

Blendow Lexnova Expertkommentar - Offentlig upphandling, november 2018

Utvärdering av referenser i offentlig upphandling

Referenser har sedan länge varit ett populärt verktyg för att säkerställa att blivande leverantörer till offentlig sektor har tillräcklig förmåga och kapacitet för att utföra ett uppdrag som är föremål för upphandling. Referenser har däremot varit ifrågasatt som verktyg för jämförelse av anbud i upphandlingens utvärderingsfas. I denna artikel redogör vi för förutsättningarna att använda referenser i samband med utvärdering.

Bakgrund och frågeställning

En offentlig upphandling är uppdelad i åtminstone två tydligt avgränsade faser efter anbudstidens utgång, kvalificeringsfasen respektive utvärderingsfasen. Att faserna är avgränsade innebär inte att faserna nödvändigtvis skiljer sig åt tidsmässigt, även om så brukar vara fallet. Istället är upphandlingens faser uppdelade såtillvida att faserna regleras av skilda bestämmelser i LOU^[1].

Kvalificeringsfasen syftar till att dels rensa bort osunda leverantörer som ska eller bör uteslutas på grund av brott eller andra missförhållanden, dels rensa bort andra leverantörer som inte är lämpade att utföra just det uppdrag som konkurrensutsätts genom upphandlingen. Uteslutningsgrunderna framgår av 13 kap. LOU medan kvalificeringskraven regleras i 14 kap. LOU. Hur upphandlande myndigheter ska kontrollera förekomsten av uteslutningsgrunder och anbudsgivarnas uppfyllelse av ställda kvalificeringskrav regleras sedan i 15 kap. LOU.

Grunderna för utvärdering av anbud framgår av 16 kap. LOU. Det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som ska tilldelas kontrakt. En av tilldelningsgrunderna för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är "bästa förhållandet mellan pris och kvalitet". När kvaliteten ska bedömas är det vanligt att upphandlande myndigheter utvärderar anbudsgivare efter referenser.

Att anbudsgivares erfarenhet i form av referenser får användas som bevis på att kvalificeringskrav avseende en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet är uppfyllda framgår av 15 kap. 11 § LOU. Efter en dom från EU-domstolen år 2008, [mål nr C-532/06 Lianakis](#), har det däremot varit omtvistat huruvida det har varit tillåtet att även tillmäta referenser betydelse i samband med anbudsutvärderingen. I avgörandet uttalade domstolen att det då gällande upphandlingsdirektivet^[2] utgjorde hinder för upphandlande myndigheter att beakta t.ex. anbudsgivarens erfarenhet, personalstyrka och utrustning som utvärderingskriterier.^[3]

Lianakis-avgörandet har ställt till med oreda av sällan skådat slag, och det har i över tio år framstått som oklart om och hur referenser har varit tillåtna att använda i upphandlingens utvärderingsfas. Denna artikel syftar till att sammanfatta rättsutvecklingen under det senaste decenniet.

EU-domstolens dom i mål C-532/06 - Lianakis

Bakgrunden till målet var en grekisk kommuns upphandling av ett projekt för bl.a. fastighetsregistrering. I upphandlingsdokumenten angavs översiktligt tilldelningskriterierna^[4] i prioritetsordning. För det första angavs erfarenhet av projekt som utförts under de tre föregående åren, för det andra personalstyrka och utrustning och för det tredje förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen.

Kommunen fastställde först efter anbudstidens utgång och efter att anbuden öppnats viktningkoefficienter och underkriterier med avseende på utvärderingskriterierna. Kommunen angav bl.a. att erfarenheten skulle bedömas och poängsättas mot bakgrund av värdet på de referensprojekt som hade genomförts. Anbudsgivarnas personalstyrka skulle bedömas och poängsättas i förhållande till arbetsgruppens storlek. Förmågan att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen skulle bedömas i förhållande till värdet på de åtaganden som företaget hade gjort.

