Performance Evaluations for the Best Value of Superpave Projects, Journal of Construction Enginnering and Management, 136(5), 606-614.

Fiorino, N. Galli, E. Rizzo, I. och Valente, M. (2018) Public Procurement and Reputation: An Agent-Based Model, SPRU Working Paper Series, Science Policy Research Unit, University of Sussex, UK.

Goodrich, W W. (1997) Past Performance as an Evaluation Factor in Public Contract Source Selection, The American University Law Review, 47, 1539-1624.

Klein, B. and Leffler, K B. (1981) The Role of Market Forces in Assuring Contractual Performance, Journal of Political Economy, 89(4), 615-641.

Karlsson Westergren, C. (2023) Avtalsuppföljning inom offentlig upphandling – säkerställer konkurrens och avtalad kvalitet till avtalat pris, Konkurrensverket Uppdragsforskningsrapport 2023:1

Lundberg, S, Arve M, Bergman M A samt Henriksson L, K (2022) Konjunkturrådets rapport 2022: Offentlig upphandling – i gränslandet mellan ekonomi och juridik. SNS

Snider, K F. och Walkner, M F. (2001) Best Practices and Protests: Toward Effective Use og Past Performance as a Criterion in Source Selection, Journal of Public Procurement, 1(1), 96-122.

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

Spagnolo, G. (2014) Reputation for Quality and Entry in Procurement: Is there a Trade-Off? FREE Policy Brief Series, The Forum for Research on Eastern Europe and Emerging Economies, FREE.

Shapiro, C (1983) Premiums for High Quality Products as Returns to Reputations, The Quarterly Journal of Economics , 98 (4) 659-680.

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