

Juridiska institutionen

Examensarbete vårterminen 2012

Juristprogrammet

Ämnesområde: Offentlig upphandling

30 hp

Leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i offentlig upphandling

EU-rättsläget, kommande ändringar samt reglernas ändamålsenlighet

Mikael Johansson

Handledare: Erik Sandin

Examinator: Filip Bladini



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehållsförteckning

Sammanfattning.....	6
1 Inledning	7
1.1 Bakgrund.....	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar.....	8
1.4 Metod, teori och material.....	9
1.5 Disposition	11
2 Grundläggande om offentlig upphandling	12
2.1 Definitioner av upphandlingsrättsliga termer samt andra i uppsatsen använda begrepp	12
2.2 EU:s och Sveriges upphandlingsreglering	13
2.2.1 EU:s upphandlingsregler och medlemsstaternas skyldighet att anpassa sig till dessa ...	13
2.2.2 Regleringen av offentlig upphandling i Sverige.....	13
2.3 EU:s grundläggande upphandlingsprinciper	14
2.3.1 Icke-diskrimineringsprincipen	14
2.3.2 Likabehandlingsprincipen	14
2.3.3 Transparensprincipen	15
2.3.4 Proportionalitetsprincipen	15
2.3.5 Principen om ömsesidigt erkännande.....	15
2.4 De olika faserna i ett upphandlingsförfarande	15
2.4.1 Val av upphandlingsförfarande	16
2.4.2 Upprättande av förfrågningsunderlaget.....	16
2.4.3 Prövning av leverantörerna och deras anbud	16
2.4.4 Fattande av tilldelningsbeslutet.....	17
3 Rättslig bakgrund till uppsatsens frågeställningar	18
3.1 Mer om leverantörskvalificeringsfasen, anbudsutvärderingsfasen och fasernas syfte	18
3.1.1 Leverantörskvalificeringsfasen enligt det klassiska direktivet.....	18
3.1.2 Kvalificeringsfasens syfte: säkerställa att leverantörerna klarar av uppdraget	18

3.1.3	Anbudsutvärderingsfasen enligt det klassiska direktivet och Concordia.....	19
3.1.4	Anbudsutvärderingens syfte: urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.....	19
3.1.5	Det viktiga kravet på transparens i anbudsutvärderingen.....	20
3.2	Distinktionen mellan kvalificeringsfasen och anbudsutvärderingen och den gränsdragningsproblematik denna skapar.....	20
3.3	Syftet med EU:s upphandlingsregelverk.....	21
3.3.1	Upphandlingsdirektivets huvudsyfte – främja den gemensamma inre marknaden.....	21
3.3.2	Direktivets eventuella andra syfte – att ge myndigheterna mer valuta för pengarna	22
3.4	Syftet med distinktionen mellan faserna.....	26
3.4.1	Syfte 1 – öka chansen att leverantören med det bästa anbudet vinner upphandlingar ...	26
3.4.2	Syfte 2 – främja konkurrensen på den inre marknaden.....	28
3.4.3	Sammanfattande slutsats om syftena med fasdistinktionen	28
4	Leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i EU-praxis	30
4.1	Oklarheten i innebörden av Beentjes sammanblandningsförbud.....	30
4.2	EU-praxis efter Beentjes men innan Lianakis.....	31
4.2.1	C-324/93 Evans Medical och MacFarlan Smith	31
4.2.2	C-448/01 EVN & Wienstrom.....	31
4.2.3	C-315/01 GAT v Österreichische Autobahn.....	32
4.2.4	T-4/01 Renco.....	32
4.3	Sammanfattning av EU-rättsläget och hur detta reflekterades ute i medlemsstaterna innan Lianakis 2008.....	33
4.4	Lianakis.....	34
4.4.1	Redogörelse för Lianakis	34
4.4.2	Doktrinen analys av Lianakis	36
4.4.3	Nationell rättstillämpning direkt efter Lianakis	40
4.5	EU-Praxis efter Lianakis.....	40
4.5.1	T-211/07 AWWW v Eurofound.....	40
4.5.2	C-199/07 Europeiska gemenskapernas kommission v Republiken Grekland.....	42

4.5.3	T-589/08 Evropaiki Dynamiki v Commission	42
4.5.4	T-461/08 Evropaiki Dynamiki v Europeiska investeringsbanken.....	44
5	Rättsläget idag rörande leverantörsrelaterade tilldelningskriterier	46
5.1	Leverantörsrelaterade tilldelningskriterier tillåtna i undantagsfall	46
5.2	Vad som krävs för att kriterierna ska kunna vara tillåtna och när och hur de är lämpliga att använda	47
5.2.1	Fasdistinktionen måste upprätthållas.....	47
5.2.2	Kriterierna får inte huvudsakligen bedöma leverantörerna i sig, utan måste primärt riktas in på att bedöma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.....	48
5.2.3	Kriterierna kan utvärdera CV:n och referenser	52
5.3	Sammanfattning av rättsläget idag.....	52
6	EU-kommissionens arbete mot nya upphandlingsdirektiv	54
6.1	Strategi- och policydokument indikerande en översyn av regelverket	54
6.2	2011 års grönbok om moderniserade upphandlingsregler	54
6.2.1	Grönboken angående leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.....	55
6.3	Kommissionens förslag till nytt klassiskt upphandlingsdirektiv	57
6.3.1	Fasdistinktionen i direktivförslaget.....	57
6.3.2	Ny skrivelse förtydligar vikten av bakomliggande EU-principer och konkurrens.....	58
6.3.3	Genomförandeplan för direktivförslaget	58
7	Direktivförslagets påverkan på rättsläget.....	59
7.1	Hur det föreslagna tillägget i punkt 2 b skulle påverka rättsläget.....	59
7.1.1	Påverkan gällande tillåtligheten av utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i upphandlingar av komplexa tjänster.....	59
7.1.2	Påverkan gällande tillåtligheten av utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i upphandlingar av mindre komplexa tjänster	59
7.1.3	Påverkan av tillägget att utvärderad personal inte får bytas ut hursomhelst	60
7.1.4	Påverkan av bestämmelsens formulering angående byggtreprenader	60
7.1.5	Påverkan på tillåtligheten av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i övrigt	61
7.2	Hur det föreslagna tillägget i punkt 4 skulle påverka rättsläget.....	62

7.3	Sammanfattning – direktivförslagets påverkan på rättsläget	62
8	Analys av rättsläget och direktivförslagets ändamålsenlighet	63
8.1	Upphandlingsregelverkets och fasdistinktionens syften	63
8.2	Argument för och mot kriterierna ur ett ändamålsenlighetsperspektiv samt krav som de måste uppfylla för att vara ändamålsenliga att tillåta.....	64
8.2.1	Perspektivet bäst valuta för det offentligas pengar.....	64
8.2.2	Konkurrensperspektivet	65
8.2.3	När det är ändamålsenligt att tillåta leverantörsrelaterade tilldelningskriterier	67
8.3	Ändamålsenligheten i några olika typer av användning av kriterierna.....	68
8.3.1	Utvärdering av tjänsteutförande personal i komplexa tjänsteupphandlingar	68
8.3.2	Utvärdering av tjänsteutförande personal i andra tjänsteupphandlingar	68
8.4	Är det nuvarande rättsläget ändamålsenligt?	68
8.4.1	Ändamålsenligheten i utsträckningen av och förutsättningarna under vilka kriterierna torde kunna anses som tillåtna enligt dagens rättsläge.....	68
8.4.2	Oklarheterna i rättsläget motverkar ändamålsenligheten	70
8.4.3	Sammanfattning – ändamålsenligheten i dagens rättsläge	70
8.5	Bli rättsläget mer ändamålsenligt om direktivförslaget antas?	70
8.6	Sammanfattande slutsatser samt avslutande synpunkter.....	71
	Käll- och litteraturlista.....	74

Sammanfattning

Ett syfte med denna uppsats är att undersöka om, och i så fall under vilka förutsättningar, det enligt EU-rätten är tillåtet att i en offentlig upphandling använda sig av tilldelningskriterier som utvärderar leverantörens och dess medarbetares erfarenhet och kvalifikationer. Sådana kriterier kallar jag i uppsatsen för *leverantörsrelaterade tilldelningskriterier*. Ett annat syfte med uppsatsen är att undersöka vilka effekter som ett nyligen publicerat förslag till nytt klassiskt upphandlingsdirektiv kan tänkas få på rättsläget rörande dessa kriterier, om förslaget genomförs enligt sin lydelse. Det tredje och sista syftet med uppsatsen är att analysera rättsläget och direktivförslaget i ljuset av regleringens syften, för att därmed kunna dra slutsatser om rättslagets och direktivförslagens ändamålsenlighet.

Att i anbudsutvärderingen få använda sig av vissa typer av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan ofta vara viktigt för att kunna ta reda på vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, framförallt i upphandlingar av mer komplexa tjänster och byggtreprenader. Rättspraxis i frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är dock spretig, och rättsläget kan i hög grad anses som oklart, framförallt efter det uppmärksammade rättsfallet Lianakis m.fl. som meddelades 2008.

Min slutsats är att mycket ändå talar för att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i undantagsfall är tillåtna. För att vara detta måste de dock inriktas på att utreda vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och inte huvudsakligen bedöma leverantörernas status och förmåga i sig. Dessutom får användningen av kriterierna inte göra den viktiga distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen otydlig, eller bryta mot några grundläggande upphandlingsprinciper. Även om dessa krav uppfylls är det dock inte säkert att kriterierna skulle godtas av EU-domstolen. Utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i upphandlingar av komplexa tjänster och byggtreprenader torde dock som huvudregel vara tillåten.

Om direktivförslaget genomförs är min bedömning att vi kommer få ett rättsläge som är något klarare, och där kriterierna kommer vara tillåtna att använda i något större utsträckning än de är idag. Båda dessa effekter skulle vara positiva ur ett ändamålsenlighetsperspektiv. Även om direktivförslaget genomförs kommer dock många oklarheter i rättsläget att bestå, vilket är negativt för myndigheternas möjligheter att få bästa möjliga valuta för skattebetalarnas pengar. Det är därmed också negativt ur ett ändamålsenlighetsperspektiv. Dessa oklarheter i rättsläget är det som i första hand borde göras något åt om en mer ändamålsenlig reglering önskas.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

I dagens Europa spenderar offentliga myndigheter ungefär 18 % av BNP på varor, byggentreprenader och tjänster.¹ I EU-länderna, däribland Sverige, regleras denna enorma konsumtion genom ett omfattande upphandlingsregelverk på europeisk nivå. I och med de stora summor som offentlig upphandling omsätter och den ansevärd vikt som upphandlingen därmed har för det europeiska näringslivet är det av yttersta vikt att regelverket fungerar effektivt och är utformat på ett ändamålsenligt sätt. Denna uppsats kommer att behandla en specifik del av detta regelverk som under senare år har varit uppe för frekvent diskussion: frågan om distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingen, och mer specifikt i vilken utsträckning tilldelningskriterier som anknyter till leverantören är tillåtna.

Bakgrunden till denna fråga är att upphandlingsprocessen med dagens regler är indelad i ett antal olika faser, där det i en fas prövas huruvida leverantören har tillräckliga kvalifikationer för att kunna utföra kontraktet, medan de olika anbuden utvärderas i en annan fas. Rättsfall har indikerat att det är viktigt att dessa faser inte sammanblandas med varandra, och frågan är om detta innebär att utvärderingskriterier som berör leverantören och dess medarbetares kvalifikationer och erfarenhet inte får användas. I många fall kan det nämligen vara befogat för en upphandlande myndighet att väga in sådana aspekter för att utvärdera vilket som är det bästa anbudet. Det är alltså av stor praktisk vikt för många myndigheter att få använda denna typ av utvärderingskriterier för att kunna få bästa möjliga valuta för sina pengar. Samtidigt riskerar utvärderingskriterier som snarare behandlar leverantören än dess anbud att snedvrída konkurrensen och resultera i att det bästa anbudet inte antas. Här rör det sig alltså om en balansgång, och det är av stor vikt att reglerna utformas så att de bidrar till att uppfylla dess syften: en fri konkurrens på den inre marknaden samt bättre valuta för skattebetalarnas pengar.

I januari 2008 kom ett mycket uppmärksammat rättsfall från EU-domstolen, *Lianakis m.fl.*, som indikerade att utvärderingskriterier rörande leverantörens och dess medarbetares erfarenhet och kvalifikationer kanske aldrig får användas i anbudsutvärderingen, vilket gav upphov till en betydande osäkerhet bland praktiker.² Rättsläget ansågs som oklart såväl i Sverige som på EU-nivå, vilket bl.a. illustrerades av att ett helt specialnummer av den ledande tidsskriften för EU-upphandlingsrätt, *Public Procurement Law Review*, dedikerades till Lianakis m.fl. och till hur rättsfallet påverkade rättsläget. Detta visar dels på den stora praktiska vikt som frågan om denna typ av tilldelningskriterier anses ha, och dels på hur oklar frågan om kriteriernas tillåtlighet i detta läge var. Frågan blev inte mindre intressant när EU-kommissionen i december 2011 publicerade sitt förslag till nya upphandlingsdirektiv, som innehåller ändringar rörande tillåtligheten av tilldelningskriterier relaterade till leverantören.

Mot denna bakgrund, att frågan anses oklar, praktiskt viktig och faktumet att den är under utveckling, ansåg jag frågan om tillåtligheten av vad jag kommer kalla *leverantörsrelaterade*

¹ Se COM (2011) 896 final, förslaget till nytt klassiskt direktiv s. 2.

² Se Treumer (2009) s. 104.

tilldelningskriterier lämpa sig väl för denna typ av examensuppsats. I uppsatsen kommer jag analysera hur EU-rättsläget ser ut idag samt hur direktivförslagets ändringar kan komma att påverka detta. Jag kommer även att anlägga ett ändamålsenlighetsperspektiv på frågan.

1.2 Syfte och frågeställningar

Mitt första huvudsyfte med denna uppsats är att behandla frågan huruvida EU-rätten, när en upphandlande myndighet ska utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, tillåter användning av kriterier som rör leverantören och dess medarbetares status, erfarenhet och kvalifikationer (härefter: *leverantörsrelaterade tilldelningskriterier*). Samt, i så fall, när och under vilka villkor dessa är tillåtna. Uppsatsens andra huvudsyfte är att analysera hur EU-kommissionens lagda direktivförslag, om detta genomförs, kommer att ändra på detta rättsläge. Ett ytterligare syfte är att utvärdera både dagens rättsläge och rättsläget om direktivförslaget blir verklighet utifrån regleringens syften. Utifrån dessa syften med uppsatsen har jag valt tre frågeställningar som jag i framställningen kommer att försöka besvara:

1. Hur ser rättsläget på EU-nivå rörande tillåtligheten av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ut idag?
2. Hur kommer de i EU-kommissionens förslag till nya upphandlingsdirektiv planerade förändringarna påverka detta rättsläge om de genomförs i enlighet med förslaget?
3. Hur förhåller sig rättsläget idag respektive rättsläget om direktivförslagen genomförs till regleringens syften? Gör de planerade ändringarna regleringen mer eller mindre ändamålsenlig?

De första två frågorna ska ses som uppsatsens huvudfrågeställningar medan den tredje utgör ett komplement för att jag i en avslutande del av uppsatsen ska få möjlighet att betrakta svaren på de tidigare frågorna i ett bredare perspektiv.

1.3 Avgränsningar

- Uppsatsen analyserar rättsläget på EU-nivå. Den syftar alltså inte till att beskriva eller analysera rättsläget i någon eller några enskilda medlemsstater (t.ex. Sverige). Denna avgränsning har jag valt att göra eftersom rättsläget i Sverige såväl som i andra medlemsstater ändå är så starkt bundet till EU-rättsläget, vilket jag kommer förklara mer ingående i avsnitt 2.2 nedan. Även i vissa andra delar av uppsatsen kommer dock nationell rättstillämpning att beröras för att exemplifiera utifrån pedagogiska syften, eller för att tillföra argument till den förda diskussionen.
- Uppsatsen analyserar rättsläget på det direktivstyrda området, alltså till den del som medlemsstaterna är bundna att implementera upphandlingsdirektivens regler, d.v.s. när de aktuella tröskelvärdena överskrids och upphandlingen inte rör s.k. B-tjänster.³

³ Tröskelvärdena under 2012 och 2013 är för varor och A-tjänster antingen 130 000 eller 200 000 euro samt för byggentreprenader 5 000 000 euro. Se kommissionens förordning nr 1251/2011 om ändring av tröskelvärden. B-tjänster är sådana som av tradition har ansetts mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel. Vilka tjänster som är A-tjänster och vilka som är B-tjänster anges i bilaga 2A och 2B i direktiv 2004/18/EG.

- Uppsatsen inriktas på att analysera rättsläget rörande leverantörsrelaterade tilldelningskriterier på det klassiska direktivets (direktiv 2004/18/EG) och försörjningsdirektivets (direktiv 2004/17/EG) tillämpningsområde, utan att gå in på eventuella skillnader mellan dessa. Detta då de två direktivens nuvarande regleringar i frågan är snarlika varandra, de nya direktivförslagen innehåller samma för frågan relevanta ändringar och EU-domstolen har behandlat praxis på det ena området som analogt relevant för det andra.⁴ För att undvika att bli repetitiv kommer jag i uppsatsen dock endast att redogöra för bestämmelserna i det klassiska direktivet och i förslaget till nytt klassiskt direktiv. Uppsatsen kommer inte alls att behandla rättsläget rörande kriterierna på området där direktivet för försvars- och säkerhetsupphandlingar (direktiv 2009/81/EG) gäller.

1.4 Metod, teori och material

För att uppfylla min första huvudambition med uppsatsen, att utreda dagens EU-rättsläge, har jag använt en traditionell EU-rättsdogmatisk metod, där jag har analyserat EU-direktiv, EU-praxis, grönböcker, doktrin, samt i viss mån nationell rättspraxis. Min utredning har tagit utgångspunkt i analyser av Lianakis m.fl. i den på EU-upphandlingsområdet ledande tidskriften *Public Procurement Law Review*, som har lotsat mig vidare till andra relevanta rättsfall och rättsfallsanalyser på området. Slutligen ansåg jag mig ha ett tillräckligt material för att kunna dra en slutsats om hur rättsläget ser ut. I den mån detta kan anses oklart har jag ibland antagit att gemensamma argumentationslinjer i doktrin ger en näraliggande bild av hur rättsläget ser ut. Detta framstår som ett kanske inte okontroversiellt sätt, men ändå det bästa sättet, att ge en utförligare bild av rättsläget på. Det ska dock påpekas att jag p.g.a. studiens tidsbegränsningar tvingats begränsa mig i hur mycket doktrin på området jag skulle läsa. Även om jag inte gör anspråk på att ha behandlat all relevant doktrin på området, anser jag mig dock ha fått en bra bild av vilka argumentationssätt och åsikter som många författare delar.

Då förslag till nya EU-direktiv publicerades för ca ett halvår sedan fann jag det som en intressant andra huvudambition med uppsatsen att utreda hur detta förslag, om det går igenom, kommer att påverka dagens rättsläge. För att göra detta har jag jämfört förslaget till nytt klassiskt direktiv med det nu gällande klassiska direktivet och utrett hur dessa skiljer sig från varandra. Sedan har jag analyserat de föreslagna ändringarna i ljuset av mina slutsatser om dagens rättsläge för att kunna komma fram till hur direktivförslaget om det går igenom kan tänkas påverka rättsläget. I denna analys har jag till stor del använt mig av egna antaganden och logiska resonemang om vilka effekter som de föreslagna ändringarna skulle kunna få. I och med detta gör jag inte anspråk på att med säkerhet fastställa hur rättsläget kommer att se ut, utan ämnar snarare belysa de olika intressanta effekter som de föreslagna ändringarna skulle kunna få och det rättsläge som jag bedömer som sannolikt om förslaget går igenom.

Som en avslutning på uppsatsen har jag tagit mig an den utmanande uppgiften att analysera rättsläget och de föreslagna ändringarna utifrån ett ändamålsenlighetsperspektiv. Jag vill betona att denna slutdel, och frågeställning 3, inte ska ses som målet med hela uppsatsen, utan

⁴ Jämför art. 53 i direktiv 2004/18/EG med art. 55 i direktiv 2004/17/EG samt art. 66 p. 2 i COM (2011) 896 final, förslaget till nytt klassiskt direktiv med art. 76 p. 2 i förslaget till nytt försörjningsdirektiv. Se också C-199/07 Kommissionen v Grekland, behandlat nedan i avsnitt 4.5.2, p.51-55.

som ett komplement som möjliggör en bredare betraktelse av mina tidigare rättslägesanalyser, som ska ses som uppsatsens huvuddelar.

För att göra denna ändamålsenlighetsanalys började jag med att med hjälp av formuleringar i direktiv samt uttalanden i rättsfall och av EU-kommissionen samt i doktrin försöka fastställa regleringens syften. Jag ville göra analysen utifrån både syftena med upphandlingsregelverket i sig och syftena till distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingen. Detta av flera olika skäl. Dels tvingades jag fastställa syftena med fasdistinktionen genom egna logiska slutsatser av vaga uttalanden samt antaganden, då jag har haft svårigheter att hitta syftena med denna explicit uttalade. Min slutsats om dessa syften kan därför inte ses som okontroversiell. Dessutom är fasdistinktionen en mindre del av det större regelverket, och jag ansåg att en ändamålsenlighetsanalys bör bygga också på syftena med helheten. Av dessa skäl bedömer jag att min analys blir mer relevant när jag tar hänsyn både till av mig antagna syften med fasdistinktionen och till de uttalade syften som finns bakom EU:s upphandlingsregelverk i stort, även om också de senare till viss del är kontroversiella.

Efter att ha dragit slutsatser om regleringens syften gjorde jag en sammanställning av de olika argument som har framförts i olika rättskällor, främst doktrin, om hur dessa syften kan skadas eller främjas genom användning eller förbud av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Denna sammanställning kompletterade jag också med egna antaganden och slutsatser om på vilket sätt användning av kriterierna kan påverka dessa syften. Utifrån dessa olika argument drog jag sedan slutsatser om vilka krav som användning av kriterierna måste uppfylla för att det ska vara ändamålsenligt att tillåta dem utifrån olika perspektiv. Efter det sammanställde jag dessa krav för att kunna dra en slutsats om vilka krav kriterierna generellt behöver uppfylla för att det ska vara ändamålsenligt att tillåta dem. Sedan utgick jag från denna sammanställning för att bestämma ändamålsenligheten i att tillåta olika typer av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, innan jag använde detta underlag för att bedöma ändamålsenligheten i dagens och det eventuellt kommande rättsläget.

Det ska påpekas att mitt metodval i denna avslutande del ger upphov till vissa potentiella metodologiska problem. Att reglernas syften inte är självklara gör att min bedömning av dessa kan vara kontroversiell, och samma sak gäller därmed i förlängningen min bedömning av reglernas ändamålsenlighet, som baseras på mina slutsatser om dessa syften. Vidare har jag tvingats göra mitt urval av argument rörande hur dessa syften kan påverkas av användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier utifrån ett begränsat material, och utifrån sunt förnuft och logik snarare än empiri. Jag kan alltså inte med säkerhet fastslå att min sammanställning av argument täcker in alla argument som är relevanta, vilket också ger en grund på vilken min ändamålsenlighetsanalys kan ifrågasättas. Den vidare analysen av dessa argument, och bestämmandet av vilka krav som bör ställas på kriterierna för att de ska vara ändamålsenliga att tillåta, bygger överhuvudtaget mycket på logiska men icke empiriskt underbyggda antaganden om vilka följder som olika typer av användning och reglering ger. Problemen som jag här har redogjort för är dock svåra att komma ifrån i denna typ av ändamålsenlighetsanalys, som knappast går att göra utan att resultatet av och metoderna för analysen kan diskuteras och ifrågasättas. Detta då de ofta tvingas bygga på just icke empiriskt underbyggda antaganden. Detta torde dock inte göra sådana analyser mindre intressanta eller irrelevanta. Min be-

dömning är därför, trots min medvetenhet om dessa problem, att analysen har genomförts på det sätt som är det mest lämpliga att använda för en ändamålsenlighetsanalys i denna typ av uppsats.

1.5 Disposition

I kapitel 2 i uppsatsen kommer jag att ge en bakgrund till uppsatsens frågeställningar genom att bl.a. förklara grunderna i offentlig upphandling, hur den regleras, dess grundläggande principer samt de olika faserna i en typisk upphandling. I kapitel 3 kommer jag sedan beskriva leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen samt deras reglering och syften mer utförligt, och förklara den distinktion som görs mellan faserna och det problem denna skapar. Jag kommer också att analysera och försöka fastställa syftena med upphandlingsregleringen i allmänhet och fasdistinktionen i synnerhet. I det efterföljande kapitel 4 gör jag en kronologisk genomgång av hur synen på leverantörsrelaterade tilldelningskriterier har utvecklats i praxis, genom att redogöra för olika rättsfall med relevans för frågan och olika författares syn på dessa. Min genomgång är kronologisk i förhoppningen att detta ska göra behandlingen mer pedagogisk och intressant. I kapitel 5 kommer jag sedan redogöra för min syn på dagens rättsläge, och således besvara uppsatsens första frågeställning. Kapitel 6 behandlar sedan uttalanden och dokument från EU-kommissionen de senaste åren, och framförallt en ny grönbok och det förslag till nytt klassiskt direktiv som har lagts av kommissionen. I kapitel 7 analyserar jag hur detta direktivförslag, om det genomförs, kan komma att påverka dagens rättsläge i ambition att besvara uppsatsens andra frågeställning. I det avslutande kapitel 8 gör jag sedan en ändamålsenlighetsanalys av både dagens rättsläge och det rättsläge som kan väntas bli verklighet om direktivförslaget genomförs. Tanken är således att kapitlet ska besvara min kvarvarande tredje frågeställning.

Även om merparten av min egen analys naturligen ligger i kapitel 5-8 så är även betydande delar av kapitel 3 och 4 av analyserande natur. Jag valde ett sådant upplägg dels då det jag ville utreda även i dessa tidigare kapitel ibland krävde sådana inslag, och dels för att jag tror och hoppas att uppsatsen i sin helhet på så vis blir en intressantare upplevelse för läsaren.

2 Grundläggande om offentlig upphandling

Detta avsnitt i uppsatsen syftar till att ge läsaren den grundläggande förståelse för offentlig upphandling som behövs för att denne ska kunna tillgodogöra sig uppsatsens senare utrednings- och analysdelar. Den som redan vet vad en upphandling innebär och är insatt i de upphandlingsrättsliga grunderna kan därför med fördel hoppa över detta avsnitt och gå direkt till uppsatsens avsnitt 3.

Först kommer jag i avsnitt 2.1 ytterst kortfattat att förklara vad som avses med offentlig upphandling och några andra upphandlingsrättsliga termer samt andra i uppsatsen använda begrepp. Sedan går jag i avsnitt 2.2 över till att beskriva det EU-upphandlingsrättsliga regelverkets struktur, och hur det svenska regelverket är intimt sammanbundet till dessa. I avsnitt 2.3 kommer jag sedan redogöra för de bakomliggande EU-rättsliga principer som regelverken bygger på. Slutligen följer i avsnitt 2.4 en summarisk genomgång av hur en upphandlingsprocess med dess olika faser går till i Sverige.

2.1 Definitioner av upphandlingsrättsliga termer samt andra i uppsatsen använda begrepp

Med *offentlig upphandling* avses i den svenska Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) ”de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader”.⁵ Med *upphandlande myndighet* avses i samma lag statliga och kommunala myndigheter, beslutande församlingar i kommuner och landsting samt andra offentligt styrda organ. Med andra ord innebär offentlig upphandling alla de situationer där den offentliga sektorn köper upp varor eller tjänster, oavsett vem som är leverantören och vad som är syftet med det köpta. Detta stämmer också överens med den EU-rättsliga definitionen av offentlig upphandling.⁶

Med *leverantör* avses den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggtreprenader. En *anbudsgivare* är en leverantör som i en upphandling har lagt ett anbud.

Ordet *tilldelningskriterier* avser de kriterier som används för att jämföra olika anbud med varandra och bestämma vilken leverantör som ska vinna upphandlingen. Dessa kan också benämnas *kriterier i anbudsutvärderingen* eller *utvärderingskriterier*.

Med *leverantörsrelaterade tilldelningskriterier*, som denna uppsats handlar om, avser jag som redan nämnts sådana tilldelningskriterier som rör leverantörens och dess medarbetares status, erfarenhet och kvalifikationer.

En *grönbok* är ett diskussionsdokument som EU-kommissionen ger ut inför ny lagstiftning, och kan i det närmaste liknas med svenska förarbeten.

⁵ Se 2 kap. 13 § LOU.

