MARS 2018

SVENSKT NÄRINGSLIV

Proportionalitetsguiden

Förord

Den offentliga marknaden i Sverige, som omsätter stora summor varje år, omfattas i de flesta fallen av upphandlingsreglerna. Det innebär att de offentliga inköpen skapar möjligheter för företag att på lika villkor vara med och konkurrera om affärer som, om man vinner upphandlingen, kan leda till att man som företag kan växa, utvecklas och anställda fler medarbetare.

För att våra skattepengar ska användas på bästa sätt är det viktigt att företag vill konkurrera om de offentliga kontrakten. Företagens intresse av att delta i offentlig upphandling har tyvärr minskat under de senaste fem åren vilket går att utläsa av att antalet anbud i snitt minskat. Det vanligaste antalet anbud i en upphandling är i dag två stycken. Antalet upphandlingar med endast ett anbud ökar och särskilt i upphandlingar av större värde. Om endast ett anbud inkommer uppstår aldrig någon konkurrens. Okunskap om huruvida det enda anbudet ligger på rätt prisnivå leder ofta till att upphandlingen avbryts och man får börja om från början.

Till detta kommer att leverantörerna i mätningen av det lokala företagsklimatet år efter år signalerar att de inte är nöjda med kommunernas sätt att upphandla. I åtta av tio kommuner får sättet att genomföra offentlig upphandling underkänt av företagen. Ofta framkommer att leverantörerna anser att kraven inte är proportionella i förhållande till kontraktsföremålet.

De flesta företagen är små och det finns en önskan om att så långt det är möjligt underlätta för de mindre företagen att delta i de offentliga upphandlingarna. En upphandlare bör därför alltid försöka sätta sig in i leverantörernas situation och fråga sig själv: – Om jag var en liten leverantör... hade jag då kunnat uppfylla kraven som ställs och hade jag velat sätta av tiden för att ta fram ett slagkraftigt anbud? Är svaret nej är det definitivt dags att se över de tänkta kraven.

Den svenska Upphandlingsmyndighetens motsvarighet i Nederländerna, PIANOo, har låtit ta fram en skrift som handlar om den EU-rättsliga grundprincipen proportionalitet. Vi har låtit översätta den holländska proportionalitetsguiden till svenska. Skriften innehåller hänvisningar till den holländska lagen osv. men motsvarande bestämmelser finns i de svenska upphandlingslagarna. I guiden rekommenderas upphandlande myndighet/enhet att agera proportionellt under hela inköpsprocessen, dvs. såväl vid fastställandet av behovet, i marknadsundersökningen, vid valet av upphandlingsmodell, vid kravställandet som vid utvärderingen och uppföljningen.

Svenskt Näringsliv anser att det är nödvändig att få igång en diskussion om proportionalitet med målet att få fler företag intresserade av att konkurrera om de offentliga kontrakten. Det handlar inte bara om att stärka företagsklimatet genom att göra den offentliga marknaden mer lättillgänglig, utan också om att offentlig sektor ska göra bättre affärer. Det vinner såväl Sverige som skattebetalarna och företagen på.

Stockholm mars 2018
Caroline af Ugglas, vice VD Svenskt Näringsliv

Innehåll

Förord 1

1 Inledning 3
- 1.1 Förklaring av proportionalitetsprincipen 3
- 1.2 Ändamålsenlighet och laglighet 4
- 1.3 Förhållandet mellan att göra inköp och att upphandla 4

2 Inledningsfas 5
- 2.1 Inledning 5
- 2.2 Behov 6
- 2.3 Syfte 7
- 2.4 Inköpsstrategi 7
- 2.5 Marknadsundersökning 8
- 2.6 Kravredovisning 8

3 Upprättande av upphandlingsdokument 9
- 3.1 Inledning 9
- 3.2 Kontraktsdefiniering 10
- 3.3 Kontraktets omfattning 10
- 3.4 Val av upphandlingsförfarande 21
- 3.5 Krav och kriterier 26
- 3.6 Hantering av tidsfrister 48
- 3.7 Varianter 52
- 3.8 Anbudskostnader 53
- 3.9 Kontraktsvillkor 54

4 Upphandlingsfasen 58
- 4.1 Frågor till och meddelanden från den upphandlande myndigheten 58
- 4.2 Formella krav 58
- 4.3 Stand still-perioden 59
- 4.4 Handläggning av klagomål (och dess proportionalitetsaspekt) 59

1 Inledning

1.1 Förklaring av proportionalitetsprincipen

I 2012 års upphandlingslag (nedan kallad lagen) är upphandlingslagstiftningens principer fastställda. Förutom icke-diskrimineringsprincipen, likabehandlingsprincipen och transparensprincipen ingår proportionalitetsprincipen. Upphandlande myndigheter[1] ska på grundval av denna princip ställa proportionerliga krav och villkor inom ramen för upphandlingsförfarandet. Med begreppet ”proportionerlig” avses ”i rimligt förhållande till”. Rent konkret innebär detta när det gäller upphandling av ett kontrakt att det ska stå i rimligt förhållande till föremålet för kontraktet i fråga om kontraktets natur och omfattning. Proportionalitetsprincipen avser alla faser i upphandlingsprocessen, dvs. allt från valet av förfarande, antalet och innehållet i de krav som ska ställas till tillämpningen av de kontraktsvillkor som ska gälla. Proportionalitetsprincipens räckvidd förklaras närmare i § 3.1 (i holländska lagen). Därmed måste en upphandlande myndighet göra en noggrann avvägning av de relevanta valen för varje fas i upphandlingsförfarandet. Det gäller t.ex. valet av upphandlingsförfarande, gruppering eller indelning i delkontrakt och de krav som ska ställas samt ifall dessa står i riktigt förhållande till kontraktets natur och omfattning. Med denna guide ges handfasta råd vid dessa avvägningar.

Proportionalitetsguiden är som helhet det rättesnöre som anvisas i upphandlingsbeslutet och de handfasta råd som ges för en skälig tillämpning av proportionalitetsprincipen. I kapitel 3 och 4 i denna guide är även bestämmelser upptagna.

Enligt den holländska lagen gäller för dessa bestämmelser att de ska följas av upphandlande myndigheter eller att avvikelser från (delar av) dessa bestämmelser ska förklaras i upphandlingsdokumenten. En upphandlande myndighet måste kunna motivera varför man gör avsteg från bestämmelserna och t.ex. väljer strängare krav. Däremot kan man självklart inte helt låta bli att tillämpa bestämmelserna i *Proportionalitetsguiden* eller välja en generell anledning till att göra avsteg. I förekommande fall ska det motiveras varför och huruvida det är motiverat att inta en avvikande ståndpunkt i den specifika situationen. Man kan alltså inte göra avsteg från bestämmelserna utan att ha goda skäl för det. Detta är inga fristående bestämmelser, utan de ska alltid bedömas i sammanhang med hela texten i guiden. Proportionalitetsprincipen och dess tillämpning gäller även för de delar av guiden där inga särskilda bestämmelser formulerats.

I övrigt gäller även andra krav på motivering vid upphandlingar. Ett exempel är att beslut om att inte tilldela ett kontrakt ska motiveras. Ett sådant beslut ska motiveras i god tid på ett sätt som är effektivt och tillgängligt för alla. Denna guide går inte in på dessa motiveringsskyldigheter, eftersom de inte berör proportionalitetsprincipen specifikt.

[1] Där upphandlande myndighet används som begrepp i guiden avses även företag inom enhet (på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster). Företag inom enhet tillämpar guiden på relevant sätt inom de ramar som är tillämpliga.

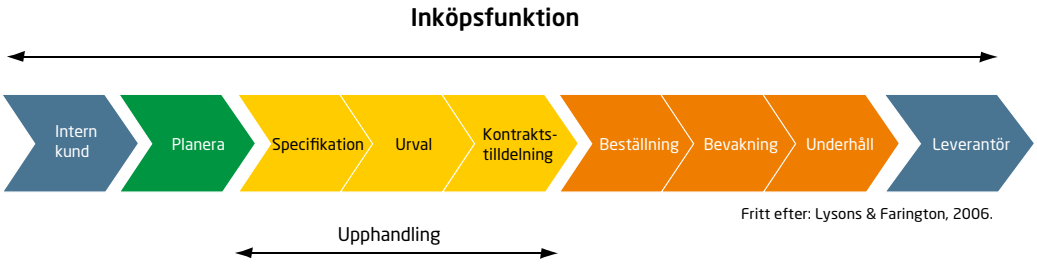
1.2 Ändamålsenlighet och laglighet

I strävan efter att tillämpa proportionalitetsprincipen ska både ändamålsenligheten och lagligheten i upphandlingsförfarandet beaktas. Ändamålsenlighet avser i princip sättet som offentliga medel används på.

Det kan bl.a. handla om lägsta pris eller kvalitetsförhållande hos varan eller tjänsten (bästa valuta för skattepengarna) men också att främja den lokala ekonomin. I ett upphandlingsförfarande ska inom ramen för laglighetsbedömningen även beaktas likabehandlingsprincipen och hur diskriminering motverkas. Laglighet handlar om att följa lagar och förordningar. Vad gäller proportionalitetsprincipen ger guiden handfasta råd till upphandlande myndigheter om hur denna princip ska hanteras.

1.3 Förhållandet mellan att göra inköp och att upphandla

Att göra inköp och att upphandla hänger nära samman. Inköp av produkter, tjänster och byggentreprenadarbeten är överbegrepp, där upphandling ingår som en specifik del. Att upphandla är ett sätt att göra inköp på. Kännetecknande för inköpssättet är att kontraktet kommer ut på den konkurrensutsatta marknaden samtidigt under samma förutsättningar, villkor och förfaranderegler. I denna guide ligger fokus särskilt på den fas där specifikation, urval och kontraktstilldelning sker, eftersom det är där viktiga val görs från proportionalitetssynpunkt.



Fritt efter: Lysons & Farington, 2006.

2 Inledningsfas

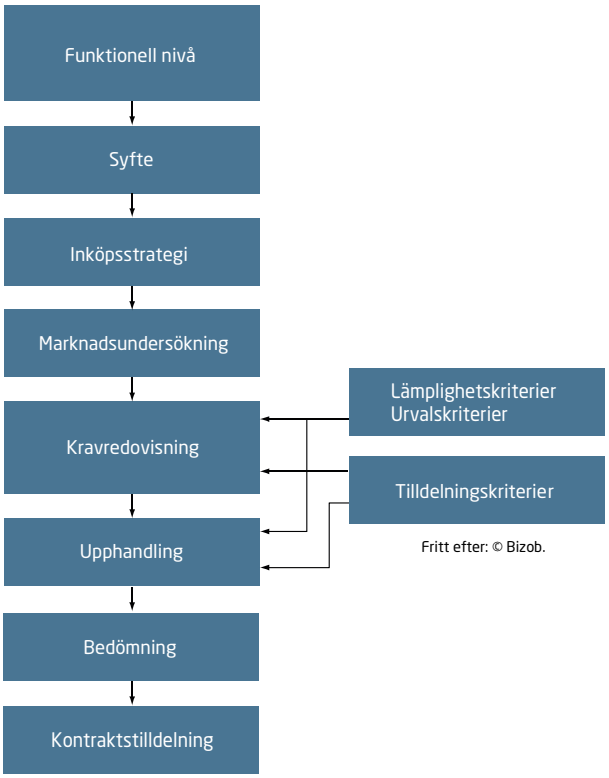
2.1 Inledning

Upphandlingen är en delprocess i den mycket större inköpsprocessen. Innan en inköpsprocess startas måste först strategin finnas på plats. En bra inköpsstrategi är avstämd mot organisationens mål och behov. Exempel på faktorer kan vara om priset eller sociala mål är viktiga, går kvaliteten före, vill organisationen gå i bräschen för ny utveckling eller hellre vara lite återhållsam och vara en ”följare”? Det innebär också att en organisations inköpsstrategi för en produkt eller tjänst kan skilja sig mycket från en annan organisations inköpsstrategi. Det är viktigt att stämma av organisationens mål och behov mot marknadssituationen. Är det en marknad med få eller många leverantörer, gäller det strategiska tjänster där man går in i en långvarig relation med en leverantör eller handlar det om oregelbundna inköp av en enkel produkt? Ska man ut på marknaden med ett detaljbeskrivet kontrakt (med tekniska specifikationer) eller med en allmängiltig beskrivning av kontraktet med önskan att leverantören ska ta fram en teknisk lösning på ett funktionellt problem?

Därutöver är organisationen utsatt för förändringar under resans gång, vilket betyder att inköpsstrategin måste anpassas. Det är ett viktigt skäl till att i början av inköpsprocessen göra en grundlig undersökning och inte använda sig av några ”klipp och klistra-metoder”, vare sig när det gäller andra organisationer (som kanske har helt andra organisationsmål) eller delar av den egna organisationen som hunnit bli inaktuella. Varje inköpsprocess är unik, oavsett om det gäller byggentreprenad, vara eller tjänst.

Det är viktigt att man gör noggranna avvägningar i varje konkret situation så att man får en skräddarsydd lösning. Att bara kopiera t.ex. krav, villkor och kriterier rakt av utan att reflektera över om de passar in på det aktuella kontraktet riskerar inte bara att skapa otydlighet, utan även oproportionalitet. I alla faser av inköpsprocessen, och alltså inte bara i upphandlingsfasen, är det viktigt att hålla ett öga på proportionaliteten i förhållande till vad som efterfrågas. Inköpsprocessen med inköpsstrategin återges i översikten nedan och beskrivs närmare i efterföljande stycken.

Det finns ingen allmängiltig inköpsstrategi som passar och fungerar bra för alla varor, tjänster och byggentreprenader. Vilken som är den bästa inköpsstrategin beror på vilken produkt, tjänst eller byggentreprenad som ska köpas in och rådande marknadssituation.



Fritt efter: © Bizob.

Lämplig inköpsstrategi avgörs bland annat av kombinationen av följande två faktorer:

- det uppskattade *kontraktsvärdet*
- *inköpsrisken* (finns det alternativ eller är den upphandlande myndigheten – oavsett skäl – helt bunden till en eller ett mycket begränsat antal leverantörer, tjänsteleverantörer eller entreprenörer?)

Varje inköpssegment (från rutinmässigt till strategiskt inköp) har sin lämpliga inköpsstrategi.

2.2 Behov

I denna första undersökande fas kartläggs organisationens behov. Då analyseras samtidigt även den aktuella situationen. Om det t.ex. handlar om befintliga tjänstevaror spelar följande frågor in: Vilka kontrakt har vi i dag, vad fungerar bra respektive mindre bra och har organisationens behov förändrats på något sätt? I den här fasen är det klokt att informera sig hos en kollega med erfarenheter av upphandlingar om hur de har gjort för att se förutsättningslöst på vilka nya möjligheter som kan finnas. Detta är en ren inventeringsfas, så här har proportionalitetsaspekterna ännu inte kommit in.

En kommunal grundskola behöver en ny sporthall för sin idrottsundervisning. Skolans ledning har förhört sig på utbildningsdepartementet och i grannkommunerna om vilka olika relevanta planer som finns.

2.3 Syfte

Inköpsprocessen ska bidra till att man når organisationens allmänna mål. Inköpsmålen härleds därför direkt av de allmänna målen. Det är viktigt att formulera de målen så konkret som möjligt. Det är först då man explicit kan ta hänsyn till dem i inköpsprocessen. Exempel på detta är mål med avseende på funktionalitet, hållbarhet, leveranstid och kostnader. Inte heller i denna fas kommer proportionalitetsaspekterna direkt till uttryck. Indirekt kan de emellertid göra det, t.ex. genom att man anger att upphandlaren ska handlägga kontraktet på extremt kort tid. Ifall organisationen begär en extremt kort handläggningstid av ett kontrakt av inköparen leder det till att det kravet översätts till extremt höga (eventuellt oproportionerliga) krav på anbudslämnarna, vilket gör att konkurrensen begränsas i onödan och på ett orättvist sätt.

Sporthallen ska:

- byggas på ett miljömässigt hållbart sätt,
- vara minst 500 m² stor,
- levereras om senast två år.

2.4 Inköpsstrategi

Utgångspunkten för inköpsstrategin är att erhålla varan, tjänsten eller byggentreprenaden till ett pris som står i rätt förhållande till kvaliteten. En av grundprinciperna i EU-fördraget är att den inköpande myndigheten ska behandla uppdragstagarna lika, oavsett hur stora de är och var de är etablerade. Grundprincipen gäller allt inköpsarbete.

Utifrån bl.a. en marknadsanalys bestämmer man om det är vettigt att samla kontrakten eller dela upp dem i olika delar eller kanske göra inköp tillsammans med flera upphandlande myndigheter, helt oavsett valet av en viss kontraktsindelning (se även § 3.3.1 och § 3.3.2).

När det gäller att lägga ut kontraktet med sporthallen på marknaden gäller följande interna önskemål:

- hänsyn ska tas till de lokala och regionala entreprenörerna,
- projektet läggs ut på marknaden i tre delar,
- det är viktigt att installatören har minst en jämförbar referens.

Inköpsstrategin får dock inte utformas i syfte att kringgå tillämpliga lagbestämmelser eller begränsa konkurrensen på ett konstlat sätt (se artikel 1.10 a). Det innebär att inköpsstrategin inte får ha som mål att gynna eller missgynna vissa entreprenörer. Det får inte heller ställas mindre gynnsamma villkor för entreprenörer från länder utanför EU (se artikel 1.23).

Som framgått ovan finns det ingen allmängiltig inköpsstrategi som passar och fungerar bra för alla varor, tjänster och byggentreprenader. Vilken som är den bästa inköpsstrategin beror – jämte organisationens mål – på vilken vara, tjänst eller byggentreprenad som ska köpas in och rådande marknadssituation.

Lämplig inköpsstrategi avgörs dessutom av kombinationen av följande två faktorer:

- det uppskattade *kontraktsvärdet*
- *inköpsrisken* (finns det alternativ eller är den upphandlande myndigheten – oavsett skäl – helt bunden till en eller ett mycket begränsat antal leverantörer, tjänsteleverantörer eller entreprenörer?)

Varje inköpssegment, från rutinmässiga inköp (lågt värde, låg risk) till strategiska inköp (högt värde, hög risk) har sin lämpliga inköpsstrategi.

Att fastställa inköpsstrategin tvingar inköparna att på förhand noga tänka igenom vilka val man ska göra. När dessa val har fastställts och bekräftats av de ansvariga i organisationen (ibland på flera nivåer) gäller de för resten av inköpsarbetet, även upphandlingsprocessen. Ett antal av dessa val har tydlig inverkan på proportionaliteten. I kapitel 3 beskrivs dessa val närmare.

2.5 Marknadsundersökning

Kunskap om marknaden är nödvändig. Marknadsundersökningen är ett viktigt instrument för att pröva iakttagelserna om bl.a. målet, behovet och eventuell inköpsstrategi, men också för att se om den formulerade efterfrågan överensstämmer med vad den aktuella marknaden har att erbjuda eller om det finns bättre lösningar osv. En undersökning kan också ge en bild av hur marknaden är uppbyggd och sammansatt. Man kan undersöka vilket samarbete eller vilken relation på marknaden som skulle kunna passa bäst för kontraktet. Upphandlande myndigheter kan ibland vara försiktiga i kontakterna med potentiella anbudslämnare före en upphandling. Det har bl.a. att göra med oro för eventuella rättsliga förfaranden, diskussioner om insiderinformation och liknande. Det finns det dock ingen anledning till. Naturligtvis ska man noga se till att slå vakt om de allmänna principerna, t.ex. transparens. Det kan man göra genom att noggrant protokollföra marknadsundersökningens innehåll och process som bifogas upphandlingsdokumenten. Men om man väljer någon form av marknadsundersökning får det inte resultera i ett förtäckt urvals- eller upphandlingsförfarande.

Marknadsundersökning är för övrigt ett väldigt vitt begrepp och marknadsundersökningar kan skilja sig väldigt mycket åt. Hos olika upphandlande myndigheter, men även i olika branscher, finns det användbara former av marknadsundersökningar att tillgå.