Det konsortium som Lianakis ingick i ("Lianakis") hamnade på tredje plats i utvärderingen. Efter att Lianakis ansökt om överprövning hamnade målet hos EU-domstolen som prövade om utvärderingskriterierna var förenliga med det dåvarande upphandlingsdirektivet.

EU-domstolen konstaterade att upphandlande myndigheter vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet (kvalificeringsfasen) ska utgå från anbudsgivarnas ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska kapacitet. Kontraktstilldelningen genomfördes *däremot* mot bakgrund av lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Någon uttömmande uppräkningslista av vad upphandlande myndigheter kan tänkas beakta för att bedöma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga framgick enligt EU-domstolen inte av upphandlingsdirektivet, varför myndigheterna hade en stor frihet i valet mellan utvärderingskriterier. Inte desto mindre var det enligt EU-domstolen så att detta val endast kunde avse kriterier som syftade till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Domstolen konstaterade vidare att 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'*".^[5]

EU-domstolen ansåg att utvärderingskriterierna i den upphandling som Lianakis deltagit i huvudsakligen avsåg vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivarna förfogade över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga. Det rörde sig enligt EU-domstolen därför om kriterier hänförliga till kvalificeringen av anbudsgivarna och inte anbudsutvärderingen.

Senare utveckling i praxis

Den svenska praxis som följde efter Lianakis-avgörandet har varit spretig när det kommer till frågan om utvärdering av referenser.

Kammarrätten i Göteborg har i två avgöranden, mål nr [5910-08](#) och mål nr [7332-08](#), funnit att referenser kan tillåtas som utvärderingskriterium förutsatt att de ger relevant information för bedömning av vilket anbud som avseende kvalitet är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

I mål nr 5910-08 prövade kammarrätten en upphandling där bl.a. organisation, utbildning och erfarenhet av liknande uppdrag utvärderades genom referenser. Referenserna hade använts för att utvärdera samordning, tidsstyrning och leveranssäkerhet. Kammarrätten konstaterade att

referenser från likvärdiga uppdrag kunde ge information som var relevant vid bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, varför utvärderingen bedömdes vara förenlig med de upphandlingsrättsliga principerna.

Även i mål nr 7332-08 gällde referenstagningen anbudsgivarens utförande av tidigare tjänster. Frågorna som ställdes till referenspersonerna avsåg i det fallet bl.a. anbudsgivares administrativa hantering, arbete, arbetsmiljö, leverans i tid samt prisvärdhet. Även dessa kriterier bedömde kammarrätten vara hänförliga till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren offererade, inte kvalificeringsfasen. De upphandlande myndigheternas förfarande bedömdes därför inte heller i detta fall stå i strid mot någon av de upphandlingsrättsliga principerna.

Kammarrätten i Stockholm prövade däremot i mål nr 5512-08 en upphandling avseende ramavtal för byggarbeten. Pris och referenser utvärderades. Referenstagningen avsåg frågor rörande anbudsgivarens kvalitet som leverantör i fråga om bl.a. produktivitet, förmåga att hålla tider, bemötande, kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän samt snabbhet i leveranser. Dessa kriterier var enligt kammarrättens mening huvudsakligen att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet varför anbudsvärderingen ansågs ha påverkats av ovidkommande hänsyn. Förfarandet stred i det fallet mot de upphandlingsrättsliga principerna. Motsvarande resonemang förde Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 3474-08.^[6]

Nya upphandlingsdirektiv och EU-domstolens dom i mål C-601/13 - Ambisig

Artikel 67 i det nya upphandlingsdirektivet (Direktiv 2014/24/EU) avser tilldelningskriterier. Det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska enligt artikeltexten bedömas på grundval av kriterier såsom kvalitetsaspekter, miljöaspekter och/eller sociala aspekter, som är *kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet*. Vidare framgår i artikelns punkt 2 b att sådana kriterier t.ex. kan omfatta organisation samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet, *om kvaliteten på den personal som utsetts på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande*.