⁶ Se art. 1 direktiv 2004/18/EG för upphandlingsrättsliga definitioner enligt det klassiska direktivet. Just begreppet *offentligt upphandling* definieras inte i direktivet, men se art. 1 p. 2 a) för vad som avses med offentliga kontrakt, och p. 9 för vad som avses med offentliga myndigheter.

The Agreement on Government Procurement, *GPA* är WTO:s plurilaterala samarbetsavtal rörande offentlig upphandling som EU är anslutet till och därmed har en skyldighet att följa.

2.2 EU:s och Sveriges upphandlingsreglering

2.2.1 EU:s upphandlingsregler och medlemsstaternas skyldighet att anpassa sig till dessa

EU:s nuvarande upphandlingsregler hittas huvudsakligen i två direktiv; 2004/18/EG (härefter benämnt *det klassiska direktivet*) samt 2004/17/EG (härefter benämnt *försörjningsdirektivet*). Försörjningsdirektivet behandlar upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, medan det klassiska direktivet behandlar upphandling på de flesta andra områden.⁷ EU-direktiv är med avseende på det resultat som ska uppnås bindande för varje medlemsstat som de är riktade till, men det överläts till de nationella myndigheterna att bestämma form och tillvägagångssätt för genomförandet.⁸ Det finns dock en skyldighet för nationella domstolar att tolka alla nationella rättsregler direktivkonformt, d.v.s. nationell rätt ska tolkas i ljuset av direktivens ordalydelse och syfte.⁹ Detta för att direktivets avsedda resultat ska uppnås. Om en direktivbestämmelse är tillräckligt klar och precis kan den även ha s.k. direkt effekt, d.v.s. vara direkt tillämplig i medlemsstaterna.¹⁰ Man bör dock även vara medveten om att upphandlingsdirektiven tillhör EU:s sekundärrätt, och för en korrekt förståelse av sekundärrätten måste denna betraktas mot bakgrund av den överordnade primärrätten.¹¹ I primärrätten hittas det grundläggande fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, (härefter: *EUF-fördraget*.) Ett av EU-samarbetets huvudsyften har varit skapandet av en för alla medlemsstater gemensam inre marknad.¹² För detta syfte finns i EUF-fördraget de för upphandlingsrätten betydelsefulla bestämmelserna om fri rörlighet för varor, tjänster och kapital samt den fria etableringsrätten.¹³

Varje medlemsstat är alltså skyldig att implementera reglerna i de två upphandlingsdirektiven, samtidigt som dessa ska tolkas mot bakgrund av EUF-fördragets grundläggande bestämmelser om fri rörlighet för varor och tjänster samt etableringsrätt. Det bör dock påpekas att medlemsstaternas tillämpning av upphandlingsreglerna inte behöver vara helt harmoniserad, utan nationella regler är tillåtna att tillämpa så länge dessa inte kommer i konflikt med några direktivbestämmelser eller dess bakomliggande syften och principer.¹⁴ Av denna anledning är upphandlingsreglerna inte helt identiska i EU:s olika medlemsstater.

2.2.2 Regleringen av offentlig upphandling i Sverige

Sedan årsskiftet 1994/95 är Sverige medlem i Europeiska unionen och vi har därmed en skyldighet att iaktta de ovan nämnda EU-reglerna på upphandlingsområdet. Sverige har valt att

⁷ Bl.a. regleras upphandling av försvarstjänster i ett eget direktiv, 2009/81/EG, och det finns också flera andra situationer som är undantagna från regleringen i det klassiska direktivet, se art. 7 och 10-18 direktiv 2004/18/EG.

⁸ Se art. 288 st. 3 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

⁹ Se C-14/83 Von Colson och Kamann, p. 26.

¹⁰ Se C-41/74 Van Duyn mot Home office.

¹¹ Se Falk s. 28.

¹² Se vidare om detta nedan i avsnitt 3.3.1.1.

¹³ Se art. 28, 49 och 56 i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

¹⁴ Se Falk s. 36 samt C-31/87 Beentjes, p.20.

implementera det klassiska direktivet genom införande av Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och försörjningsdirektivet genom Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).¹⁵

I och med att Sverige genom sitt EU-medlemskap har överfört kompetens till unionen, kan de nationella bestämmelserna i LOU och LUF aldrig tolkas så att de strider mot vare sig EU:s primär- eller sekundärrätt, då unionsrätten går före kolliderande nationella bestämmelser.¹⁶ En annan följd av Sveriges EU-medlemskap och dess medföljande rättshierarki är att de två upphandlingsdirektiven med tillhörande praxis från EU-domstolen och inte de svenska förarbetena bör användas i första hand vid tolkning av oklarheter i den svenska lagtexten, på grund av den i föregående avsnitt nämnda direktivkonforma tolkningen som fordras. Av dessa skäl har jag, som följer av mina avgränsningar ovan, valt att i denna uppsats behandla rättsläget på EU-nivå och inte rättsläget i Sverige. Jag kommer härefter därför inte att behandla svensk rätt annat än i exemplifierande syfte.

2.3 EU:s grundläggande upphandlingsprinciper

EU:s upphandlingsverk bygger på fem grundläggande principer, som dels följer av bestämmelserna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt, och dels har utvecklats i EU-domstolens rättspraxis. Dessa är *Icke-diskrimineringsprincipen*, *likabehandlingsprincipen*, *transparensprincipen*, *proportionalitetsprincipen* samt *principen om ömsesidigt erkännande*. Dessa principer gäller i alla faser av upphandlingsförfarandet och gentemot alla leverantörer, även sådana som inte har deltagit i den aktuella upphandlingen.¹⁷

2.3.1 Icke-diskrimineringsprincipen

Icke-diskrimineringsprincipen förbjuder upphandlande myndigheter att såväl direkt som indirekt diskriminera leverantörer på grund av nationalitet. Principen gäller mellan medlemsstaterna i EU och även mellan EU och länder i Europeiska ekonomiska samarbetsområdet och länder som är anslutna till GPA. Så länge den upphandlande myndighetens krav har saklig grund är de dock tillåtna även om de får diskriminerande effekter.¹⁸ Viktigt att notera är att icke-diskrimineringsprincipen gäller även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig att några utländska leverantörer kommer vara med och lämna anbud.¹⁹

2.3.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen innebär här helt enkelt att leverantörer och de produkter och tjänster som erbjuds ska behandlas lika. Förfaranden av och praxis hos de upphandlande myndigheterna ska praktiseras på samma sätt mot samtliga i en upphandling deltagande leverantörer, och krav som ställs på produkter, exempelvis i ett förfrågningsunderlag, ska upprätthållas. Likabehandlingsprincipen innebär dock bara att lika situationer ska behandlas lika. Olika situationer däremot får inte behandlas lika, såvida det inte finns skäl för en sådan behandling.

¹⁵ Se Falk s. 32.

¹⁶ Se Falk s. 35.

¹⁷ Se Pedersen s. 34-36.

¹⁸ Se Falk s. 65.

¹⁹ Se prop. 2006/07:128 s. 132.

Exempelvis kan det finnas större skäl att kräva bevis på ekonomisk styrka hos ett mindre företags än hos ett större företag.²⁰

2.3.3 Transparensprincipen

Transparensprincipen, ibland också kallad öppenhetsprincipen, innebär att upphandlingar ska genomföras på ett förutsebart och öppet sätt. Leverantörer ska kunna veta på förhand att en upphandling kommer att ske och hur denna kommer att gå till, vilka krav som kommer att ställas på leverantörer och hur anbudet kommer att utvärderas. Principen medför bl.a. att en upphandling ska annonseras offentligt, att leverantörer ska informeras om resultatet av upphandlingen, att uppgifter i upphandlingen inte ska hemlighållas samt ett krav på den upphandlande myndigheten att hålla sig till ett framtaget förfrågningsunderlag som ska stadga upphandlingens tillvägagångssätt.²¹ Transparensprincipen utgör också en förutsättning för att det ska kunna kontrolleras att principerna om likabehandling och icke-diskriminering upprätthålls.²²

2.3.4 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får vidta åtgärder eller ställa upp krav som går utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Uppställda krav måste dessutom vara såväl möjliga att kontrollera som ägnade att leda till att uppnå det avsedda syftet.²³ Principen handlar i grunden om en balans mellan medel och mål; syftet med ett krav avgör om kravet kan ses som proportionerligt eller inte. Denna princip aktualiseras särskilt när det gäller kvalificeringskrav på leverantörerna; krav på exempelvis stora mängder pengar på banken eller ett visst mått av omsättning måste ställas i relation till hur nödvändigt det är i förhållande till föremålet för upphandlingen.²⁴

2.3.5 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande är en central princip för att underlätta den gränsöverskridande upphandlingen. Principen tvingar myndigheter i samtliga medlemsstater att erkänna och acceptera handlingar som utfärdats av behöriga myndigheter i de andra medlemsstaterna. Det kan exempelvis röra sig om betyg, intyg eller certifikat som fordras i en upphandling på ett eller annat sätt. En svensk upphandlande myndighet får t.ex. inte kräva att en utländsk leverantör har en svensk utbildning, utan måste godta också en motsvarande utbildning från leverantörens hemland.²⁵

2.4 De olika faserna i ett upphandlingsförfarande

När en upphandlande myndighet upptäcker ett behov av att köpa in en vara eller tjänst, startar upphandlingsprocessen. Förfarandets gång är inte hundra procent identiskt i EU:s olika medlemsstater, men bygger på samma huvudprinciper. Den för denna uppsats centrala distinktio-

²⁰ Se Falk s. 63-64.

²¹ Se Pedersen s. 35.

²² Se Falk s. 65.

²³ Se Pedersen s. 35.

²⁴ Se Falk s. 66-67.

²⁵ Se Pedersen s. 36.

nen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen är också gemensam för samtliga medlemsländer. För att öka läsarens förståelse för upphandlingsprocessen och dennes möjligheter att på ett bra sätt tillgodogöra sig innehållet i den fortsatta uppsatsen redogör jag därför här för förfarandets gång i ett av EU:s medlemsländer, Sverige, genom en kortfattad beskrivning av upphandlingsförfarandets olika faser, såsom de ser ut enligt vår LOU. Beskrivningen gör inget anspråk på att vara fullständig, utan syftar till att ge läsaren en övergripande bild av hur en upphandlingsprocess vanligtvis går till.

2.4.1 Val av upphandlingsförfarande

Till att börja med får den upphandlande myndigheten bestämma sig för vilket upphandlingsförfarande som ska användas. Som huvudregel genomförs upphandlingen antingen genom ett öppet eller genom ett selektivt förfarande.²⁶ I ett selektivt förfarande delas proceduren in i två delar, där först alla leverantörer bjuds in att ansöka om att få lämna anbud, och sedan bjuds endast vissa av dessa in att få lämna anbud. I ett öppet förfarande bjuds samtliga intresserade leverantörer från början in att lämna anbud, och leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen sker direkt efter varandra.²⁷ I min fortsatta genomgång av upphandlingsfaserna utgår jag från att ett öppet förfarande används, då detta är den vanligaste metoden.²⁸

2.4.2 Upprättande av förfrågningsunderlaget

Efter valet av upphandlingsförfarande ska det mest betydelsefulla dokumentet i upphandlingen upprättas: förfrågningsunderlaget. När väl detta har beslutats och skickats ut så har förutsättningarna för upphandlingen fastställts, och dessa kan inte senare ändras i något väsentligt avseende utan att upphandlingen avbryts och görs om från början. Förfrågningsunderlaget beskriver vad som ska upphandlas och hur leverantörskvalificering och anbudsutvärdering ska gå till. Ett anbud får aldrig antas om leverantören inte uppfyller förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav, eller om anbudet inte uppfyller kraven på föremålet för upphandlingen.²⁹

2.4.3 Prövning av leverantörerna och deras anbud

När förfrågningsunderlaget har färdigställts och skickats ut, samt upphandlingen har annonserats i enlighet med de nationella reglerna,³⁰ har den upphandlande myndigheten att vänta på att tidsfristerna för inlämnande av anbud ska löpa ut. Därefter är det dags för prövningen av leverantörerna och deras anbud.

2.4.3.1 Leverantörsuteslutningen

Det första av två steg i leverantörsprövningen är att kontrollera om det finns anledning att utesluta någon av leverantörerna från vidare prövning.³¹ Det finns dels omständigheter som i normalfallet gör den upphandlande myndigheten skyldig att utesluta en leverantör. Det rör sig här om olika former av brottslighet. Det finns också omständigheter som ger den upphandlan-

²⁶ Se 4 kap. 1 § LOU. Se även art. 28 i direktiv 2004/18/EG.

²⁷ Se Pedersen s. 63-64.

²⁸ Se SEC (2011) 853 final, kommissionens utvärderingsrapport om upphandlingslagstiftningen, s. 10.

²⁹ Se Pedersen s. 89.

³⁰ Se t.ex. kap. 7 LOU.

³¹ Se 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Dessa regler har sin direkta motsvarighet i art. 45 i direktiv 2004/18/EG.

de myndigheten en möjlighet men inte en skyldighet att utesluta en leverantör. Här handlar det bl.a. om dokumenterade ekonomiska problem och bevisade fel vid yrkesutövning.

2.4.3.2 Leverantörskvalificeringen

Under leverantörskvalificeringen bedöms sedan de anbudsgivande leverantörernas förmåga att utföra det som upphandlingen avser. Den upphandlande myndigheten kan här kräva in bevis på leverantörernas ekonomiska och finansiella ställning samt yrkesmässiga och tekniska kunskap eller kapacitet.³² Detta för att ta reda på vilka leverantörer som har tillräcklig erfarenhet, ekonomisk styrka eller annat som kan vara nödvändigt för att kunna tillgodose den upphandlande myndighetens behov. De uppställda kraven måste tydligt ha formulerats i förfrågningsunderlaget. Av proportionalitetsprincipen följer vidare att inte mer långtgående krav på leverantörerna får ställas upp än vad som krävs för att säkerställa att leverantörerna ska klara av att utföra det aktuella kontraktet.³³ Leverantörskvalificeringsfasen och de krav som där får uppställas behandlas utförligare i avsnitt 3.1.1–3.1.2 nedan.

2.4.3.3 Anbudsprövningen

Innan det är dags för anbudsutvärderingen görs en anbudsprövning, där den upphandlande myndigheten kontrollerar att anbudet uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven. Dels kontrolleras att formella krav uppfylls, t.ex. att anbudet innehåller de uppgifter som efterfrågats och att de kommersiella villkoren accepteras, och dels kontrolleras att det som offereras i anbudet uppfyller förfrågningsunderlagets krav på föremålet för upphandlingen.³⁴

2.4.3.4 Anbudsutvärderingen

När leverantörsuteslutning, leverantörskvalificering och anbudsprövning har slutförts står den upphandlande myndigheten förhoppningsvis kvar med ett antal anbud som har klarat sig igenom dessa tre faser och därmed skulle kunna accepteras. Då är det dags för anbudsutvärderingen, där den upphandlande myndigheten bedömer vilket av anbudet som på bäst sätt tillgodoser myndighetens behov och därför ska antas. När denna bedömning görs är myndigheten skyldig att ta hänsyn till såväl de nationella reglerna (som bygger på direktivreglerna), de EU-rättsliga principerna och framförallt det egenupprättade förfrågningsunderlaget. Redan när detta upprättas binder sig den upphandlande myndigheten för vilken metod som anbudet ska utvärderas med. Anbudsutvärderingen och de metoder som där kan användas behandlas utförligare i avsnitt 3.1.3–3.1.5 nedan.

2.4.4 Fattande av tilldelningsbeslutet

När samtliga anbud har utvärderats och den upphandlande myndigheten har kommit fram till en vinnare fattas tilldelningsbeslutet, d.v.s. det beslutas vilken av anbudsgivarna som ska tilldelas kontraktet.

³² Se 11 kap. LOU. Bestämmelserna har sin motsvarighet framförallt i art. 44 och 47-48 i direktiv 2004/18/EG.

³³ Se Pedersen s. 111-112.

³⁴ Se Pedersen s. 117.

3 Rättslig bakgrund till uppsatsens frågeställningar

Föregående kapitel syftade till att ge läsaren en grundläggande förståelse för offentlig upphandling samt regelverket för detta. I detta kapitel kommer jag redogöra för den rättsliga bakgrunden till frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier och till uppsatsens frågeställningar. I avsnitt 3.1 kommer jag redogöra för hur leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen regleras i det klassiska direktivet, bägge fasernas syfte, samt det viktiga kravet på transparens i anbudsutvärderingen. I avsnitt 3.2 kommer jag sedan kort förklara den tydliga rättsliga distinktion som görs mellan dessa faser och problemet som denna ger upphov till. Slutligen kommer jag i avsnitt 3.3 och avsnitt 3.4 diskutera och försöka komma fram till slutsatser rörande syftena dels med upphandlingsregelverket i allmänhet och dels med fasdistinktionen specifikt. Detta bl.a. för att kunna använda dessa slutsatser i resonemang om rättslägets ändamålsenlighet i uppsatsens slutdel.

3.1 Mer om leverantörskvalificeringsfasen, anbudsutvärderingsfasen och fasernas syfte

3.1.1 Leverantörskvalificeringsfasen enligt det klassiska direktivet

I artikel 44 i det klassiska direktivet stadgas att lämpligheten hos de ekonomiska aktörerna ska kontrolleras av den upphandlande myndigheten enligt de kriterier för ekonomisk och finansiell ställning samt yrkesmässig och teknisk kunskap eller kapacitet som avses i artiklarna 47–52. I samma artikel stadgas också att det är miniminivåer på denna kapacitet som den upphandlande myndigheten får kräva. Det stadgas också att omfattningen på kraven som ställs ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta, samt att kraven ska framgå av upphandlingsmeddelandet.³⁵

I artiklarna 47 och 48 radas sedan en mängd möjliga sätt att kontrollera leverantörernas ekonomiska och finansiella ställning respektive yrkesmässiga och tekniska kunskap eller kapacitet upp. Bl. a. kan den upphandlande myndigheten kräva in bankintyg, balansräkningar och uppgifter om företagets omsättning för att fastställa leverantörens ekonomiska ställning. När det gäller att kontrollera den yrkesmässiga och tekniska kunskapen och kapaciteten tillåts upphandlande myndighet också att kräva in en mängd olika uppgifter. Exempelvis kan myndigheten kräva in referenser som intyg på att arbeten utförts och varor har levererats, beskrivningar av leverantörens tekniska utrustning, uppgifter om leverantörens yrkeskvalifikationer samt uppgifter om ledande personer i företaget, eller uppgifter om antal anställda hos leverantören.³⁶

3.1.2 Kvalificeringsfasens syfte: säkerställa att leverantörerna klarar av uppdraget

Syftet med leverantörskvalificeringen är att säkerställa att samtliga leverantörer vars anbud utvärderas i anbudsutvärderingen också klarar av att genomföra kontraktet. D.v.s., leverantörskvalificeringsfasen garanterar att den upphandlande myndigheten inte tecknar kontrakt

³⁵ Se art. 44 p. 1 och 2 i direktiv 2004/18/EG.

³⁶ Se art. 47-48 i direktiv 2004/18/EG.

med en leverantör som sedan inte klarar av att fullfölja sina åtaganden. Som också framgår av direktivets lydelse är alltså inte syftet att se vilken leverantör som är bäst lämpad, eller att göra någon rangordning mellan leverantörerna, utan endast att se vilka leverantörer som uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna kvalificeringskriterierna. Här *får* inte någon relativ bedömning mellan leverantörerna göras; antingen bedöms det att en leverantör klarar av att genomföra det aktuella kontraktet eller så bedöms det att leverantören inte gör detta. Jämförelser mellan de olika leverantörernas erbjudanden måste sparas till anbudsutvärderingsfasen.³⁷

3.1.3 Anbudsutvärderingsfasen enligt det klassiska direktivet och Concordia

Det klassiska direktivet stadgar i artikel 53 två alternativa grunder för tilldelning av kontrakt. Den upphandlande myndigheten ska anta antingen det anbud som innehåller det lägsta priset, eller det som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten.³⁸ Denna uppsats behandlar problematik kring att utvärdera vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, varför inget mer härefter kommer sägas om utvärderingsgrunden lägsta pris. Direktivet stadgar att den upphandlande myndigheten, om den använder sig av utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, ska tillämpa följande kriterier vid tilldelning av offentliga kontrakt:

*”Olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga, t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet.”*³⁹

Av ordalydelsen framgår att listan inte är uttömmande. Upphandlande myndigheter kan alltså använda sig även av andra än de här uppräknade kriterierna för att bedöma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av EU-domstolens avgörande i C-513/99 Concordia framgår att den upphandlande myndigheten själv får välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas, ”*under förutsättning att kriterierna har ett samband med kontraktsföremålet, inte ger myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen angives i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling och är förenliga med alla grundläggande principer och särskilt icke-diskrimineringsprincipen*”⁴⁰

3.1.4 Anbudsutvärderingens syfte: urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet

Förutom de i Concordia uppställda villkoren, så måste samtliga tilldelningskriterier som används vara avsedda att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för den upphandlande myndigheten. Det är nämligen just det som är syftet med anbudsutvärderingen när utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används; att fastställa vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är också här som oklarheter ofta kan uppstå. Vilka kriterier som är relevanta för att fastställa detta måste nämligen bedömas från

³⁷ Se Pedersen s. 111.

³⁸ Se art. 53 p. 1 i direktiv 2004/18/EG.

³⁹ Se art. 53 p. 1 a i direktiv 2004/18/EG.

⁴⁰ Se C-513/99 Concordia, p. 69.

fall till fall. I beaktandemeningarna till det klassiska direktivet kan följande läsas om denna utvärderingsgrund:

*”När de upphandlande myndigheterna väljer att ge kontraktet till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall de utvärdera anbuden för att fastställa vilket som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris. För att göra detta skall de fastställa de ekonomiska och kvalitativa kriterier som i sin helhet måste göra det möjligt för den upphandlande myndigheten att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. **Fastställandet av dessa kriterier beror på föremålet för upphandlingen, eftersom dessa måste göra det möjligt att utvärdera varje anbuds prestanda i förhållande till föremålet för upphandlingen, enligt definitionen i de tekniska specifikationerna, samt att utvärdera förhållandet mellan kvalitet och pris i varje anbud.**⁴¹*

För att exemplifiera så kan vad som är relevant för att bedöma kvaliteten på föremålet för upphandlingen i en komplex upphandling av konsulttjänster skilja sig ganska mycket från vad som är relevant i en mindre komplex produktupphandling, t.ex. vid inköp av råvaror. I det förstnämnda fallet kan kvalifikationerna och erfarenheten hos leverantörens medarbetare mycket väl ses som relevant för att på förhand bedöma kvaliteten på tjänsten medan detsamma knappast gäller i råvaruupphandlingen. Detta är ett exempel på att ett kriterium som i typfallet är ett typiskt kvalificeringskrav, då det rör leverantören, i andra fall skulle vara tänkbart som ett relevant kriterium i anbudsutvärderingen.

3.1.5 Det viktiga kravet på transparens i anbudsutvärderingen

Det bör också nämnas att den upphandlande myndigheten måste följa transparensprincipen i sin utformning av kriterierna i anbudsutvärderingen. Detta har tydliggjorts i EU-domstolens praxis.⁴² Transparensprincipen innebär för anbudsutvärderingen bl.a. att den upphandlande myndigheten i förväg måste informera om de kriterier som ska tillämpas. Det är inte tillåtet att fastställa beräkningsmetoder för hur anbuden ska poängsättas eller underkriterier till de fastställda kriterierna i efterhand, när anbuden redan har kommit in.⁴³ En följd av detta blir att i den mån leverantörsrelaterade tilldelningskriterier eventuellt kan användas i anbudsutvärderingen så måste den planerade användningen av dessa redan i förfrågningsunderlaget beskrivas utförligt. Tilldelningskriterierna måste också formuleras så pass noggrant och utförligt att ”alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt”.⁴⁴

3.2 Distinktionen mellan kvalificeringsfasen och anbudsutvärderingen och den gränsdragningsproblematik denna skapar

Att leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen behandlas i olika avsnitt i det klassiska direktivet är en signal om den tydliga rättsliga distinktion som görs mellan faserna.⁴⁵ I det på upphandlingsområdet mycket kända rättsfallet Beentjes framgår vidare att leverantörskva-

⁴¹ Se beaktandemening 46 st. 3 i direktiv 2004/18/EG.

⁴² Se C-532/06 Lianakis p. 39-40.

⁴³ Se C-532/06 Lianakis p. 44.

⁴⁴ Se C-448/01 Wienstrom, p. 57.

⁴⁵ Bestämmelserna om leverantörskvalificeringen hittas i kapitel 7 avsnitt 2 i direktivet, medan bestämmelserna om anbudsutvärderingen hittas i kapitel 7 avsnitt 3 i direktivet.

lifificeringen och anbudsutvärderingen visserligen kan ske samtidigt, men likväl styrs av olika regler.⁴⁶ Detta innebär att faserna inte får sammanblandas med varandra.⁴⁷ Kriterier för att utvärdera vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska röra ”produkten” och inte ”producenten”, kvaliteten på arbetet som ska utföras och inte kvaliteten på leverantören.⁴⁸ Krav på leverantörerna tillhör typiskt sett själva kvalificeringsfasen.

Vad som gör det hela problematiskt är dock att det inte alltid går att dela upp kriterierna på detta sätt då de två typerna av kriterier ofta går in i varandra. Som påpekats i avsnitt 3.1.4 ovan kan vissa leverantörsrelaterade kriterier ibland vara relevanta också för att utvärdera anbudet i sig. Detta skapar en gränsdragningsproblematik som ofta innebär svårigheter för såväl upphandlande myndigheter, leverantörer och domstolar att veta vad som får prövas i anbudsutvärderingen och vad som tillhör leverantörskvalificeringen. I uppsatsens senare kapitel kommer jag att med hjälp av bl.a. rättspraxis och doktrin redogöra för rättsutvecklingen och rättsläget i denna fråga. Först kommer jag dock i kommande avsnitt behandla de bakomliggande syftena med upphandlingsreglerna och denna fasdistinktion.

3.3 Syftet med EU:s upphandlingsregelverk

Huvudsyftet med EU:s upphandlingsregler är okontroversiellt och anses vara att främja den gemensamma inre marknaden. Framförallt EU-kommissionen framhåller dock ett ytterligare syfte med reglerna, att säkerställa att det allmänna får bättre valuta för sina pengar. I avsnitt 3.3.1 nedan redogör jag för det okontroversiella huvudsyftet, för att i avsnitt 3.3.2 diskutera det eventuella ytterligare syfte som reglerna kan anses ha, och dra en slutsats om hur man bör se på detta.

3.3.1 Upphandlingsdirektivens huvudsyfte – främja den gemensamma inre marknaden

EU:s upphandlingsdirektiv har traditionellt ansetts ha som huvudsyfte att bidra till förverkligandet av den inre marknaden.⁴⁹ För att ge en större förståelse för detta kommer jag nu först att förklara tanken bakom ett av de grundläggande syftena med skapandet av den europeiska unionen – skapandet av en gemensam inre marknad - och sedan varför en oreglerad offentlig upphandling kan motverka detta syfte, och därmed varför upphandlingsregelverket behövdes.

3.3.1.1 EU:s huvudsyfte - skapandet av en gemensam inre marknad

Ett grundläggande syfte med den europeiska gemenskapen, som senare blev en union, var skapandet av en gemensam marknad genom eliminering av handelshinder och hinder för rörelse av affärsrörelser, arbetskraft och kapital över medlemsstaternas gränser. Grundtanken var att borttagandet av sådana hinder och en därigenom en ökad konkurrens inom gemenskapen ökar det allmänna ekonomiska välbefindandet och tillväxten, i EG/EU i stort såväl som i varje enskild medlemsstat. Genom uppmuntran av specialisering i varje land skulle stordriftsfördelar uppnås och överlappande forskning minskas, vilket i sin tur skulle leda till bättre produkter

⁴⁶ Se C-31/87 Beentjes, p. 16.

⁴⁷ Se avsnitt 3.23 i KOM 96 (583) SLUTLIG, kommissionens Grönbok från 1996.

⁴⁸ Se yttrandet av Generaladvokaten Darmons i C-31/87 Beentjes p. 35.