En upphandlande myndighet går ut på marknaden med information om en kommande upphandling om telekomtjänster och telekomutrustning och vill veta av marknadsaktörerna om de val man angett i strategidokumentet är realistiska och genomförbara. Då använder sig den upphandlande myndigheten av ett IKT-genomförbarhetstest som är särskilt inriktat på dessa frågor. Den upphandlande myndigheten kan då göra sig en bra bild av strukturen och de möjligheter som finns (eller inte finns) på marknaden, samtidigt som marknadsaktörerna kan upplysa om hur den upphandlande myndigheten kan förbättra underlaget. För att följa principerna i upphandlingslagstiftningen tas en detaljerad rapport fram om detta moment, så att även marknadsaktörer som inte medverkat får samma information.

2.6 Kravredovisning

Vid en funktionsupphandling (funktionsspecifikation) ska t.ex. målen för inomhusklimatet i sporthallen definieras (temperatur, luftfuktighet osv.). Anbudslämnaren anger i sitt anbud hur man tänker nå dessa mål.

I en teknisk specifikation anges exakt vilka tekniska krav som installationerna ska uppfylla.

I denna fas översätts behovet, målen, inköpsstrategin och informationen som inhämtats i marknadsundersökningen till ett konkret dokument utifrån vilket upphandlingen ska genomföras. Det kan det ske på två sätt: genom funktionella eller tekniska specifikationer. En funktionsspecifikation beskriver den funktion en produkt, tjänst eller byggentreprenad ska fylla. Däremot innehåller en teknisk specifikation de exakta egenskaper som en produkt, tjänst eller byggentreprenad ska ha. Funktionsspecifikationer ger anbudslämnarna frihet att presentera vissa lösningar på ett problem, i stället för att föreskriva exakt vilka lösningar som ska erbjudas. Valet mellan funktionskrav eller tekniska specifikationer påverkar direkt vilka krav man ställer på anbudslämnaren. I det ena fallet vill man veta om anbudslämnaren kan göra något som är beskrivet i detalj, i det andra ber man anbudslämnaren tänka ut en lösning på problemet man har. Genom att ta fram kravredovisningen gör man alltså val som kan ha en tydlig proportionalitetsaspekt.

3 Upprättande av upphandlingsdokument

3.1 Inledning

När man skrider till verket och lägger ut ett kontrakt på marknaden måste krav och villkor formuleras. När man gör det spelar proportionalitetsprincipen en viktig roll. Den allmänna regeln återfinns i själva lagen i artiklarna 1.10 för europeiska upphandlingar och i 1.13 för nationella upphandlingar, med undantag för selektiva upphandlingar som regleras i 1.16.

Artikel 1.10

1. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför ett specialsektorkontrakt, koncessionskontrakt eller meddelar en tävling för ett offentligt upphandlingskontrakt ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller enheten, i förekommande fall, ta hänsyn till följande:
   a. om kontrakt ska sammanföras eller inte,
   b. uteslutningsgrunderna,
   c. innehållet i lämplighetskraven,
   d. antalet lämplighetskrav som ska ställas,
   e. tidsfrister som ska fastställas,
   f. tilldelningskriterierna,
   g. en ersättning vid anbudslämning,
   h. villkoren i avtalet.
3. Genom regeringsbeslut utfärdas riktlinjer med bestämmelser om hur de upphandlande myndigheterna eller företag inom enheten i regeringsbeslutet ska genomföra bestämmelserna i den första punkten.
4. Den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet tillämpar bestämmelserna enligt tredje punkten eller motiverar varför man gör avsteg från en eller flera av bestämmelserna i upphandlingsdokumenten.

Artikel 1.13

1. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför en överenskommelse ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet, i förekommande fall, ta hänsyn till följande:
   a. om kontrakt ska sammanföras eller inte,
   b. uteslutningsgrunderna,
   c. innehållet i lämplighetskraven,
   d. antalet lämplighetskrav som ska ställas,
   e. tidsfrister som ska fastställas,
   f. tilldelningskriterierna,
   g. en ersättning vid anbudslämning,
   h. villkoren i avtalet.
3. Genom regeringsbeslut utfärdas riktlinjer med bestämmelser om hur de upphandlande myndigheterna eller företag inom enheten i regeringsbeslutet ska genomföra bestämmelserna i den första punkten.
4. Den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet tillämpar bestämmelserna enligt tredje punkten eller motiverar varför man gör avsteg från en eller flera av bestämmelserna i upphandlingsdokumenten.

Artikel 1.16

1. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför en överenskommelse ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet åtminstone ta hänsyn till följande:
   a. om kontrakt ska sammanföras eller inte,
   b. tidsfrister som ska fastställas,
   c. kostnaderna som hänger samman med anbudsinlämningen,
   d. avtalsvillkoren.
3. Genom regeringsbeslut utfärdas riktlinjer med bestämmelser om hur de upphandlande myndigheterna eller företag inom enheten i regeringsbeslutet ska genomföra bestämmelserna i den första punkten.
4. Den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet tillämpar bestämmelserna enligt tredje punkten eller motiverar varför man gör avsteg från en eller flera av bestämmelserna i upphandlingsdokumenten.

Obs: När det i guiden i fortsättningen refereras till artiklarna ovan återges för enkelhetens skull endast texten i artikel 1.10 med hänvisning till de övriga artiklarna.

Det handlar i andra punkten alltid om en begränsad angivelse av de delar som åtminstone – så står det i lagen – faller under proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipens räckvidd är emellertid vidare. Proportionalitet avser alla faser av upphandlingsförfarandet, från valet av förfarande till kontraktstilldelningen.

Förutom kraven och kriterierna spelar bl.a. kontraktsvillkoren en roll.

För att möta aspekterna ovan på ett optimalt proportionalitetsmässigt sätt krävs att den upphandlande myndigheten har formulerat inköpsbehovet tydligt. Fritt översatt innebär det som beskrivs i kapitel 2 som följer:

- vad jag vill ha,
- vem jag behöver för det,
- vilka specifika risker som kan finnas som jag vill täcka in i upphandlingsförfarandet.

3.2 Kontraktsdefiniering

Det är helt nödvändigt att som upphandlande myndighet ha klart för sig exakt vad kontraktet som ska upphandlas omfattar. Med andra ord – kontraktets särdrag uttryckt som en kravredovisning måste tydliggöras. Detta kan göras på olika sätt, se § 2.6.

3.3 Kontraktets omfattning

Sedan kommer en verklig uppskattning per kontrakt att behöva göras. Utifrån denna uppskattning kan de olika krav som ställs på kontraktet eller anbudslämnaren fyllas i mer detaljerat.

Det är inte bara fastställandet av kontraktets värde som påverkar de krav som ska ställas. Kontraktets omfattning, uttryckt som valet att sammanföra kontrakt eller inte eller dela upp dem i delar, har också betydelse. Att slå samman eller dela upp ett kontrakt i delar är två sidor av samma mynt.

Artikel 2.13
Den upphandlande myndigheten uppskattar värdet på det planerade offentliga kontraktet eller projekttävlingen eller det tilltänkta dynamiska inköpssystemet eller innovationspartnerskapet enligt artiklarna 2.14 till och med 2.22.

Artikel 1.10 (1.13 och 1.16 innehåller motsvarande bestämmelser för nationella upphandlingar och flerfaldiga begränsade upphandlingar).

1. När en upphandlande myndighet eller företag inom enhet förbereder och genomför en upphandling, koncession eller meddelar en projekttävling ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet, i förekommande fall, ta hänsyn till följande:
   a. om kontrakt ska sammanföras eller inte.

...

Artikel 1.5

1. En upphandlande myndighet eller enhet sammanför inte kontrakt i onödan. Innan sammanföring sker ska hänsyn åtminstone tas till följande:
   a. den relevanta marknadens sammansättning och hur sammanföringen påverkar åtkomsten till kontraktet för ett tillräckligt antal små och medelstora företag,
   b. de organisatoriska följderna och riskerna med sammanföringen av kontrakt för den upphandlande myndigheten, företag inom enhet och entreprenören,
   c. graden av kontraktens inbördes sammanhang.
2. Ifall man väljer att sammanföra kontrakt motiveras detta av den upphandlande myndigheten eller enheten i upphandlingsdokumenten.
3. En upphandlande myndighet eller enhet delar upp ett kontrakt i flera delar, om man tycker att det är lämpligt, och den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet motiverar i vilket fall som helst detta i upphandlingsdokumenten.

3.3.1 Proportionalitet vid klustring

Det finns olika former av klustring (dvs. sammanslagning): klustring av likartade kontrakt från en och samma upphandlande myndighet, klustring av likartade kontrakt från olika upphandlande myndigheter och klustring av olikartade kontrakt.

Det senare kan gälla olikartade kontrakt som ska utföras samtidigt eller flera gånger efter varandra.

Likartade kontrakt från en och samma upphandlande myndighet
En upphandlande myndighet med flera lokala kontor sammanför alla kontrakt om bevakningstjänster i en enda upphandling för alla kontor.

Likartade kontrakt från olika myndigheter
Tre kommunala vattenverk sammanför sina kontrakt om tryckeritjänster för de kommande två åren i en enda upphandling.

Olikartade kontrakt som ska utföras flera gånger efter varandra
En upphandlande myndighet gör en enda upphandling om förslag till genomförande och långsiktigt flerårigt underhåll av en riksväg. Dessa kontrakt som följer efter varandra i tiden sammanförs i en enda upphandling.

Olikartade kontrakt som ska utföras samtidigt
En upphandlande myndighet sammanför kontrakt om cateringtjänster, lokalvård och tekniskt underhåll av sina byggnader i en enda upphandling.

Fastställandet av om kontrakten är likartade kräver för övrigt en kritisk blick, där marknadskännedom spelar en viktig roll. Detta framgår av följande exempel:

En upphandlande myndighet har gått ut med en upphandling där man klustrat olika tolk- och översättningstjänster. Denna upphandling var uppdelad i två stora delar för tolk- och översättningstjänster för olika fritt etablerade företag. De två delarna omfattade alla språkkombinationer och specialistområden. Med tanke på delarnas storlek krävdes en lägsta omsättning på

1 900 000 euro för del 1 respektive 1 600 000 för del 2. Denna upphandling påverkade tolk- och översättningsmarknaden direkt, delvis för att specialistområdena klustrades. Det har ju betydelse om någon är auktoriserad tolk med juridisk eller medicinsk kompetens eller om någon översätter till och från svenska eller kurdiska.

En annan upphandlande myndighet beslöt att inte längre klustra alla kontakttolktjänster (utom telefontolkning), utan upphandla dem direkt en och en. Argumenten för det beslutet var att risken för skada var mindre och att den förtroliga och personliga kontakten med dem som utför tjänsterna är nödvändig. Denna upphandlande myndighet ansåg att dessa personliga tjänster inte kunde klustras som homogena tjänster. Det betyder dock inte nödvändigtvis att värdet på alla dessa separata kontrakt inte ska sammanräknas för att fastställa om man alls kommer över tröskelvärdet för upphandling och måste upphandla.

Artikel 2.15 a

1. Om en upphandlande myndighet utgörs av separata operativa enheter beräknas det uppskattade värdet på det offentliga kontraktet på basis av det totala uppskattade värdet för enheterna.
2. Ifall en separat operativ enhet har eget ansvar för sina upphandlingar eller vissa kategorier av upphandlingar kan – i avvikelse till den första punkten – värdet på ett offentligt kontrakt fastställas till den nivå som gäller för den aktuella operativa enheten.

En annan vanlig missuppfattning är att olika självständiga enheter inom en och samma myndighet är skyldiga att sammanföra likartade kontrakt. Om det verkligen handlar om en enhet som fungerar oberoende är detta inte nödvändigt enligt upphandlingslagstiftningen och kan rentav strida mot proportionalitetsprincipens artikel 1.5.

För att komma fram till om det handlar om en ”operativ enhet” gäller följande krav ackumulerat:

- enheten ska ha ett ett eget inköpsansvar,
- enheten ska ha en egen inköpsbudget,
- inköpet ska avse egna behovet,
- det ska vara en oberoende kontraktstilldelning.

Enligt lagen är det inte tillåtet att sammanföra (klustra) kontrakt i onödan. Om kontrakt sammanförs ska detta förklaras i upphandlingsdokumenten.

Klustring av kontrakt kan vara ett sätt att nå uppsatta mål. Sammanföring av kontrakt måste i sådana fall rättfärdigas och motiveras utifrån de kriterier som lagen anger. Varje form av klustring har för- och nackdelar. Dessa beror på kontraktets specifika omständigheter och måste förklaras.

När det är motiverat att välja klustring av kontrakt i en enda upphandling, efter en korrekt avvägning av olika intressen, säger lagen att utgångspunkten är att kontraktet delas upp i flera delar. Se även § 3.3.2.

Storleken på ett kontrakt är ingen statisk uppgift. Det gäller att hitta en avvägning mellan för- och nackdelarna med ett stort kontrakt (skalfördelarna i förhållande till diversifieringsfördelarna). Å ena sidan kan en uppskalning leda till lägre transaktionskostnader (upphandlings- och administrationskostnader) och ett lägre pris. Å andra sidan kan uppskalning leda till att kontraktet blir mer komplext, vilket kan inverka på hanterbarheten och handläggningstiden (med tillhörande kostnader) och större risker och kostnader vid misslyckande.

När man bedömer om klustring (eller uppdelning i olika delar, se § 3.3.2) är ändamålsenlig i det aktuella fallet ska även de *totala* kostnaderna (kostnader för förberedelser, upphandling, genomförande, exploatering och underhåll) och eventuellt andra relevanta aspekter av kontraktet tas med i beräkningen.

En av dessa andra relevanta aspekter är hur marknaden är sammansatt. Antalet potentiella anbudslämnare ska vara så stort att man slår vakt om konkurrensen och att konkurrensen inte begränsas märkbart.[2]

Mot bakgrund av ovanstående kan två eller fler kontrakt (likvärdiga eller inte) alltså sammanföras:

- när det handlar om delar som hänger samman logiskt och inte kan frikopplas från varandra,[3]
- när situationen för små och medelstora företag noga analyserats inom ramen för förhållandena på marknaden,
- när den upphandlande myndigheten tydligt kan motivera varför man måste klustra kontrakt.

En nationellt verkande upphandlande myndighet sammanför det installationstekniska underhållet av sina byggnader i ett och samma kontrakt för alla sina lokaliseringsorter i landet under 4 år. Det gör att möjligheterna för små och medelstora företag begränsas allvarligt. Dessutom gör sig denna upphandlande myndighet väldigt beroende av en enda aktör, vilket kan innebära leveransrisker.

En annan upphandlande myndighet sammanför kontrakt för de separata tjänsteområdena säkerhet, lokalvård, catering, fönsterputsning och trädgårdsskötsel. Marknaden kännetecknas främst av företag som endast erbjuder en av dessa tjänster, i något fall två. Genom att kräva att en enda aktör ska utföra hela kontraktet kommer bara en mycket begränsad del av marknaden i fråga för kontraktet. Det är oproportionerligt.

[2] För mer information, se § 3.5.4.

[3] Med ”delar som inte kan frikopplas från varandra” avses delar som var för sig inte har någon självständig funktion, och som av t.ex. tekniska och/eller organisatoriska skäl måste sammanföras; att på konstlat sätt sammanföra eller stapla mindre likartade projekt på varandra ska motverkas.

3.3.2 Delkontrakt

Det är inte tillåtet för en upphandlande myndighet att avsiktligt dela ett kontrakt i syfte att kringgå upphandlingsreglerna. Sammanräkningsbestämmelserna återfinns i artikel 2.14 i lagen. I dylika fall felanvänds ibland begreppet ”delkontrakt”.

Artikel 2.14

1. Den upphandlande myndigheten delar upp det planerade offentliga kontraktet, eller projekttävlingen eller det tilltänkta dynamiska inköpssystemet eller innovationspartnerskapet i syfte att kringgå tillämpningen av lagen.
2. Den upphandlande myndigheten väljer inte metod för beräkning av det uppskattade värdet i syfte att kringgå lagen.

En upphandlande myndighet med flera lokalkontor gör ett medvetet val att dela upp upphandlingen av sina fastighetstjänster (lokalvård, säkerhet eller catering) i olika (geografiskt och/eller funktionsmässigt bestämda) delar, där det inte är möjligt att tilldela en enda anbudslämnare alla delar.

När kontraktsvolymen för ett antal mindre kommuners drift av miljöstationer anhopas kvarstår 3 till 5 potentiella företag som kan utföra hela kontraktet, medan det finns långt fler verksamma företag i de olika marknadssegmenten. Här leder klustringen till att funktionen på marknaden hämmas och eventuellt utarmas. Detta går att lösa genom att dela upp kontraktet i (t.ex.) 5 olika delar:

1. insamling, transport och hantering av papper,
2. insamling, transport och hantering av glas,
3. mottagning, transport och hantering av farligt hushållsavfall,
4. drift av miljöstationerna (operativ drift),
5. transport av det insamlade materialet på miljöstationerna till återvinningsföretag.

Så delas det offentliga kontraktet upp i 5 delkontrakt som är avstämda mot marknadssegmenten.

Artikel 2.10

1. En upphandlande myndighet anger i meddelandet om det offentliga anbudet ifall anbud kan lämnas in på en eller flera delar.
2. Ifall flera delar kan tilldelas en och samma anbudslämnare kan en upphandlande myndighet tilldela ett offentligt kontrakt för en kombination av delar eller alla delar så länge myndigheten i meddelandet om det offentliga anbudet:
   a. har uttryckt förbehåll mot den möjligheten och
   b. har angett vilka delar eller grupper av delar som kan kombineras.
3. Utan att det påverkar den första punkten kan en upphandlande myndighet begränsa antalet delar som kan tilldelas en anbudslämnare så länge det högsta antalet delar per anbudslämnare har angetts i meddelandet om den offentliga upphandlingen.
4. I ett fall som avses i tredje punkten anger en upphandlande myndighet i upphandlingsdokumenten de objektiva och icke-diskriminerande regler myndigheten ämnar tillämpa för att bestämma vilka delar som ska tilldelas, ifall tillämpningen av tilldelningskriterierna skulle leda till att fler delar än det högsta antalet tilldelas en och samma anbudslämnare.

Begreppet delkontrakt avser att inom ramen för upphandlingslagstiftningen dela upp ett kontrakt i flera delar. Utgångspunkten i lagen är att klustrade kontrakt i princip ska delas upp i delkontrakt. Man kan välja uppdelning i delkontrakt t.ex. för att det vid fastställandet av inköpsstrategi visat sig att kontraktet kräver olika expertis som vanligen inte går att finna hos ett och samma företag. Ett annat skäl att välja att dela upp kontraktet kan vara att den upphandlande myndigheten även vill ge möjlighet för de något mindre företagen att konkurrera om en del av kontraktet. Avslutningsvis kan uppdelningen i delkontrakt också vara en medveten strategi från en upphandlande myndighets sida för att inte bli beroende av ett enda företag i ett visst marknadssegment.

Lagen inrymmer möjligheten att begränsa det antal delkontrakt som kan tilldelas en och samma anbudslämnare. Vid en upphandling som är uppdelad i olika delar kan man på grundval av denna möjlighet ange att en och samma anbudslämnare t.ex. kan tilldelas en eller två delar, men inte alla. Den befogenheten måste hanteras med omdöme, och då spelar t.ex. marknaden, geografisk spridning och discipliner en roll.

Det kan vara proportionerligt att hantera en begränsning av antalet delar som kan tilldelas varje anbudslämnare. Där kan skyddet av små och medelstora företags intressen spela in, men även en upphandlande myndighets önskan att begränsa risker. Tänk på att hålla mängden arbete för det enskilda företaget på en hanterbar nivå och att öka förutsättningarna för tilldelning av ett kontrakt.

En kombination av ett par delar kan även betyda fördelar för marknaden och/eller den upphandlande myndigheten. Då är det proportionerligt att inte på förhand införa en begränsning av antalet delar som kan tilldelas en anbudslämnare.