Vidare framgår av direktivets beaktandesats 94.

”När kvaliteten på anställd personal är relevant för nivån på kontraktets fullgörande, bör de upphandlande myndigheterna också som ett tilldelningskriterium få använda arbetsorganisationen samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utsetts att fullgöra det berörda kontraktet, eftersom detta kan påverka kvaliteten på fullgörandet av kontraktet och därmed anbudets ekonomiska värde. Detta kan till exempel gälla kontrakt som avser intellektuella tjänster, såsom konsulttjänster eller arkitekttjänster. De upphandlande myndigheter som utnyttjar denna möjlighet bör med lämpliga avtalsrättsliga medel se till att den personal som utsetts att fullgöra kontraktet faktiskt uppfyller de angivna kvalitetsstandarderna och att sådana personer endast får ersättas med samtycke av den upphandlande myndigheten, som kontrollerar att de ersätts med personer på likvärdig kvalitetsnivå.”

Även om tidigare svensk praxis spretat står det nu alltså klart att upphandlande myndigheter får använda leverantörens organisation samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet förutsatt att detta på ett betydande sätt kan påverka nivån vid kontraktets fullgörande.

Det är svårt att läsa de nya bestämmelserna med en annan innebörd än att referenser endast i undantagsfall är lämpliga att använda i utvärderingen av anbud, nämligen i de fall referenserna

avser sådana specifika nyckelpersoner som också kommer att utföra uppdraget i kombination med att den upphandlande myndigheten avtalsvägen bör begränsa rörligheten i det framtida projektet på så sätt att nyckelpersonerna endast får ersättas i projektet med lika kvalificerad personal under den upphandlande myndighetens kontroll.

Den 26 mars 2015 meddelade EU-domstolen ett intressant avgörande avseende referenser, mål [C-601/13, Ambisig](#). En portugisisk myndighet upphandlade utbildnings- och rådgivningstjänster. Utvärderingen påverkades av det offererade arbetslaget (viktat till 40 %), kvalitet och ändamålsenlighet hos den tjänst som erbjudits (viktat till 55 %) samt pris (viktat till 5 %).

Efter att en annan leverantör fått kontraktet begärde Ambisig överprövning och målet kom att hänskjutas till EU-domstolen för prövning av utvärderingens förenlighet med dåvarande upphandlingsdirektiv^[7].

EU-domstolen konstaterade att Lianakis avsåg anbudsgivarnas personalstyrkor och erfarenhet i allmänhet och inte, såsom i detta fall, det särskilda arbetslag som konkret skulle fullgöra kontraktet. Lianakis medförde inte att det var uteslutet att en upphandlande myndighet i vissa fall kan fastställa och tillämpa ett sådant kriterium som det som det nu aktuella i utvärderingsfasen. EU-domstolen uttalade vidare att kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt på ett avgörande sätt kan vara beroende av vilka yrkesmässiga förtjänster de personer som ska fullgöra kontraktet har, deras yrkeserfarenhet och utbildning. Detta gäller i synnerhet om kontraktets föremål utgörs av tillhandahållande av intellektuella tjänster såsom utbildnings- och rådgivningstjänster.

Senare utveckling i svensk praxis

Kammarrätten i Sundsvall fann 2015-12-17 i mål nr 2197-15 att kvalificerings- och utvärderingsfas hade sammanblandats när referenser utvärderades i en upphandling av golvbeläggningsarbeten.

Ett landsting upphandlade ramavtal för fastighetsunderhåll enligt ÅLOU^[8]. Utvärderingskriterierna var pris och kompetens. Kompetens bedömdes genom referenstagning i fråga om personals förmåga att utföra uppdrag inom föreskriven tid och inom ekonomiska ramar samt bemötande och tillgänglighet.