⁴⁹ Se Pedersen s. 26.

och tjänster till bättre priser för Europas medborgare och en större konkurrenskraft gentemot resten av världen. Vid gemenskapens tillblivelse var dock handelshindren mellan staterna både många och av varierande art. Bl.a. var det vanligt med tullavgifter, diskriminerande skatter, importkvoter och nationella understöd. För att uppnå en gemensam inre marknad behövde dessa hinder mot den fria konkurrensen tas bort med hjälp av regleringar på EU-nivå.⁵⁰

3.3.1.2 Varför en oreglerad upphandling kan motverka en gemensam inre marknad

Också invanda upphandlingsmönster kan fungera som hinder och innebära handelsstörningar för den fria konkurrensen på EU:s inre marknad, bl.a. visar studier att upphandlande myndigheter importerar mindre än privata företag.⁵¹ Konservativa upphandlingsvanor hos offentliga myndigheter under allmänhetens påverkan hindrar intresserade leverantörer från att ha tillgång till hela den gemensamma marknaden. Dels kan myndigheter avsiktligt gynna inhemsk industri vid utformning av förfrågningsunderlag och tilldelning av upphandlingskontrakt. Men också när myndigheterna själva förstår och ställer upp bakom de positiva effekterna med en fri konkurrens på den inre marknaden kan det ofta vara svårt att stå emot ett politiskt tryck från hemmaplan att stötta inhemsk industri genom att köpa varor och tjänster från "egna" företag, t.ex. för att rädda jobb. Dessutom kan handelshinder skapas av tendenser att handla från leverantörer man redan känner till p.g.a. bl.a. konservatism, oförmåga att ta nya initiativ och brist på skicklighet att handla kommersiellt. Det senare är vanligt hos myndigheter och andra enheter som inte opererar på den konkurrensutsatta marknaden och därför inte har samma kommersiella press på sig som privata företag; myndigheter slås ju inte ut från marknaden om de gör dåliga affärer, de bara slösar med skattebetalarnas pengar. Korrupktion och upphandling som ett sätt att fördela stöd kan också fungera som ett hinder för utländsk industri.⁵² Offentlig upphandling behöver mot bakgrund av dessa anledningar regleras på EU-nivå för att fördelarna med en gemensam inre marknad ska uppnås fullt ut. Detta är huvudanledningen till att EU-regelverket för offentlig upphandling skapades, och huvudsyftet med detta är följaktligen att främja en fri konkurrens mellan företag från olika medlemsstater på den gemensamma inre marknaden.⁵³

3.3.2 Direktivens eventuella andra syfte – att ge myndigheterna mer valuta för pengarna

Ett annat tänkbart delsyfte med upphandlingsdirektiven kan anses vara att försäkra att upphandlingar vinnas av den bästa anbudsgivaren, d.v.s. se till att upphandlande myndigheter agerar affärsmässigt och får "bästa möjliga valuta för pengarna." Även om ingen diskriminering sker så är det inte säkert att det bästa anbudet vinner i en upphandling, eftersom myndighetsanställda inte är under samma kommersiella press som privata företag. Därför kan det finnas skäl att reglera offentlig upphandling också med syftet att få fler kontrakt att gå till den leverantör som lämnar det "bästa" anbudet, då detta inte nödvändigtvis regleras av sig själv vid inköp av det offentliga. Det kan också konstateras att många medlemsstaters nationella upp-

⁵⁰ Se Arrowsmith 2005 s. 121.

⁵¹ Se Arrowsmith 2005 s. 121.

⁵² Se Arrowsmith 2005 s. 121-122.

⁵³ Se Pedersen s. 26.

handlingslagstiftning, däribland Sveriges, traditionellt går ut just på att göra myndigheters upphandlingar affärsmässiga och ge dem bättre valuta för skattebetalarnas pengar.⁵⁴

3.3.2.1 Tveksamt om upphandlingsdirektiven syftar att åstadkomma affärsmässighet

Huruvida de nuvarande upphandlingsdirektiven syftar också till att myndigheter ska få valuta för sina pengar är dock omdebatterat. Beaktandesatserna i det klassiska direktivet nämner öppnande för konkurrens som ett syfte med direktiven, men säger ingenting om vikten av att det bästa anbudet ska antas eller om valuta för pengar.⁵⁵ Detta kan tolkas som att direktiven endast syftar till att ta bort hinder och öka konkurrens, inte säkerställa affärsmässigt agerande av upphandlande myndigheter och att bästa anbuden ska vinna. Också faktumet att direktiven är begränsade till sitt omfång, t.ex. att de bara gäller kontrakt över ett visst värde och att de inte säger något om vilken typ av utvärderingskriterier som ska användas till olika typer av kontrakt, har ansetts indikera ett mer begränsat syfte med direktiven.⁵⁶ I generaladvokatsyttrandet i det kända rättsfallet SIAC Construction gjordes följande intressanta uttalande i denna fråga:

*”The main purpose of regulating the award of public contracts in general is to ensure that public funds are spent honestly and efficiently, on the basis of a serious assessment and without any kind of favouritism or quid pro quo whether financial or political. The main purpose of Community harmonization is to ensure in addition abolition of barriers and a level playing-field by, inter alia, requirements of transparency and objectivity.”*⁵⁷

Detta uttalande har ansetts indikera ett begränsat syfte för gemenskapsregleringen, nämligen att främja den gemensamma inre marknaden, då medlemstaterna själva har nationella regler som syftar till att identifiera de bästa anbuden för att skydda skattebetalarnas pengar.⁵⁸

3.3.2.2 EU-kommissionens flexibla syn på affärsmässighet som syfte

EU-kommissionen har dock många gånger givit uttryck för en mer flexibel inställning till ett bredare syfte med upphandlingsdirektiven. I grönboken som gavs ut inför antagandet av nuvarande direktiv uttalade man exempelvis att:

*De grundläggande målen för unionens politik för offentlig upphandling är följande: upprättandet av de konkurrensförsättningar som är nödvändiga för att offentlig upphandling genomförs på ett icke diskriminerande sätt, **ett rationellt utnyttjande av allmänna medel genom val av bästa inlämnade anbud**, tillträde till en inre marknad med omfattande avsättningsmöjligheter för leverantörer.*⁵⁹

Redan 1996 verkar alltså kommissionen ha haft inställningen att EU:s upphandlingsregler syftade också till att ge medlemsstaternas myndigheter mer valuta för sina pengar genom att de i större utsträckning skulle tvingas välja bästa inlämnade anbud. Att inget nämns om ett sådant syfte i den ovan nämnda preamble till det klassiska direktivet som blev resultatet av

⁵⁴ Se Arrowsmith 2005 s. 128-129.

⁵⁵ Se beaktandesats 2 i direktiv 2004/18/EG.

⁵⁶ Se Arrowsmith 2005 s. 129.

⁵⁷ Se yttrandet av Generaladvokat Jacobs i C-19/00 SIAC Construction, p.33.

⁵⁸ Se Arrowsmith 2005 s. 130.

⁵⁹ Se KOM 96 (583) SLUTLIG, kommissionens Grönbok från 1996, sammandraget, s. 3.

1996 års grönbok indikerar dock att kommissionen i de mångåriga förhandlingarna som föregick direktivens antagande inte fick genomslag för denna syn.⁶⁰

De senaste åren har ett antal dokument från kommissionen dock ännu tydligare indikerat att effektivitet i upphandlingsförfaranden och valuta för det allmännas pengar bör vara ett viktigt syfte med i alla fall framtidens upphandlingsregler. I ett strategidokument från mars 2010 uttalades att "*Public procurement policy must ensure the most efficient use of public funds*".⁶¹ I grönboken som kom ut 2011 framhölls sedan som den främsta målsättningen med översynen av upphandlingsdirektiven "*att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna*". Detta genom att dels eftersträva de upphandlingsresultat som ger mesta möjliga valuta för pengarna, och dels öka effektiviteten i själva upphandlingsförfarandena.⁶²

I december 2011, efter att hundratals intressenter runtom i Europa hade fått chans att kommentera i grönboken föreslagna ändringar, publicerade sedan EU-kommissionen sitt förslag till nya upphandlingsdirektiv. I detta framhölls det återigen som ett av två huvudsyften med förslaget till nytt klassiskt direktiv att "*Increase the efficiency of public spending to ensure the best possible procurement outcomes in terms of value for money*".⁶³ Och kanske av ännu större vikt, i beaktandesats 2 i samma direktivförslag nämns "*ensuring the most efficient use of public funds*" som ett av syftena med direktivet.⁶⁴ Det stadgas också att tidigare direktiv bl.a. "*have to be revised and modernized in order to increase the efficiency of public spending*".⁶⁵ I kommissionens syn på framtiden är det med andra ord tydligt att affärsmässighet hos upphandlande myndigheter samt valuta för det allmännas pengar är något som upphandlingsdirektiven syftar till att vara med och bidra till.

3.3.2.3 Kritik mot kommissionens flexibla syn

I doktrin har det dock framförts kritik mot kommissionens allt flexiblare syn på upphandlingsdirektivens syfte, såväl tidigare som under senare år. Enligt Arrowsmith tillåter inte den inre marknadsrätten, vilken upphandlingsdirektiven bygger på, regler med syfte att det allmänna ska spendera sina pengar väl, då dess regler får åberopas endast för att stödja de fyra friheterna eller för att ta bort hinder för en fri konkurrens.⁶⁶ Arrowsmith, tillsammans med Kunzlik, anför att valuta för pengarna är ett mycket viktigt syfte med nationella upphandlingsregler, men att detta varken är eller bör vara ett syfte med EU-reglerna.⁶⁷ Boyle ansluter sig till denna uppfattning, och framhåller i en artikel som kommenterar 2011 års grönbok att det är skillnad på att genom integrationsfrämjande reglering låta myndigheter få mer valuta för sina pengar, och att se ökad valuta för pengarna som ett mål *i sig* med upphandlingsdirektiven. Hon håller med om att EU-lagstiftningen endast borde syfta till att säkerställa att med-

⁶⁰ Se beaktandesatserna till direktiv 2004/18/EG.

⁶¹ Se s. 26 i kommissionens strategidokument COM(2010) 2020 final, *Europa 2020*.

⁶² Se KOM (2011) 15 slutlig, kommissionens grönbok från 2011 s. 4.

⁶³ Se COM (2011) 896 final, förslaget till nytt klassiskt direktiv s. 2.

⁶⁴ Se COM (2011) 896 final, förslaget till nytt klassiskt direktiv, beaktandesats 2.

⁶⁵ Se COM (2011) 896 final, förslaget till nytt klassiskt direktiv. s. 2.

⁶⁶ Se Arrowsmith 2005 s. 130-131.

⁶⁷ Se Arrowsmith och Kunzlik s. 31-32.

lemsstaterna agerar på ett icke-diskriminerande och transparent sätt.⁶⁸ Boyle och Arrowsmith anser att sättet att främja inhemska upphandlingssyften, såsom valuta för pengarna och kostnadseffektiva processer, bör bestämmas på nationell nivå i enlighet med nationella prioriteringar och värden, så länge detta håller sig inom ramar som EU-direktiven sätter.⁶⁹ Detta i linje med EU:s subsidiaritetsprincip.⁷⁰ Denna säger att unionen, på de områden där den inte har exklusiv kompetens, endast ska agera om syftet med agerandet inte kan uppnås i tillräcklig utsträckning genom agerande på nationell nivå.⁷¹ Boyle påpekar att medlemsstaterna själva är de som är mest lämpade att besluta hur de ska få bäst valuta för sina skattebetalares pengar, och anser därför att upphandlingsdirektivens syfte ska vara ”endast” att fungera som ett ramverk som öppnar upp för gränsöverskridande handel.⁷²

3.3.2.4 Den eventuella motsättningen mellan affärsmässighet och EU-integrationen

Ett problem när man framhåller multipla syften med EU:s upphandlingsregler är också att det till viss del ligger en naturlig motsättning mellan syftet att främja den inre marknaden och syftet att säkerställa bättre valuta för myndigheters pengar. Med dagens integrationsfrämjande regelverk kan en upphandlande myndighet t.ex. aldrig göra ett snabbt klipp om ett tillfälligt och fördelaktigt erbjudande uppkommer; upphandlingsreglerna kräver att den formella upphandlingsprocessen alltid följs.⁷³ Att följa ett omfattande regelverk med stora krav på transparenta förfaranden och objektiva procedurer, vilket krävs för att främja den inre marknaden, är dessutom kostnadskrävande, och ofta torde pengar läggas på detta som inte fås tillbaka i form av ett bättre resultat för den upphandlande myndigheten. Ju fler komplicerade regler att följa, som gynnar integrationen, desto större blir de administrativa kostnaderna. D.v.s., säkerställandet av en fri konkurrens på den gemensamma inre marknaden innebär att upphandlande myndigheter ibland inte tillåts agera 100 % affärsmässigt.

Å andra sidan måste man komma ihåg att säkerställandet av objektiva och transparenta procedurer också hindrar fenomen som korrruption, svågerpolitik, ”bekvämlighetsinköp” samt inköp p.g.a. dåligt omdöme hos de upphandlande myndigheterna.⁷⁴ Reglerna förbättrar därmed upphandlingsresultaten när tillräckliga ansträngningar för att göra en bra affär inte hade gjorts om reglerna inte hade funnits. Dessa fall är antagligen inte helt ovanliga, då det offentliga inte utsätts för samma kommersiella press som privata företag. Genom att tvinga upphandlande myndigheter att upphandla utan att diskriminera företag från andra medlemsstater ger man dem också en tvingande tillgång till fler potentiella anbudsgivare och en större konkurrens vilket leder till bättre inköp. Dessutom förstärks de positiva effekter för det europeiska samhället i stort (bl.a. nationell specialisering, stordriftsfördelar och bättre konkurrenskraft) som den gemensamma marknaden syftar till att skapa.⁷⁵ Med andra ord, de integrationsskapande upphandlingsreglerna innebär ofta att upphandlande myndigheter och medlemsstaternas skat-

⁶⁸ Se Boyle s. NA173.

⁶⁹ Se Boyle s. NA173 samt Arrowsmith 2009 s. 141.

⁷⁰ Se Boyle s. NA173.

⁷¹ Se art. 5 (3) i fördraget om Europeiska unionen.

⁷² Se Boyle s. NA173.

⁷³ Se Arrowsmith 2005 s. 172.

⁷⁴ Se Arrowsmith 2005 s. 172.

⁷⁵ Se ovan avsnitt 3.3.1.1.

tebetalare får bättre valuta för sina pengar, även om de ibland också innebär motsatsen.⁷⁶ EU-kommissionens utvärdering av upphandlingsdirektiven som publicerades 2011 kom fram till att besparingarna som EU:s upphandlingsdirektiv genererar totalt är klart större än de kostnader som upphandlande myndigheter och leverantörer åsamkas. De positiva effekterna blir än mer tydliga om de kvalitativa förbättringar på de vinnande anbuden som direktiven orsakar räknas in i ekvationen.⁷⁷ EU-integrationen på upphandlingsområdet torde alltså även gynna skattebetalarna i stort, och att det finns vissa motsättningar mellan syftena torde därför inte ses som graverande i argumentationen mot att båda syftena existerar.

3.3.2.5 Slutsats - är bättre valuta för myndigheternas pengar ett delsyfte med direktiven?

Huruvida bättre valuta för myndigheternas pengar inte bara är en följd utav upphandlingsdirektiven utan också ett syfte med dessa är kontroversiellt. Då de nuvarande direktiven inte säger något om detta och doktrinen ställer sig skeptisk är det tveksamt om valuta för myndigheternas pengar kan anses vara ett syfte med de nuvarande direktiven, trots EU-kommissionens uppfattning att så är fallet. Det blir mycket intressant att se vad Europeiska rådet och EU-parlamentet kommer fram till i denna fråga i överläggningarna om de nya förslagen till upphandlingsdirektiv, med tanke på hur tydligt kommissionen nu har framhållit detta syfte.

3.4 Syftet med distinktionen mellan faserna

Nu kommer vi in på frågan vad syftet är med den tydliga distinktionen som görs mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen. Till att börja med kan konstateras att EU-kommissionen har varit knäpphändig med information om syftet med distinktionen i de fall där man har skrivit om denna. I såväl kommissionens uttalanden som doktrin är stödet som hänvisas till för distinktionen främst rättspraxis, och då framförallt Beentjes.⁷⁸ Det anmärkningsvärda med detta är att det varken i Beentjes eller i efterföljande uppmärksammade rättsfall på området, ges någon direkt motivering till distinktionen och varför den är så viktig.⁷⁹ Det har dock gjorts vissa uttalanden av kommissionen som indikerar vad dessa skulle kunna vara, och doktrin har behandlat ämnet. För att kunna komma fram till en konklusion har jag dock också varit tvungen att dra mina egna slutsatser av det som har skrivits, och göra vissa egna antaganden. Jag har kommit fram till distinktionen mellan faserna kan anses ha två huvudsyften, som jag nu kommer att redogöra för.

3.4.1 Syfte 1 – öka chansen att leverantören med det bästa anbudet vinner upphandlingar

En tanke med att det är fördelarna och nackdelarna med de olika anbuden och inte leverantörerna som ska jämföras i anbudsutvärderingen är att större och mer erfarna leverantörer inte ska få en omotiverad fördel i anbudsutvärderingen på grund av deras storlek och mångåriga erfarenhet. Det som avgör anbudsutvärderingen ska vara endast hur fördelaktigt anbudet i sig

⁷⁶ Se Arrowsmith 2005 s. 172.

⁷⁷ Se SEC (2011) 853 final, kommissionens utvärderingsrapport om upphandlingslagstiftningen, s. 154.

⁷⁸ Se t.ex. uttalanden om distinktionen på s.19 i KOM 96 (583) SLUTLIG, kommissionens Grönbok från 1996 och på s. 17 i KOM (2011) 15 slutlig, kommissionens grönbok från 2011.

⁷⁹ I punkt 16 i C-31/87 Beentjes, som anses ligga till grund för fasdistinktionen, motiveras inte detta.

är. Vilken omsättning leverantören har, hur många anställda den har, eller hur länge den har varit aktiv i branschen antas i normalfallet inte vara relevant för att bedöma kvaliteten på anbudet; d.v.s. på produkterna, tjänsten eller arbetet som ska utföras. Detta så länge leverantören har en *tillräcklig* ekonomi samt teknisk och yrkesmässig kapacitet för att kunna genomföra den aktuella upphandlingen, vilket tas reda på i leverantörskvalificeringsfasen. Genom att göra denna distinktion ökar man sålunda chansen att leverantören med det bästa *anbudet* vinner upphandlingen. Att detta är ett syfte med fasdistinktionen kan anses framgå av EU-kommissionens formulering i grönboken från 1996:

*”Även om domstolen redan tydligt har uttalat sig om det faktum att det finns en klar skillnad mellan kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen och att de bestämmelser och kriterier som styr dessa två faser följaktligen inte får sammanblandas (domen i målet Beentjes) framgår att ett stort antal upphandlande enheter fortsätter att ställa krav som har drag av kvalifikationskrav under utvärderingsfasen. Detta kan i vissa fall leda till att upphandlingskontraktet inte tilldelas den leverantör vars anbud synes vara det bästa i den aktuella upphandlingen utan en leverantör som har större erfarenhet eller finansiell tyngd än de övriga.”*⁸⁰

I 2011 års grönbok uttalande kommissionen vidare angående fasdistinktionen:

*”Åtskillnaden mellan urvals- och tilldelningskriterier garanterar **rättvisa** och **objektivitet** när anbud ska jämföras. Att tillåta att anbudsgivarrelaterade kriterier som erfarenhet och kvalifikationer medtas i kontraktstilldelningskriterierna skulle kunna **undergräva jämförbarheten** mellan de faktorer som ska beaktas och i slutändan **strida mot principen om likabehandling**. Att förlita sig på anbudsgivarrelaterade kriterier skulle således potentiellt också leda till **snedvridning av konkurrensen**.”*⁸¹

EU-kommissionen anser alltså att värden som rättvisa, objektivitet, jämförbarhet och likabehandling gynnas av distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen. Man torde mena att det vore orättvist och i strid med likabehandlingsprincipen om större och mer erfarna företag premierades i anbudsutvärderingar utan att deras anbud är mer fördelaktiga. På så sätt kan uttalandet precis som det i 1996 års Grönbok ovan anses indikera att ett syfte med distinktionen är att hjälpa det bästa anbudet att vinna i upphandlingar. Värdena objektivitet och jämförbarhet kan gynnas av fasdistinktionen då denna gör det lättare att jämföra de olika *anbuderna* med varandra utan att ovidkommande hänsyn till leverantörerna tas. Därmed blir det lättare för den upphandlande myndigheten att göra en objektiv utvärdering av vilket som är det bästa anbudet, vilket också ökar chansen att leverantören som har lagt detta vinner upphandlingen. Det kan med andra ord antas att såväl ökad rättvisa, likabehandling, objektivitet och jämförbarhet är ytterligare syften med distinktionen mellan faserna, och att allt detta i förlängningen syftar till att säkerställa att leverantören med det bästa anbudet vinner varje upphandling.

⁸⁰ Se KOM 96 (583) slutlig, kommissionens grönbok från 1996, avsnitt 3.23. Se även Kruger s. 139.

⁸¹ Se KOM (2011) 15 slutlig, kommissionens grönbok från 2011, s. 18. Se vidare vad man här skrev om fasdistinktionen i avsnitt 6.2.1.1 nedan.

3.4.2 Syfte 2 – främja konkurrensen på den inre marknaden.

Mycket talar för att ett annat syfte med fasdistinktionen är att främja konkurrensen på den inre marknaden. Till att börja med garanterar distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen en upphandlingsprocess med steg-för-steg-beslutsfattande. En sådan är lättare att övervaka, döma över och förstå. I en sådan är det också svårare för upphandlande myndighet att få utrymme för skönsmässiga bedömningar. Detta kan anses gynna förutsebarheten och transparensen i upphandlingsprocessen,⁸² vilket vidare kan leda till en större vilja från utländska aktörer att ge sig in i budgivning. Transparenta och förutsebara upphandlingsprocesser gör det nämligen lättare för dessa att förutse vilka chanser man har att vinna en upphandling och kan väntas öka utländska aktörers tilltro till rättvisa upphandlingsprocedurer.⁸³ Genom att fasdistinktionen främjar transparensen kan den alltså anses öka konkurrensen om upphandlingskontrakt på den inre marknaden. De av EU-kommissionen i 2011 års grönbok nämnda värden som fasdistinktionen anses främja, d.v.s. objektivitet, rättvisa, likabehandling och jämförbarhet, kan på samma sätt anses uppmuntra leverantörer att ge sig in i upphandlingar i andra medlemsländer. Därmed kan ett främjande av värdena också uppmuntra en ökad konkurrens på den inre marknaden. Att kommissionen fruktar att anbudsgivarrelaterade kriterier skulle kunna leda till en snedvridning av konkurrensen framgår också av citatet från 2011 ovan. Detta talar för att också kommissionens syn är att fasdistinktionen främjar en fri konkurrens.

Ett konkurrensfrämjande syfte med distinktionen mellan faserna antyds också i doktrin.⁸⁴ Dessutom säkerställer denna att mindre och nystartade företag, med mindre erfarenhet eller finansiell och teknisk kapacitet, kan konkurrera om detta på samma villkor som stora företag med mångårig erfarenhet i branschen, så länge de bedöms klara av att genomföra det aktuella kontraktet. Med ett regelverk som inte tillåter hänsyn till leverantörsrelaterade aspekter i anbudsutvärderingen räcker det ju att mindre leverantörers anbud är det bästa för att de ska vinna upphandlingen. Detta främjar naturligtvis också den fria konkurrensen på den inre marknaden. En ökad konkurrens på den inre marknaden är som nämnts ovan ett huvudsyfte med upphandlingsdirektiven, och när denna ökar beräknas också de ovan nämnda fördelarna med en sådan medfölja.⁸⁵ Det finns med andra ord många skäl att anta att en ökad konkurrens på den inre marknaden är ett åsyftat motiv till distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen.

3.4.3 Sammanfattande slutsats om syftena med fasdistinktionen

För att sammanfatta så kan det konstateras att det inte kan anses helt klart vad som är syftena bakom den tydliga distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen, men att det finns ett antal rimliga och troliga syften med uppdelningen. Bland dessa kan nämnas en ökad objektivitet, rättvisa, jämförbarhet, likabehandling och transparens i

⁸² Se Kruger s. 139.

⁸³ Se Arrowsmith 2005 s. 127.

⁸⁴ Se Folliott-Lalliot s. 156. Folliott-Lalliot framhåller i diskussionen om distinktionen mellan faserna att fransk lag alltid har värnat konkurrensperspektivet, ofta mer än andra medlemsstater, och hans text antyder att detta skulle vara ett skäl till att man har en mer strikt syn på distinktionen i fransk lag.

⁸⁵ Se avsnitt 3.3.1.1 ovan.

upphandlingsförfarandena. Samtliga dessa kan dock enligt min mening anses ha gemensamt att de hjälper minst ett av de två huvudsyftena bakom distinktionen: att öka sannolikheten att det bästa anbudet vinner varje enskild upphandling och att öka konkurrensen om upphandlingskontrakt på den inre marknaden. Med andra ord så sammanfaller de troliga syftena bakom fasdistinktionen i stort med de framförda syftena med upphandlingsreglerna.

4 Leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i EU-praxis

I föregående kapitel redogjordes bl.a. för leverantörskvalificeringens och anbudsutvärderingens uppbyggnad och syfte, samt den tydliga distinktion som görs mellan de två faserna. Frågan som nu kommer att behandlas är huruvida denna distinktion hindrar användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Eller om sådana inte är totalförbjudna, när och under vilka villkor de kan användas. I den fortsatta uppsatsen kommer jag försöka besvara dessa frågor, och detta kapitel 4 kommer jag ägna åt en kronologisk genomgång och analys av praxis på området från 1988 till 2011, tillsammans med kommentarer av denna praxis från doktrin. Dessutom kommer nationell rättstillämpning på vissa ställen att beröras i syfte att berika analysen. Tyngdpunkten i avsnittet ligger på nyckelfallet Lianakis m.fl. och en relativt omfattande analys av detta och vad det har ansetts betyda för frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Jag vill dock påpeka att analysen av Lianakis och dess betydelse inte ska likställas med en analys av dagens rättsläge, min analys av detta kommer i kapitel 5 nedan. Det bör också påpekas att det nuvarande klassiska direktivet eller försörjningsdirektivet visserligen inte har gällt för upphandlingarna i de flesta av EU-rättsfallen som här kommer att behandlas. Reglerna rörande anbudsutvärderingen och dennas distinktion från leverantörskvalificeringen i de andra direktiv som gällt har dock liknat eller varit i princip identiska med de i dagens direktiv, varför detta faktum inte gör rättsfallen irrelevanta för dagens rättsläge.⁸⁶

4.1 Oklarheten i innebörden av Beentjes sammanblandningsförbud

I rättsfallet Beentjes från 1988 gjorde EU-domstolen följande uppmärksammade uttalande:

*Even though the directive... does not rule out the possibility that examination of the tenderer's suitability and the award of the contract may take place simultaneously, the two procedures are governed by different rules.*⁸⁷

Rättsfallet brukar i och med detta uttalande anses vara det som ligger till grund för den numera okontroversiella regeln att faserna för anbudsutvärdering och leverantörskvalificering inte får sammanblandas; det måste framgå av förfrågningsunderlaget vad som utvärderas i vilken fas, och respektive fas måste följa den fasens regler. Uttalanden från EU-kommissionens grönbok 1996 indikerar att detta sammanblandningsförbud också hindrar att samma typ av kriterier används i bägge faserna, då man har uttalat att kriterier med drag av kvalifikationskrav under utvärderingsfasen kan leda till att upphandlingskontraktet inte tilldelas leverantören med det bästa anbudet, utan istället en leverantör med mer erfarenhet eller finansiell tyngd. Detta har kommissionen också jämfört med situationen att utvärderingskriterier utan grund i direktiven, som därför inte kan godkännas, används.⁸⁸ Dessa uttalanden indikerar att Beentjes i sig skulle kunna utesluta användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Flera författare i doktrinen påpekar dock att domstolens formuleringar i Beentjes inte i sig

⁸⁶ T.ex. gällde det gamla tjänstedirektivet, 92/50/EG, i nyckelmålet Lianakis m.fl.. Falk framhåller angående detta att i stort sett samma för oss relevanta regler som där gällde också gäller enligt det klassiska direktivet idag, och att frågan om denna typ av tilldelningskriterier därför inte ska bedömas olika enligt de två direktiven, se Falk s. 397. Samma principiella resonemang gäller andra här behandlade rättsfall där andra direktiv gällde.

⁸⁷ Se C-31/87 Beentjes, p. 16.

⁸⁸ Se KOM 96 (583) SLUTLIG, kommissionens Grönbok från 1996, avsnitt 3.23.

utesluter leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, utan att rättsfallet endast kräver att anbudsutvärderingen ska hållas skild från leverantörskvalificeringen. Detta utesluter, enligt dessa författare, inte att samma kriterier ibland kan användas i bägge faserna; d.v.s. faserna skulle ändå kunna överlappa varandra, och vissa typer av bevis skulle kunna användas i båda.⁸⁹ För att få större klarhet i hur rättsläget egentligen ser ut måste vi därför gå vidare med senare praxis på området.

