
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Som nämnts i min föregående krönika är EG-direktiven om offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna, en procedurlagstiftning som reglerar upphandlingsprocessen från början, dvs. från det att den upphandlande myndigheten eller enheten beslutar att genomföra upphandling, till slut, dvs. till dess att tiodagarsfristen för överprövning löpt ut och det föreligger ett undertecknat upphandlingskontrakt.¹

Det mest väsentliga är dock det som utspelar sig mellan början och slut, dvs. själva upphandlingen, och denna kan schematiskt indelas i ett antal olika faser. Något översiktligt kan dessa sägas vara val av upphandlingsförfarande, annonsering, uteslutningsprövning, leverantörskvalificering, anbudsutvärdering, tilldelningsbeslut och tecknande av kontrakt.² Dessa faser är å ena sidan på ett sätt alla lika betydelsefulla, såtillvida att de var och en är helt nödvändiga för att en upphandling skall kunna genomföras. Å andra sidan kan man inte undgå att konstatera att vissa av faserna i en upphandling framstår som särskilt avgörande för utgången av upphandlingen och därför är av särskilt stor praktisk betydelse, något som inte minst bekräftas av att genomförandet av dessa faser oftare än de andra blir föremål för domstolsprövning.³ De faser i upphandlingsprocessen som från detta perspektiv framstår som mest betydelsefulla är, möjligen tillsammans med uteslutningsprövningen, leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen.

* Jur. kand., biträdande jurist vid Advokatfirman Delphi i Stockholm.

¹ ERT 2008 s. 1119.

² Vissa variationer förekommer dock beroende på vilket upphandlingsförfarande som tillämpas. Som exempel på detta kan nämnas att upphandlande myndigheter och enheter enligt vissa undantagsbestämmelser ibland får genomföra upphandling utan föregående annonsering och att leverantörskvalificering och därtill ett urval bland kvalificerade anbudssökande (leverantörer som ansökt om att få lämna anbud) vid selektivt och förhandlat förfarande samt urvalsförfarande genomförs före anbudsgivningen.

³ Juhlin, Pedersen och Ulfsdotter Forssell, Länsrätternas domar om offentlig upphandling, Konkurrensverkets rapportserie 2007:2.

Vid en första anblick kan skillnaden mellan leverantörskvalificering och anbudsutvärdering te sig oproblematisk för att inte säga uppenbar; leverantörskvalificeringen är prövningen av leverantörerna och anbudsutvärderingen är prövningen av deras anbud. Vid en närmare betraktelse, och i synnerhet om perspektivet är praktiskt snarare än teoretiskt, finner man dock att gränsdragningen dem emellan ibland är allt annat än enkel. Det gäller inte minst vid upphandling av tjänster då omständigheter som rör en leverantörs förmåga i hög grad påverkar kvaliteten av och andra egenskaper hos de tjänster som erbjuds i anbudet. Till saken hör också att EG-domstolen under föregående år intagit en betydligt strängare hållning i frågan än vad som hittills skett i den praktiska tillämpningen av reglerna i såväl Sverige som andra medlemsstater.

Jag kommer i denna upphandlingskrönika att mot bakgrund av EG-domstolens rättspraxis belysa förhållandet mellan leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen. Eftersom bestämmelserna för upphandling i försörjningssektorerna och upphandlingar under tröskelvärdena i nu aktuella avseende är mer flexibla än bestämmelserna för upphandlingar över tröskelvärdena i den klassiska sektorn, och den beskrivna problematiken därför främst är ett problem för den klassiska sektorn, avser den följande redogörelsen endast rättsläget enligt LOU och upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn.

2. KORT INTRODUKTION TILL LEVERANTÖRSKVALIFICERING OCH ANBUDSUTVÄRDERING

2.1 Leverantörskvalificering

Syftet med leverantörskvalificeringen är att göra en bedömning av leverantörernas förmåga att leverera de varor respektive utföra de tjänster eller byggtreprenadarbeten som upphandlingen avser. Vid leverantörskvalificeringen görs det inte någon relativ bedömning av leverantörerna, dvs. någon bedömning av i vilken utsträckning leverantörerna uppfyller kvalificeringskraven. Antingen bedöms en leverantör klara av att genomföra det kontrakt som upphandlas eller också bedöms leverantören inte klara av det. De leverantörer som uppfyller kvalificeringskraven går vidare till anbudsutvärderingen, medan övriga leverantörers anbud förkastas.