Ifall möjligheten till begränsning utnyttjas ska det framgå tydligt i upphandlingsdokumenten hur tilldelningen kommer att gå till (§ 2.4). När den upphandlande myndigheten gör det valet motiverar den de bakomliggande skälen till det.

En geografiskt utspridd upphandlande myndighet väljer i en upphandling om säkerhetstjänster att en anbudslämnare endast kan tilldelas regionen Eindhoven eller Tilburg eller Limburg.

I den branschen finns det förutom ett antal nationella aktörer även ett stort antal lokala eller regionala aktörer som är små och medelstora företag, SME. Genom det valet ges SME bättre chanser och blir den upphandlande myndigheten mindre beroende av en enda kontraktspart.

I branschen för utomhusmiljö finns det företag som enbart sysslar med plantering, andra som endast anlägger gator och åter andra som gör både och. För ett kontrakt som omfattar båda (både plantering och gatubyggnad) kan det vara vettigt både från marknadsaktörernas och uppdragsgivarens perspektiv att dela upp kontraktet i olika delar. I denna bransch är det sålunda inte proportionerligt att redan på förhand ange att en aktör endast kan tilldelas en av de två delarna (plantering eller gatubyggnad).

Risken för ett oproportionellt agerande är särskilt stor om man lägger ut ett mycket stort kontrakt på marknaden som antingen inte är uppdelat i delkontrakt eller är uppdelat i mycket stora delar, vilket medför att en betydande del av marknaden utesluts. Det ligger varken i näringslivets eller i den upphandlande myndighetens intresse (begränsning av marknaden). Det handlar om att se till att det finns en bra balans.

Artikel 2.18

1. Ifall en planerad byggentreprenad eller ett planerat inköp av tjänster kan leda till offentliga kontrakt som erbjuds i separata delar tar den upphandlande myndigheten det uppskattade totala värdet för dessa delar som utgångspunkt.
2. Ifall delarnas sammanlagda värde enligt den första punkten är lika med eller större än beloppet i artiklarna 2.1, 2.2, 2.3 eller 2.6 a är bestämmelserna enligt eller till följd av del 2 i denna lag tillämpliga på tilldelningen av varje del.
3. Den andra punkten är inte tillämplig på:
   a. offentliga kontrakt för entreprenadarbeten, vilkas uppskattade värde inte uppgår till mer än 1 000 000 euro exklusive moms,
   b. offentliga kontrakt för tjänster, vilkas uppskattade värde inte uppgår till mer än 80 000 euro exklusive moms, såvida inte det totala uppskattade värdet på delarna enligt avsnitt a eller b tillsammans uppgår till mer än 20 procent av det totala värdet på alla delar.

Artikel 2.19

1. Ifall en planerad anskaffning av homogena varor kan leda till offentliga kontrakt som erbjuds i separata delar tar den upphandlande myndigheten det uppskattade totala värdet för dessa delar som utgångspunkt.
2. Ifall delarnas sammanlagda värde enligt den första punkten är lika med eller större än beloppet i artiklarna 2.2 eller 2.3 är bestämmelserna enligt eller till följd av del 2 i denna lag tillämpliga på tilldelningen av varje del.
3. Den andra punkten är inte tillämplig på delar för vilka det uppskattade värdet inte uppgår till mer än 80 000 euro exklusive moms, såvida inte det totala uppskattade värdet på delarna tillsammans uppgår till mer än 20 procent av det totala värdet på alla delar.

Begreppet ”del” används även på ett annat sätt vid upphandlingar, nämligen inom ramen för artiklarna 2.18 och 2.19 i lagen: delkontraktsbestämmelserna. På grundval av denna bestämmelse får i en upphandling av en byggentreprenad, tjänst eller vara en del av kontraktet (ett delkontrakt) hållas utanför upphandlingen, så länge värdet på denna del inte överstiger vissa belopp uttryckta i euro eller procent. Härigenom skapas möjligheter för SME (små och medelstora företag).

Att dela in kontraktet i delkontrakt gynnar marknadens funktion eftersom fler företag kan delta. Den upphandlande myndigheten begränsar sina transaktionskostnader (i förberedelsefasen), eftersom det handlar om en enda upphandling, men genom att marknaden fungerar bättre kan man köpa in till konkurrensutsatta priser. Det ökar möjligheterna för SME.

3.3.3 Ramavtal

Ramavtal förekommer i många sektorer. Med ramavtal kan man minska tidsåtgången och öka effektiviteten för den slutliga transaktionen för alla berörda parter. Vid ett ramavtal är kontraktsvillkoren kända och deras förenlighet med marknaden avstäms regelbundet genom upphandling. Ramavtal används framför allt vid rutinmässiga (upprepade) inköp där den totala kvantiteten fortfarande är okänd. I praktiken förefaller en del av dessa avtal främst vara tillgängliga för stora företag och det aktualiserar relevanta frågor om marknadens funktion. Konsortier där (mindre)

Artikel 1.1

I denna lag och dess bestämmelser avses med följande:

...

ramavtal: ett skriftligt avtal mellan en eller flera upphandlande myndigheter eller företag inom enhet och ett eller flera företag som handlar om att under en viss period fastställa villkoren för offentliga kontrakt eller specialsektorkontrakt som ska tilldelas,

...

företag samverkar är (oavsett de konkurrensrättsliga begränsningarna när det gäller konsortier) i praktiken ofta besvärliga. Det har bland annat att göra med att direkta konkurrenter måste samarbeta med varandra, vilket ger dem inblick i varandras verksamheter. Dessutom är det inte alltid helt enkelt att hitta en lämplig partner, eftersom det gäller att känna och ha förtroende för någon i rätt utsträckning. Konsortier kräver därför mycket av de samverkande företagen. Dessutom kräver avstämningen av aktiviteter extra ansträngningar, vilket blir allt svårare ju större konsortiet blir. Vid valet av upphandling av ett ramavtal ska det i upphandlingsdokumenten anges på vilket sätt hänsyn har tagits till parterna på den relevanta marknaden och om det även skulle vara möjligt med en upphandling av ett konkret kontrakt i stället för ett ramavtal. Till sist gäller som utgångspunkt att ramavtal inte får ha som effekt att SME:s tillträde begränsas.

I vissa sektorer, t.ex. för mark-, vatten- och vägbyggnadsarbeten, kan det vara önskvärt att enas om priser per enhet utan att fastställa de tillhörande kvantiteterna i förväg. Dessa så kallade planer med öppna poster, i 2015 års RAW-standard [Rationalisering och automatisering inom mark-, vatten- och vägbyggnad, övers. anm.] kallade RAW-ramavtal, leder vid upphandlingar till fiktiva upphandlingssummor. De arbeten som i slutändan ska utföras tilldelas på grundval av delkontrakt enligt i förväg avtalade villkor. Denna systematik lämpar sig för underhålls- och reparationsarbeten där omfattningen inte är känd på förhand. Förutom dessa upplägg med ramavtal kan även serviceupplägg användas för utförande av arbete på avrop beroende på ännu oförutsedda omständigheter, t.ex. bortforsling av fordon, halkbekämpning osv. Här är inte bara omfattningen okänd i förväg, utan det är även oklart om tjänsterna alls kommer att tas i anspråk då användningen beror på oförutsedda händelser och vädrets makter. Vid upplägg som i det senare fallet kan priser fastställas där man kan differentiera mellan veckodagar och sön- och helgdagar och under eller utanför normal arbetstid.

Mindre reparationskontrakt (under 25 000 euro per kontrakt) och underhållsarbeten på vägar, cykelbanor, trottoarer, avlopp och infarter inom en kommun upphandlas av en kommun i ett flerårigt ramavtal. Kontraktet omfattar ett avtal för perioden 2011-2014 för utförande av följande på avrop:

- reparationsarbeten på vägar och cykelbanor,
- små gatuarbeten,
- borttagning av rötter,
- anläggning av infarter,
- sänkningar av trottoarer mot vägbanan,
- avloppsarbeten,
- osv.

För att ge en uppfattning anges ovan ett antal specifika exempel när det gäller ramavtal. Ytterligare exempel finns det gott om, men i denna guide har vi valt att inte beskriva dessa exempel på ett uttömmande sätt. När det gäller det sista exemplet ges emellertid en överblick över ett upplägg som skulle kunna väljas i praktiken:

Reparationsarbetena ska utföras i en kommun som består av 5 stadskärnor och tillhörande ytterområden. Stadskärnorna ligger med 2,5 till 7 km avstånd från varandra. Marknaden för verksamheterna utgörs främst av företag med personal som är regionalt baserade. Det hänger samman med det låga värdet per kontrakt. Dessutom är många av arbetsuppgifterna av brådskande karaktär (t.ex. laga hål i vägen) och snabba insatser är sålunda ett krav. För att minimera risken har man valt att dela upp kontraktet i 5 delar med 1 del per stadskärna. Det är i linje med kommunens önskemål och marknadssituationen.

Syftet med detta stycke är att kortfattat ange vilka proportionalitetsaspekter som behöver uppmärksammas:

Bestämmelse 3.3 A:

Den upphandlande myndigheten kräver inte vid ramavtal att anbudslämnarna ska hålla personal eller material i beredskap utan garantier om nyttjande eller ersättning.

- Ramavtal kan leda till oproportionalitet när entreprenörerna är skyldiga att hålla personal, material och/eller annat i beredskap för uppdragsgivaren utan att det är kopplat till någon nyttjandegaranti eller ersättning för de aktuella entreprenörerna. Det kan handla om en direkt skyldighet när denna anges uttryckligen i kontraktsvillkoren, men det kan även vara fråga om en indirekt skyldighet genom att t.ex. en skyldighet är inskriven i ramavtalet och att den ska fullgöras så kort efter tilldelningen av de närmare specificerade kontrakten att man i praktiken måste hålla den aktuella personalen, materialet och/eller annat i beredskap.

Bestämmelse 3.3 B:

Följande anger den upphandlande myndigheten på ett transparent sätt i meddelandet när ett kontrakt ska delas upp på flera anbudslämnare genom ett ramavtal:

1. *för vilka aktiviteter prisuppgift begärs vid anbudslämningen,*
2. *inom vilken tidsplan de olika verksamheterna ska utföras och*
3. *på vilket sätt dessa verksamheter ska fördelas på entreprenörerna.*

- När kontrakt ska fördelas på flera entreprenörer genom ett ramavtal ska det tydliggöras på förhand för vilka aktiviteter eller delar prisuppgift begärs vid anbudslämningen, vilka verksamheter som ska uppdras efter tilldelningen samt inom vilken tidsplan arbetena ska utföras. Annorlunda uttryckt får det inte gå till så, att en eller flera av entreprenörerna först vid kontraktstilldelningen blir varse om att man blir tilldelad en okänd, ofördelaktig del av kontraktet. Det kan t.ex. avse aktiviteter som inte utförs i anslutning till annat arbete, utan är geografiskt utspridda och innebär stora tillkommande förflyttningskostnader som inte tagits med i beräkningen från början.

  Sättet på vilket arbetet fördelas på flera entreprenörer måste vara transparent.

- När man hanterar så kallade upplägg med öppna poster, RAW-ramavtal (som beskrivits ovan i detta stycke), behöver man göra en reell uppskattning av omfattningen av det kontrakt som en prisuppgift begärs för. De prisuppgifter som ska lämnas kan ju verkligen variera beroende på i vilken grad resultatåtaganden ska utföras. När omfattningen av en viss aktivitet är svår att uppskatta på förhand kan det vara proportionerligt att för den aktuella verksamheten inte ta med en enstaka post inom planen, utan begära prisuppgifter genom en så kallad stafflad skala för olika kvantiteter, t.ex. från 0 till 100 m^2, från 100 till 500 m^2 osv.

3.3.4 Inköpscentral och inköpssamarbete

Artikel 1.1

I denna lag och dess bestämmelser avses med följande:

...

inköpscentral: en upphandlande myndighet eller enhet som utför en centraliserad inköpsaktivitet och eventuellt en kompletterande inköpsaktivitet,

...

kompletterande inköpsaktivitet: en aktivitet som består av att understödja en inköpsaktivitet, särskilt på följande sätt:

a. genom att ställa teknisk infrastruktur till förfogande som gör det möjligt för upphandlande myndighet eller enhet att tilldela offentliga kontrakt respektive specialsektorkontrakt,

b. genom att ge rådgivning om förfarandet eller upprättandet av upphandlingsförfaranden,

c. genom att förbereda och administrera upphandlingsförfaranden för den berörda upphandlande myndighetens eller enhetens räkning eller i dess namn,

...

Artikel 2.11 a

1. Två eller fler upphandlande myndigheter kan avtala att utföra specifika upphandlingsförfaranden gemensamt.
2. Ifall ett fullständigt upphandlingsförfarande utförs gemensamt för alla berörda upphandlande myndigheters räkning och i deras namn är dessa gemensamt ansvariga för att fullgöra sina skyldigheter på grundval av del 2 i denna lag.
3. Den andra punkten tillämpas på motsvarande sätt ifall en upphandlande myndighet administrerar förfarandet och agerar i eget och i de andra berörda upphandlande myndigheternas namn.
4. Ifall ett upphandlingsförfarande inte utförs fullständigt för de berörda upphandlande myndigheternas räkning eller i deras namn är de endast gemensamt ansvariga för de gemensamt utförda delarna.
5. I det fall som avses i fjärde punkten är varje upphandlande myndighet ensam ansvarig för att fullgöra sina skyldigheter enligt eller som en följd av del 2 i denna lag när det gäller de delar den upphandlande myndigheten utför i eget namn och för egen räkning.

Artikel 2.11 b

1. Upphandlande myndigheter i olika medlemsstater i Europeiska unionen kan tilldela ett offentligt kontrakt gemensamt, utnyttja ett dynamiskt inköpssystem eller, med beaktande av artikel 2.140 första punkten, tilldela ett kontrakt genom ramavtalet eller det dynamiska inköpssystemet.
2. I ett sådant fall som avses i första punkten sluter de deltagande upphandlande myndigheterna ett avtal där följande fastslås:
   a. ansvarsfördelningen för parterna och de relevanta tillämpliga nationella bestämmelserna och
   b. upphandlingsförfarandets interna organisation, däribland administrationen av förfarandet, fördelningen av de entreprenadarbeten, varor eller tjänster som ska upphandlas och slutandet av avtal, såvida inte dessa element redan regleras genom ett internationellt avtal som slutits av de berörda EU-medlemsstaterna.
3. Ansvarsfördelningen och de tillämpliga nationella bestämmelserna, som avses i andra punkten avsnitt a, anges i upphandlingsdokumenten.
4. I ett sådant fall som avses i den första punkten fullgör en deltagande upphandlande myndighet sina skyldigheter enligt eller som en följd av del 2 i denna lag ifall den upphandlande myndigheten anskaffar entreprenadarbeten, varor eller tjänster från en upphandlande myndighet i en annan EU-medlemsstat som är ansvarig för upphandlingsförfarandet.
5. Nationella bestämmelser i den EU-medlemsstat där en inköpscentral har sitt säte är tillämpliga på följande av inköpscentralens aktiviteter:
   a. anskaffning av en centraliserad inköpsaktivitet,
   b. tilldelning av ett offentligt kontrakt inom ramen för ett dynamiskt inköpssystem,
   c. utgå från ett nytt meddelande inom ett ramavtal,
   d. bestämma vilka av de entreprenörer som är part i ett ramavtal som ska utföra en viss uppgift.
6. Ifall upphandlande myndigheter från olika EU-medlemsstater har inrättat ett gemensamt organ, även ett organ som inrättats enligt EU-lagstiftningen, enas de deltagande upphandlande myndigheterna genom ett beslut som fattas av den gemensamma organisationens behöriga organ om vilka nationella upphandlingsregler som ska tillämpas:
   a. de nationella bestämmelser i den medlemsstat där det gemensamma organet har sitt stadgeenliga säte eller
   b. de nationella bestämmelser i den medlemsstat där det gemensamma organet utövar sina aktiviteter.
7. Ett avtal som avses i sjätte punkten kan:
   a. gälla på obestämd tid ifall det gemensamma organets stiftelseurkund inrymmer denna möjlighet eller
   b. vara begränsat till en viss period, till typer av kontrakt eller till en eller flera enskilda tilldelningar av kontrakt.
8. Upphandlande myndigheter utnyttjar inte möjligheten som avses i denna artikel för att undandra sig de tvingande offentligrättsliga bestämmelser de omfattas av i enlighet med unionslagstiftningen.

I mindre organisationer finns ofta otillräcklig kvalitativ och kvantitativ kapacitet för att styra och utföra inköps- och upphandlingsförfaranden på ett professionellt sätt. Ofta är det avdelningsmedarbetare som har blivit tilldelade inköp som en liten del av sina arbetsuppgifter utan att de har den kunskap eller utbildning som krävs. Genom denna bristande professionella kapacitet utnyttjas inte fördelarna med upphandlingsförfaranden tillräckligt, vilket leder till att lagligheten och därmed även proportionaliteten äventyras. Denna brist på kunskaper i ämnet om inköp kan lösas på flera sätt. Framför allt när det gäller mer specifika eller komplexa upphandlingar kan detta åtgärdas genom kunskapsspridning, så länge kvaliteten på kunskaperna som ska delas är god och spridningen sker på ett bra sätt.

3.3.4.1 Former av inköpssamarbete

Ett antal mindre upphandlande myndigheter har redan sökt samarbete på inköpsområdet. Det handlar då om samverkan med olika nivåer av integration av riktlinjerna och processen för inköp. Inom varje enskilt organisationssamarbete väljer man den form som passar för de specifika förutsättningarna för samarbetet. Detta kan variera med allt från att dela kunskaper på tillfällig basis till att bilda ett självständigt inköpsorgan, t.ex. en förening eller stiftelse. Samarbetsformerna bör helst inte vara mer långtgående än vad den i gruppen vill som vill samarbeta i minst utsträckning.

Fördelarna med samarbete är direkta och uppenbara. Ju mer professionellt man upphandlar, desto mer finns det att spara. Upphandlingsförfaranden bör utformas mer professionellt, inte bara av ekonomiska skäl utan också av kvalitativa skäl som spelar en viktig roll i upphandlingar. Inköpsavdelningens kvalitet får genomslag på kvaliteten på varorna, tjänsterna och entreprenadarbetena, men också på hanteringen av handläggnings- och leveranstider, förebyggande av oväntade budgetöverskridanden, den gemensamma organisationens integritet och verifierbarheten av om utgifterna är rättmätiga. Till syvende och sist är det av betydelse att välstrukturerade kommunala inköpsprocesser kan statuera exempel för den egna organisationen, näringslivet och medborgarna. Det spelar en väsentlig roll när man bygger upp och förvaltar förtroendet för hur gemensamma medel används. När upphandlande myndigheter upphandlar tillsammans är de gemensamt ansvariga för att lagen och proportionalitetsprincipen tillämpas på rätt sätt. Samarbete med utländska upphandlande myndigheter är också en möjlighet som kan komma i fråga. I sådana fall måste i princip alla upphandlande myndigheter sluta ett avtal om hur ansvaret ska fördelas, vilka nationella bestämmelser som ska tillämpas och hur förfarandet ska organiseras internt. När man väljer tillämpliga nationella bestämmelser är det inte proportionerligt att välja en annan medlemsstats lagstiftning för att kringgå tillämpningen av denna guide.

3.3.4.2 Begränsning av marknaden och proportionalitet

När man ingår ett inköpssamarbete är det viktigt att ta hänsyn till vilka följder samarbetet kan få för marknaden. Trots att uppenbara besparingar kan göras i upphandlingar om man går samman måste man ständigt vara uppmärksam så att det inte leder till en begränsning av marknaden och av det konkurrensutsatta och innovativa utbudet på lång sikt. Att köpa in och upphandla är ett område där analyser behöver göras av marknaden, särskilt vid inköpssamarbeten. Inköpssamarbete får aldrig sammanblandas med klustring av kontrakt. Därav följer att inköpssamarbete inte heller får leda till att kontrakt klustras per definition. För klustring ska enligt § 3.3.1 en proportionerlig avvägning göras.