4.2 EU-praxis efter Beentjes men innan Lianakis

4.2.1 C-324/93 Evans Medical och MacFarlan Smith

Ett intressant fall på området är Evans Medical och MacFarlan Smith (härefter: Evans Medical) från 1995. EU-domstolen underkände i detta rättsfall de upphandlande parternas argumentation att behovet av att vidta säkerhetsåtgärder borde göra dåvarande undantagsbestämmelser till upphandlingsregelverket tillämpliga. Domstolen gjorde istället de intressanta uttalandena att den upphandlande myndigheten kunde ha tillämpat anbudsgivarens förmåga att vidta lämpliga säkerhetsåtgärder som ett kriterium i anbudsutvärderingen och att leveranssäkerhet kan användas som tilldelningskriterium.⁹⁰ Detta är kriterier som har starka drag av kvalifikationskrav, och därmed inte borde få användas i anbudsutvärderingen om det där konsekvent skulle vara förbjudet att använda sig av kriterier som normalt tillhör leverantörskvalificeringen.⁹¹ Domen är därmed ett exempel på att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier inte är undantagslöst förbjudna i EU-praxis.

Domen har också refererats till i såväl EU-praxis som i nationella rättsfall som stöd för att EU-rätten godtar leveranssäkerhet som tilldelningskriterium.⁹² Domen kan alltså sägas ha öppnat upp för att leveranssäkerhet och andra kriterier som berör anbudsgivarnas förmåga eventuellt skulle kunna utvärderas i anbudsutvärderingen, så länge dessa syftar till att utreda vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

4.2.2 C-448/01 EVN & Wienstrom

EVN & Wienstrom (härefter: Wienstrom) är ett senare rättsfall från 2003 där EU-domstolen också bedömde huruvida leveranssäkerhet kunde utvärderas i anbudsutvärderingen. I målet hade leveranssäkerheten utvärderats genom att leverantörerna gavs poäng i förhållande till hur mycket el producerad från förnyelsebara energikällor de skulle kunna leverera *utöver* den mängd som kunde förväntas levereras enligt upphandlingskontraktet. Domstolen framhöll att upphandlingskriterier i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bl.a. måste ha ett samband med kontraktets föremål, och att detta samband saknades här. Detta eftersom kriteriet inte avsåg den tjänst som var föremål för kontraktet, utan produktion av sådan el som skulle levereras till andra kunder.⁹³ Domstolen uttalade därför att ”*även om leveranssäkerhet i princip kan ingå bland de kriterier som läggs till grund för bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga*” så kunde sättet man bedömde leveranssäker-

⁸⁹ Se bl.a. Arrowsmith 2005 s. 506, Falk s. 396 och Kotsonis 2010 s. NA86.

⁹⁰ Se C-324/93 Evans Medical och Macfarlan Smith, p. 46-47 och 49.

⁹¹ Se Falk s. 397.

⁹² Se C-19/00 SIAC Construction, p. 39 och Kruger s. 141.

⁹³ Se C-448/01 EVN Wienstrom, p. 33 och 66-68.

heten på här inte godtas.⁹⁴ Domen bekräftar alltså att leveranssäkerhet, även om kriteriet normalt är en aspekt på teknisk status och därmed en del av leverantörskvalificeringen, också kan tillämpas som ett utvärderingskriterium. Alltså ger domen ytterligare bekräftelse på att kriterier rörande anbudsgivarnas förmåga ibland mycket väl kan tillåtas i anbudsvärderingen, i alla fall kriteriet leveranssäkerhet. Samtidigt tydliggör domen att sådana kriterier för att kunna godkännas verkligen måste ha ett samband med kontraktets föremål och syfta till att bedöma hur ekonomiskt fördelaktigt själva anbudet är.

4.2.3 C-315/01 GAT v Österreichische Autobahn

Ett annat rättsfall som behandlar frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är GAT v Österreichische Autobahn (härefter: GAT), också det från 2003. Detta mål behandlade en upphandling avseende en gatusopmaskin, och som tilldelningskriterium angavs bl.a. antalet referenser från Europeiska Unionens alpområden. Domstolen konstaterade angående detta kriterium att förteckningar över leveranser, mottagare, datum och belopp etc. gällande anbudsgivarens tidigare kunder kan krävas för att visa leverantörens kapacitet.⁹⁵ Domstolen konstaterade dock också följande, i punkt 66:

*”En enkel förteckning över referenser... som endast innehåller uppgifter om identitet och antal beträffande anbudsgivarnas tidigare kunder, men som inte innehåller andra uppgifter om leveranser som gjorts till dessa kunder, ger ingen information som gör det möjligt att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet ... Förteckningen kan därför inte i något fall utgöra ett tilldelningskriterium ... ”*⁹⁶

Målet ger därmed ytterligare bekräftelse på vikten av att tilldelningskriterier verkligen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Samtidigt tolkar flera författare i doktrinen domstolens formulering i citerade punkt 66 som att domstolen indikerar att mer specifika detaljer om tidigare utförda kontrakt verkligen skulle kunna särskilja ett bättre anbud.⁹⁷ Målet kan därmed anses öppna en möjlighet för att referenser skulle kunna användas inte bara i leverantörskvalificeringen utan också i anbudsvärderingen. För detta måste de dock innebära en möjlighet till en materiell bedömning av anbudet, vilket inte är möjligt endast utifrån en lista av angivna referenser.⁹⁸

4.2.4 T-4/01 Renco

Ett speciellt rättsfall är Renco, ett avgörande från Förstainstansrätten (numera Tribunalen) 2003 som rörde tilldelningen av ett kontrakt utav en av EU:s institutioner, Rådet.⁹⁹ Målet rörde ett selektivt upphandlingsförfarande av anläggnings- och allmänna underhållsarbeten, där bl.a. ”erfarenhet och kompetens avseende genomförandet av liknande projekt hos de fasta

⁹⁴ Se C-448/01 EVN Wienstrom, p.70.

⁹⁵ Se C-315/01 GAT, p. 64-65.

⁹⁶ Se C-315/01 GAT, p. 66.

⁹⁷ Se bl.a. Arrowsmith 2005 s. 508, Kruger s. 141-142, Rubach-Larsen s. 119 samt Kotsonis 2008, s. NA131.

⁹⁸ Se Konkurrensverkets skrift *Analys – referenser i anbudsvärderingen* s. 3.

⁹⁹ Se T-4/01 Renco, p. 2-3. Upphandlingslagstiftningen som Rådet vid denna tidpunkt hade att följa, ålade Rådet samma förpliktelser som det vid den tidpunkten rådande direktiv 93/37/EEG ålade medlemsstaterna, varför fallet torde vara relevant för vår bedömning av det generella rättsläget, se Lee s. 53. Man bör dock komma ihåg att Förstainstansrätten/Tribunalen formellt är underställd EU-domstolen, och att det p.g.a. detta kan ifrågasättas om avgöranden från denna domstol kan anses ha samma tyngd som sådana från EU-domstolen.

medarbetarna i företaget”, samt ”företagets erfarenhet och tekniska kapacitet” angavs som tilldelningskriterier. Domstolen uttalade i målet att:

”Företagets och dess medarbetares erfarenhet och tekniska förmåga, vanan vid den typ av uppdrag som upphandlingen avser och kvaliteten på de underentreprenörer och leverantörer som har föreslagits är ... faktorer vilka kan medföra förseningar eller nödvändiga tilläggsarbeten ... härav följer att även om vissa av de kriterier för prövning av ett företags förmåga att utföra uppdraget, vilka angivits i kontraktshandlingarna, inte är kvantitativa kan de ändå tillämpas på ett objektivt och enhetligt sätt, och de är klart relevanta för att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.” (p.68).

Dessutom uttalades att *”kriterier såsom erfarenhet och teknisk förmåga och kvaliteten på eventuella underentreprenörer är faktorer som kan påverka värdet av ett anbud”* och därför kan tas in i kontraktshandlingarna (p. 69). Domstolen kom slutligen fram till att samtliga tilldelningskriterier i kontraktshandlingarna var öppna och relevanta med hänsyn till upphandlingens art, och att de var avsedda att utpeka det ekonomiskt mest förmånliga anbudet (p.71).¹⁰⁰

Denna dom är anmärkningsvärd, då den tydligt verkar fastslå att såväl leverantörens och dess medarbetares erfarenhet och kvalifikationer kan utgöra tilldelningskriterier i sig. Domstolen tog inte överhuvudtaget upp distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen, och verkade inte kräva att tilldelningskriterierna explicit skulle riktas in på att bedöma anbudet i sig, utan godtog att dessa tydligt avsåg leverantörernas samt dess medarbetares kvalifikationer och erfarenhet så länge de också påverkade hur fördelaktigt anbudet var. Även om leverantörens och dess medarbetares kvalifikationer och erfarenhet helt klart kan anses relevanta för att bedöma hur ekonomiskt fördelaktigt ett anbud är, så måste det anses konstigt att denna dom inte alls berörde sammanblandningsproblematiken som många övriga EU-rättsfall tar upp. Detta då den upphandlande myndigheten i fallet tydligt blandade faserna med varandra. Detta har också ansetts reducera vikten av rättsfallet.¹⁰¹ Även om domen är intressant och relevant i diskussionen, så finns det alltså anledning att ifrågasätta tyngden av domstolens uttalanden i Renco.¹⁰² Desto mera så i ljuset av nästa rättsfall som kommer behandlas i denna redogörelse, Lianakis m.fl.

4.3 Sammanfattning av EU-rättsläget och hur detta reflekterades ute i medlemsstaterna innan Lianakis 2008

I januari 2008 meddelade EU-domstolen ett mycket uppmärksammat och för denna uppsats oerhört intressant avgörande, Lianakis m.fl. Innan jag redogör för detta rättsfall, som måste ses som en milstolpe i EU-rättsutvecklingen i frågan om leverantörsanslutna utvärderingskriterier, kommer nu en kort sammanfattning av rättsläget innan utslaget i Lianakis m.fl. samt hur detta tolkades av rättsinstanser ute i medlemsstaterna.

¹⁰⁰ Se T-4/01 Renco, p. 68-71.

¹⁰¹ Se Arrowsmith 2005 s. 508, fotnot 60.

¹⁰² Detta ännu mer då Rådet, som påpekats tre noter ovan, följer en specialreglering med specialbestämmelser och deras upphandlingar inte regleras direkt av upphandlingsdirektiven.

Som har visats i ovanstående genomgång av tidigare EU-praxis var denna långtifrån klar när det gällde frågan i vilka fall leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, som bedömer exempelvis erfarenhet, referenser och risk att inte klara av att genomföra kontraktet, kunde användas. Av denna praxis kunde man dock i alla fall utläsa att möjligheten att använda sådana kriterier inte uteslöts, utan de verkade under vissa omständigheter kunna vara tillåtna.¹⁰³ Denna tolkning verkade också många av domstolarna och överprövningsmyndigheterna ute i medlemsstaterna göra av rättsläget. Detta visar exempel från bl.a. tysk, italiensk, norsk, dansk och belgisk rättspraxis.¹⁰⁴ Denna rättspraxis tyder inte på att de nationella rättsinstanserna förkastade distinktionen mellan leverantörsqualificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen, utan tvärtom så finns många exempel på att denna upprätthölls, vilket visade sig i att kriterier som normalt tillhör leverantörsqualificeringsfasen oftast inte godtogs som tilldelningskriterier. Sådana kriterier accepterades dock *i undantagsfall* i denna rättspraxis, och då *under specifika villkor*.¹⁰⁵ Treumer benämner en sådan syn - där distinktionen mellan faserna upprätthålls men där leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan accepteras i undantagsfall och då under specifika villkor - som en ”flexibel approach” till problemet, och denna terminologi kommer jag i den fortsatta uppsatsen att begagna mig av.¹⁰⁶

4.4 Lianakis

Den 24 januari 2008 kom då det uppmärksammade förhandsavgörandet från EU-domstolen i det grekiska rättsfallet Lianakis m.fl. (Härefter: Lianakis).¹⁰⁷ Eftersom detta måste ses som det mest betydelsefulla avgörandet för frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kommer nu först en rättsfallsredogörelse som kommer vara mer utförlig än tidigare sådana redogörelser i uppsatsen. Efter denna kommer jag redogöra för den analys av rättsfallet och dess betydelse för tillåtligheten av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier som har gjorts i efterföljande doktrin.

4.4.1 Redogörelse för Lianakis

I tvisten utlyste Alexandroupolis kommunstyrelse ett upphandlingsförfarande för tilldelning av kontrakt rörande utförande av ett projekt avseende bl.a. införande i fastighetsregister och stadsplanering avseende ett område i kommunen.¹⁰⁸

Tilldelningskriteriernas uppbyggnad

I upphandlingsmeddelandet angavs kriterierna för kontraktstilldelning i följande prioritetsordning:

1. Den sakkunniges styrkta erfarenhet av projekt som utförts under de tre föregående åren.
2. Konsultföretagets personalstyrka och utrustning.

¹⁰³ Se Kotsonis 2008 s. NA131.

¹⁰⁴ Se Treumer s. 106. Norge lyder under EU-reglerna om offentlig upphandling under EES-avtalet.

¹⁰⁵ Se Treumer s. 106.

¹⁰⁶ Se Treumer s. 105.

¹⁰⁷ Se C-532/06 Lianakis.

¹⁰⁸ Se C-532/06 Lianakis, p. 9.

3. Förmågan att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen, med hänsyn till de åtaganden som företaget gjort och dess vetenskapliga potential.

Under bedömningsförfarandet fastställdes sedan att anbudsgivarnas erfarenhet skulle bedömas mot bakgrund av värdet på de projekt som hade genomförts. Konsultföretagets personalstyrka och utrustning skulle bedömas i förhållande till arbetsgruppens storlek, och förmågan att utföra projektet inom den fastställda tidsramen skulle bedömas i förhållande till värdet på övriga åtaganden, för andra kunder, som företaget gjort. Det bestämdes att samtliga tilldelningskriterier skulle poängsättas utifrån linjära skalor i fastställda intervall.¹⁰⁹

Upprinnelsen till domstolens uttalanden om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier

Totalt tretton konsultföretag deltog i anbudsörfarandet, och resultatet av anbudsutvärderingen blev att konsortiet Lianakis slutade på tredje plats. Lianakis begärde tillsammans med ett annat konsortium omprövning av beslutet, bl.a. på grunden att det alltför sent under bedömningsförfarandet hade bestämts vilka viktningskoefficienter och underkriterier som skulle användas, och att det var därför som den vinnande leverantören hade vunnit upphandlingen.

Den grekiska domstolen beslöt att hänskjuta frågan om och i så fall på vilka villkor det var tillåtet att bestämma viktningskoefficienter för prioritetsordnade tilldelningskriterier först i ett senare skede till EU-domstolen. I ett skriftligt yttrande till domstolen framhöll EU-kommissionen att det vore lämpligt att undersöka huruvida det dåvarande direktivet utgjorde hinder för att beakta anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen som tilldelningskriterier. Domstolen såg inga hinder för att uttala sig även om detta i sin dom, trots att det inte var denna fråga som den grekiska domstolen hänsköt. Det är också domstolens uttalanden i just denna del som är intressant för frågan om tillåtligheten av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, och därför endast uttalanden rörande detta som kommer att beröras i den vidare redogörelsen av rättsfallet.

Domstolens uttalanden om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier

Domstolen erinrade först om att anbuderna ska utvärderas efter att lämpligheten hos anbudsgivarna har kontrollerats (p. 25). Det uttalades sedan att även om det inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och kontraktstilldelningen kan äga rum samtidigt, så står det klart att det rör sig om två skilda moment, som omfattas av olika bestämmelser (p. 26). Domstolen slog också fast att den upphandlande myndigheten ska genomföra tilldelningen av kontraktet mot bakgrund av kriterierna som anges för detta, nämligen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (p. 28). Domstolen uttalade sedan att det i direktivet inte görs någon uttömmande uppräknin g av de kriterier som den upphandlande myndigheten kan använda för att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det slogs fast att myndigheten därmed ges möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kon-

¹⁰⁹ Se C-532/06 Lianakis, p. 14-16.

traktet, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (p. 29). Så här långt bekräftade domstolen i princip endast tidigare EU-praxis.¹¹⁰

Efter detta gjorde dock domstolen följande intressanta uttalande:

”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” (p.30).

Sedan konstaterade EU-domstolen att de i målet använda tilldelningskriterierna huvudsakligen avsåg vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogade över för att utföra projektet och att de därför inte kunde användas som tilldelningskriterier (p.31). Domen fortsatte sedan:

”Domstolen konstaterar följaktligen att artiklarna 23.1, 32 och 36.1 i direktiv 92/50 utgör hinder för att den upphandlande myndigheten under ett anbudsörfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör ”kriterier för kvalitativt urval”, utan i stället till att de utgör ”kriterier för tilldelning” (p.32).¹¹¹

Det tre sistnämnda punkterna i domen har givit upphov till olika tolkningar i nationell rättspraxis och omfattande diskussion i doktrin om huruvida rättsfallet begränsar möjligheten att använda leverantörsrelaterade tilldelningskriterier eller inte. I kommande avsnitt sammanfattar jag den av mig behandlade doktrinen syn på vad domstolen i rättsfallet egentligen menar här, och på vad rättsfallet innebär för frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.

4.4.2 Doktrinen analys av Lianakis

4.4.2.1 Lianakis är ett restriktivt rättsfall, och en ordagrann tolkning av punkt 32 antyder ett totalförbud av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier

Vissa tolkar Lianakis som att den flexibla approach till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier som EU-rätten tidigare verkade uppmuntra var rättstridig i och med detta avgörande. Domen intar en restriktiv hållning gentemot leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i allmänhet, och det har hävdats att rättsfallet helt klart skulle kunna tolkas som att det en gång för alla raderar ut möjligheten till en flexibel approach till dessa.¹¹² Domstolens formulering i punkt 32 kan, om den ses isolerad, verka helt utesluta att sådana kriterier får användas, då den tydligt uttalar att anbudsgivarens erfarenhet, personalstyrka, utrustning samt förmåga att utföra projektet i tid inte får beaktas som tilldelningskriterier. En ordagrann tolkning av detta indikerar ett undantagslöst förbud mot leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.¹¹³ En sådan tolkning är i ljuset av övriga domen dock inte självklar, och det finns ett flertal andra omständigheter som gör det oklart huruvida EU-domstolen verkligen var ute efter att slå fast en såpass restriktiv inställning till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i och med domslutet.

¹¹⁰ Se främst det tidigare diskuterade C-31/87 Beentjes, p. 15-19, men även C-19/00 SIAC Construction, p. 35-36 samt C-513/99 Concordia Bus Finland, p. 54 och 59.

¹¹¹ Se C-532/06 Lianakis, p. 30-32.

¹¹² Se Treumer s. 105 och 109 samt Timmermans och Bruyninckx s. 136.

¹¹³ Se bl.a. Treumer s. 105 samt Kruger s. 140-141.

Det kommande avsnittet kommer att behandla sådana faktorer och omständigheter som gör den restriktiva betydelsen av Lianakis möjlig att ifrågasätta.

4.4.2.2 Faktorer och omständigheter som kan anses minska Lianakis restriktiva betydelse

Domen är motsägelsefull i sig

Den strikta approach som punkt 32 ger sken av att fastslå blir till att börja med inte alls lika självklar om man läser punkten tillsammans med punkt 30 och 31. I dessa uttalas det bara att kriterier som *huvudsakligen* avser anbudsgivarens förmåga och dennes erfarenhet, kvalifikationer och resurser inte anses utgöra tilldelningskriterier.¹¹⁴ En inte orimlig tolkning av dessa punkter är att även kriterier som till viss del bedömer anbudsgivaren och dess personal kan utgöra tilldelningskriterier, om användningen i det konkreta fallet syftar till att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och inte huvudsakligen leverantören i sig.¹¹⁵ Punkterna 30-31 kan med andra ord tolkas som att de bekräftar en sådan flexibel approach som 32 läst isolerad verkar utesluta. Att formuleringarna i Lianakis motsäger varandra är en av faktorerna som skapar problem i bedömningen av hur domen ska tolkas i frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.

Fasernas sammanblandning i målet var uppenbar

En annan faktor som gör det oklart hur stora växlar som egentligen ska dras av Lianakis och hur mycket domen påverkar EU-rättsläget är sakomständigheterna i det grekiska rättsfallet som ligger till grund för domstolens formuleringar. De flesta bedömare är ense om att de av Alexandroupolis kommunstyrelse uppställda utvärderingskriterierna på ett ganska tydligt sätt innebar en sammanblandning av leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen.¹¹⁶ Kriteriernas formulering indikerade visserligen att de mycket väl skulle kunna bedöma värdet på anbuden, men sättet som de utvärderades på gjorde dem mindre relevanta för detta, och flera av dem bedömde snarare leverantörernas allmänna status och erfarenhet. Man kunde exempelvis få extrapoäng för erfarenhet av projekt utförda till ett värde av 24 gånger värdet på projektet som skulle utföras. Maximipoäng i en annan del uppnåddes om man hade en projektgrupp på 45 personer, vilket knappast behövdes för ett så pass litet projekt som det var frågan om här.¹¹⁷ Tilldelningskriterierna saknade alltså en klar koppling till föremålet för kontraktet, och inriktades inte på att utvärdera vilket som var det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot bakgrund av detta och fassammanblandningen som kommunen gjorde sig skyldig till får det ses som ganska självklart att EU-domstolen mot bakgrund av tidigare EU-praxis och då främst Beentjes inte kunde godta det använda förfarandet. Det har framförts att det är i ljuset av detta som domstolens restriktiva formuleringar, och framförallt domens punkt 32, bör ses.¹¹⁸

En strikt approach har dåligt stöd för sig

¹¹⁴ Se bl.a. Treumer s. 109.

¹¹⁵ Se bl.a. Rubach-Larsen s. 119-120.

¹¹⁶ Se bl.a. Treumer s. 110, Rubach-Larsen s. 117 samt Timmermans och Bruyninckx s. 135.

¹¹⁷ Se Lee s. 49.

¹¹⁸ Se Treumer s. 110.

En annan sak som på upprepade ställen i doktrin lyfts fram som en omständighet som talar emot en striktare tolkning av Lianakis är avsaknaden av stöd och argumentation i domen för den strikta inställning som punkt 32 verkar ge uttryck för. Det rättsfall som domstolen stöder sig mest på, Beentjes, ger inget stöd för något totalförbud mot leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, och det gör inte heller något annat rättsfall från EU-domstolen innan Lianakis.¹¹⁹ Som redogjorts för ovan i uppsatsen talar tidigare EU-praxis tvärtom försiktigt för en flexibel approach.¹²⁰ Domskålen i Lianakis nämner inte ens rättsfall som GAT, Renco, Wienstrom eller Evans Medical. En teori som har rests i doktrin är att Lianakis skulle kunna syfta till att göra vissa uttalanden angående leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i sådana äldre rättsfall obsoleta, men om detta skulle vara fallet är det ännu mera problematiskt att rättsfallet inte är otvetydigt och att argumentationen i rättsfallet inte är mer utförlig.¹²¹

Om domstolen i Lianakis ville utveckla rättsläget mot en såpass strikt position som formuleringen i punkt 32 indikerar förefaller det olyckligt att domstolen inte tog upp varken vad i upphandlingsdirektiven som ger stöd för en sådan slutsats eller varför en sådan hållning är rimlig.¹²² Ställningstagandet hade med andra ord fått större tyngd om det hade motiverats bättre.

Kvaliteten på anbudet får utvärderas enligt direktivets lydelse

Mot en strikt tolkning av Lianakis, och för en flexibel approach till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, i alla fall när det gäller tjänsteupphandlingar, kan också det klassiska direktivets lydelse anses tala. I direktivets artikel 53 anges kvalitet som ett möjligt tilldelningskriterium i den exemplifierande uppräkningsen som görs.¹²³ Denna uppräkning gäller för tjänsteupphandlingar såväl som för andra upphandlingar, och ofta kan det vara svårt att utvärdera kvaliteten på en tjänst, framförallt om det är en komplex sådan som kräver specifik yrkeskunskap och erfarenhet, utan att utvärdera leverantören och dess medarbetare, d.v.s. de som utför tjänsten.¹²⁴ Detta talar för en tolkning av Lianakis där större vikt läggs vid formuleringen av punkt 30-31 än punkt 32. Detta då de förra kan tolkas som att de i artikel 53 uppräknade kriterierna kan användas även om de handlar om erfarenhet, arbetskraft, utrustning och kvalifikationer så länge de tveklöst syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹²⁵

Andra speciella omständigheter i målet

Också flera andra svagheter med Lianakis har lyfts fram när rättsfallets betydelse för rättsläget har bedömts. Beskrivningen av fakta i det konkreta fallet var inte särskilt detaljerad, det specificerades exempelvis inte varför priset inte var satt som ett utvärderingskriterium och det

¹¹⁹ Se C-31/87 Beentjes, främst p. 15-18 samt Lee s. 51.

¹²⁰ Se angående detta också Treumer s. 110, där han framhåller att rättspraxis nu har blivit motsägelsefull, och att framförallt avgörandena Lianakis och Renco går emot varandra. Se också Kotsonis 2008 s. 131.

¹²¹ Se Kruger s. 142.

¹²² Se Timmermans och Bruyninckx s. 136-137.

¹²³ Samma sak gäller uppräkningsen i försörjningsdirektivet art. 55.

¹²⁴ Se mer ingående diskussioner om detta i avsnitt 5.2.2.1 nedan, främst under rubriken "Upphandlingar av tjänster generellt".

¹²⁵ Se Kruger s. 139 samt Rosén Andersson s. 189.

gjordes ingen anmärkning om leverantörskvalificeringskriterier eller bristen på sådana. Vidare togs hela frågan om sammanblandning av faserna upp ex officio av domstolen och behandlades i ett obiter dictum. Dessutom finns det inget allmänt tillgängligt generaladvokatsyttrande i målet. Det är också oklart om domstolen var medveten om den flexibla approach i frågan som antagits ute i många medlemsstater då inga medlemsstater yttrade sig i rättsfallet. Dessa omständigheter tillsammans har ansetts göra det befogat att ifrågasätta om det bör dras några långtgående slutsatser av domstolens uttalanden i målet.¹²⁶

4.4.2.3 *Sammanfattning av doktrinen slutsatser av Lianakis*

Den restriktiva inställning som punkt 32 i Lianakis ger uttryck för i kombination med de oklarheter och frågetecken rörande rättsfallet som jag har gått igenom ovan, gör att författare i doktrin har en splittrad bild utav vilka slutsatser som kan dras av rättsfallet när det gäller leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Av de författare vars litteratur som jag har studerat i ämnet anser dock de flesta inte Lianakis som tillräckligt starkt och entydigt för att utesluta användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier inom EU. De flesta ansåg efter Lianakis att ytterligare lagstiftning eller praxis från EU-domstolen behövde tillkomma innan en sådan slutsats kunde dras, och att den flexibla approachen som många medlemsstater tillämpar inte skulle anses EU-rättsstridig i rättsläget direkt efter Lianakis. En sådan syn ger bl.a. Bruyninckx och Timmermans samt Lee uttryck för, och hänvisar framförallt till avsaknaden av argumentation och externt stöd i Lianakis för en strikt approach.¹²⁷ Inte heller Kruger tycker att en ordagrann tolkning av Lianakis punkt 32 är rimlig och anför ändamålsresonemang.¹²⁸ Treumer förespråkar också en försiktig tolkning av Lianakis, med motiveringen att han mot bakgrund av de ovan berörda svagheterna i domen finner det osannolikt att EU-domstolen med utslaget ville fastställa ett generellt förbud mot leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Han är till och med övertygad om att EU-domstolen skulle ha anlagt en flexibel approach om omständigheterna i fallet hade motiverat detta.¹²⁹

Vissa författare tillerkänner dock Lianakis en större tyngd, såsom Kotsonis, som skriver att rättsfallet verkar ha stängt dörren för en flexibel approach, eller åtminstone gjort en sådan svårare att motivera. Han kommer till denna slutsats trots sättet som punkterna 30-31 är formulerade på. Detta då han har svårt att, på basis av synsättet som domstolen ger uttryck för, se hur tilldelningskriterier som rör leverantören någonsin skulle kunna syfta till något annat än att huvudsakligen utvärdera leverantörens förmåga att utföra kontraktet.¹³⁰ Även Folliott-Lalliot skriver att Lianakis tycks ha stärkt separationen mellan leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen, på ett sätt som ligger i linje med den franska, strikta approachen till frågan.¹³¹

Rubach-Larsen, å andra sidan igen, anser att Lianakis inte utesluter en flexibel approach. Hon tolkar domen som att den snarare stärker/fastslår de krav som Evans Medical och Wienstrom

¹²⁶ Detta anser Treumer, se Treumer s. 110. Se även Kruger s. 138-145 not 23.

¹²⁷ Se Timmermans och Bruyninckx s. 136-137 samt Lee s. 52.

¹²⁸ Se Kruger s. 142. Se kapitel 8 nedan för utförliga ändamålsresonemang.

¹²⁹ Se Treumer s. 110-111.

¹³⁰ Se Kotsonis 2008 s. 132.