Det bör observeras att en upphandlande myndighet inte är skyldig att genomföra någon leverantörskvalificering. Tungt vägande praktiska skäl talar dock för att en leverantörskvalificering bör göras i alla upphandlingar, eftersom den myndighet som inte ställer några kvalificeringskrav riskerar att bli tvungen att anta ett anbud från en leverantör som inte klarar av att fullgöra kontraktet.

De kvalificeringskrav som ställs i en upphandling skall framgå av annonsen om upphandlingen och överensstämna med bestämmelserna i 11 kap. 7–15 §§

LOU. Bestämmelserna i dessa paragrafer reglerar inte uttryckligen de kvalificeringskrav som får ställas, utan de bevis om leverantörernas ekonomiska ställning (7–9 §§) och tekniska och yrkesmässiga kapacitet (10–11 och 13–15 §§) som den upphandlande myndigheten får begära in. Av bestämmelserna kan dock motsatsvis utläsas vilka krav som kan ställas på leverantörernas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Om ett bevismedel finns uppräknat i bestämmelserna får krav som kan styrkas med detta bevismedel ställas, förutsatt att kraven är relevanta för den aktuella upphandlingen och förenliga med de grundläggande EG-rättsliga principerna.

Det bör också observeras att uppräknningen av tillåtna bevis endast är uttömmande när det gäller bevis som rör teknisk och yrkesmässig kapacitet, vilket innebär att det kan vara möjligt att även ställa vissa sådana krav rörande finansiell och ekonomisk ställning som inte kan styrkas med hjälp av något av de bevis som framgår av 7–9 §§.

2.2 Anbudsvärdering

Anbudsvärderingen är den fas i upphandlingen under vilken den upphandlande myndigheten bedömer vilken av anbudsgivarna som lämnat det anbud som bäst tillgodoser myndighetens behov, såsom de definierats i förfrågningsunderlaget.

Vid offentlig upphandling finns det två alternativa utvärderingsgrunder som kan tillämpas vid anbudsvärderingen. Antingen skall det anbud antas som är det, från den upphandlande myndighetens synpunkt, ekonomiskt mest fördelaktiga eller också skall det anbud antas som har det lägsta priset (12 kap. 1 § LOU).

En förutsättning för att anbudet med det lägsta priset skall kunna antas är att det uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget. Genom att ställa höga obligatoriska kvalitetskrav kan den upphandlande myndigheten säkerställa att de offererade varorna, tjänsterna eller byggtreprenadarbetena håller hög kvalitet trots att endast priset blir föremål för utvärdering.

När utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används skall det anbud antas som uppfyller alla förfrågningsunderlagets krav och som vid en bedömning av anbudet, enligt de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna, är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av 12 kap. 1 § andra stycket LOU framgår att utvärderingskriterierna kan avse pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. Av bestämmelsen framgår emellertid också att denna lista inte är uttömmande utan endast exemplifierande.

3. DEN SVÅRA KONSTEN ATT HÅLLA ISÄR LEVERANTÖRSKVALIFICERING OCH ANBUDESUTVÄRDERING

3.1 Relevanta bestämmelser och tidigare rättspraxis

Av 11 kap. 1 § LOU framgår att leverantörskvalificeringen skall genomföras före anbudsutvärderingen.⁴ Bestämmelsen innebär, även om detta måhända uttrycks mer diffust än i motsvarande bestämmelse i 1 kap. 20 a § i den tidigare lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ett förbud mot att sammanblanda leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen.⁵ Att en bedömning av leverantörerna av det slag som görs vid leverantörskvalificeringen inte får göras vid anbudsutvärderingen framgår också av att det i LOU anges att de kriterier som används vid anbudsutvärderingen skall vara ”kopplade till föremålet för kontraktet” (12 kap. 1 § andra stycket LOU), dvs. avse det som upphandlas.