3.4 Val av upphandlingsförfarande

Bestämmelse 3.4 A:

Den upphandlande myndigheten bedömer för varje kontrakt vilket upphandlingsförfarande som är lämpligt och proportionerligt och tar då åtminstone hänsyn till följande aspekter:

- *kontraktets omfattning,*
- *transaktionskostnaderna för den upphandlande myndigheten och anbudslämnarna,*
- *antal potentiella anbudslämnare,*
- *önskat slutresultat,*
- *kontraktets komplexitet,*
- *typ av kontrakt och marknadens karaktär.*

Ett upphandlingsförfarande är ett förfarande genom vilket en upphandlande myndighet strävar efter att tilldela ett kontrakt till en marknadsaktör genom att stimulera konkurrens på marknaden. Upphandlande myndigheter är skyldiga att upphandla kontrakt på europeisk nivå ifall deras värde överstiger de europeiska tröskelvärdena.[4]

[4] Dessa europeiska tröskelvärden är fastlagda i EU-direktiven. Europeiska kommissionen fastställer nya tröskelvärden vartannat år som publiceras i Europeiska unionens officiella tidning.

Även under de europeiska tröskelvärdena tillämpar upphandlande myndigheter ofta upphandlingsförfaranden. Transaktionskostnaderna som dessa förfaranden medför står inte alltid i proportion till syftet som eftersträvas genom att tillämpa ett sådant förfarande. Det är viktigt att bedöma för varje kontrakt vilket förfarande som är mest lämpligt och proportionerligt.

När avvägningen görs spelar bland annat följande en roll:

- kontraktets omfattning,
- transaktionskostnaderna för den upphandlande myndigheten och anbudslämnarna,
- antal potentiella anbudslämnare,
- önskat slutresultat,
- kontraktets komplexitet,
- typ av kontrakt och berörd sektor.

3.4.1 Marknadens karaktär

Kunskap om marknadens karaktär, uttryckt som antalet potentiella anbudslämnare och graden av konkurrens, är avgörande för vilken strategi som ska följas och vilken taktik som ska användas, däribland vilket upphandlingsförfarande som ska väljas. Inom ramen för proportionalitet gäller det att välja det upphandlingsförfarande som passar bäst för den aktuella marknadstypen. För en marknad med många (likartade) konkurrenter passar ett annat förfarande än för en marknad med bara ett fåtal anbudslämnare. Även andra skillnader, t.ex. geografiska skillnader, kan spela en roll. En marknadstyp i den ena regionen kan kräva ett annat förfarande i en annan region.

Det handlar således om att skräddarsy från fall till fall.

3.4.2 Vedertagna förfaranden

Ovanför gränsen för europeiska upphandlingar är ett antal förfaranden möjliga, och de öppna och selektiva förfarandena är de mest kända och använda. Nedanför gränsen för europeiska upphandlingar finns det i princip inga i lag föreskrivna förfaranden. Både över och under tröskelvärdet är det av betydelse att ett förfarande väljs som överensstämmer med föremålet för upphandlingen och är avstämt mot karaktären på den marknad där de potentiella anbudslämnarna verkar (se § 3.4.1). Det går inte att kvantifiera med ett fast belopp, däremot kan belopp vara till hjälp för att bestämma i vilken riktning man kan gå.

När man väljer förfarande är det bra att ha (de administrativa) kostnaderna för såväl den upphandlande myndigheten som anbudslämnarna i åtanke.[5] Mot bakgrund av dessa (administrativa) kostnader förefaller det mest lämpligt att ha en tilldelning per kontrakt för ”små kontrakt”. Vid upprepade små kontrakt kan ett ramavtal (se även § 3.3.3) vara ändamålsenligt. Tröskelvärdena för varor och tjänster å ena sidan och entreprenadarbeten å den andra varierar stort. När man väljer förfarande är det därför önskvärt att man även väger in denna skillnad i tröskelvärden. Vad som är ett ”litet kontrakt” ska i första hand bedömas utifrån de avvägningar som anges i inledningen till § 3.4. Rent allmänt kan man för ett ”litet kontrakt” tänka sig ett värde för varor och tjänster mellan 40 000 och 50 000 euro per kontrakt; för entreprenadarbeten betraktas belopp upp till 150 000 euro som småsummor (en beloppsgräns

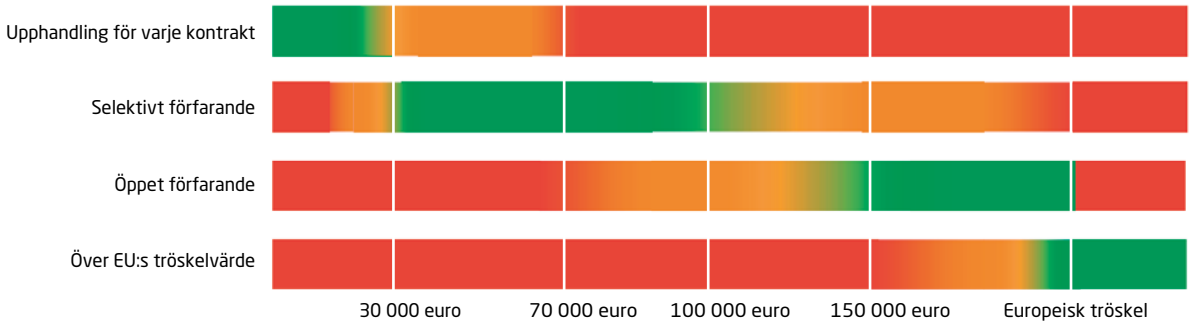
[5] Se även artikel 1.6. Detta är också tillämpligt på styckena 3.5.2 och 3.5.4.

under vilken tilldelningar kan göras kontraktsvis). Detta värde på ett ”litet kontrakt” för varor och tjänster är alltså lägre än för entreprenadarbeten på grund av skillnaden i tröskelvärden. Ett selektivt förfarande betraktas som proportionerligt upp till det europeiska tröskelvärdet för varor och tjänster och upp till 1 500 000 euro för entreprenadarbeten.

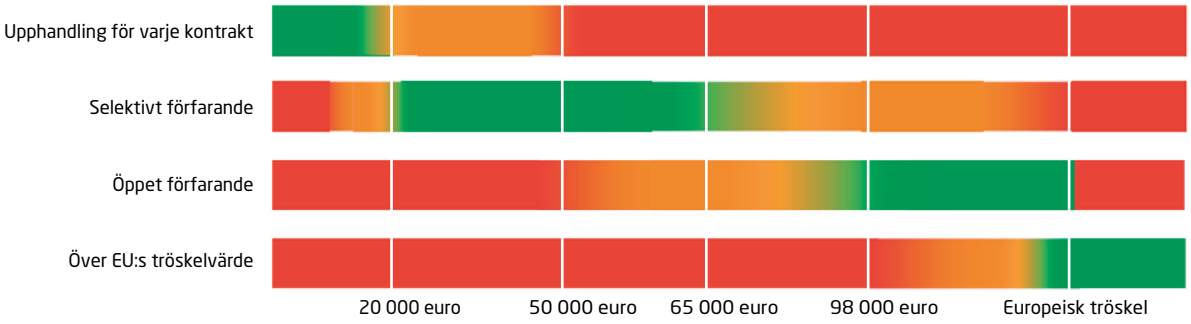
Som sagt kan belopp vara till hjälp när man bestämmer vilken riktning man ska gå. Skalorna nedan ger en uppfattning om detta. I dessa scheman har ingen hänsyn tagits till kontrakt med ett gränsöverskridande intresse. Vid sådana kontrakt kan det vara nödvändigt att ha en nationell öppen upphandling redan vid lägre värden. Frånsett de allmänna ramarna som återges i dessa skalor är det fortsatt viktigt att alltid se på den konkreta situationen.

Skalorna nedan anger på vilket sätt bestämmelse 3.4 A genomförs i princip.[6]

Varor/tjänster, decentraliserad myndighet

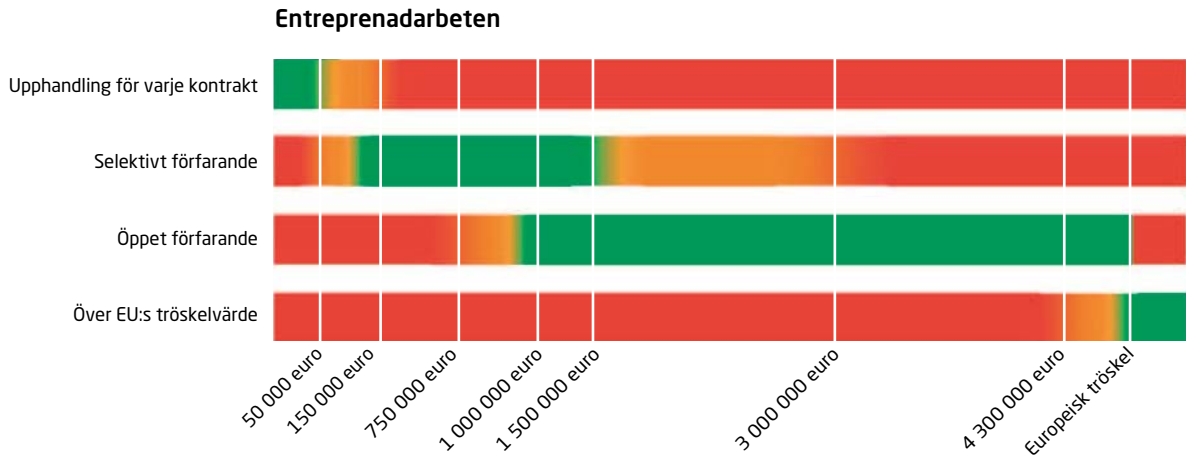


Varor/tjänster, central myndighet



Kontrakten av bygg- eller anläggningsteknisk natur, som omfattas av begreppet ”byggentreprenader”, är olika till karaktär och kan avse allt från tilldelning av tekniska installationsarbeten, målnings- eller isoleringsarbeten på byggnader till utförande av komplexa infrastrukturprojekt. Som huvudkategorier kan nämnas installationsteknik, bostadshus, andra byggnader än bostadshus och mark-, vatten- och vägbyggnation. Inom dessa kategorier kan nödvändig differentiering göras mellan nybyggnation, ombyggnad och underhåll. Förutom de andra aspekter som anges i § 3.4 kommer omfattningen och typen av arbeten per underliggande bransch även att inverka på det proportionerliga valet av ett förfarande.

[6] För kontrakt i kategorin ”sociala och andra specifika tjänster” gäller i motsats till de gängse gränsvärdena för europeiska upphandlingar ett tröskelvärde på 750 000 euro. För koncessionskontrakt kan ledning fås av skalorna under Entreprenadarbeten, liksom skalorna Varor/tjänster decentraliserad myndighet och Entreprenadarbeten kan användas på motsvarande sätt för företag inom enhet.



Bestämmelse 3.4 B:

Vid ett selektivt förfarande under tröskeln för europeisk upphandling infordrar den upphandlande myndigheten anbud från minst tre och högst fem företag.

Om det handlar om ett selektivt förfarande under tröskelvärdet är det allmänt brukligt och även tillräckligt att bjuda in mellan tre och fem anbudslämnare. Att bjuda in fler anbudslämnare innebär att det skapas mer arbete för att förbereda ett anbud, vilket ökar transaktionskostnaderna. Frånsett dessa allmänna ramar förblir det viktigt att alltid titta på den konkreta situationen. När man t.ex. ska upphandla en enkel produkt och det finns många leverantörer kan det vara bra att bjuda in tre anbudslämnare (selektivt) utan några krav som baseras på lägsta pris. Vid en upphandling av t.ex. en komplex eller mycket känslig produkt eller tjänst (företagshälsovård osv.) kan man tänka sig att man bjuder in fler anbudslämnare eller har en öppen upphandling, där man utöver pris hanterar andra kanske viktigare kriterier. När man väljer ett öppet förfarande ska man vara medveten om att transaktionskostnaderna i allmänhet ligger betydligt högre, bland annat för att fler anbudslämnare har samma kostnader (för anbudslämning). När man väljer ett öppet eller selektivt förfarande är det viktigt att göra en bedömning av hur många anbudslämnare och sökande på den aktuella marknaden som skulle kunna vara intresserade av kontraktet.

Om de är färre än tio kan det vara försvarbart att ha en öppen upphandling, men andra förfaranden står självfallet också till buds.

Vid upphandling av ett regelmässigt asfalteringsarbete på grundval av ett (traditionellt) ramavtal enligt RAW-standarderna där lägsta pris prioriteras högst lämpar sig ett öppet förfarande bäst. Trots att det finns relativt många leverantörer på den här marknaden gör det utpräglat standardiserade sättet att infordra anbud att den begärda insatsen från potentiella anbudslämnare är begränsad. Ifall det handlar om ett förfrågningsunderlag där en vägombyggnad genom en "design- och byggkontraktsinnovation" ska upphandlas ligger det närmare till hands att välja ett selektivt förfarande.

Arkitektbranschen är en bransch med ett relativt stort antal leverantörer. I den branschen är det också vanligt med selektiva förfaranden där anbudslämnarnas insatser är begränsade i den första fasen, medan ett begränsat antal aktörer (oftast fem) i den andra fasen inbjuds att ta fram mer detaljerade koncept. På grundval av dessa tilldelas kontraktet slutligen.

Om det finns (många) fler än tio och/eller gäller en särskild ansträngning för de potentiella anbudslämnarna (t.ex. att utarbeta en plan) kan den ansträngning en anbudslämnare måste göra för att lämna in ett anbud vara orimlig i förhållande till chansen att ta hem kontraktet. Det kan få många potentiella anbudslämnare och

sökande att hoppa av, vilket inte heller den upphandlande myndigheten är betjänt av. I ett sådant fall lutar det snarare åt ett selektivt förfarande. Det är emellertid fullt tillåtet att låta fler än fem sökande fortsätta till den andra fasen i det selektiva upphandlingsförfarandet, men även här gäller det att noga väga nytta och kostnader mot varandra. Vad som kan anses proportionerligt kan variera från bransch till bransch. Vad gäller urvalet, se även § 3.5.3.

3.4.3 Mindre vedertagna förfaranden

Förutom de allmänt kända förfarandena inryms specifika situationer i lagstiftningen under de villkor som beskrivs närmare nedan, med tillämpning av de andra förfarandena, t.ex. den konkurrenspräglade dialogen, det förhandlade förfarandet under konkurrens, förfarandet för innovationspartnerskapet, förfarandet för sociala och andra specifika tjänster[7], det dynamiska inköpssystemet och projekttävlingen. Valet av ett sådant förfarande styrs främst av den upphandlande myndighetens önskan att få fram input från marknaden om möjliga lösningar, och det tillämpas först efter en noggrann avvägning. Förfarandet för den konkurrenspräglade dialogen, det förhandlade förfarandet under konkurrens eller förfarandet för inrättande av innovationspartnerskap kan tillämpas om det inte går att tillgodose den upphandlande myndighetens behov utan omfattande anpassning av lättillgängliga lösningar, eller för att man söker en innovativ lösning som ännu inte finns på marknaden.

En objektiv och transparent genomgång av dessa förfaranden kräver en större ansträngning, av såväl den upphandlande myndigheten som av marknadsaktörerna, än de vedertagna förfarandena. Förarbetet till en upphandling (att formulera utgångspunkterna och målen som ska uppnås) förblir detsamma, men processen i sig får en längre handläggningstid och kräver förutom (ibland tidskrävande) samråd med marknadsaktörerna även en omfattande och grundlig rapportering. Detta leder till högre transaktionskostnader som kan vara oproportionerliga. I många fall räcker en marknadsanalys eller marknadsundersökning för att inhämta viss information.

Elektronisk auktion är en process som man inte tillämpar utan vidare. Systemet med slutgiltig prissättning avviker ju betydligt från anbudsinlämning på grundval av ett regelmässigt upphandlingsförfarande. På en auktion ligger fokus ofta uttryckligen på priset.

I det finns en inbyggd risk. Vid elektroniska auktioner finns tyvärr en hel del dolda kostnader som inte tas med i beräkningen, vilket kan göra det pristekniska utfallet av en auktion mycket ofördelaktigt både för den upphandlande myndigheten och anbudslämnarna. Eventuella, omfattande besparingar under förevändningen smarta lösningar kan alltså inte alltid räknas hem. I de flesta fall är det med andra ord inte aktuellt att välja ett annat förfarande än det öppna eller selektiva förfarandet.

3.4.4 Förfaranderegler

Bland annat från proportionalitetssynpunkt anses det lämpligt att när man väl valt ett förfarande så följer man de förfaranderegler som fastställts för det. I det sammanhanget hänvisas även till upphandlingsföreskrifterna om entreprenadarbeten som genom regeringsbeslut fastställts som riktlinjer för upphandling av entreprenadarbeten. Dessa upphandlingsföreskrifter utgör en tidtabell för de olika stegen i processen, ända från meddelandet om upphandlingen till en allmän tvistelösningsbestämmelse. De olika förfarandena, t.ex. det öppna och selektiva förfarandet, beskrivs

[7] Endast de tjänster om omfattas av bilagan till direktivet.

av tydlighetsskäl separat i detalj. Alla beslut inom ramen för dessa förfaranden, t.ex. konkret uppfyllande av kraven, ska emellertid fattas av den upphandlande myndigheten. I denna guide ges de ramar som behövs för den eftersträvade proportionaliteten.

3.5 Krav och kriterier

I följande stycken avhandlas uteslutningsgrunder, lämplighetskrav, urvalskriterier och tilldelningskriterier. I praktiken råder det ofta viss förvirring kring dessa olika begrepp. Innan man diskuterar proportionaliteten och/eller tillämpningen av dessa krav och kriterier gäller även följande.

1. Uteslutningsgrunder, lämplighetskrav och urvalskriterier avser den kvalitativa bedömningen av *anbudslämnarna* (i ett öppet förfarande) eller sökandena (i ett selektivt förfarande).
   a. uteslutningsgrunder: grunder som med tanke på omständigheterna som avser anbudslämnaren eller sökanden själv och rent allmänt kan utgöra grund för uteslutning från deltagande i en upphandling (§ 3.5.1),
   b. lämplighetskrav: krav som en anbudslämnare eller sökande åtminstone ska uppfylla vid en konkret upphandling för att komma i fråga för tilldelning (§ 3.5.2),
   c. urvalskriterier: krav som en upphandlande myndighet kan ställa för att begränsa antalet sökande som kommer i fråga för anbudsinfordran (selektivt förfarande) (§ 3.5.3).
2. Tilldelningskriterier avser bedömningen av *anbuden*. Tilldelningskriterierna belyses närmare i § 3.5.5.

3.5.1 Uteslutningsgrunder

Uteslutningsgrunder avser omständigheter som rör anbudslämnaren eller sökanden (eller deras företrädare) och kan utgöra grund för uteslutning från deltagande i ett upphandlingsförfarande.

Över tröskelvärdena finns två uteslutningsgrunder: obligatoriska och fakultativa uteslutningsgrunder. Under tröskelvärdena är det fakultativt att ställa upp uteslutningsgrunder (enligt holländsk lag).

Artikel 1.10 (1.13 innehåller en motsvarande bestämmelse för nationella upphandlingar)

1. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför en upphandling, koncessionskontrakt eller meddelar en projekttävling ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet åtminstone ta hänsyn till följande:
   …
   b. uteslutningsgrunderna,
   …

3.5.1.1 Obligatoriska uteslutningsgrunder

De obligatoriska uteslutningsgrunderna återfinns i artikel 2.86 i lagen:

För att undvika lättvindiga uteslutningar ska en rimlighetsbedömning göras avseende skatter och avgifter. Se närmare i artikel 2.86 a.

Artikel 2.86

1. En upphandlande myndighet utesluter en sökande eller anbudslämnare, mot vilken en lagakraftvunnen fällande dom avkunnats enligt den andra punkten och som kommit till den upphandlande myndighetens kännedom som en följd av verifiering i enlighet med artiklarna 2.101, 2.102 och 2.102 a eller av andra skäl, från deltagande i ett upphandlingsförfarande.