¹³¹ Se Folliott-Lalliot s. 162.

indikerar. Med andra ord, att Lianakis tydliggör vikten av att den upphandlande myndigheten etablerar en länk mellan de kvalitativa aspekterna hos leverantörerna som utvärderas och kvaliteten på själva anbuden, så att dessa kriterier inte längre huvudsakligen är relaterade till leverantörens kvalifikationer. Rubach-Larsen lägger därmed en större vikt på punkterna 30-31 än punkt 32 i domen.¹³² Även Kruger lyfter fram formuleringen i punkt 30 och dess samstämmighet med tidigare EU-rättsfall som något att ta fasta på, och ser Lianakis mest som en fingervisning om hur viktigt det är att i förfrågningsunderlaget tydligt skilja leverantörskvalificeringen från anbudsutvärderingen.¹³³ För att sammanfatta den doktrin jag har studerat om Lianakis så bedömer jag att Rubach-Larsens och Krugers tolkningar av rättsfallet tillsammans på ett ganska bra sätt ger huvudlinjerna i en tolkning av rättsfallet som många författare skulle skriva under på. Med andra ord, att rättsfallet inte utesluter en fortsatt flexibel approach i frågan, men att det har gjort det ännu tydligare hur viktigt det är att den upphandlande myndigheten gör en tydlig och precis uppdelning mellan faserna, och att samtliga tilldelningskriterier tydligt måste syfta framförallt till att bedöma anbuden i sig.

4.4.3 Nationell rättstillämpning direkt efter Lianakis

Det är också intressant att se på den nationella rättstillämpningen ute i medlemsstaterna i kölvattnet av Lianakis. Många rättsinstanser visade sig väl medvetna om målet och den eventuella diskrepans som finns mellan den tidigare tillämpade flexibla approachen och Lianakis, och har också i stor utsträckning refererat till målet. Trots detta tycktes acceptansen för en flexibel approach inte nämnvärt minska när Lianakis meddelades, exempel på detta finns i bl.a. tysk, dansk, norsk, belgisk och italiensk rättspraxis.¹³⁴ Precis som merparten av doktrinen författare verkar alltså många, enligt Treumer till och med de flesta, nationella rättsinstanser ha tolkat Lianakis snävt, och antingen direkt eller indirekt avfärdat den restriktivitet som skulle kunna utläsas av fallet.¹³⁵ Precis som när det gäller uppfattningar i doktrin finns dock förstås stora skillnader mellan rättsinstansernas avgöranden, såväl nationellt som mellan de olika medlemsstaterna, och det finns även nationella rättsfall där Lianakis har framstått som avgörande för en restriktiv approach till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.¹³⁶

4.5 EU-Praxis efter Lianakis

4.5.1 T-211/07 AWWW v Eurofound

Domen i rättsfallet AWWW v Eurofound meddelades av Förstainstansrätten (nuvarande Tribunalen) i juli 2008, d.v.s. sex månader efter det ovan behandlade Lianakis. I fallet, som rörde en upphandling av informations- och analystjänster till ett gemenskapsorgan, var bl.a. som rubriker för tilldelningskriterier leverantörernas ”kunskap och erfarenhet” samt ”förmåga att utföra de specificerade tjänsterna“ uppställda.¹³⁷ Tilldelningsbeslutet överklagades på grunden

¹³² Se Rubach-Larsen s. 119-120.

¹³³ Se Kruger s. 145.

¹³⁴ Se Treumer s. 108-109, Rubach s. 117-119 samt Timmermans och Bruyninckx s. 134-136.

¹³⁵ Se Treumer s. 108-109.

¹³⁶ Se bl.a. Rosén-Anderssons s. 189-191 om kammarrättsavgörandena i Sverige efter Lianakis, samt Rubach-Larsen s. 119 samt vid not 41. I både Sverige och Tyskland drar domstolarna åt lite olika håll.

¹³⁷ Se T-211/07 AWWWv Eurofound, p. 3 och 5.

att tilldelningen hade baserats huvudsakligen på kriterier som inte angavs i förfrågningsunderlaget.¹³⁸ I fallet uppkom dock också frågan om möjligheten att under anbudsutvärderingsfasen utvärdera CV:n och annat som hade tagits hänsyn till under leverantörskvalificeringen. Den upphandlande myndigheten försvarade sina leverantörsrelaterade tilldelningskriterier med att dessa inte utvärderade erfarenheten och kunskapen hos leverantören isolerat från kvaliteten på anbudet, utan i ljuset av det specifika anbudet. Myndigheten hävdade också att förfrågningsunderlaget tydligt angav att erfarenheten och kunskapen hos leverantörerna skulle tas hänsyn till under anbudsutvärderingen endast rörande hur dessa aspekter skulle vara relevanta för det aktuella kontraktet.¹³⁹ Intressant nog så godtog Tribunalen denna förklaring, och gjorde bl.a. följande uttalande:

*“In referring ... to the ‘ability to deliver the specified service’ the Evaluation Committee did not go back on the result of the selection stage but ... assessed the quality of ability in the light of the specific proposals put forward by the applicant for carrying out the services.”*¹⁴⁰

Detta kan ses som att domstolen menade att en upphandlande myndighet kan använda information som erhålls under leverantörskvalificeringen, såsom CV:n, även under anbudsutvärderingen, så länge denna information utvärderas i ljuset av de specifika förslag som leverantören lägger fram rörande utförandet av tjänsterna.¹⁴¹ Domstolen gjorde också följande uttalande:

*“Experience in coordinating international products was not, in itself, an award criterion. Nevertheless, there was no reason why the Foundation could not have regard to such experience in assessing the quality of a tenderer’s ability to cover the three required areas of work.”*¹⁴²

Domstolen lät alltså den upphandlande myndigheten ta hänsyn till leverantörens specifika erfarenhet i anbudsutvärderingen, eftersom denna var relevant för den typ av tjänst som upphandlingen handlade om. Enligt Lee fastslår denna dom att både CV:n från leverantörskvalificeringsfasen och bevis på erfarenhet kan användas för att utvärdera kvaliteten på en leverantörs förmåga att täcka särskilda arbetsområden. Lee anser också domen tala för att det är en betydande skillnad mellan att utvärdera erfarenheten hos leverantören i sig, och erfarenheten hos en eller flera specifika projektgrupper hos leverantören, och att det senare oftare skulle vara tillåtligt¹⁴³ Hursomhelst så är detta avgörande knappast förenligt med den strikta tolkning av Lianakis som går att göra. Det förefaller mer bekräfta den tidigare praxis från EU-domstolen och Förstainstansrätten som ger uttryck för en mer flexibel approach i frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.¹⁴⁴

¹³⁸ Se Lee s. 54-55.

¹³⁹ Se T-211/07 AWWW v Eurofound, p. 55.

¹⁴⁰ Se T-211/07 AWWW v Eurofound, p. 60.

¹⁴¹ Se Lee s. 55.

¹⁴² Se T-211/07 AWWW v Eurofound, p.61.

¹⁴³ Se Lee s. 55.

¹⁴⁴ Då främst avgörandena i Renco, Evans Medical och Wienstrom, samtliga behandlade i avsnitt 4.2 ovan. Även här bör man dock, precis som rörande Renco ovan, komma ihåg att Förstainstansrätten/Tribunalen formellt är underställd EU-domstolen, och att tyngden i avgörandet eventuellt kan ifrågasättas på denna grund.

4.5.2 C-199/07 Europeiska gemenskapernas kommission v Republiken Grekland

I november 2009 meddelades domen i Europeiska gemenskapernas kommission v Republiken Grekland (härefter: Kommissionen v Grekland) i en upphandling av design- och konsulttjänster. Som tilldelningskriterier hade angivits:

1. Den specifika erfarenhet och den erfarenhet i allmänhet, särskilt vad gäller liknande projekt, som konsulterna eller konsultfirmorna och deras vetenskapliga personal har.
2. Faktisk kapacitet att genomföra projekteringsuppdraget inom den utsatta tidsramen i kombination med åtagna förpliktelser beträffande genomförandet av andra projekteringsuppdrag, den särskilda vetenskapliga personalen och den personal som föreslås för att genomföra det aktuella projekteringsuppdraget liksom utrustningen med avseende på ändamålet för projekteringsuppdraget.

EU-kommissionen gjorde gällande att direktivets regler krävde att en åtskillnad skulle göras mellan förfarandets leverantörskvalificering och anbudsutvärdering. Domstolen stadgade att faserna kan äga rum samtidigt men ändå är två skilda moment med olika bestämmelser, och att direktivets uppräknade kriterier för utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte är uttömmande men att sådana måste syfta till att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Sedan hänvisades analogt till Lianakis slutsats att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet, inte kan anses utgöra tilldelningskriterier. Sedan kom domstolen fram till att de använda kriterierna precis som i Lianakis huvudsakligen avsåg anbudsgivaren och därför inte utgjorde godtagbara tilldelningskriterier¹⁴⁵

Argumentationen, formuleringarna och slutsatsen i detta rättsfall är snarlikt vad som uttrycktes i Lianakis. Mot bakgrund av att tilldelningskriterierna i de två rättsfallen uppvisade mycket stora likheter med varandra skulle detta i och för sig kunna ses som mindre förvånande. I doktrinen har det dock ansetts som olyckligt att domstolen i rättsfallet inte tog chansen att reda ut de frågetecken som Lianakis skapade.¹⁴⁶ Att domstolen valde att inte på något sätt göra detta, trots den uppmärksamhet som den nästan två år tidigare meddelade domen i Lianakis fick, måste ses som anmärkningsvärt. Domen kan i och med detta inte anses tillföra särskilt mycket till det oklara rättsläget rörande leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, mer än att den ökar betydelsen av att reda ut vad Lianakis egentligen stadgar.

4.5.3 T-589/08 Evropaiki Dynamiki v Commission

I Evropaiki Dynamiki v Commission (härefter: Dynamiki v Commission), ett rättsfall meddelat av Tribunalen i mars 2011, överklagade Evropaiki Dynamiki (härefter: Dynamiki), ett grekiskt IT-företag, ett offentligt upphandlingsförfarande av EU-kommissionen gällande ett ramavtal för IT-tjänster och användarsupport.¹⁴⁷

¹⁴⁵ Se C-199/07 Kommissionen v Grekland, p. 50-56.

¹⁴⁶ Se Kotsonis 2010 s. NA83.

¹⁴⁷ I detta fall, precis som i Renco ovan, var speciella bestämmelser för upphandlingsförfarandet tillämpliga, men domstolen uttalade att bestämmelserna var baserade på det klassiska direktivet, och att tolkningen som

Upphandlingen bestod av tre delupphandlingar och Dynamiki förlorade samtliga dessa; deras anbud avvisades då de inte nådde upp till minimigränsen i anbudsutvärderingarna. Gällande ett av utvärderingskriterierna, projektledning och tillgänglighet, som var detsamma i alla delupphandlingarna, kom utvärderingskommittén fram till bl.a. att Dynamiki hade föreslagit ett orealistiskt lågt antal personarbetsdagar för att utföra arbetet, vilket gjorde att kommittén ifrågasatte deras förmåga att utföra kontraktet i enlighet med specifikationerna. Dynamiki överklagade tilldelningsbeslutet på grunden att tydliga utvärderingsfel hade begåtts och att kommissionen inte hade givit tillräckligt tydliga skäl till att Dynamikis bud hade avvisats. När det gällde det låga antalet personarbetsdagar i Dynamikis anbud förklarade man detta med den stora erfarenhet man hade på området, vilket borde ha tagits hänsyn till i bedömningen av hur många personarbetsdagar som realistiskt sett skulle behövas för arbetet.

Dynamikis överklagan avslogs visserligen i sin helhet, men samtidigt gjorde domstolen ett par intressanta uttalanden. Domstolen höll först med om att antalet föreslagna personarbetsdagar för att utföra arbetet var relevant för att uppskatta pålitligheten i anbudet, och att en betydande avvikelse från det i förfrågningsunderlaget uppskattade antalet krävde en övertygande förklaring. Sedan framhöll domstolen att Dynamikis erfarenhet inte var helt irrelevant för anbudsutvärderingen. Domstolen konstaterade visserligen att leverantörens erfarenhet generellt utvärderas i leverantörskvalificeringen och inte i anbudsutvärderingen, men påpekade att anbudsgivaren här inte förlitade sig på sin erfarenhet som ett tilldelningskriterium i sig, utan för att motivera det låga antalet föreslagna personarbetsdagar i anbudet. I detta sammanhang, framhöll domstolen, skulle mer erfarenhet i princip kunna förklara en avvikelse från det uppskattade antalet dagar. I detta fall ansåg domstolen dock att Dynamiki inte hade lyckats bevisa att sådan erfarenhet förelåg.¹⁴⁸

I doktrin har detta rättsfall ansetts ytterligare utveckla den befintliga rättspraxis som redan fanns rörande leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.¹⁴⁹ Tribunalen fann det i linje med de tillämpliga bestämmelserna, som bygger på EU-direktiven, att de professionella kvalifikationerna och erfarenheten hos leverantörens för projektet föreslagna medarbetare utvärderades för att fastställa om den föreslagna projektledningen skulle klara av att uppnå de fordrade målen. Det har framhållits att domstolen alltså såg erfarenheten och kvalifikationerna hos det offererade arbetslaget som relevant för att bedöma anbudsgivarens förmåga att vederbörligen utföra kontraktet, och därmed som relevant också för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹⁵⁰ Det kan alltså ses som att Tribunalen återigen gav uttryck för en flexibel approach i frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, trots de mer restriktiva tolkningarna som går att göra av Lianakis samt Kommissionen v. Grekland ovan.

Detta rättsfall kan, precis som AWWW v. Eurofound, anses ge uttryck för att det är skillnad mellan att utvärdera leverantören i sig och ett specifikt projektteam, och att upphandlande

EU:s domstolar har gjort av detta direktiv och dess föregångare därför kunde var användbar även i domens kontext. Se T-589/08 *Evropaiki Dynamiki v Commission*, p. 23. Därför torde också denna dom vara relevant för den generella diskussionen om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, då domen kom att behandla detta.

¹⁴⁸ Se T-589/08 *Evropaiki Dynamiki v Commission*, p. 41- 43.

¹⁴⁹ Se Petersen s. NA248.

¹⁵⁰ Se Petersen s. NA248.

myndigheters frihet att utvärdera det sistnämnda är större. I doktrin har denna dom ansetts indikera att kvalifikationer och erfarenhet hos en specifik projektgrupp kan tas hänsyn till i anbudsutvärderingen, dock förutsatt att dessa inte utgör tilldelningskriterier som sådana.¹⁵¹

4.5.4 T-461/08 Evropaiki Dynamiki v Europeiska investeringsbanken

I september 2011 meddelade Tribunalen dom i målet Evropaiki Dynamiki v Europeiska Investeringsbanken (härefter: Dynamiki v EIB) där Dynamiki överklagade ännu en upphandling utav en av EU:s institutioner, den här gången Europeiska Investeringsbanken (härefter: EIB). Den här gången gällde upphandlingen ett ramavtal om underhålls-, support- och utvecklings-tjänster.¹⁵²

EIB ville i fallet försäkra sig om att den vinnande anbudsgivaren inte bara hade en tillräcklig styrka av kompetent och erfaren personal för att kunna skapa ett kärnarbetslag, utan också en adekvat pool av lämpligt kompetenta och erfarna resurser att förfoga över som svar på ytterligare behov. Man uppgav att leverantörernas förteckningar av personalprofiler skulle undersökas för att utvärdera huruvida anbudsgivaren verkade ha tillräckligt mycket personal med relevant kompetens och adekvat erfarenhet för att täcka EIB:s behov. Mot bakgrund av detta skulle ”graden av överensstämmelse gällande kvalifikationer och kompetens hos det föreslagna arbetslaget” och ”förmågan att tillhandahålla en personalpool utifrån sina egna personalresurser” användas som tilldelningskriterier. Domstolen uttalade angående detta:

*”Various factors which are not purely quantitative, such as the caliber of the staff employed or, more generally, the technical merit of the tender, may affect the performance of a contract for the provision of services in terms of quality and, as result, the economic value of a tenderer’s bid for such a contract”.*¹⁵³

Domstolen kom dock fram till att kriteriet ”förmågan att tillhandahålla en personalpool utifrån sina egna personalresurser” relaterade till leverantörens personals förmåga att tillgodose ytterligare behov hos den upphandlande myndigheten. Därför bedömdes kriteriet åtminstone delvis röra anbudsgivarens lämplighet att utföra hela kontraktet, inklusive förmågan att tillhandahålla ytterligare tjänster, snarare än att utvärdera kvaliteten på de ytterligare tjänsterna. Kriteriet rörde alltså leverantörens *lämplighet* och *förmåga*, och begränsades inte till att utvärdera *kvaliteten* på de ytterligare tjänsterna och därmed anbudet i sig. Därmed ansåg domstolen det inte kunna utgöra ett tilldelningskriterium.¹⁵⁴

Detta rättsfall har i doktrin ytterligare ansetts utveckla den praxis som finns rörande leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, och domstolen har i målet ansetts ansluta sig till synen att

¹⁵¹ Se Petersen s. NA249.

¹⁵² Även i detta fall var speciella upphandlingsbestämmelser tillämpliga. Domstolen uttalade dock att dessa skulle tolkas i ljuset av allmänna upphandlingsprinciper och det klassiska direktivet, varför också detta rättsfall kan ses som relevant för den allmänna diskussionen om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Se T-461/08 Evropaiki Dynamiki v EIB p. 83.

¹⁵³ Se T-461/08 Evropaiki Dynamiki v EIB, p. 147.

¹⁵⁴ Se T-461/08 Evropaiki Dynamiki v EIB, p. 148.

tjänsteutförande personal kan utvärderas på kvalitativa grunder.¹⁵⁵ Detta då domen stadgar att personalens ”kaliber” kan påverka kvaliteten i utförandet av ett tjänstekontrakt, och därmed också det ekonomiska värdet av ett anbud gällande ett sådant kontrakt. Om däremot kriteriet rör anbudsgivarens *förmåga* eller *lämplighet* att tillhandahålla ytterligare tjänster rör det inte *kvaliteten* på de ytterligare tjänsterna och därmed inte heller det ekonomiska värdet på anbudet. Blotta antalet anställda är ett kriterium som kan anses tillhöra leverantörskvalificeringsfasen, eftersom det rör anbudsgivarens förmåga att utföra kontraktet. Rättsfallets domslut har mot denna bakgrund ansetts bekräfta vikten av att upprätthålla distinktionen mellan faserna.¹⁵⁶ Samtidigt ger domen, precis som övriga i detta kapitel behandlade domar från Tribunalen/Förstainstansrätten, ytterligare stöd för att en flexibel approach i frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är den korrekta.

¹⁵⁵ Se Braun s. NA29.

¹⁵⁶ Se Braun s. NA29.

5 Rättsläget idag rörande leverantörsrelaterade tilldelningskriterier

Efter att i föregående kapitel ha gått igenom EU-praxis på området samt doktrins syn på denna kommer jag i detta kapitel att ge min syn på hur rättsläget i frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ser ut idag. Med andra ord, i vilka situationer som EU-domstolen eller Tribunalen skulle bedöma att användning av sådana är lagenlig om de i nuläget kom upp till prövning.

Det står klart att leverantörsqualificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen är två skilda faser med olika regler, som inte bör sammanblandas med varandra.¹⁵⁷ Det står också klart att man i utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kan använda sig av många olika typer av kriterier, så länge dessa är kopplade till föremålet för kontraktet och används för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹⁵⁸ Vidare vet vi att de grundläggande upphandlingsprinciperna alltid måste iaktas när ett upphandlingskontrakt ska tilldelas. Denna information räcker dock inte för att kunna avgöra om och i så fall när leverantörsrelaterade tilldelningskriterier får användas.

I avsnitt 5.1 nedan kommer jag att förklara varför min slutsats om rättsläget är att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier inte kan ses som totalförbudna i EU-rätten. I avsnitt 5.2 kommer jag sedan att redogöra för min uppfattning av rättsläget mer i detalj rörande vad som krävs för att kriterierna ska vara tillåtna. För att göra detta kommer jag också ta upp resonemang från doktrin som jag inte tidigare i uppsatsen har redovisat. I den mån som enhetliga argumentationslinjer i doktrin kan anses ha visst stöd i EU-praxis, anser jag nämligen sådan argumentation kunna indikera vartåt rättsläget lutar. Jag kommer i vissa delar också beröra rättstillämpningen i nationella domstolar, för att exemplifiera och ge ytterligare stöd för mina resonemang. I avsnitt 5.3 kommer jag sedan göra en sammanfattande slutsats rörande hur jag anser att rättsläget ser ut idag. Jag vill påpeka att jag med ”tjänster” i detta kapitel 5 avser även byggtreprenader, då dessa i de här relevanta avseendena går att jämföra med tjänster.

5.1 Leverantörsrelaterade tilldelningskriterier tillåtna i undantagsfall

Som har visats i kapitel 4 ovan ger EU-praxis en splittrad bild av tillåtligheten av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Det viktigaste rättsfallet, Lianakis, kan visserligen anses indikera en restriktiv syn på tillåtligheten av kriterierna. De flesta författare som har kommenterat rättsfallet anser det dock inte vara tillräckligt starkt och entydigt för att det helt ska anses förbjuda användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier inom EU. Den absoluta majoriteten av den övriga rättspraxis som har redogjorts för ovan, inräknat den som har kommit efter Lianakis, indikerar att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i vissa undantagsfall är tillåtna. Det enda av dessa rättsfall som detta möjligen inte gäller är Kommissionen v Grekland, men i detta är argumentationen identisk med den i Lianakis, och samma frågetecken som för Lianakis kan därför ställas upp för detta rättsfall. Dessutom råder det en stor enighet i doktrin om att kriterier som är relaterade till leverantören och normalt behandlas i leverantörsqualificeringen i vissa fall behövs också för att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest

¹⁵⁷ Se avsnitt 3.2 ovan.

¹⁵⁸ Se direktiv 2004/18/EG art. 53 (1a) samt avsnitt 3.1.3–3.1.4 ovan.

fördelaktiga anbudet. Därför är det den näst intill genomgående uppfattningen i den doktrin som jag har studerat att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i undantagsfall måste tillåtas.¹⁵⁹ Det kan också konstateras, som nämnts ovan, att en flexibel approach till kriterierna har tillämpats ute i många utav medlemsstaterna, såväl före som efter meddelandet av Lianakis.¹⁶⁰ Eftersom doktrin talar starkt för att kriterierna i vissa fall är tillåtna, och den klara majoriteten av fall från EU-domstolen och Tribunalen stöder en sådan bild av rättsläget, anser jag rättsläget vara i princip klart på i alla fall en punkt: leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är i undantagsfall tillåtna i EU-rätten, även om huvudregeln är att sådana inte får användas.

5.2 Vad som krävs för att kriterierna ska kunna vara tillåtna och när och hur de är lämpliga att använda

Efter att ha utrett att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i dagens rättsläge i vissa fall torde vara tillåtna kommer jag i detta avsnitt försöka fastställa vilka krav, förutom de i kapitlets inledning redan nämnda, som kriterierna måste uppfylla för att de inte ska vara förbjudna. Jag kommer också att undersöka i vilka situationer och på vilka sätt de anses lämpliga att använda.

5.2.1 Fasdistinktionen måste upprätthållas

Som har framhållits ovan har Lianakis gjort det ännu tydligare hur viktigt det är att den upphandlande myndigheten gör en tydlig och precis uppdelning mellan leverantörsqualificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen. Vikten av detta bekräftas också av *Dynamiki v EIB*. Även praxis från domstolar i EU:s medlemsstater talar för att fasdistinktionen är av största vikt, trots att dessa ofta har tillämpat en flexibel approach till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Kriterierna har nämligen mycket sällan godtagits av domstolar i medlemsstaterna när de i princip endast innebär att en relativ utvärdering görs av kriterier som har kopierats rätt av från leverantörsqualificeringsfasen i samma upphandling.¹⁶¹ Det har oftast krävts att kriterierna måste lägga till något extra som skiljer dem från vad som redan har prövats i leverantörsqualificeringen för att de ska godkännas.¹⁶² När distinktionen mellan leverantörsqualificeringen och anbudsutvärderingen är otydligt formulerad i förfrågningsunderlaget så har detta vidare ofta resulterat i att kriterier som annars hade kunnat vara tillåtna har förkastats p.g.a. sammanblandning av faserna.¹⁶³ Författare i doktrin verkar också ställa upp bakom denna ordning ute i medlemsstaterna och anse att den ligger i linje med EU-praxis, vilket jag ser som logiskt, då samstämmigheten är stor om att fasdistinktionen som huvudregel gäller och är befogad. Även i detta avseende talar alltså EU-praxis, doktrin och nationell praxis för samma sak, d.v.s. att det är av central vikt för att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ska kunna tillåtas att dessa inte gör distinktionen mellan leverantörsqualificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen otydlig. Detta kan därför anses vara rättsläget.

¹⁵⁹ Se bl.a. Treumer s. 111, Kotsonis 2011 s. NA56, Kruger s. 145, Arrowsmith 2005 s. 506-509 och Falck s. 399-400.

¹⁶⁰ Se avsnitt 4.3 och 4.4.3 ovan.

¹⁶¹ Se bl.a. Kruger s. 139, Rubach-Larsen s. 116 och Treumer om dansk rätt s. 152.

¹⁶² Se t.ex. Treumer om dansk rätt s. 152.

¹⁶³ Se Treumer i P.P.L.R. 2009, 3, s. 108.

5.2.2 Kriterierna får inte huvudsakligen bedöma leverantörerna i sig, utan måste primärt riktas in på att bedöma vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga

Även de författare som tolkar Lianakis mindre strikt, vilket de flesta gör, anser att domstolens uttalanden i punkt 30 och 31 i domen är rimliga att tolka ordagrant.¹⁶⁴ Detta innebär att domen kan anses fastslå att tilldelningskriterier som huvudsakligen utvärderar anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga, eller huvudsakligen avser vilken erfarenhet och kvalifikationer som anbudsgivaren förfogar över, inte är tillåtna. Inte heller något av de övriga behandlade rättsfallen ovan kan anses indikera att tilldelningskriterier som huvudsakligen utvärderar anbudsgivaren i sig är tillåtna. Jag har heller inte stött på någon författare i doktrin som argumenterar för att sådana kriterier borde tillåtas. Doktrin och praxis talar alltså i detta fall för samma slutsats. För att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ska kunna vara tillåtna måste de, som nämnts ovan, tvärtom syfta till att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. EU-praxis som redogjorts för ovan indikerar tydligt att det är just kriterier som bedömer detta som kan vara tillåtna, och inga andra.¹⁶⁵ Rättsläget kan alltså anses klart på ytterligare en punkt: om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ska kunna vara tillåtna, så måste de huvudsakligen bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet snarare än leverantörernas förmåga, erfarenhet eller kvalifikationer i sig.

Det är framförallt vid vissa typer av upphandlingar, och vid vissa typer av användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, som det i doktrin har argumenterats för att kriterierna borde vara tillåtna. Detta beror på att det typiskt sett är främst i dessa typer av upphandlingar som kriterierna är relevanta, eller ibland rent av nödvändiga, för att bedöma hur ekonomiskt fördelaktiga anbuden är, och kriterierna därmed inte huvudsakligen bedömer leverantörerna i sig. Jag kommer i nu följande avsnitt 5.2.2.1 att redogöra djupare för dessa resonemang, vilka jag tidigare i uppsatsen endast ytligt har berört, samtidigt som jag gör egna analyser av och förklaringar till varför resonemangen är rimliga. Detta för att jag i min slutsats om rättsläget förhoppningsvis mer specifikt ska kunna redogöra för i vilka situationer det är troligt att kriterierna kan anses tillåtna. I avsnitt 5.2.2.2 återfinns sedan en sammanfattande slutsats av min redogörelse i avsnitt 5.2.2.1.

5.2.2.1 Kriteriernas lämplighet vid olika typer av upphandlingar samt exempel på ett sätt som det torde vara tillåtet att använda kriterierna på

Upphandlingar av varor

När föremålet för upphandlingen är varor spelar det oftast mindre roll vem eller vilka som framställer dessa, så länge varorna uppfyller de krav man har ställt på dessa i förfrågningsunderlaget. Det som i slutändan levereras är ju en vara, och så länge denna är av god kvalitet och uppfyller de krav man ställde upp på denna, spelar det mindre roll för den upphandlande myndigheten hur och av vem som denna har framställts. Därför är det i varuupphandlingar ofta svårt att ställa upp objektiva utvärderingsbara leverantörsrelaterade tilldelningskriterier som inte bara utvärderar leverantörens förmåga att utföra kontraktet, utan också säger något om kvaliteten på varorna i sig, d.v.s. hur ekonomiskt fördelaktiga de olika anbuden är.

¹⁶⁴ Se avsnitt 4.4.2 ovan.

¹⁶⁵ Se i princip samtliga genomgångna rättsfall i kapitel 4 ovan.