Att leverantörskvalificering och anbudsutvärdering är två skilda processer som inte får sammanblandas har också fastslagits bl.a. i EG-domstolens domar i *Beentjes* och *GAT*.⁶ I dessa mål konstaterade EG-domstolen också att även om upphandlande myndigheter själva tillåts välja vilka utvärderingskriterier de vill tillämpa finns det en begränsning i valfriheten såtillvida att de kriterier som väljs måste vara kriterier som syftar till att fastställa vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Det har således sedan länge stått klart att det inte varit tillåtet att sammanblanda leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen. Riktigt hur långtgående kravet på åtskillnad var har dock inte varit känt. Nämnade bestämmelser och rättspraxis uppfattades länge av många bedömare som att det i och för sig inte fanns något hinder mot att vid anbudsutvärderingen ta hänsyn till leverantörernas förmåga, kapacitet m.m. så länge detta gjordes i syfte att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte, som vid leverantörskvalificeringen, för att bedöma om leverantörerna överhuvudtaget hade förmåga att fullgöra kontraktet. Enkelt uttryckt ansågs det således möjligt att vid leverantörskvalificeringen bedöma *om* leverantörerna kunde fullgöra det aktuella kontraktet (kvantitativ bedömning av förmåga, kapacitet m.m.) för att därefter vid anbudsutvärderingen bedöma *hur bra* de kunde förväntas utföra kontraktet

⁴ Vilket med hänsyn till att någon skyldighet att genomföra en leverantörskvalificering inte finns får förstås som att leverantörskvalificeringen, *i den mån den genomförs*, skall genomföras före anbudsutvärderingen.

⁵ Prop. 2006/07:128 s. 391.

⁶ Mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands, REG 1998 s. 4635 och mål C-315/01 Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH (GAT) mot Österreichische Autobahnen und Schnellstraßen AG (ÖSAG), REG 2003 s. I-6351.

(kvalitativ bedömning av förmåga, kapacitet m.m.). Som praktiskt exempel på detta kan nämnas att det länge varit vanligt förekommande att vid upphandling av tjänster utvärdera kvaliteten i de offererade tjänsterna på grundval av omdömen (referenser) från leverantörernas tidigare kunder. Skälet till detta är naturligtvis att kvaliteten m.fl. egenskaper hos tjänster, till skillnad från de flesta varor, inte kan iakttas vid upphandlingstillfället utan först då de utförs under den efterföljande kontraktstiden.

Tilläggs kan i sammanhanget också att den allmänna uppfattningen varit att detta bekräftats av det faktum att EG-domstolen uttalat att leveranssäkerhet kunde användas som utvärderingskriterium.⁷ Detta eftersom det förefaller svårt att utvärdera den leveranssäkerhet som en leverantör offererat utan att ta hänsyn till hur leverantören organiserat sin verksamhet.

Genom EG-domstolens dom i *Lianakis* får det dock numera anses klarlagt att kravet på åtskillnad mellan leverantörskvalificering och anbudsutvärdering är mer långtgående än vad som tidigare allmänt ansetts vara fallet.⁸ Prövningen i målet utgick visserligen från det äldre upphandlingsdirektivet för tjänster (92/50/EEG) men är lika relevanta för LOU och det nya klassiska upphandlingsdirektivet, eftersom de aktuella bestämmelserna i allt väsentligt är likalydande.

3.2 EG-domstolens dom i Lianakis

Huvudfrågan i *Lianakis* var om omständigheter hänförliga till anbudsgivaren kunde anses utgöra, dvs. fick användas som, utvärderingskriterier (med EG-domstolens terminologi ”kriterier för tilldelning av kontrakt”).

EG-domstolen upprepade inledningsvis vad den tidigare uttalat i bl.a. *Beentjes* och *GAT* dvs. att upphandlande myndigheter, även om de själva tillåts välja vilka utvärderingskriterier de vill tillämpa, är begränsade i sin valfrihet såtillvida att de kriterier som väljs måste vara kriterier som syftar till att fastställa vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Därutöver gick emellertid EG-domstolen ett steg längre än i tidigare domar genom att uttala följande.

”De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra ’kriterier för tilldelning’.

I målen vid den nationella domstolen avser de kriterier som den upphandlande myndigheten valt såsom ’kriterier för tilldelning’ emellertid huvudsakligen vilken

⁷ Se EG-domstolens uttalanden i mål C-324/93, *The Queen mot Secretary of State for Home Department*, ex parte *Evans Medical Ltd och Macfarlan Smith Ltd.*, REG 1995 s. I-563, såsom dessa uttalanden av EG-domstolen förklarats i mål C-19/00, *SIAC Construction mot County Council of the County of Mayo*, REG 2001 s. I-7725.