2. För tillämpningen av den första punkten avses med fällande domar följande områden:
   a. medverkan i en brottsorganisation enligt artikel 2 i rådets rambeslut 2008/841/RIF från den 24 oktober 2008 om kampen mot organiserad brottslighet (EUT 2008, L 300),
   b. mutbrott enligt artikel 3 i konventionen om kamp mot korruption som tjänstemän i Europeiska gemenskaperna eller Europeiska unionens medlemsstater är delaktiga i (EUT 1997, C 195) och artikel 2 första punkten i rådets rambeslut 2003/568/RIF från den 22 juli 2003 om kampen mot korruption inom den privata sektorn (EUT 2003, L 192),
   c. bedrägeri i den mening som avses i artikel 1 i konventionen om skyddet av Europeiska gemenskapernas finansiella intressen (EGT 1995, C 316),
   d. tvättning av pengar i den mening som avses i artikel 1 i rådets direktiv 91/308/EEG från den 10 juni 1991 om åtgärder för att förhindra att det finansiella systemet används för tvättning av pengar (EGT L 1991,L 166), senast ändrat genom Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/97/EG (EGT L 2001, 344),
   e. terroristbrott eller brott med anknytning till terroristverksamhet enligt den mening som avses i artiklarna 1, 3 och 4 i rådets rambeslut 2002/475/RIF den 13 juni 2003 om bekämpande av terrorism (EUT 2002, L 1640),
   f. barnarbete och andra former av människohandel i den mening som avses i artikel 2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2011/36/EU från den 5 april 2011 om förebyggande och bekämpande av människohandel, om skydd av dess offer och om ersättande av rambeslut 2002/629/RIF (EUT 2011, L 101).

3. En upphandlande myndighet utesluter även en sökande eller anbudslämnare från deltagande i ett upphandlingsförfarande ifall en lagakraftvunnen fällande dom, som avses i andra punkten och som den upphandlande myndigheten har kännedom om, avkunnats mot en person som ingår i styrelsen, förvaltnings- eller tillsynsorganet eller har företrädes- eller beslutsrätt eller kontrollbefogenhet i desamma.

4. En upphandlande myndighet utesluter även en sökande eller anbudslämnare från deltagande i ett upphandlingsförfarande ifall den upphandlande myndigheten har kännedom om att det genom ett lagakraftvunnet och bindande rättsligt eller administrativt beslut enligt lagbestämmelser i det land där sökanden eller anbudslämnaren har sitt säte eller genom motsvarande nationella lagbestämmelser fastställts att företaget inte fullgör sina skyldigheter att betala skatt eller arbetsgivaravgifter.

5. Den tredje punkten är inte tillämplig ifall den sökande eller anbudslämnaren har fullgjort sina skyldigheter genom att betala sina obetalda skatter eller sociala avgifter eller i förekommande fall böter, eller genom att sluta en bindande överenskommelse om att betala desamma.

6. Som domar i den mening som avses i andra punkten avses i alla fall domar på grundval av artikel 134 a, 140, 140 a, 177, 178, 225, 226, 227, 227 a, 227 b, 273 f, 285 tredje punkten, 323 a, 328 c andra punkten, 420 b, 420 c eller 420 d i brottsbalken eller fällande domar på grund av överträdelse av de brott som avses i artikel 83 i brottsbalken ifall villkoren i den artikeln är uppfyllda.

7. Den upphandlande myndigheten tar i tillämpningen av den första punkten endast domstolsbeslut i beaktande som vunnit laga kraft högst fem år före tidpunkten för anbudslämningen eller ansökan om deltagande.

Artikel 2.86 a

1. Den upphandlande myndigheten kan göra avsteg från tillämpningen av artikel 2.86 fjärde punkten ifall uteslutning förefaller orimlig.

2. Uteslutning som förefaller orimlig enligt den första punkten gäller bland annat:
   a. ifall sökanden eller anbudslämnaren endast försummat mindre belopp som avser skatt eller sociala avgifter,
   b. ifall sökanden eller anbudslämnaren får kännedom om det exakta belopp som ska betalas avseende skatter eller sociala avgifter vid en tidpunkt som gjorde att det inte var möjligt för sökanden eller anbudslämnaren att fullgöra de skyldigheter som avses i artikel 2.86 femte punkten eller ingå en bindande överenskommelse om betalning före förfallodatumet för inlämnandet av en ansökan om deltagande eller inlämnandet av ett anbud.

Det är t.ex. inte proportionerligt att utesluta en sökande på grund av betalningsdröjsmål för småsummor.

Utöver undantaget ovan gäller vid tillämpningen av de obligatoriska uteslutningsgrunderna även artiklarna 2.87 a och 2.88 som är upptagna under de fakultativa uteslutningsgrunderna.

3.5.1.2 Fakultativa uteslutningsgrunder

De fakultativa uteslutningsgrunderna återfinns i artikel 2.87 i lagen:

Artikel 2.87

1. Den upphandlande myndigheten kan utesluta en anbudslämnare eller sökande från deltagande i ett upphandlingsförfarande på följande grunder:
   a. den upphandlande myndigheten visar på varjehanda lämpligt sätt att sökanden eller anbudslämnaren har underlåtit att uppfylla en eller flera av de skyldigheter som anges i artikel 2.81 andra punkten,
   b. anbudslämnaren eller sökanden omfattas av ett konkurs- eller likvidationsförfarande, anbudslämnarens eller sökandens verksamhet har avbrutits, omfattas av betalningsinställelse eller ackordsuppgörelse eller sökanden eller anbudslämnaren befinner sig i en jämförbar situation till följd av ett liknande förfarande i kraft av den lagstiftning som är tillämplig på sökanden eller anbudslämnaren,
   c. den upphandlande myndigheten kan göra för troligt att anbudslämnaren eller sökanden har begått allvarliga fel under sin yrkesutövning, vilket gör att anbudslämnarens eller sökandens integritet kan ifrågasättas,
   d. den upphandlande myndigheten förfogar över tillräckligt sannolika indikationer för att dra slutsatsen att anbudslämnaren eller sökanden har slutit överenskommelser med andra företag som går ut på att snedvrida konkurrensen,
   e. en intressekonflikt i den mening som avses i artikel 1.10 b kan inte avhjälpas på effektivt sätt med andra, mindre ingripande åtgärder,
   f. på grund av anbudslämnarens eller sökandens tidigare medverkan vid förberedelserna av upphandlingsförfarandet har snedvridning av konkurrensen enligt artikel 2.51 gjort sig gällande som inte kan avhjälpas med mindre ingripande åtgärder,
   g. anbudslämnaren eller sökanden har visat prov på betydande eller ihållande tillkortakommanden i utförandet av en väsentlig bestämmelse i ett tidigare offentligt kontrakt, ett tidigare kontrakt för enheten eller ett tidigare koncessionskontrakt, vilket har lett till en uppsägning av det tidigare kontraktet i förtid, till skadeersättning eller andra liknande påföljder,
   h. anbudslämnaren eller sökanden har på allvarligt sätt gjort sig skyldig till falska intyganden vid lämnandet av den information som behövs för kontroll av bristen på grunder för uteslutning eller fullgörandet av lämplighetskraven, eller undanhållit denna information, eller har inte varit i stånd att lämna in de understödjande dokument som avses i artiklarna 2.101 och 2.102,
   i. anbudslämnaren eller sökanden har försökt att påverka den upphandlande myndighetens beslutsprocess på ett orättmätigt sätt för att få ut förtrolig information som kan ge anbudslämnaren eller sökanden orättmätiga fördelar i upphandlingsförfarandet, eller har genom försumlighet lämnat vilseledande information som på ett betydande sätt kan påverka besluten om uteslutning, urval och tilldelning,
   j. den upphandlande myndigheten visar på varjehanda lämpligt sätt att anbudslämnaren eller sökanden inte fullgör sina betalningsskyldigheter som avser skatter eller sociala avgifter.

2 Den upphandlande myndigheten hänför sig vid tillämpningen till:
   a. den första punkten, avsnitt a, uteslutande ett åsidosättande av de skyldigheter som avses i det avsnittet som ägt rum högst tre år före tidpunkten för inlämnandet av ansökan om deltagande eller lämnandet av anbudet,
   b. den första punkten avsnitt c, uteslutande allvarliga fel som begåtts högst tre år före tidpunkten för inlämnandet av ansökan om deltagande eller lämnandet av anbudet,
   c. den första punkten avsnitt d, uteslutande beslut som avses i artikel 4.7 första punkten avsnitt c och d, som vunnit laga kraft under de tre år som föregår ansökan,
   d. den första punkten avsnitt g, uteslutande tillkortakommanden som ägt rum högst tre år före tidpunkten för inlämnandet av ansökan om deltagande eller lämnandet av anbudet,
   e. den första punkten avsnitt j, uteslutande åsidosättande av de betalningsskyldigheter som avses i det avsnittet som fastställts högst tre år före tidpunkten för inlämnandet av ansökan om deltagande eller lämnandet av anbudet.

3. Artikel 2.86 femte punkten tillämpas på motsvarande sätt i det fall som avses i första punkten avsnitt j.

Avsteg från tillämpningen av de (fakultativa) uteslutningsgrunderna kan göras i de fall som nämns i 2.87 a och 2.88.

Artikel 2.87 a

1. Den upphandlande myndigheten gör det möjligt för en sökande eller anbudslämnare på en uteslutningsgrund som avses i artikel 2.86 första eller tredje punkten eller artikel 2.87 att bevisa att sökanden eller anbudslämnaren har vidtagit tillräckliga åtgärder för att visa sin trovärdighet. Ifall den upphandlande myndigheten anser att beviset är tillräckligt utesluts inte den berörda sökanden eller anbudslämnaren.
2. För tillämpningen av den första punkten visar sökanden eller anbudslämnaren att denne, i tillämpliga fall, gottgjort eller utlovat gottgörelse för skada som följer av fällande domar för brott som avses i artikel 2.86 eller av fel som avses i artikel 2.87, att sökanden eller anbudslämnaren har bidragit till att reda ut sakförhållanden och omständigheter genom att aktivt bistå de utredande myndigheterna och vidta konkreta tekniska, organisatoriska och personalrelaterade åtgärder som är lämpliga för att förebygga att straffbara handlingar eller fel begås i framtiden.
3. Den upphandlande myndigheten bedömer de åtgärder som sökanden eller anbudslämnaren vidtagit med hänsyn till de straffbara handlingarnas eller felens allvarlighet eller särskilda omständigheter. Ifall den upphandlande myndigheten anser de vidtagna åtgärderna otillräckliga meddelas detta med en motivering till den berörda sökanden eller anbudslämnaren.

Artikel 2.88

Den upphandlande myndigheten kan göra avsteg från tillämpningen av artikel 2.86 eller artikel 2.87:

a. av tvingande skäl av allmänt intresse,

b. ifall den upphandlande myndigheten inte anser att uteslutning är proportionerlig med tanke på den tid som förflutit sedan den fällande domen och med hänsyn till föremålet för kontraktet.

*Även i lagstiftningen ges konkreta råd avseende de bevismedel som ska överlämnas, närmare bestämt i **artikel 2.89**:*

1. En sökande eller anbudslämnare kan uppvisa ett utdrag från handelsregistret, som vid tidpunkten för inlämnandet av ansökan om att delta eller lämnandet av anbudet inte är äldre än sex månader, för att visa att uteslutningsgrunden i artikel 2.87 första punkten avsnitt b inte är tillämplig.
2. En sökande eller anbudslämnare kan lämna in en uppförandeförklaring i samband med anbud (GVA) som vid tidpunkten för inlämnandet av ansökan om att delta eller lämnandet av anbudet inte är äldre än två år och visa att de uteslutningsgrunder som avses i artiklarna 2.86 och 2.87 första punkten avsnitt c och d, när det gäller en lagakraftvunnen fällande dom på grund av överträdelse av konkurrensregler, inte är tillämpliga.
3. En sökande eller anbudslämnare kan uppvisa en förklaring från Skatteverket, som vid tidpunkten för inlämnandet av ansökan om att delta eller lämnandet av anbudet inte är äldre än sex månader, för att visa att uteslutningsgrunden som avses i artikel 2.86 fjärde punkten eller artikel 2.87 första punkten avsnitt j inte är tillämplig.
4. En upphandlande myndighet som en sökande eller anbudslämnare lämnar in uppgifter till som bevis för att de uteslutningsgrunder som avses i artikel 2.86 eller artikel 2.87 inte är tillämpliga accepterar även uppgifter och beslut från en annan medlemsstat, från sökandens eller anbudslämnarens ursprungsland eller från landet där denne har sitt säte vilka tjänar ett likvärdigt syfte eller av vilka det framgår att uteslutningsgrunderna inte är tillämpliga på sökanden eller anbudslämnaren.

Bestämmelse 3.5 A:

Den upphandlande myndigheten tillämpar endast de (fakultativa) uteslutningsgrunder som är relevanta för det aktuella kontraktet.

Det är inte alltid nödvändigt att per automatik ställa upp (alla) uteslutningsgrunder för alla kontrakt. För varje kontrakt ska man se efter på förhand vilka (fakultativa) uteslutningsgrunder som är relevanta.

Den fakultativa uteslutningsgrunden avseende ett begånget allvarligt fel i yrkesutövningen (artikel 2.87 första punkten avsnitt c) är en öppen norm som kan tolkas på flera sätt och är därför besvärlig att tillämpa. Det handlar om fall där man måste ifrågasätta företagets integritet. Med tanke på detta måste man hantera denna uteslutningsgrund på ett mycket restriktivt sätt.

Lika återhållsamt ska man hantera möjligheten till uteslutning på basis av tidigare prestationer (*past performance*, artikel 2.87 första punkten avsnitt g). Det handlar i alla händelser inte om små brister, utan betydande eller ihållande sådana, avseende väsentliga bestämmelser i samband med tidigare kontrakt vilka kan läggas företaget till last. Att konsekvent missa väsentliga leveranstider eller i väsentlig grad leverera en annan kvalitet än den avtalade är sådant som föranleder allvarliga tvivel om företagets tillförlitlighet.

Det har också betydelse om bristerna har medfört skadestånd, att kontraktet avslutats i förtid eller annan jämförbar (ej schablonmässig och betydande) påföljd. Denna bestämmelse tar tydligt sikte på exceptionella situationer, t.ex. kontrakt som inte utförts eller varor som inte levererats. Bristen ska vara fastställd på ett konkret och konsekvent sätt (professionell kontraktsuppföljning spelar här en viktig roll).

Uteslutning på grund av en enstaka dålig bedömning från en projektledare är alltså inte proportionerlig.

Ifall en upphandlande myndighet beslutar att föra ett register över dåliga tidigare prestationer ska detta emellertid ske och användas (av denna eller andra upphandlande myndigheter) på ett mycket omdömesgillt sätt mot bakgrund av ovanstående. Svarta listor kan snart uppstå med alla negativa följder för de företag som figurerar med skadat anseende som följd. Detta innebär bland annat att ett register ska innehålla tillräckliga detaljer om de relevanta bristerna och att företaget måste få möjlighet att ifrågasätta ett eventuellt omnämnande i registret.

När det gäller alla fakultativa uteslutningar, även på grund av tidigare prestationer, måste man även titta på eventuella åtgärder för förbättring som anbudslämnaren vidtagit. Den historiska period som då gäller är tre år. Företaget ska visa att man vidtagit förbättringsåtgärder (självsanerande åtgärder) som återigen gör företaget till en tillförlitlig partner. När detta visats på ett fullgott sätt får den upphandlande myndigheten inte utesluta företaget längre. Ifall den upphandlande myndigheten trots dessa redogörelser vill tillämpa uteslutning ska anledningen motiveras till att tillförlitligheten inte påvisats på ett fullgott sätt och företaget likväl utesluts.

När man beslutar om uteslutningsgrunder är det av stor betydelse att kraven på bevismedel är i linje med lagstiftningen. Om lagen t.ex. stipulerar en tidsperiod för en viss handlings giltighet (utdrag från handelskammaren som inte får vara äldre än sex månader osv.) bör man inte avvika från det. Avvikelser skapar förvirring på marknaden, medför extra administrativa bördor och skapar förutsättningar för att misstag begås.

När det gäller underentreprenörer bör man bland annat ta följande två punkter i beaktande:

- en mer långtgående tillämpning av uteslutningsgrunderna på underentreprenörer än på anbudslämnaren själv betraktas inte som proportionerlig, t.ex. om en handling som huvudentreprenören uppvisar får vara sex månader gammal, medan en underentreprenörs inte får vara mer än tre månader gammal,
- tillämpningen av uteslutningsgrunderna avseende underentreprenörer där en anbudslämnare inte gör anspråk på att uppfylla de ställda kraven när det gäller ekonomisk och finansiell ställning, eller teknisk kompetens och yrkeskunnande, ses inte heller som proportionerlig.

Det är viktigt att de minimikrav som ställs på en entreprenör eller underentreprenör kan hänföras direkt till det aktuella kontraktet och har att göra med de färdigheter som konkret behövs för att kunna utföra kontraktet på ett bra sätt. Självklart måste den upphandlande myndigheten före upphandlingen bedöma om det är proportionerligt att pröva underentreprenörerna utifrån uteslutningsgrunderna i ljuset av det aktuella kontraktet. Vid mindre kontrakt eller betydelse är det av kostnadsskäl inte aktuellt att pröva entreprenörerna och underentreprenörerna separat.

Den proportionella tillämpningen av uteslutningsgrunder förklaras närmare nedan. Eftersom lagstiftaren valt ett enhetligt sätt att pröva dessa uteslutningsgrunder behandlas olika frågor i ljuset av modellen med egen försäkran.

3.5.1.3 Egen försäkran och bevismedel

Med tanke på uppgiften när det gäller såväl uteslutningsgrunderna som lämplighetskraven är det enligt lag tvingande att tillämpa modellen med egen försäkran som införts som regelförenkling. Det är alltså inte längre tillåtet att använda en egenutvecklad modell för egen försäkran. I den egna försäkran intygar en anbudslämnare att hen uppfyller villkoren för de uppställda uteslutningsgrunderna och lämplighetskraven. Den faktiska prövningen av bevismedel ska ske i efterhand hos dem som antas komma i fråga för kontraktet. Proportionalitet tar sig främst uttryck genom att man endast begär in bevismedel som faktiskt är relevanta för de uppställda uteslutningsgrunderna och lämplighetskraven av den tilltänkta entreprenören.

Artikel 1.19

1. Upphandlande myndigheter och företag inom enhet som ställer upp uteslutningsgrunder och lämplighetskrav kräver av ett företag att det vid sin ansökan om deltagande eller anbudslämning använder den för ändamålet fastställda modellen när företaget lämnar in en egen försäkran och anger vilka uppgifter och upplysningar som ska ingå i den egna försäkran.

3.5.2 Uppfyllande av lämplighetskrav

Artikel 1.10 (1.13 innehåller en motsvarande bestämmelse för nationella upphandlingar)

1. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför ett specialsektorkontrakt, koncessionskontrakt eller meddelar en projekttävling för ett offentligt upphandlingskontrakt ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller enheten, i förekommande fall, ta hänsyn till följande:

…

c. innehållet i lämplighetskraven,

d. antalet lämplighetskrav som ska ställas,

…

Artikel 2.90

1. En upphandlande myndighet kan ställa lämplighetskrav på sökande och anbudslämnare efter att ha använt den nätbaserade databasen med e-Certis-certifikat.

…

Bestämmelse 3.5 B:

Ifall den upphandlande myndigheten ställer lämplighetskrav ställs enbart lämplighetskrav som har att göra med faktiska risker som kontraktet medför eller kan hänföras till den färdighet eller de färdigheter som önskas.