Upphandlingar av tjänster generellt

När det är en tjänst som ska upphandlas å andra sidan är föremålet för kontraktet och det som ska levereras en prestation av tjänsteutföraren, och information om leverantören och dess medarbetare framstår då som mer relevant för att bedöma värdet av anbudet. Kvaliteten på tjänsten blir ju i hög grad beroende av skickligheten, kvalifikationerna och erfarenheten hos tjänsteutföraren. Att utvärdera sådana parametrar i en tjänsteupphandling kan därför vara relevant för att utvärdera inte bara leverantörens förmåga att utföra kontraktet, utan också hur bra leverantören kan göra detta i jämförelse med andra. Med andra ord hur hög kvaliteten kan väntas bli i utförandet. Eller som Lee så träffande uttrycker det:

*”A League One soccer player has the ability to “perform” in a soccer match, but the anticipated level of performance would be significantly different from that of a premiership player.”*¹⁶⁶

Kvaliteten på tjänsteutförandet anses i allra högsta grad relevant för att bedöma hur ekonomiskt fördelaktiga olika anbud är relativt varandra i en tjänsteupphandling. Att kvaliteten på varorna och tjänsterna får utvärderas i denna bedömning framgår ju också av det klassiska direktivets artikel 53. Det är främst i tjänsteupphandlingar som det i doktrin har argumenterats för att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i vissa fall borde tillåtas, och detta mot bakgrund av den här förda argumentationen.¹⁶⁷ Också i nationell rättspraxis inom unionen är det främst i mål om tjänsteupphandlingar som frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier har diskuterats och kriterierna ibland har godtagits.¹⁶⁸

Kriterierna framförallt befogade i upphandlingar av komplexa tjänster

De flesta författare skiljer dock mellan olika typer av tjänster, och anser att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier har sitt legitima och motiverade användningsområde framförallt vid upphandling av mer komplexa tjänster.¹⁶⁹ Det är också främst vid sådana upphandlingar som de har accepterats av nationella domstolar.¹⁷⁰ Dessa tjänsteupphandlingar kan karaktäriseras av två olika drag:

1. svårigheten att specificera ett förväntat resultat på förhand,¹⁷¹ eller
2. att personalen som ska utföra tjänsten behöver ha en viss spetskompetens som kvaliteten i tjänsteutförandet blir beroende av, och därför inte är enkelt utbytbar.¹⁷²

Det är tjänsteupphandlingar som karaktäriseras av något av detta drag, eller båda två, som jag i denna uppsats benämner *upphandlingar av komplexa tjänster*. Som exempel på komplexa tjänster har i doktrin nämnts bl.a. konsult-, advokat-, arkitekt- och IT-tjänster samt innovativa

¹⁶⁶ Se Lee s. 52.

¹⁶⁷ Se bl.a. Petersen s. NA249, Kruger s. 145 samt Arrowsmith 2005 s. 508.

¹⁶⁸ Se bl.a. Treumer s. 107.

¹⁶⁹ Se bl.a. Petersen s. NA249 och Rubach-Larsen s. 120.

¹⁷⁰ Se Treumer s. 107, Comba s. 127 samt Timmermans och Bruyninckx s. 134.

¹⁷¹ Se Rubach-Larsen s. 120.

¹⁷² Se Comba s. 127 samt Timmermans och Bruyninckx s. 134.

tjänster.¹⁷³ Det är främst i sådana som leverantörsrelaterade tilldelningskriterier anses relevanta för att bedöma hur ekonomiskt fördelaktiga själva anbuden är.

Denna typ av upphandlingar kan handla om att man köper en kreativ arbetsinsats där leverantörens medarbetare presterar så gott de kan, snarare än att man köper ett på förhand specificerat resultat. Helt avgörande för kvaliteten på resultatet blir då leverantörens och dess medarbetares organisation, erfarenhet och skicklighet; det kan ibland rentav hävdas att det är denna som köpet framförallt handlar om.¹⁷⁴ Detta gäller t.ex. när en arkitektfirma anlitas för att kreativt konstruera en vacker byggnad, när en myndighet vänder sig till en advokatbyrå för att företräda denna i en tvist, eller när managementkonsulttjänster köps in för att få förslag på sätt att effektivisera sin verksamhet. I dessa exempel har tjänsterna båda de ovan nämnda karaktärsdragen, men det ska noteras att det i flera fall i doktrin och i nationella domstolar har indikerats att ett av dragen räcker för att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ska vara mer motiverade.¹⁷⁵ För att sammanfatta doktrinen syn kan man säga att ju mer komplex en tjänst är, ju mer specifik kompetens den fordrar, och ju svårare det är att specificera vilket resultat som ska åstadkommas på förhand, desto mer motiverat anses det vara att använda leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i upphandling av tjänsten. Detta eftersom dessa faktorer samtliga gör leverantörsrelaterade tilldelningskriterier mer befogade för att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kriterierna mindre befogade i upphandlingar av mindre komplexa tjänster

När tjänster av mindre komplex natur ska upphandlas, d.v.s. tjänster där det förväntade resultatet är enkelt att specificera på förhand, och där personalen som ska utföra tjänsterna inte behöver någon särskilt specifik kompetens, är denna typ av tilldelningskriterier mindre motiverade. Det kan argumenteras för att det i dessa situationer är mindre relevant att jämföra leverantörens och dess medarbetares kvalifikationer och erfarenhet för att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Man vet ju vad det är man vill ha, och så länge detta blir gjort spelar det väl ingen roll vem som utför arbetet eftersom det inte fordrar någon specifik kompetens? Även när det gäller enklare tjänster, som att uppföra något enligt en ritning, eller rengöra en lokal, kan dock kvaliteten och effektiviteten i tjänsteutförandet onekligen bli beroende av utförarnas skicklighet och erfarenhet av liknande arbete, och det finns därför skäl att anse leverantörsrelaterade tilldelningskriterier motiverade även i upphandlingar av mindre komplexa tjänster. Även om många författare anser det viktigare och mer motiverat att denna typ av kriterier tillåts användas i upphandlingar av komplexa tjänster, är det inte alla som gör en tydlig distinktion, och få som utesluter att de kan vara relevanta även vid upphandlingar av mindre komplexa tjänster.¹⁷⁶

¹⁷³ Se Petersen s. NA249, Rubach-Larsen s. 120 och Kruger s. 142.

¹⁷⁴ Se Comba s. 125.

¹⁷⁵ Se t.ex. Rubach-Larsen s. 120, Comba s. 127 samt Timmermans och Bruyninckx s. 134.

¹⁷⁶ Se t.ex. Kruger s. 145 och Lee s. 51, där ingen av författarnas argumentation synes gälla endast komplexa tjänster.

Specialfallet utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal

Som har indikerats i avsnitt 4.5 ovan kan rättspraxis anses tala för att ett specialfall som motiverar en extra tillåtande inställning till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är när det är erfarenheten, kvalifikationerna eller skickligheten hos utpekad tjänsteutförande personal som utvärderas i anbudsutvärderingen.¹⁷⁷ Alltså när en tjänst ska utföras och det är kvaliteten på just den arbetskraft som kommer att utföra de specifika tjänsterna som utvärderas, och inte leverantörens eller dess medarbetares kvalifikationer generellt. På så sätt åstadkoms ju automatiskt en koppling till det aktuella kontraktet i fråga, och det är svårt att argumentera för att denna typ av kriterier inte syftar till att bedöma kvaliteten på anbudet snarare än leverantören i sig, åtminstone i upphandlingar där tjänsteutförarnas erfarenhet och skicklighet är av stor betydelse. I doktrin argumenteras det också konsekvent för en tillåtlighet av kriterier som utvärderar utpekad tjänsteutförande personal, åtminstone i upphandlingar av komplexa tjänster.¹⁷⁸ Förutom att stöd för denna typ av kriterier kan anses hittas i vissa EU-rättsfall kan det också konstateras att inga andra EU-rättsfall tydligt har stadgat att en sådan utvärdering inte skulle kunna ske, eller några skäl till varför så skulle vara fallet. Detta tillsammans med doktrinen klara syn på frågan får anses göra det troligt att tilldelningskriterier som utvärderar utpekad tjänsteutförande personal i en upphandling av komplexa tjänster skulle godkännas av EU-domstolen om de kom upp till prövning idag. Detta naturligtvis förutsatt att användningen av kriterierna inte bryter mot något av de ovan redovisade kraven som leverantörsrelaterade tilldelningskriterierna alltid måste uppfylla för att kunna tillåtas. Det bör också påpekas att det har framhållits att den upphandlande myndigheten bör ha en skyldighet att förbjuda ändringar i arbetsstyrkan i efterhand som försämrar kvaliteten på det vinnande anbudet när denna typ av kriterier används.¹⁷⁹

5.2.2.2 Sammanfattning – relevansen av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i olika typer av upphandlingar och vad detta kan innebära för hur rättsläget ser ut

Leverantörsrelaterade tilldelningskriterier anses oftare relevanta i upphandlingar av tjänster, framförallt i upphandlingar av komplexa tjänster, än i upphandlingar av varor. Detta beror på att de i de två förstnämnda typerna av upphandlingar oftare är relevanta och nödvändiga för att bedöma hur ekonomiskt fördelaktiga anbuden är, och därför inte huvudsakligen utvärderar leverantörerna i sig. Min uppfattning är att det är huruvida kriterierna inriktas på detta som är avgörande för doktrinen syn på huruvida de bör tillåtas eller ej. Även om den i uppsatsen behandlade EU-rättspraxisen är spretig och oklar kan en liknande grundsyn anses indikeras också av stora delar av denna.¹⁸⁰ Då doktrin och rättspraxis ger uttryck för samma sak drar jag slutsatsen att det torde vara av stor vikt för att avgöra huruvida domstolen godkänner leverantörsrelaterade tilldelningskriterier eller inte i en viss situation huruvida dessa:

1. är motiverade för att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och

¹⁷⁷ Se rättsfallsanalyserna av AWWW v Eurofond, Dynamiki v Commission samt Dynamiki v EIB.

¹⁷⁸ Se t.ex. Lee s. 51- 52, Petersen s. NA249 och Comba s. 125.

¹⁷⁹ Se Comba s. 125.

¹⁸⁰ En flexibel tolkning av Lianakis, som de flesta författare förespråkar, indikerar att kriterierna inte huvudsakligen får inriktas på leverantörens kvalifikationer men torde kunna godtas om de istället inriktas på att bedöma anbudet. Se även bl.a. rättsfallsanalyserna av AWWW v Eurofound samt Dynamiki v. EIB ovan i avsnitt 4.5.

2. formuleras och inriktas mot att huvudsakligen bedöma anbudet och inte leverantören i sig.

Uppfylls båda dessa punkter, samtidigt som distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen upprätthålls på ett tydligt sätt, så torde användningen åtminstone ha möjlighet att tillåtas. Detta naturligtvis förutsatt att inga grundläggande upphandlingsprinciper åsidosätts genom användningen. När de ovanstående punkterna inte uppfylls torde användningen inte tillåtas. Att försöka specificera vad punkterna innebär för chanser till tillåtelse mer specifikt än så, t.ex. hur ”motiverade” de behöver vara, vad som menas med ”huvudsakligen”, eller hur stora chanserna är att kriterierna tillåts om dessa punkter uppfylls, ter sig dock inte möjligt att göra.

Kriterier som utvärderar utpekad tjänsteförande personal i en upphandling av komplexa tjänster torde i allmänhet uppfylla de två punkterna ovan i mycket hög utsträckning, och det finns en konsekvent argumentation i doktrin som inte motsägs av unionsdomstol om att sådana kriterier bör tillåtas. Därför torde det räcka att användning av sådana inte gör fasdistinktionen otydlig eller åsidosätter några grundläggande upphandlingsprinciper för att den som huvudregel ska vara tillåten. Jag har inte funnit några andra specifika typer av användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier som på motsvarande sätt torde vara tillåtna som huvudregel.

5.2.3 Kriterierna kan utvärdera CV:n och referenser

Den doktrin som jag har studerat diskuterar inte i så stor utsträckning vad exakt som bör vara tillåtet att begära in och utvärdera i anbudsutvärderingen för att bedöma leverantören och dess medarbetares kvalifikationer, lämplighet och erfarenhet. Som vi har sett ovan är utvärdering med hjälp av referenstagning, och att man begär in och utvärderar medarbetarnas CV:n, metoder som har indikerats som möjliga av unionsdomstolarna.¹⁸¹ Dessa metoder har också nämnts som lämpliga av flera författare och ibland accepterats i nationella domstolar.¹⁸² Det avgörande verkar dock inte vara på vilket sätt erfarenhet, kvalifikationer eller skicklighet utvärderas, utan att detta görs på ett sätt där utvärderingen inriktas på värdet av anbudet i sig, inte gör fasdistinktionen otydlig, och inte åsidosätter någon grundläggande upphandlingsprincip. Så länge utvärderingen uppfyller dessa kriterier torde det avgörande alltså inte vara vilken typ av hjälpmedel som används för att utvärdera leverantören och/eller dess medarbetare.

5.3 Sammanfattning av rättsläget idag

Mot bakgrund av min genomgång i avsnitten ovan kan jag nu sammanfatta min syn på dagens rättsläge. Min uppfattning är att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier som huvudregel inte får användas, men att de i vissa situationer är tillåtna. I dessa situationer torde det vara av mindre betydelse vilka hjälpmedel en upphandlande myndighet använder för att utvärdera leverantören och/eller dess medarbetare, men både utvärdering av CV:n och av referenser kan nog ibland vara tillåten. Tre krav torde dock alltid behöva vara uppfyllda för att användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier överhuvudtaget ska kunna övervägas som tillåten:

¹⁸¹ Se de behandlade rättsfallen AWWW v. Eurofound, GAT samt Renco i kapitel 4 ovan.

¹⁸² Se t.ex. Falk s. 400, Comba s.125 samt Timmermans och Bruyninckx s. 134.

1. Kriterierna måste användas för att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och får inte huvudsakligen röra leverantören i sig.
2. Användningen av dem får inte göra distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen i upphandlingen otydlig.
3. Inga grundläggande upphandlingsprinciper får åsidosättas genom användningen.

Rättsläget får anses tämligen klart i den meningen att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier aldrig är tillåtna när dessa tre minimikrav inte uppfylls. Att kraven uppfylls innebär dock inte per automatik att kriterierna är tillåtna.

Det finns bara en specifik typ av användning av kriterierna vilken som huvudregel torde vara tillåten i dagens rättsläge, och detta så länge som användningen inte gör fasdistinktionen otydlig eller frångår de grundläggande upphandlingsprinciperna i övrigt. Detta gäller kriterier som utvärderar just den personal som kommer utföra den aktuella tjänsten, i en upphandling av komplexa tjänster.

När i övrigt som leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan bedömas som tillåtna i dagens rättsläge får anses oklart. Ju mer motiverade de kan anses vara för att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och ju tydligare de formuleras och inriktas mot att bedöma anbudet och inte leverantören i sig, desto större chans torde det dock vara att användningen godkänns. På grund av detta torde det vara större chans att användning av kriterierna tillåts i tjänsteupphandlingar, framförallt i komplexa sådana, än i varuupphandlingar, och chansen torde bli större ju mer de inriktas på att bedöma den väntade kvaliteten på föremålet för det aktuella kontraktet snarare än leverantörens medarbetare och kvalifikationer generellt.

6 EU-kommissionens arbete mot nya upphandlingsdirektiv

I föregående kapitel redogjorde jag för min syn på dagens rättsläge rörande leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. De senaste åren har en del intressanta dokument publicerats av EU-kommissionen, som tyder på att detta rättsläge kan ändras inom en snar framtid. De intressantaste av dessa dokument är de förslag till nya upphandlingsdirektiv som publicerades i slutet av 2011. I detta avsnitt kommer jag att behandla förslaget till nytt klassiskt direktiv, men först de dokument från kommissionen som har lett fram till dessa förslag.

6.1 Strategi- och policydokument indikerande en översyn av regelverket

I mars 2010 publicerade EU-kommissionen strategidokumentet Europa 2020, vilket stakade ut en vision för Europas ekonomiska utveckling för det kommande decenniet. I dokumentet betonades bl.a. att regelverket för offentlig upphandling måste säkerställa den mest effektiva möjliga användningen av allmänna medel, och att upphandlingsmarknaderna måste fortsätta hållas öppna för hela EU.¹⁸³ Detta strategidokument följdes i oktober 2010 upp av ett annat policydokument från kommissionen med förslag för att förbättra unionens ekonomiska utveckling. Bland de 50 förslagen i dokumentet hittades bl.a. förslag nummer 17:

“After the currently ongoing assessment of European public procurement legislation, and based on wide-ranging consultation, the Commission will make legislative proposals in 2012 at the latest with a view to simplifying and updating the European rules to make the award of contracts more flexible and to enable public contracts to be put to better use in support of other policies.”¹⁸⁴

Målsättningen var alltså att under 2012 komma ut med förslag på ett nytt upphandlingsregelverk som skulle uppdatera och förenkla EU:s upphandlingsregler, för att bl.a. göra kontraktstilldelningen ”flexiblare”.

6.2 2011 års grönbok om moderniserade upphandlingsregler

I januari 2011 publicerade sedan EU-kommissionen en ny grönbok om moderniserade upphandlingsregler. I denna upprepades att reglerna ska säkerställa att offentliga medel används på bästa möjliga sätt, och det konstaterades att det mot bakgrund av de ekonomiska svårigheterna i EU:s medlemsstater är extra viktigt att uppnå bästa möjliga upphandlingsresultat med hjälp av effektiva förfaranden.¹⁸⁵ I dokumentet utvecklades sedan målsättningarna med översynen av upphandlingsreglerna innan kommissionen började diskutera problem, synpunkter och förslag inom olika delar av upphandlingsregelverket. I samband med detta ställde man också över 100 olika frågor som man uppmanade olika intressenter (såsom medlemsstater, myndigheter, akademiker, företag och enskilda) att inom tre månader svara på.

¹⁸³ Se det av kommissionen utgivna strategidokumentet COM(2010) 2020 final, *Europa 2020*, s. 26.

¹⁸⁴ Se det av kommissionen utgivna dokumentet COM (2010) 608 final, *Towards a Single Market Act*, s. 15.

¹⁸⁵ Se KOM (2011) 15 slutlig, kommissionens grönbok från 2011, s. 3.

6.2.1 Grönboken angående leverantörsrelaterade tilldelningskriterier

6.2.1.1 Redogörelse för vad kommissionen skrev om kriterierna

I grönbokens avsnitt om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier framhölls till att börja med skillnaden mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen. Sedan fastslogs att upphandlande myndigheter enligt domstolens rättspraxis har en skyldighet att strikt skilja mellan kriterier i leverantörskvalificeringsfasen och tilldelningskriterier, och att kontraktstilldelningsbeslut helt och hållet måste vara grundade på kriterier som rör de erbjudna varorna och tjänsterna. Kommissionen konstaterade att överväganden kopplade till anbudsgivarens förmåga att utföra kontraktet, som exempelvis erfarenhet, personalresurser och utrustning, inte är tillåtna som tilldelningskriterier. Dokumentet tog sedan upp det faktum att GPA också gör en åtskillnad mellan urvals- och kontraktstilldelningsbeslutet, men att distinktionen där är mindre strikt än den i EU-rätten, då GPA medger att leverantörsrelaterade kriterier beaktas i anbudsutvärderingen.¹⁸⁶

Efter detta konstaterade kommissionen att vissa parter har föreslagit ändringar som skulle göra att “den principiella åtskillnaden mellan urvals- och tilldelningskriterier ifrågasätts”. Dessa parter hävdade enligt kommissionen att möjligheten att i anbudsutvärderingen beakta leverantörsrelaterade kriterier, såsom erfarenhet och kvalifikationer, kan förbättra upphandlingsresultaten. Gällande detta framhölls dock att en sådan möjlighet skulle innebära stora förändringar i dagens förfaranden enligt upphandlingsdirektiven. Vidare framhölls att distinktionen mellan de två typerna av kriterier garanterar en rättvis och objektiv jämförelse mellan anbuden. Skulle leverantörsrelaterade tilldelningskriterier godtas skulle detta kunna “undergräva jämförbarheten mellan de faktorer som ska beaktas och i slutändan strida mot principen om likabehandling”, och dessutom kunna leda till en snedvridning av konkurrensen, enligt kommissionens mening.¹⁸⁷ Därför framhölls att om en flexiblare approach till sådana kriterier överhuvudtaget ska övervägas, bör detta ske endast i begränsade fall, såsom för den typ av kontrakt där kvalifikationer och meritförteckningar hos tillgänglig personal är av särskild relevans. Slutligen framhöll kommissionen att alla eventuella ändringar som påverkar distinktionen mellan leverantörskvalificering och anbudsutvärdering måste övervägas med mycket stor försiktighet.¹⁸⁸

6.2.1.2 Kort analys av kommissionens text

Det kan konstateras att kommissionen i sin redogörelse av rättsläget antingen inte hade uppmärksammat eller inte ville uppmärksamma den tvetydighet som den i uppsatsen behandlade EU-praxisen ger uttryck för, utan utgick från att en relativt strikt tolkning av Lianakis ger en rättvisande bild av rättsläget. I sin hänvisning till praxis hänvisade man endast till Beentjes, Lianakis och Kommissionen v. Grekland. Man verkade helt bortse både från de indikationer som hade gjorts i såväl Evans Medical, Wienstrom, GAT, Renco och AWWW v Eurofound på att en liberalare inställning till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är den riktiga. Man bortsåg också helt från de många rättsfallsanalyser som har gjorts i doktrin, såväl av Lianakis

¹⁸⁶ Se KOM (2011) 15 slutlig, kommissionens grönbok från 2011, s. 17.

¹⁸⁷ Dessa citat från kommissionen samt syftena med fasdistinktionen i övrigt behandlas i avsnitt 3.4 ovan.

¹⁸⁸ KOM (2011) 15 slutlig, kommissionens grönbok från 2011, s. 18.

som av övriga här behandlade rättsfall, där det konsekvent har framhållits att praxis är motstridig och att rättsläget inte är klart. Det ska dock påpekas att de ovan behandlade rättsfallen *Dynamiki v Commission* och *Dynamiki v EIB*, och därmed doktrinen analys av dessa rättsfall, publicerades efter publikationen av denna grönbok. Det finns med andra ord flera olika skäl till att kommissionens kortfattade bedömning av rättsläget inte framstår som förenlig med den som jag själv har gjort i kapitel 5 ovan.

Efter att ha redogjort för sin syn på rättsläget konstaterade kommissionen dock att EU:s internationella förpliktelser i form av GPA inte hindrar en mer flexibel inställning till kriterierna, och indikerade därmed att en ändring av det man uppfattade som rättsläget inte skulle vara omöjlig. Sedan öppnade man upp för att en sådan ändring, mot en viss tillåtlighet av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, skulle kunna övervägas. Man gjorde dock detta till synes motvilligt, då bl.a. den viktiga principen om likabehandling tillika konkurrensen skulle hotas om en sådan approach skulle gå för långt. Likväl uteslöt man inte möjligheten att upphandlingsdirektiven tydligare kan medge en flexibel approach i framtiden.

6.2.1.3 Kommissionens fråga till intressenterna i ämnet och svaren som inkom på denna

I slutet av avsnittet om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ställde kommissionen följande fråga till intressenterna:

”Anser ni att det undantagsvis skulle kunna vara motiverat att tillåta upphandlande myndigheter att beakta kriterier som rör den anbudssökande själv i tilldelningsetappen? Om ni anser det, i vilka fall, och vilka ytterligare skyddsåtgärder skulle enligt er uppfattning krävas för att garantera rättvisa och objektiva tilldelningsbeslut i ett sådant system?”¹⁸⁹

Totalt ca 225 intressenter svarade på denna fråga vilket gjorde den till den tionde mest populära frågan att svara på (av över 100). Detta kan ses som ett bevis på frågans aktualitet i medlemsstaterna.¹⁹⁰ En klar majoritet av respondenterna, och även en klar majoritet i nästan alla grupper av respondenter, ansåg det befogat att i undantagsfall tillåta leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.¹⁹¹ Många av respondenterna betonade lämpligheten av detta i vissa tjänsteupphandlingar, exempelvis rörande konsulttjänster och social omsorg, när erfarenheten och kvalifikationerna hos tjänsteutförarna är av stor betydelse. Av vissa respondenter betonades vikten av att i så fall också införa lämpliga skyddsbestämmelser, exempelvis en skyldighet att fullständigt redovisa utvärderingsmodellen i förväg för att säkerställa icke-diskriminering och transparens.¹⁹² Respondenternas samlade åsikt om hur rättsläget bör se ut kan med andra ord anses ligga inte alltför långt ifrån det rättsläge som vi enligt min analys i kapitel 5 faktiskt har idag. Det kan dock antas att respondenterna skulle önska en större klarhet i när kriterierna faktiskt får användas än dagens rättsläge medger.

¹⁸⁹ Se KOM (2011) 15 slutlig, kommissionens grönbok från 2011 s. 18.

¹⁹⁰ Se Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Synthesis of replies, s. 2 och 5.

¹⁹¹ Se Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Synthesis of replies, s. 11. En klar majoritet i gruppen av företag, medlemsstater, akademiker/rättsexperter, civila samhällsorganisationer och statliga myndigheter var av denna åsikt. Endast gruppen enskilda medborgare avvek från mönstret.

¹⁹² Se Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Synthesis of replies, s. 11.

6.3 Kommissionens förslag till nytt klassiskt upphandlingsdirektiv

I december 2011 publicerade EU-kommissionen sitt förslag till ett nytt klassiskt upphandlingsdirektiv. De huvudsakliga syftena med direktivförslaget anges vara att öka effektiviteten i det allmännas utgifter för att säkerställa bästa möjliga upphandlingsresultat mätt i prisvärdhet, och att förenkla för upphandling att stödja samhällliga och sociala mål. Jag kommer i det följande att behandla de ändringar i direktivförslaget som jag ser som relevanta för frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.

6.3.1 Fasdistinktionen i direktivförslaget

Till att börja med kan konstateras att den grundläggande uppdelningen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen finns kvar i direktivförslaget, och att de föreslagna bestämmelserna för de två faserna inte är helt olika de nu gällande bestämmelserna.¹⁹³ Den för denna uppsats mycket intressanta artikel 66 punkt 2, som stadgar hur det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska identifieras, har dock gjorts om och ser i förslaget ut som följer:

The most economically advantageous tender...shall be identified on the basis of criteria linked to the subject-matter of the public contract in question. Those criteria shall include, in addition to the price or costs...other criteria linked to the subject-matter of the public contract in question, such as:

(a) quality, including technical merit, aesthetic and functional characteristics, accessibility, design for all users, environmental characteristics and innovative character;

(b) for service contracts and contracts involving the design of works, the organisation, qualification and experience of the staff assigned to performing the contract in question may be taken into consideration, with the consequence that, following the award of the contract, such staff may only be replaced with the consent of the contracting authority, which must verify that replacements ensure equivalent organisation and quality;

(c) after-sales service and technical assistance, delivery date and delivery period or period of completion;

(d) the specific process of production or provision of the requested works, supplies or services or of any other stage of its life cycle as referred to in point (22) of Article 2, to the extent that those criteria are specified in accordance with paragraph 4 and they concern factors directly involved in these processes and characterise the specific process of production or provision of the requested works, supplies or services.

I direktivförslaget stadgas det alltså nu explicit, i en helt ny passage i artikel 66 punkt 2 b, att en upphandlande myndighet vid upphandling av tjänstekontrakt eller kontrakt som involverar projektering av byggtreprenader som ett tilldelningskriterium kan ta hänsyn till organisationen, kvalifikationer och erfarenhet hos den personal som utpekas för att utföra kontraktet. Detta dock under villkoret att denna personal efter kontraktstilldelningen endast efter sam-

¹⁹³ En ändring som jag inte bedömer som relevant för frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, är att anbudsutvärderingen nu föreslås kunna göras innan leverantörskvalificeringen, se art. 54 p. 3 i COM (2011) 896 final, förslaget till nytt klassiskt direktiv.

tycke från den upphandlande myndigheten får ersättas, och att myndigheten i så fall måste kontrollera att ersättarna garanterar likvärdig organisation och kvalitet. Kommissionen verkar i och med detta tillägg till artikeln om utvärdering av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ta till sig intressenternas svar på grönbokens fråga om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier och modifiera sin restriktiva inställning till flexibilitet i synen på leverantörsrelaterade tilldelningskriterier. Det ska dock påpekas att det bara är organisationen, kvalifikationer och erfarenhet hos den personal som har utpekats att utföra kontraktet som explicit tillåts utvärderas i förslaget.