Kammarrätten konstaterade att kvalificering och utvärdering styrs av olika bestämmelser och inte får sammanblandas. Kammarrätten hänvisade till Lianakis och Ambisig och framhöll att upphandlingen inte avsåg intellektuella tjänster utan golvbeläggningsarbeten. Kriterierna som i detta fall påverkade utvärderingen var enligt kammarrätten hänförliga till kvalificeringen och utgjorde inte godtagbara utvärderingskriterier.

Kammarrätten i Stockholm prövade den 28 juni 2017 i mål nr [486-17](#) en entreprenadupphandling avseende mark och dagvattenbrunnar. Det bolag som hade ansökt om överprövning anförde att utvärderingskriterierna "organisation/rutiner" samt "referenstagning arbetsledare" stred mot de upphandlingsrättsliga principerna. Referenter hade fått besvara ett antal frågor och poängsätta föreslagen arbetsledare.

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

av ovidkommande hänsyn och upphandlingen skulle göras om.

De nya upphandlingsdirektiven från 2014 har genomförts i svensk rätt genom de nya upphandlingslagar som trädde ikraft först den 1 januari 2017. Ovan nämnda mål avser upphandlingar enligt ÅLOU och det ska bli spännande att se hur praxis kommer att utvecklas baserat på den nya lagstiftningen. Ett ökat utrymme att använda referenser i utvärderingsfasen kan skönjas i hittillsvarande praxis.

Kammarrätten i Stockholm prövade den 25 juni 2018 i mål nr [1047-18](#) en myndighets upphandling av entreprenadarbeten. Tilldelningsgrunden var bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Utvärderingsmodellen innebar att anbudsgivarna kunde få mervärde för referenters betygsättning av arbetsledare. De bedömningsfrågor som betygsattes var bl.a. arbetsledarens utförandekvalitet, bemötande, samarbetsförmåga, inställelsetider och erfarenhet.

Kammarrätten konstaterar i detta fall att det saknas hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt kammarrätten bör detta gälla oavsett om föremålet för upphandlingen är intellektuella tjänster eller inte. Av utredningen i målet framgår enligt kammarrätten att referenstagningen avsett frågor rörande arbetsledarens utförande av tjänster i tidigare sammanhang. Referenstagningen syftade enligt kammarrätten till att ta reda på hur tidigare tjänster utförts och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten, och inte till att reda ut anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Utvärderingen bedömdes inte ha påverkats av ovidkommande hänsyn.

Avslutande kommentar

Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 1047-18 ger uttryck för en ökad tillåtlighet att använda referenser i upphandlingens utvärderingsfas vid upphandlingar som lyder under nya LOU. Trots den fingervisning som den nämnda domen ger vågar vi påstå att sista ordet i den här debatten ännu inte är sagt. Det vore önskvärt om Högsta förvaltningsdomstolen kunde meddela prövningstillstånd och reda ut frågan om tillåtligheten av referenser i utvärderingsfasen.

^[1] Denna artikel är begränsad till att behandla upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, om inte annat särskilt anges.

^[2] Direktiv [92/50/EEG](#).

^[3] Av den engelska versionen av EU-domstolens mål C-532/06, Lianakis, framgår i punkten 32 följande. *”Consequently, it must be held that, in a tendering procedure, a contracting authority is precluded by Articles 23(1), 32 and 36(1) of Directive 92/50 from taking into account as ‘award criteria’ rather than as ‘qualitative selection criteria’ the tenderers’ experience, manpower and equipment, or their ability to perform the contract by the anticipated deadline.”*

^[4] Tilldelningskriterier och utvärderingskriterier är samma sak.

^[5] Se punkten 30 i domskälen till EU-domstolens mål C-532/06, *Lianakis*.

^[6] Se också Kammarrätten i Göteborg, mål nr [6411-08](#), mål nr [6420-09](#), mål nr 2504-10, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 419-10 och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2164-10.

^[7] Direktiv [2004/18/EG](#).

^[8] Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.



Viktoria Edelman

Advokat och delägare vid AG Advokat



Viktor Hård af Segerstad

Biträdande jurist vid AG Advokat