Lämplighetskrav är minimikrav, vilket innebär att de måste uppfyllas. Den grad till vilken de ställda kraven uppfylls är ingen måttstock, dvs. om ett företag presterar bättre än minimikravnivån. Upphandlande myndigheter ska också vara uppmärksamma på att de inte ställer fler krav än vad som är strikt nödvändigt. Lämplighetskrav ställs för att täcka in vissa risker. Den upphandlande myndigheten ska alltid undersöka vilka verkliga risker som finns och om dessa täcks in av kraven.

I slutändan gäller det att fråga sig om kravet står i rimlig proportion till risken som ska täckas in och kontraktets typ och omfattning. Det är viktigt att de lämplighetskrav som ställs på ett företag och eventuell underentreprenör kan hänföras direkt till det aktuella kontraktet och har att göra med de färdigheter som konkret behövs för att kunna utföra kontraktet på ett bra sätt.

Bestämmelse 3.5 C:

Vid tillämpningen av ett selektivt förfarande ställer den upphandlande myndigheten uteslutande selektiva lämplighetskrav om den upphandlande myndigheten ännu inte känner till en eller flera potentiella anbudslämnares lämplighet.

Utgångspunkten för ett selektivt förfarande är förutsättningen att företagen som bjuds in är lämpliga. För det mesta väljer den upphandlande myndigheten företag som man känner till. Därför måste man vara väldigt återhållsam med att ställa lämplighetskrav i ett sådant förfarande. Ifall företagens lämplighet, på grund av brist på kunnande om materien som inte kan lösas på annat sätt, inte är känd för den upphandlande myndigheten vid tidpunkten för valet av företag som ska bjudas in kan det vara proportionerligt att ställa lämplighetskrav.

Detta kan t.ex. vara fallet om en upphandlande myndighet ännu aldrig gjort affärer på den aktuella marknaden och valt ut ett antal företag efter sökningar på internet eller i Gula sidorna. Det är tillrådligt att vara mycket återhållsam med lämplighetskrav i dessa fall med tanke på den administrativa bördan. Om man går den vägen kan det anges tydligt i inbjudan på förhand vilka konkreta bevis på de kvalifikationer som företaget tillskriver sig (normer, certifikat och liknande) som ska visas och när.

De olika typerna av lämplighetskrav beskrivs i följande stycken.

3.5.2.1 Krav på ekonomisk och finansiell ställning

Artikel 2.90

1. En upphandlande myndighet kan ställa lämplighetskrav på sökande och anbudslämnare efter att ha använt den nätbaserade databasen med e-Certis-certifikat.
2. Lämplighetskraven som avses i den första punkten kan avse:
   a. den ekonomiska och finansiella ställningen,
   b. teknisk kompetens och yrkeskunnande,
   c. yrkesbehörighet.
3. Ifall den upphandlande myndigheten ställer lämplighetskrav som avses i den andra punkten avsnitt a har dessa krav inget avseende på den totala omsättningens storlek och omsättningen för den affärsverksamhet som är föremål för det offentliga kontraktet, såvida inte den upphandlande myndigheten motiverar detta med tungt vägande skäl i upphandlingsdokumenten.
4. Den upphandlande myndigheten ställer enbart lämplighetskrav som kan garantera att sökande eller anbudslämnare förfogar över den juridiska kapacitet, de finansiella medel, den tekniska kompetens och det yrkeskunnande som behövs för att utföra det offentliga kontraktet.
5. Ifall lämplighetskraven som avses i den andra punkten avsnitt a har avseende på den totala omsättningens storlek och omsättningen för den affärsverksamhet som är föremål för det offentliga kontraktet ska kravet inte överstiga:
   a. tre gånger det uppskattade kontraktsvärdet,
   b. ifall kontraktet är uppdelat i delkontrakt – tre gånger värdet på en del eller ett kluster av delar som ska utföras samtidigt,
   c. ifall det avser ett kontrakt inom ett ramavtal – tre gånger värdet på de specifika kontrakt som ska utföras samtidigt,
   d. ifall det avser ett kontrakt inom ett ramavtal (för vilket värdet på de specifika kontrakten inte är känt) – tre gånger värdet på ramavtalet,
   e. ifall det avser ett dynamiskt inköpssystem – tre gånger den förväntade maximala omfattningen av de specifika kontrakt som tilldelas enligt det systemet.
6. Den upphandlande myndigheten kan när den ställer lämplighetskraven som avses i den andra punkten avsnitt a kräva att sökanden eller anbudslämnaren:
   a. lämnar information om sin årsredovisning,
   b. är försäkrad på en lämplig nivå mot yrkesrisker.
7. Ifall den upphandlande myndigheten begär in uppgifter ur årsredovisningen anger den i upphandlingsdokumenten de transparenta, objektiva och icke-diskriminerande metoder och kriterier enligt vilka de begärda uppgifterna ska vara fastställda.
8. När en upphandlande myndighet förbereder och genomför en överenskommelse ställer den enbart krav på anbudslämnarna och anbudet som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.

Artikel 2.91

1. Ett företag kan alltid påvisa sin ekonomiska och finansiella ställning med hjälp av följande:
   a. lämpliga bankintyg eller bevis på en försäkring mot yrkesrisker,
   b. inlämnande av årsredovisningar eller utdrag ur årsredovisningen, ifall lagstiftningen i det land där företaget har sitt säte föreskriver offentliggörande av årsredovisningar eller
   c. en förklaring om den totala omsättningens storlek och omsättningen för den affärsverksamhet som är föremål för det offentliga kontraktet som omfattar högst de tre senaste räkenskapsåren för vilka räkenskaperna är tillgängliga, beroende på datumet för företagets bildande eller det datum då företagaren startade sin verksamhet, för såvitt de aktuella omsättningssiffrorna är tillgängliga.
2. En upphandlande myndighet informerar i meddelandet om det offentliga kontraktet eller i anbudsinfordran vilka av de förstnämnda uppgifterna och vilka andra styrkande handlingar som ska lämnas in.
3. Ifall företaget av välgrundade orsaker inte kan lämna in de styrkande handlingar som den upphandlande myndigheten begär kan företaget visa sin ekonomiska och finansiella ställning med andra underlag som den upphandlande myndigheten anser lämpliga.

Det är viktigt att välja de krav som ställs avseende ekonomisk och finansiell ställning på ett sådant sätt att alla som kan utföra kontraktet på ett fullgott sätt också kan konkurrera. Det kommer marknadens funktion till godo. När man bestämmer vilka krav som ska ställas bör SME:s ställning beaktas, särskilt när marknadsundersökningar visar att företag i denna grupp kan vara potentiella anbudslämnare när det gäller det aktuella offentliga kontraktet. Om det ställs för höga krav begränsas marknaden i onödan, vilket varken ligger i den upphandlande myndighetens eller i företagens intresse. Kraven som ställs måste stå i rimlig proportion till typen och omfattningen av kontraktet. Därför är det viktigt att reflektera över varje krav och varför det ställs. Med fler och/eller högre krav återstår allt färre företag, vilket kan göra urvalet mer begränsat. I slutändan vill man nå den grupp företag som skulle lämpa sig för kontraktet.

Att begära en viss ekonomisk eller finansiell ställning för det specifika kontraktet kan säga något om företagets kontinuitet, men kravet säger egentligen ingenting om t.ex. den tekniska kompetensen eller yrkeskunnandet eller om utbildningar som avser relevanta verksamheter har följts.

När det efter noggrant övervägande visat sig finnas behov av någon form av kapacitetskrav uttryckt som ekonomisk eller finansiell ställning är det av vikt att detta kapacitetskrav formuleras tydligt och entydigt. I lagstiftningen anges i ovan nämnda artikel 2.91, första punkten i lagen, tre möjligheter. Det är de sätt på vilka finansiell ställning i princip ska visas. När man ställer avvikande krav är det klokt att hantera t.ex. finansiella nyckeltal återhållsamt. Det är inte ovanligt med problem på grund av varierande bokföringsmetoder när man jämför olika företags nyckeltal, vilket gör att det inte alltid är påkallat att använda sådana. Problem med nyckeltalens jämförbarhet kan i förekommande fall undvikas genom att nyckeltalen definieras tydligt i upphandlingsdokumenten.

Utgångspunkten är enligt lagen att det i princip inte ska ställas några omsättningskrav. Ifall en upphandlande myndighet likväl vill ställa ett omsättningskrav ska detta motiveras med tungt vägande argument i upphandlingsdokumenten.

Till ett byggnadskomplex behöver en upphandlande myndighet tegelstenar som den ska tillhandahålla byggentreprenören. Det rör sig om tegelstenar av standardtyp som erbjuds av många leverantörer utan någon längre leveranstid. Beställningen av tegelstenar är ett engångskontrakt. Risken för avbrott i det aktuella byggprojektet för att anbudslämnaren går i konkurs är minimal, eftersom det finns gott om konkurrenter som vid leverantörens oförmodade konkurs kan ta över leveransen. Att ställa ett omsättningskrav på leverantören tillför i det fallet inget mervärde.

En kommun bygger en idrottshall. Planeringen har ganska vida ramar, komplexiteten är begränsad och det har ingen avgörande betydelse om leveransen sker om en månad eller två. Samtidigt bygger kommunen ett komplex med fem idrottshallar och en idrottshögskola i samarbete med den lokala högskolan.

Leveransdatumet är fast (terminsstart), eftersom förseningar på bara ett fåtal veckor per definition skulle innebära förseningar av ett helt skolår med stora praktiska problem och extra kostnader. De finansiella kraven (har entreprenören tillräckliga medel för att snabbt få tillgång till nytt material till följande byggfas?) är mycket lägre ställda för det första projektet än för det andra. Kraven är avstämda mot det konkreta kontraktet, och fastän de skiljer sig åt kan båda betraktas som proportionerliga.

Att ställa ett omsättningskrav kan vara på sin plats om det finns faktiska risker vad gäller tillgången till personal och material för att entreprenören ska kunna utföra kontraktet korrekt och i tid. I sådana fall kan man välja ett omsättningskrav på 0 (dvs. inget), 1, 2 eller 3 år. Vid många kontrakt kommer alltså inga omsättningskrav alls att behöva eller kunna ställas. Det är också klokt i fråga om krav på t.ex. fria och intellektuella yrken att man betonar yrkeskunnandet mer än den ekonomiska eller finansiella ställningen uttryckt som omsättningskrav och liknande krav.

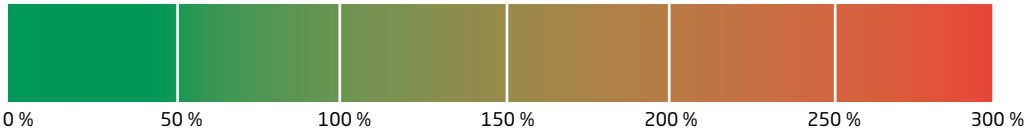
Ifall ett omsättningskrav ändå ställs avser det ett kapacitetskrav, och är inte avsett för att pröva ett företags specifika färdigheter. I princip handlar det då om den totala omsättningen (och således inte om en specifik omsättning), med tanke på att det handlar om en post i resultaträkningen som säger något om bland annat möjligheten att sätta in personal och material samt organisationsförmåga när det gäller kontrakt i en viss storleksordning.

Ifall ett omsättningskrav måste ställas är det önskvärt att detta, i linje med lagstiftningen, hänför sig till högst tre räkenskapsår. En kortare period är tillåten (om det är icke-diskriminerande), däremot inte en längre. Med tanke på att omsättning fluktuerar är det bra att utgå från ett genomsnitt ifall man väljer omsättning relaterad till flera år.

När man bestämmer vilka krav som ska ställas bör man ha nya aktörer och utbudet på specialiserade (nya) marknader särskilt i åtanke. Ifall flerårig omsättning begärs ska man vara medveten om att nya aktörer, i samband med principen om icke-diskriminering, prövas utifrån samma krav och därigenom kan hamna utanför. När en upphandlande myndighet kommer fram till slutsatsen att ett kontrakt tilldelas på en relativt ny marknad är det – om man vill att nya aktörer ska vara med och konkurrera (marknadsanalys) – även vettigt att ta hänsyn till det när kraven formuleras. Dessutom kan en ny aktör på grundval av ovan nämnda artikel 2.91, tredje punkten i lagen, ges möjlighet att påvisa sin ekonomiska eller finansiella ställning med andra styrkande handlingar.

När en väg ska anläggas och asfalteras, markarbeten ska utföras och nya avloppsledningar ska dras kan man i allmänhet efterfråga företagets omsättning. Vanligen efterfrågas uppgifter om omsättning från kategorin mark-, vatten- och vägbyggnation, men information om omsättningen kan lika gärna vara hämtad från t.ex. byggverksamhet i kategorin bostadshus och andra byggnader än bostadshus. Man ska vara medveten om att den nödvändiga erfarenheten av 1.) markarbeten, 2.) avloppsledningssystem, 3.) asfaltering inte ska översättas till ett omsättningskrav, utan kan fastläggas som specifika erfarenhetskrav. Frågan om det i förekommande fall ens är nödvändigt med ett omsättningskrav och om det inte räcker med att bara ställa erfarenhetskrav lämnas för enkelhetens skull därhän.

Vad gäller storleken på omsättningskravet är det bra att utgå ifrån en glidande skala. Det handlar om att se på nyttan och behovet av ett omsättningskrav för varje kontrakt. Vid ett enkelt kontrakt ligger betydelsen av ett omsättningskrav på den nedre delen av skalan. Beroende på hur invecklat kontraktet är kan det i viss utsträckning vara önskvärt med ett omsättningskrav, t.ex. 50, 100 eller 150 procent av de uppskattade byggkostnaderna. Vid mycket komplexa, riskfyllda projekt kan man (så länge det motiveras på ett fullgott sätt) ställa ett omsättningskrav upp till 300 procent. Allt över 300 procent verkar inte bara oproportionerligt, utan är även otillåtet enligt lag. I undantagsfall kan sålunda 200 och 250 procent krävas, och allt däremellan. Dessa utgångspunkter kan illustreras enligt följande:



Vid ett uppdrag med en kortare utförandetid än ett år är det inte alltid proportionerligt att omräkna omsättningskravet på ettårsbasis. Detsamma gäller för övrigt även för kontrakt på mindre än ett år. Det är viktigt att tänka kritiskt kring förhållandet mellan omsättningen och den tidsperiod som kontraktet tar i anspråk.

Bestämmelse 3.5 D:

1. *Den upphandlande myndigheten kräver ingen säkerhet som inte hänger samman med att täcka in risker när det gäller kontraktets utförande.*
2. *Ifall säkerhet krävs uppgår denna till högst 5 procent av kontraktsvärdet.*
3. *Den upphandlande myndigheten kräver inga dubbla säkerheter.*
4. *Den andra punkten är inte tillämplig ifall förskottsbetalning före prestationen är en del av avtalet.*
5. *Den upphandlande myndigheten kräver ingen cession av rätt till försäkringsbelopp.*

Säkerheter tar ett företags likviditet i anspråk. Dessutom är det förknippat med höga kostnader för anbudslämnarna att skaffa en sådan säkerhet. Av det skälet är det därför klokt att endast kräva säkerhet ifall det är strikt nödvändigt för utförandet av det konkreta kontraktet. Som riktlinje anses högst 5 procent av kontraktsvärdet vara proportionerligt. Endast i särskilda undantagsfall kan (så länge det motiveras på ett fullgott sätt) avsteg göras från denna riktlinje. Ifall säkerhet ändå krävs är det väldigt klokt att inte låta säkerheten gälla längre än nödvändigt, så att inte anbudslämnarens finansiella handlingsfrihet begränsas i onödan. När en väsentlig del av kontraktet är avslutat kan säkerheten justeras ned. Dubbla säkerheter (t.ex. bankgaranti och innehållande av betalning) är givetvis inte proportionerliga. Den fjärde punkten

hänför sig från och ska läsas tillsammans med vad som fastställs i 2007 års regelverk om beviljande av förskott som gäller på grundval av 2001 års bokföringslag. Där avses situationen där betalning innan prestationen har utförts ingår som en del av avtalet. Under vissa omständigheter kan det vara nödvändigt och proportionerligt att kräva en säkerhet. Det måste prövas i ljuset av den första punkten. Storleken på säkerheten behöver, för de fall där regelverket är tillämpligt, inte begränsas till 5 procent av kontraktsvärdet, utan relateras till beloppet för det beviljade förskottet eller förskottsbetalningen. Att kräva cession av rätten till försäkringsbelopp tillåts ofta inte av försäkringsgivaren och är något som det starkt avråds ifrån.

Bestämmelse 3.5 E:

1. *Den upphandlande myndigheten kräver inte ett uttalande utan reservation om årsredovisningen före meddelandet om tilldelningsbeslutet. För företag utan krav på årsredovisning räcker det med en godkännandeförklaring eller ett revisionsuttalande med historisk finansiell information.*
2. *Den upphandlande myndigheten kräver ingen separat förklaring från en anbudslämnares revisor om en eller flera delar av årsredovisningen.*

Att kräva ett uttalande utan reservation om årsredovisningen från ett företag som enligt civillagens andra bok (holländsk lag) inte omfattas av krav på årsredovisning innebär en extra administrativ börda och är därför principiellt oproportionerligt. För dessa företag utan krav på årsredovisning gäller i stället det s.k. revisionsuttalandet. Dessa företag kommer inte att ha ett uttalande utan en reservation från en revisor. De omfattas inte av något krav på godkännande enligt lagen. Därför ses det som proportionerligt att betrakta godkännandeförklaringen eller revisionsuttalandet med historisk finansiell information som tillräckligt. Ifall ett av dessa två intyg krävs är det önskvärt att enbart ställa kravet på den som förväntas komma i fråga för kontraktet.

Att begära in andra eller kompletterande bevis ses också som oproportionerligt. När företaget har ett bevis avseende omsättningen kan det vara administrativt väldigt tungt om det därefter krävs ett separat bevis om omsättning kopplad till specifika referensprojekt. De angivna referensprojekten behöver inte bekräftas med ännu en förklaring. För ett företag som tillhör en koncern som endast har koncernredovisningar räcker det att begära in koncernredovisningarna i stället för ett uttalande utan reservation. I ett sådant fall är det däremot skäligt att begära att koncernen ställer sig som garant för det aktuella företaget i förhållande till de ställda kraven. Även detta kan ske genom en enkel förklaring från företaget.

3.5.2.2 Krav på tekniskt och yrkesmässigt kunnande

Artikel 2.90

1. En upphandlande myndighet kan ställa lämplighetskrav på sökande och anbudslämnare efter att ha använt den nätbaserade databasen med e-Certis-certifikat.
2. Lämplighetskraven som avses i den första punkten kan avse:
   a. den finansiella och ekonomiska bärkraften,
   b. teknisk kompetens och yrkeskunnande,
   c. yrkesbehörighet.
   ...
8. När en upphandlande myndighet förbereder och genomför en överenskommelse ställer den enbart krav på anbudslämnarna och anbudet som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.