6.3.2 Ny skrivelse förtydligar vikten av bakomliggande EU-principer och konkurrens

Förutom den i föregående avsnitt behandlade ändringen så hittas i direktivförslagets artikel 66 punkt 4 en annan ny skrivelse av intresse för denna uppsats. Denna säger att:

*”Award criteria shall not confer an unrestricted freedom of choice on the contracting authority. **They shall ensure the possibility of effective competition** and shall be accompanied by requirements that allow the information provided by the tenderers to be effectively verified. Contracting authorities shall verify effectively, on the basis of the information and proof provided by the tenderers, whether the tenders meet the award criteria.”*

Denna skrivelse förtydligar att de grundläggande upphandlingsprinciperna, främst transparensprincipen och likabehandlingsprincipen, alltid måste tas hänsyn till i utformningen av tilldelningskriterier. Att det i förslaget explicit stadgas att kriterierna ska säkerställa möjlighet till effektiv konkurrens förtydligar det konkurrensfrämjande syftet med reglerna och kan tänkas syfta till att mildra eventuella konkurrensbegränsande effekter av artikel 66 punkt 2 b. Om tilldelningskriterier uppställs som på ett omotiverat sätt gör det svårare för aktörer med mindre erfarenhet i branschen att ha chans att vinna upphandlingar skulle detta kunna tänkas angripas med artikel 66 punkt 4. På så sätt får domstolar en extra grund att ingripa på som ett komplement till proportionalitetsprincipen, om möjligheten att utvärdera leverantörens medarbetare skulle missbrukas.

6.3.3 Genomförandeplan för direktivförslaget

Det är mycket viktigt att komma ihåg att direktivförslagen från EU-kommissionen inte är något annat än förslag, som kommer att förhandlas ytterligare på EU-nivå, och alltså inte gäller förrän de antagits. Kommissionens tidsplan för antagande och genomförande är dock ambitiös; målsättningen är att direktivförslagen efter förhandlingar i Rådet och EU-parlamentet ska antas redan i slutet av 2012. Om detta skulle bli fallet kommer medlemsstaterna vara skyldiga att implementera de nya direktiven senast i juni 2014.¹⁹⁴

¹⁹⁴ Se kommissionens pressrelease IP/11/1580 samt kommissionens MEMO/11/931.

7 Direktivförslagets påverkan på rättsläget

I kapitel 5 ovan har jag redogjort för min syn på dagens rättsläge, och i kapitel 6 har framgått att rättsutveckling i frågan om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan vara på väg i form av ett nytt klassiskt upphandlingsdirektiv. I detta kapitel kommer jag att analysera hur förslaget till nytt klassiskt direktiv, om det genomförs, skulle förändra det aktuella rättsläget.

7.1 Hur det föreslagna tillägget i punkt 2 b skulle påverka rättsläget

Genom artikel 66 punkt 2 b i direktivförslaget blir det en gång för alla helt klart att den helrestriktiva approach till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier som punkt 32 i Lianakis kan anses ge uttryck för inte utgör rättsläget.¹⁹⁵ Det som även idag får anses vara rättsläget skulle tydligt bekräftas: att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i vissa fall är tillåtna. Vid upphandling av tjänster och kontrakt som involverar projektering av byggentreprenader skulle det bli helt klarlagt att erfarenheten och kvalifikationerna hos och även organisationen av personal som utpekas för att utföra kontraktet kan tas hänsyn till i anbudsutvärderingen. Detta under förutsättning att, efter kontraktstilldelningen, den utvärderade personalen hos den vinnande leverantören endast får ersättas av annan personal som säkerställer en likvärdig organisation och kvalitet. Frågan är dock hur mycket detta tillägg i direktivet skulle påverka det nuvarande rättsläget? I det följande kommer jag att utreda denna påverkan i ett antal olika avseenden.

7.1.1 Påverkan gällande tillåtligheten av utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i upphandlingar av komplexa tjänster

Som framhållits ovan är tilldelningskriterier som utvärderar utpekad tjänsteutförande personal i en upphandling av komplexa tjänster antagligen tillåtna redan idag, så länge användningen av kriterierna, precis som torde krävas även om direktivförslaget går igenom, inte frångår de generella krav som utvärderingskriterier måste uppfylla.¹⁹⁶ I detta avseende skulle de nya bestämmelserna alltså innebära ett klagande fastslående av rättsläget.

7.1.2 Påverkan gällande tillåtligheten av utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i upphandlingar av mindre komplexa tjänster

Artikel 66 punkt 2 b i direktivförslaget gör ingen skillnad mellan upphandling av komplexa och mindre komplexa tjänster, vilket innebär att utpekad tjänsteutförande personal som huvudregel skulle få utvärderas även i upphandlingar av mindre komplexa tjänster. Denna typ av kriterier torde ju alltid uppfylla direktivets krav på koppling till föremålet för kontraktet i fråga då det är tjänsteutförarna som ”utför” kontraktet. Användningen får dock inte strida mot några grundläggande upphandlingsprinciper eller mot några regler i övrigt. De torde alltså fortfarande t.ex. behöva vara avsedda att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, se avsnitt 3.1.4 ovan. Att det i alla tjänsteupphandlingar som huvudregel är tillåtet att utvärdera utpekad tjänsteutförande personal i anbudsutvärderingen så länge kriterierna uppfyller

¹⁹⁵ Se redogörelsen för Lianakis i avsnitt 4.4.1-4.4.2, och framförallt 4.4.2.1 ovan.

¹⁹⁶ Se avsnitt 5.5.2.1 under rubriken ”Specialfallet utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal” ovan.

dessa krav framstår inte som klart idag.¹⁹⁷ Här kan rättsläget med andra ord sägas ändras eller åtminstone klagöras om de nya bestämmelserna genomförs.

7.1.3 Påverkan av tillägget att utvärderad personal inte får bytas ut hursomhelst

Vad gäller den andra delen av artikel 66 punkt 2 b, som stadgar att det vinnande anbudets utvärderade personal inte får bytas ut utan att det säkerställs att ersättarna tillförsäkrar en likvärdig organisation och kvalitet, så är detta en både motiverad och ganska självklar förutsättning för att kriterierna ska få användas. Det har i doktrin framhållits att upphandlande myndigheter bör ha just en sådan skyldighet för att utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal ska tillåtas,¹⁹⁸ och någonting som framhålls som relevant för att bedöma värdet på anbudet kan ju inte bytas ut hursomhelst utan att värdet på detta påverkas. Utan ett sådant krav skulle likabehandlingsprincipen riskera att trädas för när, då leverantörer som inte har tilldelats kontraktet skulle förfördelas om en anledning till att det vinnande anbudet sågs som bättre skulle kunna bytas ut godtyckligt av den vinnande leverantören. Eftersom kravet behövs för att användningen av kriterierna inte ska kunna bryta mot en grundläggande upphandlingsprincip får ett sådant krav anses existera även i dagens rättsläge. Att det nu explicit införs får således ses som ett klagörande fastslående av rättsläget.

7.1.4 Påverkan av bestämmelsens formulering angående byggtreprenader

Utvärdering av den utpekade tjänsteutförande personalen får enligt direktivförslaget göras i tjänsteupphandlingar samt i upphandlingar ”involving the design of works”. Sådant utvärdering får alltså ske i upphandlingar av entreprenadkontrakt som involverar projektering, s.k. *totalentreprenadkontrakt*. Sådana byggtreprenadkontrakt torde i allmänhet kunna jämföras med mer komplexa tjänster, som kräver en mer specifik personalkompetens. I konsekvens med vad som framförts i avsnitt 7.1.1 ovan så torde det därför snarare ses som ett fastslående klagörande av rättsläget, än en ändring av detta, att denna typ av kriterier tillåts i sådana upphandlingar.

Anmärkningsvärt är dock att upphandlingar av byggtreprenadkontrakt som endast gäller utförande av byggtreprenader (utförandeentreprenader) inte omfattas av bestämmelsen. En utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i en sådan upphandling framstår ju som minst lika befogad för att bedöma värdet på anbudet som en sådan utvärdering i en upphandling av mindre komplexa tjänster. Att döma av bestämmelsens formulering verkar utelämnandet av utförandeentreprenader i bestämmelsen också helt avsiktligt. Detta skulle kunna anses indikera att motsatslut ska göras av bestämmelsen, vilket skulle innebära att projektgrupper aldrig tillåts utvärderas vid rena utförandeentreprenader. Det är dock inte självklart att en sådan regeltolkning är kommissionens avsikt. Utelämnandet av utförandeentreprenader i bestämmelsen kan också bero på att man ser utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal som befogad i vissa upphandlingar av utförandeentreprenader men inte i andra, och därför inte vill ha en rättsregel som stadgar att sådan alltid får användas. Att man gör skillnad mellan olika typer av byggtreprenader men inte mellan olika typer av tjänster kan helt enkelt bero

¹⁹⁷ Se avsnitt 5.3 ovan för en sammanfattning av rättsläget idag.

¹⁹⁸ Se avsnitt 5.5.2.1 under rubriken ”Specialfallet utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal” ovan samt Comba s. 125.

på att det fanns en naturligare uppdelning att göra mellan utförandeentreprenader och totalentreprenader än mellan olika typer av tjänster. När det gäller huruvida utpekad tjänsteutförande personal får utvärderas i utförandeentreprenader får rättsläget därmed anses fortsätta vara oklart, precis som det är i nuläget, om direktivförslaget går igenom.¹⁹⁹

7.1.5 Påverkan på tillåtligheten av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i övrigt

En fråga som är svår att svara på är hur de i direktivförslaget föreslagna ändringarna, om de går igenom, skulle påverka tillåtligheten av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier som inte utvärderar utpekad tjänsteutförande personal. Det finns ju även andra leverantörsrelaterade tilldelningskriterier som ibland kan anses relevanta för att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Exempelvis kan det vara relevant att utvärdera leverantörens teknik och maskiner, erfarenhet och kultur i själva företaget som förbättrar tjänstekvaliteten, eller kriterier syftande till leveranssäkerhet. Detta bekräftas också av att många av de i denna uppsats behandlade rättsfallen från Tribunalen/Förstainstansrätten och EU-domstolen indikerar att även andra typer av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan ha legitima användningsråden.²⁰⁰ Det går att tänka sig två olika scenarion för hur rättsläget rörande tillåtligheten av dessa skulle påverkas om direktivförslaget genomförs:

1. Den nya regleringen kan ses som ett sätt av EU-lagstiftaren att sätta ned foten och tydligt reglera i vilken typ av situationer som leverantörsrelaterade tilldelningskriterier får användas samtidigt som man därmed bestämmer att de inte får användas i övrigt. Reglerna tolkas alltså motsatsvis; att det nämns att utpekad tjänsteutförande personal får utvärderas i tjänste- och vissa byggentreprenadupphandlingar, men att det inte nämns några andra situationer där leverantörsrelaterade tilldelningskriterier får användas, tolkas som att de är förbjudna i andra situationer. Den restriktiva approach som Lianakis ger uttryck för ses som bekräftad, med undantaget att utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal utgör en ensam situation där tilldelningskriterier med koppling till leverantören inte ”huvudsakligen bedömer anbudsgivarens förmåga”.²⁰¹ Det är ju just utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal som det i doktrin flitigast har argumenterats för tillåtlighet av. När sådan nu explicit godkänns kanske kritiken från praktiker om oklarheter i rättsläget rörande andra kriterier som faktiskt inriktas på att utvärdera anbudet lägger sig, och man slutar argumentera för en flexiblare inställning till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i stort.
2. Den nya regleringen anses öppna upp för mer användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i stort, då det kommer stadgas explicit i direktivet att Lianakis inte totalförbjuder dessa i EU-rätten. De nya reglerna ses alltså som en bekräftelse på att den övriga, mer flexibla rättspraxisen från EU-domstolen och Tribunalen/Förstainstansrätten beskriver

¹⁹⁹ Se avsnitt 5.3 och 5.2.2.2 ovan, utförandeentreprenader räknar jag inte in i som en sådan komplex tjänst som i normalfallet är tillåten. Notera dock att jag när jag skriver ”tjänster” i avsnitt 5 inkluderar byggentreprenader i begreppet.

²⁰⁰ Egentligen kan samtliga de genomgångna rättsfallen i avsnitt 5 ovan förutom Lianakis och Kommissionen v Grekland anses indikera detta, då de inte pekar ut utvärdering av tjänsteutförande personal som det enda legitima användningsområdet. Dessa sex rättsfall indikerar tillsammans en mer flexibel syn på leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i stort.

²⁰¹ Jämför formuleringen i Lianakis p. 30 som redogörs för i avsnitt 4.4.1 ovan.

rättsläget väl, och att många olika typer av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan användas så länge dessa uppfyller rimliga krav. Krav som innebär bl.a. att tilldelningskriterierna måste utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte huvudsakligen får utvärdera leverantören i sig, samt inte får göra distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen otydlig. Även den nya och utökade uppräknings i direktivets artikel 66 punkt 2 utgör ju bara exempel på kriterier som upphandlande myndigheter kan använda sig av i utvärderingen av vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Därför kan motsatstolkningar utifrån listan ses som långsökta, och det kan hävdas att utökningen av listan snarare öppnar upp för en mer flexibel syn i stort.

Vilket av dessa scenarion som är mest sannolikt är det svårt att avgöra, men troligen skulle vissa argumentera i linje med argumentationen i scenario ett och andra i linje med argumentationen i scenario två. Mycket talar med andra ord för att rättsläget rörande i direktivförslaget icke nämnda leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kommer fortsätta att vara oklart.

7.2 Hur det föreslagna tillägget i punkt 4 skulle påverka rättsläget

Den föreslagna punkt 4 i artikel 66 förtydligar som nämnts vikten av att vissa grundläggande upphandlingsprinciper följs i utformningen av anbudsutvärderingsmodellen och i anbudsutvärderingen, samt klargör att utvärderingskriterier måste säkerställa möjlighet till effektiv konkurrens.²⁰² Detta stadgande tillför inte så mycket till det nuvarande rättsläget utan förtydligar snarare sådant som redan gällde. Påpekandet om att kriterierna måste säkerställa möjlighet till effektiv konkurrens kan dock motverka att punkt 2 b i artikel 66 får konkurrensbegränsande effekter genom att utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal missbrukas till att på ett omotiverat sätt försvåra för t.ex. aktörer från andra länder eller med mindre erfarenhet.

7.3 Sammanfattning – direktivförslagets påverkan på rättsläget

Som har visats ovan så finns det anledning att tro att de föreslagna ändringarna i själva verket inte påverkar rättsläget så mycket som man skulle kunna tro, då utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i vissa fall torde kunna anses tillåten också idag. Att stadga detta också i direktivet skulle dock göra det lättare för olika aktörer att veta vad som faktiskt gäller, vilket får ses som välkommet. Det får emellertid anses som en ändring alternativt ett klargörande av rättsläget att det stadgas att utpekad tjänsteutförande personal kan utvärderas också i upphandlingar av mindre komplexa tjänster. Att inte utförandeentreprenader omfattas av de nya bestämmelserna innebär dock att det fortfarande är oklart hur rättsläget i dessa situationer ser ut. Det är också svårt att veta hur tillåtligheten av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i övrigt, som inte utvärderar endast den utpekade tjänsteutförande personalen, kommer att påverkas av ändringarna. Mycket talar dock för att detta även fortsatt kommer att vara oklart. Totalt sett kan alltså rättsläget väntas gå mot en lite större tillåtlighet av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier om ändringsförslaget går igenom, och det kan framförallt anses bli klarare i vissa delar. På det stora hela kan emellertid de föreslagna direktivändringarna inte anses revolutionera dagens rättsläge, och mycket kommer fortsätta att vara oklart.

²⁰² Se avsnitt 6.3.2 ovan.

8 Analys av rättsläget och direktivförslagets ändamålsenlighet

I detta avslutande kapitel, som ska ses som ett komplement till de tidigare kapitlens rättslägesanalyser, kommer jag analysera det nuvarande rättsläget samt ändringsförslagen utifrån syftena med distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingen samt syftena med upphandlingsregelverket i stort. På detta sätt hoppas jag kunna dra vissa slutsatser om ändamålsenligheten i rättsläget och de föreslagna ändringarna. Som har påpekats i min metodbeskrivning är denna typ av analys med nödvändighet omgärdad av vissa metodologiska problem, som gör det möjligt att diskutera och ifrågasätta både metoderna för och resultatet av analysen. Min bedömning är dock att analysen har genomförts på det för denna typ av uppsats lämpligaste sättet, och min tro och förhoppning är att den ska ge läsaren intressanta, relevanta och tänkvärda perspektiv på den tidigare redogörelsen.

Jag börjar med att sammanfatta mina slutsatser om upphandlingsreglerna och fasdistinktionens syften i avsnitt 8.1. Sedan tar jag upp relevanta argument för och mot leverantörsrelaterade tilldelningskriterier generellt, utifrån ett ändamålsenlighetsperspektiv, i avsnitt 8.2. I detta avsnitt drar jag också slutsatser om vilka krav kriterierna måste uppfylla för att det ska vara ändamålsenligt att tillåta användningen av dem. Sedan behandlar jag ändamålsenligheten med att tillåta två olika i uppsatsen diskuterade sorters användning av sådana kriterier i avsnitt 8.3. I avsnitt 8.4 ger jag sedan min syn på hur ändamålsenligt det nuvarande rättsläget är för att i avsnitt 8.5 ta ställning till huruvida det kan väntas bli mer ändamålsenligt om direktivförslaget genomförs. I avsnitt 8.6 sammanfattar jag slutligen mina slutsatser och framställer egna synpunkter rörande hur regleringen skulle kunna bli mer ändamålsenlig.

8.1 Upphandlingsregelverkets och fasdistinktionens syften

Som behandlats ovan anses huvudsyftet med EU:s upphandlingsregelverk traditionellt vara att främja en fri konkurrens mellan företag från olika medlemsstater på den gemensamma inre marknaden.²⁰³ EU-kommissionen anser dock att upphandlingsdirektiven också syftar och framförallt i framtiden ska syfta till att öka sannolikheten att leverantören med det bästa anbudet ska vinna varje upphandling och att ge det allmänna bättre valuta för sina pengar. Det senare framhålls t.o.m. som ett huvudsyfte med översynen av upphandlingsdirektiven.²⁰⁴ Också distinktionen mellan anbudsutvärderingsfasen och leverantörskvalificeringsfasen kan anses ha två olika huvudsyften. Det första får anses vara att genom att uppnå en ökad rättvisa, lika-behandling, objektivitet och jämförbarhet öka sannolikheten att leverantören med det bästa anbudet ska vinna i varje upphandling. Det andra får anses vara att åstadkomma en ökad konkurrens mellan företag på den inre marknaden. EU:s upphandlingsreglering i stort och distinktionen mellan anbudsutvärderingsfasen och leverantörskvalificeringsfasen kan med andra ord anses ha två åtminstone delvis gemensamma huvudsyften att ta hänsyn till när man analyserar ändamålsenligheten i rättsläget rörande leverantörsrelaterade tilldelningskriterier:

1. Att åstadkomma en ökad och fri konkurrens på den gemensamma inre marknaden, framförallt mellan företag från olika medlemsstater, men också generellt.

²⁰³ Se avsnitt 3.3.1 ovan.

²⁰⁴ Se avsnitt 3.3.2.2 ovan.

2. Att åstadkomma bättre valuta för det offentligas pengar, framförallt genom att öka sannolikheten att leverantören med det bästa anbudet ska tilldelas kontraktet i varje upphandling.

Vilket av dessa huvudsyften som är det mest angelägna är svårt att säga. En ökad konkurrens leder i förlängningen också till bättre upphandlingsresultat i meningen valuta för pengarna. Samtidigt kan andra ekonomiska fördelar antas medfölja en ökad sådan.²⁰⁵ Å andra sidan kan medlemsstaterna tappa förtroendet för och börja motarbeta implementeringen av de gemensamma reglerna om dessa inte tillåter leverantören med det bästa anbudet att vinna upphandlingar, och det offentliga att få bäst valuta för sina pengar. På så sätt kan integrationen motverkas om inte delsyfte två ovan ges stor tyngd.²⁰⁶ Det är med andra ord svårt att bedöma vilket av delsyftena som är det viktigaste, då det finns komplexa och ofta svårbedömda samband mellan dem. Jag kommer därför i detta avsnitts fortsatta analys tillerkänna båda syftena lika stor tyngd.

8.2 Argument för och mot kriterierna ur ett ändamålsenlighetsperspektiv samt krav som de måste uppfylla för att vara ändamålsenliga att tillåta

8.2.1 Perspektivet bäst valuta för det offentligas pengar

Anbudsutvärderingen syftar till att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Tanken är att den upphandlande myndigheten ska skriva kontrakt med den leverantör vars anbud ger myndigheten bäst valuta för sina pengar. Oftast är leverantörernas erfarenhet, kvalifikationer och status inte relevant för att bedöma hur ekonomiskt fördelaktiga anbudena är. Därför får upphandlande myndigheter vanligen bättre valuta för sina pengar om leverantörerna inte utvärderas i anbudsutvärderingen, eftersom detta kan resultera i att en starkare leverantör vinner en upphandling trots att leverantören inte lämnade det bästa anbudet. Avsaknaden av kommersiell press på offentliga myndigheter kan dock göra att dessa bortser från detta.²⁰⁷ Att förbjuda leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan därför i vissa fall hjälpa ett av regleringens huvudsyften, att myndigheter ska få bästa möjliga valuta för sina pengar.²⁰⁸ Å andra sidan är kriterierna i vissa fall relevanta eller till och med nödvändiga för att kunna bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.²⁰⁹ Därför måste de ibland tillåtas för att myndigheter ska kunna få bästa möjliga valuta för sina pengar.²¹⁰ Utifrån endast detta perspektiv borde kriterierna alltid tillåtas när de är relevanta för att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, förutsatt att de inriktas på att bedöma detta snarare än på att bedöma leverantören i sig. Detta eftersom användningen av kriterierna då hjälper den upphandlande myndigheten att få bästa möjliga valuta för sina pengar.

²⁰⁵ Se avsnitt 3.3.1.1 samt i viss mån avsnitt 3.3.2.4 stycke 2 ovan.

²⁰⁶ Se vidare avsnitt 8.2.2.3 nedan för mer ingående resonemang om hur minskat förtroende för att regelverket är effektivt kan ge oönskade följd effekter.

²⁰⁷ Se avsnitt 3.3.1.2 ovan för ett aningen utförligare resonemang om avsaknaden av kommersiell press på offentliga myndigheter.

²⁰⁸ Se vidare avsnitt 3.4.1 ovan.

²⁰⁹ Se bl.a. avsnitt 5.2.2.1 ovan, främst under rubriken "Kriterierna framförallt befogade i upphandlingar av komplexa tjänster".

²¹⁰ Se bl.a. Kruger s.139, Lee s. 56 och Falk s.399-400.

8.2.2 Konkurrensperspektivet

8.2.2.1 Både kriterierna och ett totalförbud av dessa kan snedvrیدا konkurrensen

Om upphandlande myndigheter tillåts använda leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan de låta exempelvis leverantörens omsättning, antalet anställda, eller antalet utförda referensuppdrag ge extrapoäng i anbudsutvärderingen. Ofta är sådana parametrar inte relevanta i bedömningen av vilket som är det bästa anbudet. Användning av sådana kriterier gynnar därför i många fall större och mer erfarna leverantörer på ett omotiverat sätt, då de får en fördel i anbudsutvärderingen som inte beror på att deras anbud är bättre än andra leverantörers. Genom att förbjuda leverantörsrelaterade tilldelningskriterier säkerställer man att det bara är anbud som utvärderas, och därmed att alla leverantörer oavsett storlek får mer likvärdiga chanser att få högst poäng i anbudsutvärderingen. Detta hjälper mindre och nystartade företag att ta marknadsandelar, vilket kan anses främja konkurrensen på den gemensamma inre marknaden.

Flera invändningar kan dock göras mot resonemanget ovan. För det första är det bara om kriterierna används för att utvärdera leverantörerna i sig mer än deras anbud som de gynnar större och mer erfarna leverantörer på ett omotiverat sätt. Om kriterierna istället är motiverade för att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och inte utvärderar leverantören i sig, är konkurrensfördelen som de ger vissa företag affärsmässigt motiverad. Att förbjuda kriterier som används på detta sätt hindrar upphandlande myndigheter från att agera som företag på den oreglerade marknaden och kan därför anses snedvrیدا konkurrensen.²¹¹

För det andra kan ett förbud av kriterierna tvinga upphandlande myndigheter att ta till andra medel som definitivt begränsar konkurrensen för att uppnå önskade upphandlingsresultat. Kan omständigheter runt leverantören som är relevanta för vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte utvärderas i anbudsutvärderingen, kanske myndigheten istället för att bortse från dessa väljer att ställa upp högre obligatoriska krav i leverantörskvalificeringen.²¹² Ett förbud av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan alltså resultera i att mindre och nystartade leverantörer istället för att få en nackdel i anbudsutvärderingen utestängs helt från upphandlingen genom att för dem ouppnåeliga kvalificeringskrav uppställs. På så sätt går de miste om chansen att vinna upphandlingen genom att konkurrera med t.ex. ett lägre pris, såsom det fungerar på den oreglerade marknaden, t.ex. i konsultbranschen, där mindre etablerade konsultföretag konkurrerar med ett lägre pris och mer erfarna med sin större erfarenhet.²¹³

Även om användningen av vissa leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är dålig ur ett konkurrensperspektiv gäller alltså detta inte kriterier som är relevanta för att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inriktas på att bedöma detta snarare än leverantören i sig. Om kriterierna inte tillåts när de uppfyller dessa krav kan detta dessutom ge andra effekter som snedvrیدer och begränsar konkurrensen. Således verkar alltså den mest ändamålsenliga lösningen även i detta avseende vara att tillåta kriterierna när de är relevanta för att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och inriktas på att bedöma detta snarare än leverantörerna i sig.

²¹¹ Se Falk s. 399-400.

²¹² Se Rubach-Larsen s. 121.

²¹³ Se Falk s. 399-400.

8.2.2.2 Kriterierna riskerar att skada transparensen och göra upphandlingsförfarandet svårare att förstå

Det kan vara lättare att förstå en upphandlingsprocess med en tydlig uppdelning mellan faserna, där leverantörerna prövas i en fas och en annan fas används endast för att objektivet utvärdera anbudet i sig. Att tillåta leverantörsrelaterade tilldelningskriterier innebär en risk för att distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen blir otydlig. Om distinktionen blir otydligare och fler olika kriterier tillåts i anbudsutvärderingen blir upphandlingsprocessen svårare att kontrollera för domstolarna, och utrymmet för skönsmässiga och diskriminerande bedömningar riskerar att öka. Dessutom kan resultatet av anbudsutvärderingen bli svårare att förutse för leverantörerna om t.ex. referenser tillåts utvärderas i anbudsutvärderingen, där det är svårt att veta på förhand hur utfallet kommer att bli. Med andra ord riskerar leverantörsrelaterade tilldelningskriterier att minska transparensen i upphandlingsprocessen.²¹⁴ När det blir svårare för potentiella anbudsgivare att förstå processen och förutse vad som krävs för att vinna upphandlingar minskar deras vilja att delta i dessa, och det blir dyrare för dem att tillskansa sig en nödvändig förståelse för systemet. Leverantörers tilltro till rättvisa, förutsebara och icke-diskriminerande upphandlingsprocedurer minskar också med en sämre transparens. Det blir också mindre sannolikt att leverantörer bedömer det mödan värt att delta i upphandlingsförfaranden utomlands om man befarar att reglerna gör det möjligt för myndigheterna att gynna leverantörer från hemlandet. Att förbjuda leverantörsrelaterade tilldelningskriterier skulle därför alltså anses kunna öka transparensen i och förståelsen för upphandlingsprocessen, och därmed främja den fria konkurrensen, också mellan företag från olika medlemsstater, på den inre marknaden.²¹⁵

Att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier tillåts i vissa situationer behöver dock inte innebära att distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen blir otydlig, eller att transparensen i upphandlingsförfaranden försämras. Så länge kriterierna tillåts endast om de tydligt inriktas på att bedöma anbudet och inte leverantören i sig och reglerna kräver att en klar fasdistinktion upprätthålls, torde upphandlingsprocessen varken bli svårare att förstå eller mer skönsmässig eller diskriminerande. I direktivet finns också krav på att i förhand ange vilka kriterier som kommer att användas samt viktningen av dessa och en plikt att i efterhand rättfärdiga tilldelningen genom detaljerad information om vad som gjorde att just det vinnande anbudet vann.²¹⁶ Detta just för att skydda transparensen i systemet och därmed motverka skönsmässighet och diskriminering.²¹⁷ Så länge dessa krav finns kvar och kriterierna endast tillåts om de tydligt inriktas på att bedöma anbudet och inte leverantören, inte gör fasdistinktionen otydlig, och endast får användas på ett sätt som inte skadar transparensen i övrigt, torde tillåtlighet av kriterierna inte heller i dessa avseenden skada konkurrensen på den inre marknaden.

²¹⁴ Se Kruger s. 139 där han antyder att en strikt hållning till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan vara positiv för transparensen i upphandlingsförfarandet.