⁸ Mål C-532/06 *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon och Nikolaos Vlachopoulos mot Dimos Alexandroupolis m.fl.*, REG 2008 s. I-251.

erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga. Det rör sig därvid om kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och som således inte utgör 'kriterier för tilldelning' i den mening som avses i artikel 36.1 i direktiv 92/50.⁹

Enligt EG-domstolen är det således vid anbudsutvärderingen inte tillåtet att utvärdera omständigheter hänförliga till leverantörerna ens för att bedöma *hur bra* de kan förväntas utföra kontraktet. Uttalandena i *Lianakis* innebär med andra ord att det, till skillnad från vad många tidigare trott, inte är tillåtet att vid anbudsutvärderingen göra en kvalitativ bedömning av leverantörernas förmåga att utföra det aktuella projektet.

4. PRAKTISKA KONSEKVENSER AV LIANAKIS

Mot bakgrund av den praktiska hantering av leverantörskvalificering och anbudsutvärdering som hittills tillämpats i såväl Sverige som de flesta andra medlemsstater, och då särskilt med avseende på den kvalitativa bedömningen av leverantörernas förmåga att fullgöra kontraktet, har *Lianakis* slagit ned som något av en "bomb" i upphandlingskretsar. För svenskt vidkommande kan denna bomb dock fortfarande beskrivas som "tickande". Medan konsekvenserna av *Lianakis* diskuterats livligt i andra medlemsstater har det nämligen hittills varit förvånansvärt lite debatt om domen i Sverige och detta trots att upphandlande myndigheter som fortsätter i gamla invanda hjulspår riskerar att bryta mot LOU med allt vad det innebär i form av exponering för överprövningar och skadeståndskrav.¹⁰

För egen del skulle jag emellertid vilja förutspå följande beträffande de mer långsiktiga praktiska konsekvenserna av *Lianakis*.

Sannolikt kommer fokus i upphandlingarna att behöva förskjutas från anbudsutvärderingen till leverantörskvalificeringen. Detta eftersom behovet, när leverantörernas förmåga, kapacitet m.m. inte kan beaktas vid anbudsutvärderingen, av att utförligt pröva dessa omständigheter vid leverantörskvalificeringen kommer att öka.

Vidare kommer anbudsutvärderingen framöver dels att i högre grad avse omständigheter som är enkla att mäta och utvärdera, t.ex. pris, dels att behöva göras mer "strikt på det som offereras", dvs. baserat på de uppgifter som lämnats i anbudet. Det senare innebär enkelt uttryckt att upphandlande myndigheter i högre utsträckning kommer att tvingas ta för gott att de uppgifter som leveran-

⁹ *Lianakis*, punkterna 30–31.

¹⁰ I den begränsade debatt som trots allt förevarit bör dock särskilt nämnas den detaljerade redogörelse för domen och dess konsekvenser som advokaterna Louise Widén och Niklas Sjöblom stod för vid Upphandlingsforum 2008.

törerna lämnat i anbuderna är korrekta, t.ex. beträffande erbjuden kvalitet, utan att i samband med upphandlingen ha möjlighet att kunna kontrollera hur det verkligen förhåller sig. Eventuella brister i förhållande till vad som utlovats i anbudet blir då i huvudsak en avtalsrättslig fråga mellan den vinnande leverantören och den upphandlande myndigheten, vilket kan tyckas olyckligt eftersom övriga leverantörer då i princip förlorar möjligheten att påkalla domstolsprövning av huruvida ett anbud uppfyller en viss nivå i fråga om kvalitet m.m.

Avslutningsvis kan jag inte låta bli att göra reflektionen att EG-domstolens dom i *Lianakis* sätter fingret på att regelverket, i vart fall när det gäller upphandling av tjänster, kan ha fått en alltför stelbent utformning. För egen del anser jag att den ordning som gäller för byggentreprenader lämpligen skulle ha kunnat gälla även för upphandling av tjänster. Vid upphandling av byggentreprenader är det nämligen, enligt 11 kap. 1 § andra stycket första punkten LOU, tillåtet att införa ett kvalitativt element redan i leverantörskvalificeringen genom att av leverantörerna begära ”en förteckning över slutförda byggentreprenader under de fem senaste åren, åtföljd av *intyg om att de viktigaste byggentreprenaderna utförts på ett tillfredsställande sätt* med uppgift om värde, tidpunkt och plats för byggentreprenaderna och *huruvida de utfördes enligt gängse branschnormer och slutfördes på ett korrekt sätt*” (kursiveringar tillagda). Någon motsvarande möjlighet finns emellertid i nuläget inte vid upphandling av tjänster över tröskelvärdena i den klassiska sektorn, men som en synpunkt *de lege ferenda* vill jag förorda att en sådan införs vid framtida revideringar av upphandlingsdirektiven och LOU.