När det gäller bevisning anges följande i artikel 2.93:

1. Ett företag visar sin tekniska kompetens eller sitt yrkeskunnande på ett eller flera av följande sätt, beroende på entreprenadarbetenas, varornas eller tjänsternas typ, kvantitet eller omfattning och mål:
   a. genom en lista med de entreprenadarbeten som utförts den gångna perioden, som längst fem år tillbaka, en lista som åtföljs av intyg som bevisar att de viktigaste arbetena utförts på vederbörligt sätt, avseende allt från utförandesättet till resultatet,
   b. genom en lista med de viktigaste varorna eller tjänsterna som utförts den gångna perioden, som längst tre år tillbaka, med uppgifter om belopp och datum och de mottagande offentlig- eller privaträttsliga instanserna,
   c. genom angivande av den tekniska personal eller de tekniska organ, såväl tillhörande entreprenörens företag som externa, särskilt de som haft kvalitetskontrollen som uppgift och, när det gäller offentliga kontrakt om entreprenadarbeten, vilka av dessa som står till entreprenörens förfogande för att utföra arbetena,
   d. genom en beskrivning av leverantörens eller tjänsteleverantörens tekniska utrustning, de åtgärder som vidtas för att garantera kvaliteten och de möjligheter som erbjuds när det gäller utkast och undersökning,
   e. genom angivelse av de system som företaget kan använda för styrning av leverantörskedjan och spårning inom ramen för utförande av det offentliga kontraktet,
   f. vid komplexa produkter eller tjänster eller ifall dessa ska uppfylla ett särskilt mål, genom kontroll – av den upphandlande myndigheten eller på dess uppdrag, av ett behörigt officiellt organ i det land där leverantören eller tjänsteleverantören har sitt säte, med förbehåll för detta organs godkännande – som avser leverantörens produktionskapacitet eller tjänsteleverantörens tekniska kapacitet och, vid behov, avser leverantörens eller tjänsteleverantörens möjligheter vad gäller utkast och undersökning och de åtgärder som ska vidtas för att garantera kvaliteten,
   g. genom de utbildnings- och yrkeskvalifikationer som tjänsteleverantören eller entreprenören eller personalen i ledande ställning i företaget besitter, såvida inte detta tillämpas som ett tilldelningskriterium,
   h. genom angivande av de åtgärder avseende miljövård som företaget kan tillämpa för utförande av det offentliga kontraktet,
   i. genom en förklaring avseende den för året genomsnittliga bemanningen hos tjänsteleverantörens företag eller entreprenören, och storleken på den administrativa personalen under de senaste tre åren,
   j. genom en förklaring av de installationer, det material och tekniska utrustning som tjänsteleverantören eller entreprenören förfogar över för utförande av det offentliga kontraktet,
   k. genom beskrivning av den del av det offentliga kontraktet som tjänsteleverantören eventuellt lägger på underentreprenad,
   l. vad gäller de produkter som ska levereras, genom prover, beskrivningar och foton vilkas äkthet på den upphandlande myndighetens begäran kan påvisas med hjälp av intyg som utfärdats av en erkänd organisation, där det förklaras att de genom referenser tydligt identifierade produkterna motsvarar vissa specifikationer eller normer.

2. Varor och tjänster som avses i den första punkten avsnitt b visas när det gäller varor eller tjänster för en upphandlande myndighet genom intyg som den behöriga myndigheten har lämnat eller medundertecknat, eller, när det gäller varor eller tjänster, för en privat köpare genom intyg från köparen eller, vid avsaknad av sådana, genom en förklaring från företaget.

3. En upphandlande myndighet som ställer som lämplighetskrav att sökanden har utfört tidigare kontrakt, som avses i den första punkten avsnitt a och b, efterfrågar när det gäller delar av kontraktet tidigare utförda jämförbara kontrakt och inte tidigare utförda kontrakt som har samma kvantitet eller omfattning och mål som kontraktet.

4. I avvikelse till den första punkten avsnitt a och b kan den upphandlande myndigheten ta hänsyn till entreprenadarbeten, varor eller tjänster över en längre tidsperiod än vad som anges i dessa avsnitt, ifall detta är nödvändigt för att slå vakt om en tillräcklig konkurrensnivå.

Bestämmelse 3.5 F:

Den upphandlande myndigheten fastställer nyckelkompetenser som överensstämmer med den önskade erfarenheten på väsentliga punkter i kontraktet för att pröva teknisk kompetens och yrkeskunnande.

En kommun vill arbeta fram en s.k. bred samverkansskola (holländskt begrepp) och går ut på marknaden med en upphandling. I stället för att ställa referenskravet på att en anbudslämnare tidigare vid tre tillfällen ska ha tagit fram en bred samverkansskola begär kommunen att anbudslämnaren väljer ut referenser som ger inblick i den begärda kompetensen, t.ex. en tidigare framtagen skola, förskola eller multifunktionsbyggnad.

Kompetenskrav säger något om den grad till vilken anbudslämnarna kan anses vara i stånd att utföra de faktiska aktiviteterna på professionellt sätt. När dessa krav ställs är det viktigt att hitta en formulering som återspeglar de nyckelkompetenser som är relevanta för ett specifikt kontrakt. Då är det helt nödvändigt att formulera nyckelkompetenserna kritiskt, och man måste leta efter erfarenhet på de punkter som är av väsentlig betydelse (nyckelkompetenser). Att begränsa det till att ange de mest väsentliga nyckelkompetenserna är i en del fall besvärligt, men det behövs för att få en så väl fungerande marknad som möjligt. En vanlig metod för att göra nyckelkompetenser synliga och mätbara är att använda referenser. Att definiera för många och för specifika nyckelkompetenser och dessutom begära referenser per nyckelkompetens blir ett nästintill omöjligt sökande efter den perfekta anbudslämnaren. Det gör att marknaden starkt snävas in, vilket varken ligger i upphandlande myndigheters eller i potentiella anbudslämnares intresse. Av samma skäl är det klokt att vara försiktig med att ställa för många krav och/eller begära referenser på nya marknader (produkter och tjänster som ännu är ganska nya och där det inte finns några eller bara ett fåtal leverantörer som har erfarenheter). På en sådan marknad ligger det närmare till hands att göra en tydligt funktionellt beskriven upphandling där marknaden stimuleras för att tänka med och få fram nytänkande lösningar.

Nyckelkompetenserna behöver översättas till erforderliga krav på (teknisk) kompetens. Då har det betydelse att man inte fortsätter att efterfråga samma sak, eftersom det starkt begränsar antalet potentiella anbudslämnare. Vad det handlar om är att hitta alla de företag som har den nödvändiga erfarenheten, oavsett om det är från flera olika projekt eller inte.

Bestämmelse 3.5 G:

1. *Den upphandlande myndigheten begär högst en referens per angiven nyckelkompetens.*
2. *Den upphandlande myndigheten begär inte att referensprojekt har ett värde över 60 procent av kostnadsuppskattningen för det aktuella kontraktet.*

Ett referenskontrakt per relevant kompetens betraktas som tillräckligt. De krav som ställs ska vara proportionerliga både vad gäller kontraktets natur och omfattning. Som riktvärde gäller att värdet för den eventuellt begärda referensen ska ligga mellan 0 och 60 procent av kostnadsuppskattningen för det aktuella kontraktet. Med 0 procent avses att inget referenskrav ställs (se skalan nedan). Även här handlar det om en glidande skala där man noga måste granska för varje kontrakt ifall krav i början respektive slutet av skalan är realistiska. Avvikelse från detta allmänna riktvärde måste givetvis motiveras. Lagen utgår ifrån en referensperiod på högst fem år för entreprenadarbeten och tre år för varor och tjänster. En kortare tid är tillåten, men i princip inte en längre. En längre period är möjlig ifall antalet sökande som kan uppfylla referenskraven annars blir otillräckligt. Det kan vara fallet i en bransch där det systematiskt utförs relativt få kontrakt eller i en bransch där det under en viss period utförs färre kontrakt. För att optimera konkurrensen är det önskvärt att i möjligaste mån hålla maxperioderna. Värt att betänka är att det åtminstone är oklokt att välja en kortare tidsperiod för sporadiskt förekommande kontrakt.

En kommun beställer böcker varannan vecka till sitt allmänna bibliotek. Efter leverans genomgår de en hanteringsprocess för att efter några veckor eller en månad hamna i bibliotekets hyllor. Ett regionalt utbildningscentrum vill kunna beställa digitala enstaka exemplar av böcker till sina docenter med en garanterad leveranstid till sina utbildningar. Pedagogerna kan upptäcka i sista stund att en bok saknas, personalen på de olika avdelningarna ska själva kunna göra digitala beställningar och leverans måste ske inom 48 timmar eller fem dagar (utländsk litteratur). Även om det i princip handlar om samma produkt skiljer de underliggande processerna sig åt och man kommer i det senare fallet att ställa helt andra krav på erfarenhet än i det förra.

En upphandlande myndighet vill upphandla ett kontrakt för att rita en byggnad. Bland annat på grund av marknadsomständigheterna har arkitekterna i allmänhet utfört få kontrakt de gångna åren. Den upphandlande myndigheten väljer därför att tillämpa en längre referensperiod för att göra det möjligt för fler arkitektkontor att delta i upphandlingen.

3.5.3 Urvalskriterier

Artikel 2.99

1. Den upphandlande myndigheten kan vid tillämpning av det selektiva förfarandet, den konkurrenspräglade dialogen, det förhandlade förfarandet under konkurrens och förfarandet för innovationspartnerskapet begränsa antalet sökande som bjuds in till anbudslämning eller deltagande ifall det finns tillräckligt många lämpliga kandidater.
2. Den upphandlande myndigheten anger i meddelandet det antal sökande man avser att bjuda in.
3. Det antal sökande som den upphandlande myndigheten avser att bjuda in ska vid det selektiva förfarandet vara minst fem och vid den konkurrenspräglade dialogen, det förhandlade förfarandet under konkurrens och förfarandet för innovationspartnerskapet minst tre.
4. Antalet inbjudna sökande garanterar en verklig konkurrens.
5. Ifall det antal sökande som inte utesluts och som uppfyller lämplighets- och urvalskriterierna är lägre än det antal som den upphandlande myndigheten fastställt för anbudsinfordran kan den upphandlande myndigheten fortsätta förfarandet genom att bjuda in den eller de sökande som uppfyller lämplighetskraven.
6. När den femte punkten tillämpas inbjuder inte den upphandlande myndigheten några företag som inte ansökt om att delta, inte heller företag på vilka en uteslutningsgrund är tillämplig eller som inte uppfyller lämplighetskraven.

Urvalskriterier är kriterier som en upphandlande myndighet kan ta till för att begränsa det antal sökande man bjuder in till upphandlingsförfarandet. Denna möjlighet finns i det selektiva förfarandet, den konkurrenspräglade dialogen, det förhandlade förfarandet under konkurrens och förfarandet för innovationspartnerskapet och används främst för kontrakt på marknader med ett stort förväntat antal sökande. Dessa förfaranden består därmed av två faser: urvalsfasen och tilldelningsfasen. I den första fasen kan i princip alla intressenter delta genom att anmäla sig som sökande.

För detta behöver inget anbud lämnas in, förutom i förfarandet för innovationspartnerskap där företagen som konkurrerar om att tillåtas delta i partnerskapet utarbetar sina föreslagna lösningar i anbudet. Dessa intressenter kommer att granskas utifrån de uppställda uteslutningsgrunderna och lämplighetskraven. Det totala antal sökande som befunnits lämpliga och som ska bjudas in till anbudslämning eller deltagande (i fallet med innovationspartnerskap) i den andra fasen kan begränsas ytterligare med hjälp av urvalskriterier. Denna förberedande urvalsrunda förekommer alltså inte i ett öppet förfarande.

Urvalskriterierna kan till innehållet jämföras med de lämplighetskrav som ställs vid ett öppet förfarande. De olika möjligheter som finns för att ställa lämplighetskrav beskrivs närmare i § 3.5.2.

En upphandlande myndighet vill bygga en cykeltunnel i betong under en järnväg med en kostnadsuppskattning omkring 3 000 000 euro. För att projektet ska bli lyckosamt efterfrågar den upphandlande myndigheten som nyckelkompetens att de sökande förfogar över tillräcklig erfarenhet av att bygga betongkonstruktioner, snarare än att efterfråga erfarenhet av likadana byggprojekt (dvs. cykeltunnlar).

Den upphandlande myndigheten anser att ett företag med sex referensprojekt inte är lämpligare än ett företag med tre referensprojekt. Företagen rangordnas inte heller därefter. Dessutom ställs som omsättningskrav att ett företag ska ha omsatt i genomsnitt 4,5 miljoner per år de gångna tre åren. Inte heller här rangordnas en anbudslämnare som har en omsättning på tio miljoner högre.

Det innebär ju inte alltid mer säkerhet för att entreprenadarbetet utförs korrekt.

Precis som när man ställer lämplighetskrav är det inte obligatoriskt att tillämpa urvalskriterier. En upphandlande myndighet måste på förhand avgöra om det finns skäl att begränsa det högsta antalet anbud. Man ska betänka att alla företag som uppfyllt lämplighetskraven i den första fasen i princip är lämpade att utföra kontraktet. Därför är det väldigt viktigt att göra överväganden om huruvida man ska ställa upp urvalskriterier. Om man ställer upp urvalskriterier kan dessa i varje fall inte formuleras som ett s.k. ”knockout-kriterium”.

I lagen anges ett lägsta antal anbudslämnare som ska bjudas in, och det gäller att se till att konkurrensen i praktiken garanteras. När man fastställer antalet anbudslämnare som ska bjudas in är det hursomhelst av stor betydelse att man ser till att man med det valda antalet också slår vakt om konkurrensen. Ifall man beslutar att begränsa antalet deltagare i upphandlingen är utgångspunkten att urvalskriterierna som tillämpas är transparenta, objektiva och icke-diskriminerande. Att rangordna anbudslämnarna på basis av ekonomisk och finansiell ställning, omfattning av eller antal referenser eller antal medarbetare är inte att rekommendera – mer betyder ju inte alltid bättre.

3.5.4 Krav på konsortier

Bestämmelse 3.5 H:

Den upphandlande myndigheten ställer inte högre krav på konsortier (partnersamverkan) än på en enskild anbudslämnare.

Konsortiebildning äger i praktiken endast rum när parterna har uppenbara skäl för att inte lämna anbud var och en för sig utan gemensamt. Det handlar då alltid om samarbete som ett nödtvång, inte bara för att man behöver sprida risker och fördela medel, utan också för att samla sitt gemensamma kunnande och utnyttja restkapacitet. När ett företag är i stånd att ensamt lämna ett anbud är det i praktiken inte relevant att ingå i ett konsortium, eftersom företag inte brukar vilja dela ett kontrakt med ett annat företag (konkurrent) om man kan klara av kontraktet själv. Dessutom gäller att man bara *får* samarbeta under vissa omständigheter.[8] Mot den bakgrunden finns det inga skäl att behandla ett sådant konsortium annorlunda än en ensam anbudslämnare när man granskar om kraven uppfylls. Att ställa högre krav på konsortier riskerar följaktligen också att betraktas som oproportionerligt. På grundval av artikel 2.52, fjärde punkten i lagen, är det inte tillåtet att ställa krav på rättslig form redan i upphandlingsfasen. Detta skulle för övrigt inte heller vara önskvärt med tanke på de administrativa bördorna. Det tvingar nämligen företagen att göra upp om dessa frågor sinsemellan innan de alls vet om de får kontraktet.

Artikel 2.52

...

4. En upphandlande myndighet kräver inte av konsortier där företag samverkar att partnersamverkan har en särskild rättslig form för att de ska få lämna in ett anbud eller en ansökan om deltagande.
5. En upphandlande myndighet kan bestämma på vilket sätt en partnersamverkan ska uppfylla kraven på ekonomisk och finansiell bärkraft och teknisk kompetens och yrkeskunnande som avses i artikel 2.90, andra punkten avsnitt a och b, så länge dessa krav vilar på objektiva grunder och är proportionerliga.
6. En upphandlande myndighet kan ställa andra krav på en partnersamverkan än enskilda deltagare när det gäller det offentliga kontraktets utförande, så länge dessa krav vilar på objektiva grunder och är proportionerliga.

...

[8] Politiska riktlinjer om konsortieavtal 2013, författningssamlingen *Staatsblad* 2013, 9223.

3.5.5 Tilldelningskriterier

Artikel 1.10 (1.13 och 1.16 innehåller motsvarande bestämmelser för nationella upphandlingar och selektiva upphandlingar).

1. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför ett specialsektorkontrakt, koncessionskontrakt eller meddelar en projekttävling för ett offentligt upphandlingskontrakt ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet, i förekommande fall, ta hänsyn till följande:
   …
   f. tilldelningskriterierna,
   …

Artikel 2.113

Den upphandlande myndigheten prövar anbuden utifrån de normer, funktionella krav och prestationskrav som den upphandlande myndigheten ställt upp i upphandlingsdokumenten.

Artikel 2.113 a

1. Tilldelningskriterierna garanterar möjligheten till faktisk konkurrens och åtföljs av specifikationer utifrån vilka den information som lämnats av anbudslämnarna verkligen kan prövas för att se hur väl anbuden uppfyller tilldelningskriterierna.
2. En upphandlande myndighet kontrollerar i händelse av tvivel korrektheten i den information och de bevis som anbudslämnarna lämnat.

Artikel 2.114

1. Den upphandlande myndigheten tilldelar ett offentligt kontrakt på grundval av det enligt den upphandlande myndighetens uppfattning ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.
2. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs av den upphandlande myndigheten på basis av följande:
   a. bästa förhållande mellan pris och kvalitet,
   b. lägsta kostnad beräknad utifrån kostnadseffektivitet, t.ex. livscykelkostnader i den mening som avses i artikel 2.115 a eller
   c. lägsta pris.
3. Vid tillämpning av den första punkten sker tilldelningen på grundval av avsnitt a i den andra punkten.
4. En upphandlande myndighet kan i avvikelse från den tredje punkten tilldela på grundval av avsnitt b eller c i den andra punkten. I det fallet motiverar den upphandlande myndigheten tillämpningen av det kriteriet i upphandlingsdokumenten.
5. Att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet uteslutande på basis av tilldelningskriteriet som avses i den andra punkten avsnitt b eller c är inte tillåtet när det gäller anvisande av kategorier av upphandlande myndigheter och typer av kontrakt enligt eller i kraft av regeringsbeslut.
6. Ett regeringsbeslut som ska fastställas i kraft av den femte punkten föredras inte tidigare än fyra veckor efter det att ärendet lagts fram för parlamentet *Staten-Generaals* båda kammare.

Artikel 2.115

1. Den upphandlande myndigheten meddelar på grundval av bästa pris/kvalitetsförhållande i offentliggörandet av det offentliga kontraktet vilka närmare kriterier som fastställs för att tillämpa detta kriterium.
2. De närmare kriterier som avses i första punkten hänger samman med föremålet för det offentliga kontraktet och kan bland annat avse följande:
   a. kvalitet, även tekniska krav,
   b. estetiska och funktionella egenskaper,
   c. tillgänglighet,
   d. planens lämplighet för alla användare,
   e. sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper,
   f. handeln och de villkor under vilka den sker,
   g. organisationen, kvalifikationerna och erfarenheten hos den personal som ska utföra kontraktet när kvaliteten på denna personal kan ha avsevärd betydelse för vilken nivå kontraktet utförs på,
   h. kundservice och teknisk support,
   i. leveransvillkor, t.ex. leveransdatum, leveranssätt, leveranstid eller tid för slutförande.
3. Närmare kriterier som avses i den första punkten har att göra med föremålet för det offentliga kontraktet när de avser de entreprenadarbeten, varor eller tjänster som ska utföras inom ramen för det offentliga kontraktet, i alla avseenden och i varje stadium av deras livscykel, även faktorer som har att göra med följande:
   a. den specifika produktionsprocessen, erbjudandet eller förhandlandet av dessa entreprenadarbeten, varor eller tjänster eller
   b. en specifik process för en annan fas av deras livscykel, även om dessa faktorer inte utgör en del av deras materiella grund.
4. Den upphandlande myndigheten specificerar i upphandlingsdokumenten den relativa vikt som varje närmare kriterium tillskrivs som valts för fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på basis av bästa pris/kvalitetsförhållande. Denna vikt kan uttryckas genom en marginal med en lämplig differens mellan minimum och maximum.
5. Ifall ingen viktning är möjlig av objektiva skäl anger den upphandlande myndigheten de närmare kriterierna i viktningsordning i upphandlingsdokumenten.

I lagstiftningen anges att val kan göras mellan tilldelningskriterierna lägsta pris, lägsta kostnad på basis av kostnadseffektivitet och bästa pris/kvalitetsförhållande, varvid det senare tas som utgångspunkt. För att kunna dra nytta av innovationen från marknaden är det snarast önskvärt att tilldela på basis av bästa pris/kvalitetsförhållande. Kriteriet bästa pris/kvalitetsförhållande ger möjlighet att få fram olika (kvalitativa) anbud från marknaden.

Vid tillämpning av tilldelningskriteriet bästa pris/kvalitetsförhållande måste man i meddelandet eller i upphandlingsdokumenten fastställa de valda kriterierna och underkriteriernas relativa vikt.