²¹⁵ Se vidare avsnitt 3.4.2 ovan.

²¹⁶ Se direktiv 2004/18/EG art. 41 och 53 p.2.

²¹⁷ Se Kruger s. 145.

8.2.2.3 Förbuds kriterierna minskar förtroendet för upphandlingsregelverket, vilket kan motverka EU:s gemensamma inre marknad.

Som har påpekats ovan råder det en stor enighet i doktrin om att en flexibel approach till leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är det enda rimliga.²¹⁸ Dessutom kan det konstateras från intressenternas svar på frågorna som ställdes i EU-kommissionens grönbok att en klar majoritet av Europas medlemsstater, företag, rättsexperter och myndigheter anser det befogat att åtminstone i undantagsfall tillåta leverantörsrelaterade tilldelningskriterier.²¹⁹ För en effektiv harmonisering av medlemsstaternas upphandlingsregelverk torde det vara av vikt att EU:s upphandlingsregler ses som effektiva, flexibla och lyhörda för praktikers önskemål. Detta då stelbenta EU-regler utan stöd ute i medlemsstaterna och som hindrar upphandlande myndigheter från att agera affärsmässigt på marknaden riskerar att minska förtroendet för EU och dess upphandlingsregelverk. Detta i sin tur torde öka risken att enskilda medlemsstater samt deras myndigheter och domstolar trilskas med att implementera och följa de centralt beslutade reglerna. Då hotas harmoniseringen av medlemsstaternas upphandlingsregler, vilket kan göra det besvärligare för företag att ge sig in i upphandlingar i andra medlemsstater då man riskerar att stöta på regler som inte tillämpas så som man är vana vid från sitt hemland. Ett totalförbud av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kan således också motverka syftet att öka konkurrensen mellan företag från olika medlemsstater på den gemensamma inre marknaden, medan ett rättsläge som är lyhört för praktikers och doktrinens önskemål kan få en motsatt effekt.

8.2.3 När det är ändamålsenligt att tillåta leverantörsrelaterade tilldelningskriterier

Utifrån den ovan gjorda genomgången av argument för och emot leverantörsrelaterade tilldelningskriterier, och vilka krav dessa behöver uppfylla för att det ska vara ändamålsenligt att tillåta dem utifrån olika perspektiv, drar jag slutsatsen att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier utifrån ett ändamålsenlighetsperspektiv borde tillåtas i alla situationer då kriterierna:

1. är relevanta för att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt huvudsakligen inriktas på att bedöma detta och inte leverantören i sig,
2. inte gör distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen otydlig, och
3. inte skadar transparensen i upphandlingsförfarandet.

En ändamålsenlig reglering skulle alltså tillåta användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier när dessa krav är uppfyllda, då regleringens syften enligt min analys främjas av sådan användning. Som kommer behandlas mer utförligt i avsnitt 8.4 nedan är kraven snarlika de krav som enligt min analys idag existerar för att användning av kriterierna överhuvudtaget ska kunna övervägas som tillåten, se avsnitt 5.3 ovan.

²¹⁸ Se avsnitt 5.1 ovan.

²¹⁹ Se Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Synthesis of replies, s. 11, samt avsnitt 6.2.1.3 ovan.

8.3 Ändamålsenligheten i några olika typer av användning av kriterierna

Utifrån kraven som i avsnitt 8.2.3 ovan har identifierats för att användningen av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ska vara ändamålsenlig kommer jag nu ta ställning till ändamålsenligheten i två tidigare i uppsatsen diskuterade typer av användning av kriterierna.

8.3.1 Utvärdering av tjänsteutförande personal i komplexa tjänsteupphandlingar

Kriterier som utvärderar utpekad tjänsteutförande personal i upphandlingar av komplexa tjänster och totalentreprenader får normalt anses motiverade för att utvärdera värdet på anbudet samt huvudsakligen vara inriktade på att bedöma detta snarare än leverantören i sig, i och med att de utvärderar just personalen som utför den aktuella tjänsten.²²⁰ Med andra ord, så länge användningen regleras så att inte transparensen skadas eller fasdistinktionen blir otydlig torde tillåtande av denna typ av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier vara ändamålsenligt.

8.3.2 Utvärdering av tjänsteutförande personal i andra tjänsteupphandlingar

Kriterier som utvärderar den utpekade tjänsteutförande personalens organisation, erfarenhet och kvalifikationer i en upphandling av mindre komplexa tjänster och byggentreprenader kan ibland vara motiverade för att utvärdera värdet på anbudet.²²¹ Mer erfarenhet och högre kvalifikationer kan mycket väl borga för en högre kvalitet på tjänsteutövandet, men ofta är det parametrar som är svårare att utvärdera objektivt, såsom arbetsmoral, entusiasm, personlig lämplighet och praktisk förmåga som avgör kvaliteten på en tjänst som inte kräver särskilt specifik personal. Med andra ord, samtidigt som faktorer som erfarenhet och kvalifikationer i vissa situationer kan hjälpa till att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, har de i andra fall en minimal effekt på anbudskvaliteten och kan inte anses motiverade att använda i bedömningen av denna. Denna typ av leverantörsrelaterade tilldelningskriteriers ändamålsenlighet är således svårbedömd som grupp. En ändamålsenlig reglering skulle tillåta utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i upphandlingar av mindre komplexa tjänster när denna är motiverad för och inriktas huvudsakligen på att utvärdera värdet på anbudet, men inte tillåta sådana kriterier annars. Samtidigt som kriterierna endast bör vara tillåtna när sådan användning inte gör fasdistinktionen otydlig eller skadar transparensen i upphandlingsförfarandet.

8.4 Är det nuvarande rättsläget ändamålsenligt?

8.4.1 Ändamålsenligheten i utsträckningen av och förutsättningarna under vilka kriterierna torde kunna anses som tillåtna enligt dagens rättsläge

Enligt min analys av det nuvarande rättsläget är huvudregeln att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier inte får användas, och att vissa specifika krav måste vara uppfyllda för att de

²²⁰ Se avsnitt 5.2.2.1 ovan under rubrikerna "Kriterierna framförallt befogade i upphandlingar av komplexa tjänster" samt "Specialfallet utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal". Notera att jag med min definition av tjänster i dessa avsnitt också avser byggentreprenader.

²²¹ Se avsnitt 5.2.2.1 ovan under rubrikerna "Kriterierna mindre befogade i upphandlingar av mindre komplexa tjänster" samt "Specialfallet utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal". Notera att jag med min definition av tjänster i dessa avsnitt också avser byggentreprenader.

eventuellt ska kunna tillåtas.²²² Detta kan anses ändamålsenligt med tanke på de krav som en sådan användning enligt avsnitt 8.2.3 alltid måste uppfylla för att inte regleringens syften ska motverkas. Det får också anses ändamålsenligt att dagens rättsläge i normalfallet torde tillåta utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal i upphandlingar av komplexa tjänster och totalentreprenader.²²³ Så här långt kan rättsläget alltså ses som ändamålsenligt.

Vidare kan det konstateras att de minimikrav som leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i dagens rättsläge måste uppfylla för att ha en chans att tillåtas i hög grad överensstämmer med de krav som måste uppfyllas för att användningen ska vara ändamålsenlig. Detta visas av den schematiska genomgång nedan som jämför dessa krav med varandra:²²⁴

Krav för att tillåtlighet av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ska kunna övervägas i dagens rättsläge:	Krav som måste uppfyllas för att användningen av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier ska vara ändamålsenlig:
1. Kriterierna måste användas för att utvärdera vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och får inte främst röra leverantören i sig,	1. Kriterierna måste vara relevanta för att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt huvudsakligen inriktas på att bedöma detta och inte leverantören i sig.
2. Användningen av dem får inte göra distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen i upphandlingen otydlig.	2. Kriterierna får inte göra distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen otydlig.
3. Inga grundläggande upphandlingsprinciper får åsidosättas genom användningen av kriterierna.	3. Kriterierna får inte skada transparensen i upphandlingsförfarandet.

Om kraven i vänsterspalten uppfylls, så är också kraven i högerspalten uppfyllda, då dessa omfattas av kraven i vänsterspalten.²²⁵ Detta innebär att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier aldrig torde godkännas när detta skulle strida mot regleringens ändamål, vilket är mycket positivt ur ett ändamålsenlighetsperspektiv. Sämre är det dock att rättsläget bara utesluter användning av kriterierna när kraven i vänsterspalten inte är uppfyllda, men inte alltid tillåter dem när kraven uppfylls. Då är det istället oklart om kriterierna är tillåtna. Detta är ett problem då uppfyllandet av kraven torde vara tillräckligt för att användning av kriterierna ska främja regleringens syften, d.v.s. ur ett ändamålsenlighetsperspektiv borde kriterierna alltid tillåtas när kraven uppfylls. Det kan mot bakgrund av detta befaras att dagens rättsläge inte

²²² Se avsnitt 5.3 för en sammanfattning av rättsläget idag.

²²³ Jämför analysen av rättsläget gällande dessa kriterier i avsnitt 5.2.2.1 under rubriken "Specialfallet utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal" med analysen av ändamålsenligheten i att tillåta dessa i avsnitt 8.3.1.

²²⁴ Schemat jämför kraven som i avsnitt 5.3 med kraven i avsnitt 8.2.3 ovan. Det kan ses som anmärkningsvärt att krav som jag har bedömt som gällande i dagens rättsläge i så stor utsträckning överensstämmer med krav som jag har analyserat fram som nödvändiga för kriterierna att uppfylla ur ett ändamålsenlighetsperspektiv. Det kan naturligtvis inte uteslutas att jag har påverkats av analysen som jag först gjorde av rättsläget när jag senare har försökt fastställa kraven som krävs för ändamålsenlighet, vilket är en möjlig grund att ifrågasätta mina slutsatser i detta kapitel på. Det bör dock kommas ihåg att regler ofta skapas just för att vara ändamålsenliga, vilket gör den stora överensstämmelsen mellan kraven något mindre anmärkningsvärd.

²²⁵ Transparensprincipen är ju en av de grundläggande upphandlingsprinciperna.

tillåter leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i lika stor utsträckning som vore ändamålsenligt.

8.4.2 Oklarheterna i rättsläget motverkar ändamålsenligheten

Ett stort problem utifrån ett ändamålsenlighetsperspektiv är också osäkerheten i rättsläget i sig, samt de därmed medförande svårigheterna för upphandlande myndigheter att veta när leverantörsrelaterade tilldelningskriterier får användas. Svårigheter att få klarhet i rättsläget torde medföra att upphandlande myndigheter spenderar mycket resurser på att ta reda på huruvida en viss användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är tillåten. De som inte gör detta får istället antingen chansa med att använda kriterier som kanske är tillåtna, och därmed riskera dyrbara rättsprocesser i efterhand och upphandlingar som måste göras om, eller ta det säkra före det osäkra och inte använda kriterierna. Att rättsläget i delar faktiskt är oklart innebär dessutom att många som lägger ner resurser på att utreda detta kommer fram just till att rättsläget är oklart, och därmed står inför samma val som om ingen utredning hade gjorts. Med andra ord, att antingen chansa på att kriterierna är tillåtna, eller strunta i att använda dessa. Det kan antas att många i ett sådant läge tar det säkra före det osäkra, och inte vågar använda kriterier som om de prövades faktiskt skulle ha tillåtits.²²⁶ Det kan alltså befäras att dagens både svårtillgängliga och oklara rättsläge leder till att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier inte används ens så ofta som det redan ganska restriktiva rättsläget antagligen kan anses tillåta, och därmed långtifrån så ofta som vore optimalt ur ett ändamålsenlighetsperspektiv. Detta samtidigt som osäkerheten i rättsläget i sig kostar upphandlande myndigheter mycket pengar i form av extra utredningsarbete, rättskostnader och upphandlingar som måste göras om. Att osäkerheten om rättsläget är så betydande kan därför antas motverka regleringens syften på flera olika sätt, och framstår därmed som i hög grad ändamålsstridigt.

8.4.3 Sammanfattning – ändamålsenligheten i dagens rättsläge

Dagens rättsläge är ändamålsenligt såtillvida att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier aldrig får användas om kriterierna inriktas på att bedöma leverantören snarare än anbudet, om kriterierna gör fasdistinktionen tydlig, eller om användningen av dem åsidosätter grundläggande upphandlingsprinciper. Det är också ändamålsenligt att utpekad tjänsteutförande personal som huvudregel torde få utvärderas i upphandlingar av komplexa tjänster. Rättsläget hade dock blivit ännu mer ändamålsenligt om leverantörsrelaterade tilldelningskriterier hade varit tillåtna i alla situationer där de ovan nämnda minimikraven uppfylls. Ändamålsenligheten torde också skadas betydligt på flera olika sätt av den osäkerhet som finns i och om dagens rättsläge.

8.5 Blir rättsläget mer ändamålsenligt om direktivförslaget antas?

Eftersom det finns anledning att tro att de i direktivförslaget föreslagna ändringarna inte kommer att få någon omfattande påverkan på rättsläget så torde inte heller ändamålsenligheten i detta påverkas i någon radikal utsträckning om direktivförslaget antas i sin nuvarande utformning.²²⁷ Fastslåendet att utpekad tjänsteutförande personal får utvärderas får dock anses

²²⁶ Se Lee s. 56.

²²⁷ Se avsnitt 7.3 ovan för en sammanfattning av hur de föreslagna ändringarna kan antas påverka rättsläget.

välkommet då att det blir solklart att sådan personal får utvärderas i upphandlingar av komplexa tjänster och totalentreprenader, där det framstår som klart ändamålsenligt att sådana kriterier tillåts.²²⁸ Eventuella oklarheter om detta undanröjs helt, vilket är positivt då detta antagligen kommer medföra att upphandlande myndigheter kommer att våga använda sådana kriterier i högre utsträckning.²²⁹ Huruvida det är positivt att det tydligt stadgas att utpekad tjänsteutförande personal får utvärderas också i upphandlingar av mindre komplexa tjänster är dock inte lika självklart, då detta antagligen kan få både positiva och negativa effekter ur ett ändamålsenlighetsperspektiv. I och med att kriterierna fortfarande bara får användas när de är avsedda att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får det dock anses troligt att de inte i någon större utsträckning skulle tillåtas när detta skulle strida mot regleringens ändamål, och att de positiva effekterna blir övervägande.²³⁰ Dessutom är den större klarhet som åstadkoms i sig välkommen.²³¹ Vidare får det anses positivt att EU-regelverket efter ändringarna tydligt kommer stadga att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i vissa situationer får användas, då detta konsekvent har argumenterats för såväl av praktiker som i doktrin. Därmed förbättras förutsättningarna för ett större förtroende för EU-rätten, vilket torde kunna gynna EU:s harmoniseringsarbete och i förlängningen den gränsöverskridande konkurrensen.²³²

Att många oklarheter kvarstår med de nya reglerna, exempelvis rörande om och när kriterierna får användas i utförandeentreprenader och huruvida kriterier som inte utvärderar just den utpekade tjänsteutförande personalen får användas, är dock problematiskt ur ett ändamålsenlighetsperspektiv. Det hade varit önskvärt att den nya regleringen i ännu större utsträckning klargjorde rättsläget och tydliggjorde för medlemsstaternas myndigheter när och hur leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är tillåtna. Då hade nämligen en än större del av de negativa effekter som ett oklart rättsläge torde ge upphov till undkommit.²³³ Eftersom vissa oklarheter trots allt försvinner, och det blir helt klart att utpekad tjänsteutförande personal får utvärderas i många upphandlingar där sådan utvärdering torde vara ändamålsenlig att tillåta, torde ett genomförande av direktivförslaget ändå göra rättsläget som helhet mer ändamålsenligt än det är idag.

8.6 Sammanfattande slutsatser samt avslutande synpunkter

Vid prövning i EU-domstolen idag finns det skäl att tro att domstolen skulle godkänna leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i en stor del av de fall där användningen av kriterierna är positiv ur ett ändamålsenlighetsperspektiv, även om de antagligen inte skulle godkännas i så stor utsträckning som vore önskvärt. Det största problemet med dagens rättsläge får dock anses vara den stora osäkerheten om hur rättsläget ser ut, vilket dels är kostsamt för myndigheterna i sig, och dels torde resultera i att kriterierna används i en betydligt mindre utsträckning än vad som skulle vara ändamålsenligt.

²²⁸ Se avsnitt 8.3.1 ovan.

²²⁹ Se avsnitt 8.4.2 ovan.

²³⁰ Jämför avsnitt 7.1.2 med avsnitt 8.3.2 ovan.

²³¹ Klarhet i sig är välkommen för att slippa osäkerhet och kostnader förenat med detta enligt avsnitt 8.4.2 ovan.

²³² Se avsnitt 8.2.2.3 ovan.

²³³ Se avsnitt 8.4.2 ovan.

Om EU-kommissionens direktivförslag antas så skulle ändamålsenligheten i reglerna öka, framförallt genom att en del av oklarheterna rätas ut samt att det tydligt fastslås att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier får användas i vissa situationer där det torde vara ändamålsenligt att tillåta dem. Man visar också från EU-håll att man har tagit till sig kritiken mot den nuvarande regleringen, vilket är positivt. Dock skulle rättsläget fortsätta vara oklart i många avseenden även efter de föreslagna ändringarna, vilket inte är ändamålsenligt.

Det är enligt min analys ändamålsenligt att tillåta leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i alla situationer då kriterierna:

1. är relevanta för att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt huvudsakligen inriktas på att bedöma detta och inte leverantören i sig
2. inte gör distinktionen mellan leverantörskvalificeringsfasen och anbudsutvärderingsfasen otydlig, och
3. inte skadar transparensen i upphandlingsförfarandet

Mot denna bakgrund kan det tyckas att en formulering i direktivet eller ett rättsfall från EU-domstolen som klargör att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är tillåtna i alla situationer då de uppfyller dessa krav skulle vara den mest ändamålsenliga lösningen. Det bör dock betänkas att kraven inte är skarpa, och inte heller är enkla att konstruera så att de blir skarpa, och därför skulle ge upphov till en betydande gränsdragningsproblematik om de infördes. När är kriterierna relevanta för att bedöma vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet? När anses kriterierna ”huvudsakligen” inriktade på anbudet snarare än på leverantören generellt? Och när skadas transparensen i upphandlingsförfarandet? Unionsdomstolarna skulle få ta ställning till dessa frågor i en stor mängd specifika fall innan upphandlande myndigheter skulle kunna känna sig säkra på hur leverantörsrelaterade tilldelningskriterier faktiskt får användas, och det skulle antagligen dröja innan någon riktig klarhet i rättsläget hade uppnåtts, om detta någonsin skulle bli fallet.

Vidare kan en säkerhet hos upphandlande myndigheter om när kriterierna får användas faktiskt vara viktigare ur ett ändamålsenlighetsperspektiv än att ha regler som gör att kriterierna faktiskt tillåts av domstol i alla situationer som detta är ändamålsenligt. Detta då ett självförtroende och en visshet hos myndigheter om när leverantörsrelaterade tilldelningskriterier får användas dels torde spara mycket pengar i sig för dessa och dels torde göra att de oftare skulle våga använda kriterierna i de situationer där de är tillåtna.²³⁴ Därför kan en reglering med vissa schablonmoment, som stadgar vilka användningsområden för kriterierna som alltid respektive aldrig är tillåtna, vara ändamålsenligare än en reglering som tillåter kriterierna i just de situationer då det är ändamålsenligt att låta dem användas. Detta då den senare kan vara svårare att tillämpa och få en full förståelse för.

Att göra som i direktivförslaget och klart stadga att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier får användas för att utvärdera utpekad tjänsteförande personal i vissa upphandlingar, kan därför vara en bra idé även om det inte är optimalt ur ett ändamålsenlighetsperspektiv att tillåta kriteri-

²³⁴ Se avsnitt 8.4.2 ovan.

erna i samtliga sådana upphandlingar. Direktivförslagets reglering torde dock bli ännu mer ändamålsenlig om man klargjorde rättsläget också i övrigt. Detta skulle kunna göras på två olika sätt:

1. Genom att det antingen i direktiv eller rättspraxis stadgades att annan användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier är tillåten under, men endast under, förutsättning att kraven som måste uppfyllas för att användningen ska vara ändamålsenlig uppfylls. (Se dessa krav fyra stycken ovan).
2. Genom att direktivet eller praxis tydligt stadgade att annan användning av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier inte får ske.

Alternativ ett skulle göra att leverantörsrelaterade tilldelningskriterier i större utsträckning tillåts när användningen av dem är ändamålsenlig. Alternativ två å andra sidan skulle utesluta att kriterierna kan användas i vissa situationer där det är ändamålsenligt att tillåta dessa. Å andra sidan skulle detta alternativ göra det uppenbart i vilka situationer kriterierna får och inte får användas, vilket skulle spara pengar för myndigheter i form av mindre juridiska utredningskostnader, rättskostnader och allmän osäkerhet om vad som gäller. Dessutom är det främst kriterier som utvärderar utpekad tjänsteutförande personal vars tillåtlighet det har argumenterats för i doktrin, och kanske är det främst denna typ av användningsområde som både är praktiskt och har goda förutsättningar att uppfylla de ovan stadgade kraven som en ändamålsenlig användning måste uppfylla ändå.²³⁵ Andra typer av leverantörsrelaterade tilldelningskriterier kanske inte skulle vara aktuella att använda och tillåta så ofta även om det första alternativet väljs och det öppnas upp för sådana möjligheter. Mot denna bakgrund kan alternativ två mycket väl vara det bästa ur ett ändamålsenlighetsperspektiv. Huruvida detta är fallet eller inte har jag dock inte utrymme att utreda vidare i denna uppsats. Jag nöjer mig istället med att konstatera att båda de framlagda alternativen torde göra rättsläget ännu mer ändamålsenligt, då båda skulle minska osäkerheten i detta.

²³⁵ Se avsnitt 5.2.2.1 under rubriken "Specialfallet utvärdering av utpekad tjänsteutförande personal" ovan. Se även avsnitt 8.3.1 och 8.3.2.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Regeringens proposition 2006/07:128, Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

EU:s sekundärrätt

Europaparlamentet och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, första upplagan, Sweet & Maxwell 2005
[Citerad som Arrowsmith 2005]

Arrowsmith, Sue och Kunzlik, Peter, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law: new directives and new direction*, Cambridge University Press 2009
[Citerad som Arrowsmith & Kunzlick]

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, Jure Förlag AB, 2011
[Citerad som Falk]

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, andra upplagan, Jure Förlag AB, 2011
[Citerad som Pedersen]

Artiklar

Arrowsmith, Sue, *Methods for purchasing on-going requirements: the system of framework agreements and dynamic purchasing systems under the EC Directives and UK procurement regulations* i *Reform of the UNCITRAL Model Law on Procurement: Public Procurement Regulation in the 21st Century*, Thomson Reuters/West, 2009.
[Citerad som Arrowsmith 2009]

Boyle, Rosemary, *EU procurement green paper on the modernisation of EU public procurement policy: a personal response*, Public Procurement Law Review, 2011, s. NA 171-174
[Citerad som Boyle]

Braun, Peter, *The right to an effective remedy against procurement award decisions of the European Investment Bank, disclosure of reasons and permitted award criteria - Evropaiki Dynamiki v European Investment Bank (T-461/08)*, Public Procurement Law Review, 2012, s. NA 23-29

[Citerad som Braun]

Comba, Mario, *Selection and award criteria in Italian public procurement law*, Public Procurement Law Review, 2009, s. 122-127

[Citerad som Comba]

Folliott-Lalliot, Laurence, *The separation between the qualification phase and the award phase in French procurement law*, Public Procurement Law Review, 2009, s. 155-165

[Citerad som Folliott-Lalliot]

Kotsonis, Totis, *The nature of award criteria and the subsequent stipulation of weightings and sub-criteria: Lianakis v Dimos Alexandroupolis (C-532/06)*, Public Procurement Law Review, 2008, s. NA128-134

[Citerad som Kotsonis 2008]

Kotsonis, Totis, *Discriminatory selection criteria and the nature of award criteria - applying the Lianakis ruling in a utilities context: Commission v Greece (C-199/07)*, Public Procurement Law Review, 2010, s. NA77-86

[Citerad som Kotsonis 2010]

Kotsonis, Totis, *Green Paper on the Modernisation of EU Public Procurement Policy: Towards a More Efficient European Procurement Market*, Public Procurement Law Review, 2011, s. NA51-58

[Citerad som Kotsonis 2011]

Kruger, Kai, *Superiority in experience and skills may distinguish a better tender bid! Critical reflections from Norway on the Lianakis ruling*, Public Procurement Law Review, 2009, s. 138-145

[Citerad som Kruger]

Lee, Philip, *Implications of the Lianakis decision*, Public Procurement Law Review, 2010, s. 47-56

[Citerad som Lee]

Petersen, Zsofia, *Refining the rules on the distinction between selection and award criteria - Evropaiki Dynamiki - Proigmena Systemata Tilepikoinonion Pliroforikis kai Tilematikis AE v European Commission (T-589/ 08)*, Public Procurement Law Review, 2011, s. NA 246-249

[Citerad som Petersen]

Rosén Andersson, Helena, *Selection and award criteria in Swedish public procurement law*, Public Procurement Law Review, 2009, s. NA189-191

[Citerad som Rosén Andersson]

Rubach-Larsen, Anne, *Selection and award criteria from a German public procurement law perspective*, Public Procurement Law Review, 2009, s. 112-121

[Citerad som Rubach-Larsen]

Timmermans, William och Bruyninckx, Tim, *Selection and award criteria in Belgian procurement law*, Public Procurement Law Review, 2009, s. 128-137
[Citerad som Timmermans och Bruyninckx]

Treumer, Steen, *The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law - a rule without exception*, Public Procurement Law Review, 2009, s. 103-111
[Citerad som Treumer]

Treumer, Steen, *The distinction between selection and award criteria in EC public procurement law: the Danish approach*, Public Procurement Law Review, 2009, s. 146-154
[Citerad som Treumer om dansk rätt]

Dokument från EU-kommissionen

KOM 96 (583) slutlig, *Kommissionens grönbok, offentlig upphandling inom EU: Överväganden inför framtiden*

COM(2010) 2020 final, *Communication from the commission, Europe 2020, A strategy for smart, sustainable and inclusive growth*

COM(2010) 608 final, ” *Towards a Single Market Act, For a highly competitive social market economy, 50 proposals for improving our work, business and exchanges with one another*

KOM (2011) 15 slutlig, *Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*

SEC (2011) 853 final, *Evaluation Report, Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*

Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy, Towards a more efficient European Procurement Market, Synthesis of replies, publicerad 2011 och tillgängligt på EU-kommissionens hemsida på adressen:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/modernising_rules/consultations/index_en.htm (Internetkälla senast kontrollerad 2012-05-18)

COM (2011) 896 final, *Proposal for a Directive of the European parliament and of the council on public procurement*

Kommissionens pressrelease IP/11/1580, *Modernising European public procurement to support growth and employment* från den 20 december 2011

MEMO/11/931 från kommissionen, *Commission proposals to modernise the European public procurement market - Frequently Asked Questions*, från den 20 december 2011

Kommissionens förordning nr 1251/2011 av den 30 november 2011 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG, 2004/18/EG och 2009/81/EG vad gäller de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

Övrigt

Konkurrensverkets skrift *Analys – referenser i anbudsutvärderingen* från 2009-04-28

Rättsfallsförteckning

Generaladvokatsyttranden

Generaladvokat Darmon i mål C-31/87 Beentjes, REG 1998, s. 4535

Generaladvokat Jacobs i mål C-19/00 SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725

EU-domstolen

C- 14/83 Von Colson och Kamann, REG. 1984 s. 1891

C- 41/74 Van Duyn mot Home office, REG. 1974 s.1337

C-31/87 Beentjes, REG 1998, s. 4535

C-324/93 Evans Medical och Macfarlan Smith, REG 1995, s. I-563

C-513/99 Concordia Bus Finland, REG 2002, s. I-7213

C-19/00 SIAC Construction, REG 2001, s. I-7725

C-315/01 GAT, REG 2003, s. I-6351

C-448/01 EVN & Wienstrom, REG 2003, s. I-11941

C-532/06, Lianakis mfl. REG 2008, s. I-251

C-199/07, Kommissionen v Grekland, ej publ.

Tribunalen/Förstainstansrätten

T-4/01 Renco v Council, [2003] E.C.R s. II-171

T-211/07 AWWW v Eurofound, [2008] E.C.R. II-106

T-589/08 Evropaiki Dynamiki v Commission, ej publ.

T-461/08 Evropaiki Dynamiki v Europeiska investeringsbanken, ej publ.

Opponering på uppsatsen skedde den 1 juni 2012.

Examinator: Filip Bladini

Opponent: Erik Karlsson

Mikael Johansson registrerades på uppsatskursen första gången i januari VT 2012 och har inte omregistrerats på kursen eller deltagit i något tidigare examinationsmoment.