Denna vikt kan uttryckas genom en marginal med en lämplig differens mellan minimum och maximum. Ifall en viktning av påvisbara skäl inte kan anges ska kriterierna anges i prioritetsordning med det viktigaste kriteriet först. De kriterier som ställs upp ska vara objektiva och entydiga. Tilldelningskriterierna avser kontraktet, därför är det också logiskt att stämma av dessa mot kontraktet. Exempelvis ska den önskade omfattningen av utarbetandet av en handlingsplan efterfrågas på ett objektivt sätt och mot de tydliga kriterierna ovan. Den ansträngning som detta förutsätter av varje anbudslämnare ska beaktas. Vid extrema krav inom ramen för anbudslämning kan en anbudsersättning utgå.

För att förhindra att priset implicit ändå är det enda som avgör vid tillämpning av kriteriet med bästa pris/kvalitetsförhållande ska bland annat hänsyn tas till följande förebyggande aspekter:

- Det antal poäng som kan tilldelas för de kvalitativa kriterierna ska vara tillräckligt högt i förhållande till antalet poäng som tilldelas för kriteriet pris för att kunna vara avgörande.
- Man ska hantera en fungerande och transparent skalindelning och förhindra olika storheter, t.ex. som att använda en skala från 0 till 10 för att värdera det ena kriteriet samtidigt som man använder bedömningen bra eller dålig för det andra kriteriet.
- De kvalitativa kriterierna måste spela en avgörande roll. Om det kan förväntas att alla anbudslämnare (i stort sett) kommer att få samma poäng på detta kriterium blir likväl priset utslagsgivande i slutändan. Kriterier som är mer eller mindre självklara och som alla anbudslämnare i stort sett kommer att få samma poäng på kan hellre översättas till krav än önskemål som går att gradera, så att enbart önskemål av avgörande karaktär (och inga krav) vägs in i bedömningen.
- Det ska finnas tillräcklig differentiering på bedömningsskalan. Dessutom ska bedömningsskalans hela spektrum användas vid bedömningen, för ifall poängen vid bedömningen av de kvalitativa kriterierna bara ligger mellan 5 och 7 (på en skala till 10) är priset trots allt utslagsgivande.
- Det rekommenderas att man testar bedömningsskalan på förhand, t.ex. genom att göra en provberäkning.

Vid tilldelningskriteriet lägsta kostnad på basis av kostnadseffektivitet tas jämte anskaffningspriset även andra kostnadskriterier med i beräkningen. Ett exempel är att kostnader vägs in som är förbundna med produktens hela livscykel, såsom underhållskostnader och bortskaffningskostnader i slutet av produktens livslängd, även kallat den totala ägandekostnaden.

Om det verkligen inte finns tillräckliga särskiljande kriterier där anbudslämnarna kan erbjuda ett mervärde är det vettigare att explicit välja lägsta pris eller lägsta kostnad på basis av kostnadseffektivitet än att tillämpa dessa kriterier implicit eller för syns skull. Ifall den upphandlande myndigheten i avvikelse från huvudregeln vill tilldela på basis av lägsta pris eller lägsta kostnad på basis av kostnadseffektivitet ska detta motiveras på ett fullgott sätt i upphandlingsdokumenten.

Med begreppet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud samlas de tre kriterierna (lägsta pris, lägsta kostnad på basis av kostnadseffektivitet och bästa pris/kvalitetsförhållande) under en överordnad term. För att undvika missförstånd (tidigare betydde detta begrepp bästa pris/kvalitetsförhållande) är det klokt att inte längre använda begreppet ekonomiskt mest fördelaktiga anbud i upphandlingar.

3.5.6 Hållbarhet och sociala villkor

Vid hållbarhetskriterier och sociala villkor handlar det om invecklade frågeställningar som fortfarande är föremål för en nödvändig diskussion. I denna guide avhandlas inte dessa på ett uttömmande sätt. Här kommer därför med avsikt endast några frågor att vidröras som från proportionalitetssynpunkt behöver uppmärksammas ytterligare inom ramen för ett upphandlingsförfarande. Hållbarhetskriterier kan förekomma i form av (tekniska och funktionella) specifikationer, lämplighetskrav, urvalskriterier, tilldelningskriterier eller kontraktsvillkor. För behandlingen av detta ämne är följande stycken också av betydelse.

Utan inbördes ordning hänvisas här till följande:

- I valet av hållbarhetskriterier är det proportionerligt att väga in kontraktets omfattning vid valet av kriterier. Det betyder inte att det inte får ställas upp hållbarhetskriterier för mindre kontrakt.
- Kriterierna som rör hållbarhet och sociala villkor ska å ena sidan stå i rimlig proportion till kontraktets natur och omfattning, men ska å andra sidan stämmas av mot vad den relevanta marknaden kan erbjuda. Ifall det visar sig av en marknadsundersökning att ett brett utbud av företag uppfyller vissa kriterier kan dessa tillämpas generiskt och upptas som krav. Om det handlar om förnyanden på marknaden där det bara finns ett begränsat antal företag som kan erbjuda dessa kan man hellre ta upp dem som ett av underkriterierna inom tilldelningskriteriet bästa pris/kvalitetsförhållande. Att uppta tekniska specifikationer och krav som bara en mycket begränsad del av marknaden uppfyller – vilket gör att den faktiska konkurrensen inte längre garanteras – är inte bara oproportionerligt, utan även oförnuftigt.
- Som utgångspunkt gäller att hållbarhetskriterierna ska värderas på ett realistiskt sätt och vara objektivt mätbara inom ramen för bedömningen av bästa pris/kvalitetsförhållande.
- Hållbarhetskriteriernas proportionerlighet befrämjas så snart de upphandlande myndigheterna inleder samtal med (potentiella) anbudslämnare om de idéer och möjligheter som finns när det gäller hållbarhet; någon form av marknadsundersökning som avses i § 2.5 och artikel 2.25 i lagen skulle kunna vara ett sätt.
- Vid det definitiva valet av huruvida hållbarhetskriterier ska ställas är följande av betydelse:

1. Entydighet: När valet görs ska detta i första hand ske i överensstämmelse med de allmänt gällande kriterierna som ska vara anpassade efter de relevanta branscherna (uppställda av ekonomiministeriets expertcentrum för upphandlingar, PIANOo).[9]
2. Att formulera egna avvikande kriterier kan vara ett alternativ vid funktionell specifikation och/eller en upphandling på grundval av bästa pris/kvalitetsförhållande ifall det via en marknadsundersökning prövats att tillräckligt många marknadsaktörer kan uppfylla dem.
3. I allmänhet är det ändå förnuftigt att inte arbeta för mycket med lämplighetskrav på det här området. Om man som organisation vill stimulera hållbarhet och gå längre än de kriterier som ekonomiministeriets expertcentrum för upphandlingar PIANOo ställt upp rekommenderas starkt att man gör detta i form av tilldelningskriterier: det främjar hållbarhetens fortsatta utveckling utan att det på förhand utesluter företag som (ännu) inte uppfyller dem.

En kommun ska bygga en skola och efterfrågar i anbudet erfarenhet av markvärme. För detta ska referenser lämnas av vilka det framgår att denna teknik har tillämpats i praktiken, oavsett vilken typ av byggnad som avsetts (kommunhus, brandstation eller kontorsbyggnad). Genom att efterfråga allmän erfarenhet och inte erfarenhet av exakt jämförbara förhållanden är kravet proportionerligt.

- Realistisk övergångsperiod: Ifall krav ställs på hållbarhetens område måste marknaden också få möjlighet att inom organisationerna på samma gång stämma av sina styrningsmetoder mot de krav som fastställts av den upphandlande myndigheten. Att ständigt ändra villkoren anses inte heller lämpligt i detta sammanhang.
- När man begär referenser med avseende på hållbarhet gäller detsamma som för referenser i allmänhet. Av referenserna ska det framgå tydligt att anbudslämnaren

[9] Kriteriedokumenten från PIANOo uppdateras med viss regelbundenhet.

besitter de färdigheter som krävs för att omsätta den efterfrågade hållbarheten i praktiken. Att efterfråga ett identiskt, jämförbart projekt är inte nödvändigt. Hållbarhet hänger trots allt samman med innovationer och att kunna erbjuda varianter. De mål som ställs upp ska dock vara härledda av den nationella hållbarhetstematiken. Påvisandet av hållbarhet ska ske i den sista fasen, precis som vid andra lämplighetskriterier och tilldelningskriterier.

- För det fall uppdragstagarna ska rapportera om hållbarhetsaspekter ska detta ske i enlighet med rekommendationen från det socio-ekonomiska rådet[10] och det nationella rådet för redovisningsstandarder.[11] Rapportering på annat sätt betraktas som oproportionerligt.
- Vid sociala villkor för hållbara inköp handlar det om den sociala situationen i (den internationella) produktionskedjan. Härunder faller t.ex. de mänskliga rättigheterna och organisationsfriheten, förbud mot barnarbete, tvångsarbete och diskriminering. Det handlar här endast om en skyldighet att vidta bästa möjliga åtgärder på grundval av en skälig riskbedömning.[12]
- Hänvisningar till vissa kontrollmärken är tillåtna. Detta är kopplat till ett antal villkor. Kraven för märkningen:
  - ska ha relevans för föremålet för kontraktet,
  - ska vara baserade på objektivt kontrollerbara och icke-diskriminerande kriterier,
  - ska ha antagits genom ett öppet och transparent förfarande där företaget som begär certifikatet inte kan utöva inflytande på certifikatets innehåll.

En kommun vill anlägga en väg av natursten framför kommunhuset och anordnar en upphandling. Materialet som ska levereras är kostsamt och utgör en stor del av upphandlingsbeloppet, samtidigt som själva anläggandet av vägen kräver specifika färdigheter. Kommunen har därför ställt följande krav: I upphandlingen ska den bestämmelse som kommunen fastställt om anlitande av arbetslösa (den s.k. femprocentsregeln) tillämpas. Den entreprenör som ska tilldelas entreprenadkontraktet åläggs genom regeln att avsätta minst 5 procent av kontraktsbeloppet till löner till anlitade arbetslösa. Eftersom löner utgör en förhållandevis liten del av kontraktsbeloppet och arbetet kräver specialkunskaper är denna bestämmelse om socialt utbyte oproportionerlig.

Hållbara inköp inom multifunktionella bostäder

Inom ett inköpsprojekt för en multifunktionell bostad (*Multifunctionele Accommodatie*, MFA) utmanas marknadens aktörer att göra en god avvägning mellan hållbarhet och kostnader i sina anbud. Genom att upphandla funktionellt anger man som uppdragsgivare vilka mål (prestationskrav) man vill uppnå i stället för att beskriva hur dessa prestationskrav ska uppfyllas (t.ex. energineutralt i stället för specifika energikrav). Inom denna upphandling följs en systematik där en ambitiös men realistisk nedre gräns (minimikrav) satts på hållbarhetens område som får genomslag för marknadsutvecklingen, där man samtidigt tillskriver mer hållbara lösningar en högre poäng. Priset anges på grundval av användarkostnaderna under 15 års tid (den totala ägandekostnaden under 15 år), dvs. inte bara anskaffningspriset, utan livslängden beaktas eftersom det ofta är där den största vinsten ligger vad gäller hållbarhet. Anbudslämnarna har med hjälp av systematiken i de kommunala byggriktlinjerna GPR, (www.gprgebouw.nl/website/gebouw.aspx) kunnat erbjuda hållbara lösningar på ett objektivt och entydigt sätt. Den nedre gränsen fastställdes till en genomsnittlig GPR-poäng på 8 (PIANOo tillämpar som minst 7). En högre poäng gav en extra värdering på 15 procent som vägdes in i den totala bedömningen. Alla anbudslämnare drog nytta av denna möjlighet och erbjöd en högre GPR-poäng än vad som krävdes som minimum. Ett funktionellt angreppssätt stimulerar alltså innovationer och konkurrens och får ut det bästa av marknaden. Tre av fem anbudslämnare fick till och med högsta värdering, och en av dessa var den part som i slutändan tilldelades kontraktet. Projektet med den multifunktionella kompromissen kommer att fullbordas med en GPR-poäng på 8,7, vilket leder till en mindre miljöpåverkan och lägre kostnader under hela livslängden. Genom detta system har anbudslämnarna fått frihet att genomföra hållbara lösningar med bästa pris/kvalitetsförhållande.

[10] hMp://www.ser.nl/nl/publicaties/adviezen/2010-2019/2010/b28646.aspx

[11] hMp://www.rjnet.nl/Documents/Uitingen%202009/0000026826_RJ_Uiting_2009_8_Herziene_Richtlijn_400_Jaarverslag_en_ Handreiking.pdf

[12] Sociala villkor utformas i en manual i ett senare skede. Där behövs villkor för vad som ska anses skäligt. Från proportionalitetssynpunkt måste man förhindra att riskerna formuleras för ensidigt för företagen.

3.5.7 Samband med annan lagstiftning

Rent allmänt är det bra att vara medveten om att det finns lagstiftningar och regler som kan ha betydelse för en upphandling eller anbudslämnare. Börsnoterade bolag omfattas t.ex. av reglerna på börsen. Dessa reglerar om man får lämna ut viss information eller inte. Kravet på att en anbudslämnare ska anmäla en skada som omfattas av försäkringen till den upphandlande myndigheten strider mot reglerna på börsen. Enligt dem klassas sådan information som alla måste kunna ta del av samtidigt som priskänslig (och skadeanspråk kan göras gällande). Andra regler som företag omfattas av och som påverkar om det är möjligt för ett företag att delta i en upphandling är bokföringsreglerna. Många företag omfattas t.ex. av EU:s eller amerikanska bokföringsregler (IFRS eller US GAAP). I dessa regler stipuleras att ett företag inte får redovisa intäkter om det finns en risk att dessa delvis eller helt och hållet måste återbetalas till kunden (i det här fallet den upphandlande myndigheten). Bestämmelser om att rabatter måste tilldelas senare (t.ex. mest gynnad-klausul i vissa kontrakt) kan få större konsekvenser än många upphandlande myndigheter inser. Det har även långvariga (underhålls-)garantier kombinerade med möjligheten för en upphandlande myndighet att upphäva kontraktet (utan att ett företag kan påverka det) efter ett visst antal år. Vad gäller kontraktsvillkor i allmänhet, se § 3.9. Det kan självklart finnas skäl för upphandlande myndigheter att ställa dessa krav ändå. I sådana fall måste den upphandlande myndigheten göra en motiverad avvägning mellan dessa eller detta skäl och möjligheten att man utesluter företag från att kunna lämna anbud i den aktuella upphandlingen.

3.6 Hantering av tidsfrister

I lagen finns det flera bestämmelser där tidsfrister anförs. Dessa bestämmelser benämns i korthet nedan.

Artikel 1.10

1. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför ett specialsektorkontrakt, koncessionskontrakt eller meddelar en projekttävling för ett offentligt upphandlingskontrakt ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller enheten, i förekommande fall, ta hänsyn till följande:

   ...

   e. tidsfrister som ska fastställas,

   ...

Tidsfrister anges i det följande i:

Artikel 2.54

1. En upphandlande myndighet lämnar närmare upplysningar om upphandlingsdokumenten senast tio dagar före sista datum för inlämning av anbuden, försåvitt begäran om upplysningar gjorts i tid före sista datum för inlämning av anbuden.
2. I avvikelse till den första punkten uppgår den tidsperiod som avses i den punkten till fyra dagar i händelse av tillämpning av det öppna förfarandet, selektiva förfarandet eller det förhandlade förfarandet under konkurrens, varvid artikel 2.74 äger tillämpning.

§ 2.3.2.3 Tidsfrister

Artikel 2.70

Den upphandlande myndigheten fastställer tidsfrister för inlämning av ansökningar om deltagande eller anbud med hänsyn tagen till föremålet för kontraktet, den tid som behövs för ansökan eller anbudet och de regler om tidsfrister som anges i detta stycke.

Artikel 2.71

1. För öppna förfaranden gäller minst 45 dagar för inlämning av anbud, räknat från och med meddelandets sänddatum.
2. För selektiva förfaranden och det förhandlade förfarandet under konkurrens uppgår tidsfristen för inlämning av ansökningar om deltagande till minst 30 dagar, räknat från och med sänddatumet för meddelandet om det offentliga kontraktet.
3. För förfaranden med den konkurrenspräglade dialogen och förfarandet för innovationspartnerskapet uppgår tidsfristen för inlämning av ansökningar om deltagande till minst 30 dagar, räknat från och med sänddatumet för meddelandet om det offentliga kontraktet.
4. För selektiva förfaranden uppgår tidsfristen för inlämning av anbud till minst 40 dagar, räknat från och med sänddatumet för inbjudan att lämna in anbud, och för det förhandlade förfarandet under konkurrens uppgår tidsfristen för inlämning av de första anbuden också till 40 dagar, räknat från och med sänddatumet för inbjudan till anbudsinlämning.
5. Ifall den upphandlande myndigheten har lämnat ett förhandsmeddelande som avses i stycke 2.3.2.1 kan tidsfristen för inlämning av anbud, som avses i den första och fjärde punkten, förkortas till 29 dagar, men aldrig till mindre än 22 dagar.
6. Att förkorta tidsfristen som avses i femte punkten är endast tillåtet ifall förhandsmeddelandet innehåller all information som krävs i meddelandet om det offentliga kontraktet, som avses i bilaga V, del B, avsnitt I i direktiv 2014/24/EU, försåvitt denna information är tillgänglig vid tidpunkten för tillkännagivandet av förhandsmeddelandet och detta förhandsmeddelande skickas för offentliggörande minst 52 dagar och högst tolv månader före sänddatumet för meddelandet av det offentliga kontraktet.

Artikel 2.72

1. En upphandlande myndighet förlänger tidsfristen för inlämningen av anbud, som avses i artikel 2.71 första och fjärde punkten, med fem dagar i de fall som avses i artikel 2.66 tredje och fjärde punkten.
2. Den första punkten är inte tillämplig i ett fall som avses i artikel 2.74.

Artikel 2.73

1. En upphandlande myndighet förlänger tidsfristerna för inlämningen av anbuden på ett sådant sätt att alla berörda företag kan få kännedom om all nödvändig information för att sammanställa anbuden ifall:
   a. anbud endast kan göras efter ett besök på plats,
   b. anbud endast kan göras efter insyn på plats i de dokument som upphandlingsdokumenten baseras på,
   c. den kompletterande information som efterfrågats i tid, som är av betydelse för sammanställningen av anbuden inte har lämnats senast tio dagar före eller – i ett fall som avses i artikel 2.74 avsnitt a och c – inte har lämnats senast fyra dagar före utgången av den tidsfrist som satts för inlämningen av anbuden eller
   d. upphandlingsdokumenten har ändrats på väsentligt sätt.
2. I de fall som avses i den första punkten avsnitt c och d ska tiden för förlängningen stå i rimlig proportion till hur viktig informationen eller ändringen är.

Artikel 2.74

I brådskande fall som motiveras på ett fullgott sätt av den upphandlande myndigheten, där de tidsfrister som fastställs i första, andra och fjärde punkten i artikel 2.71 inte kan iakttas, kan en upphandlande myndighet fastställa följande tidsfrister:

a. för öppna förfaranden: en tidsfrist för inlämning av anbud på minst 15 dagar, räknat från och med sänddatumet för meddelandet om det offentliga kontraktet,

b. för selektiva förfaranden eller det förhandlade förfarandet under konkurrens: en tidsfrist för ansökningar om deltagande på minst 15 dagar, räknat från och med sänddatumet för meddelandet om det offentliga kontraktet,

c. för selektiva förfaranden eller det förhandlade förfarandet under konkurrens: en tidsfrist för inlämning av anbud på minst tio dagar, räknat från och med sänddatumet för inbjudan till anbudsinlämning.

Artikel 2.74 a

1. En upphandlande myndighet som inte är en central upphandlande myndighet kan i avvikelse till artikel 2.71 fjärde punkten bestämma tidsfristen för inlämning av anbud vid ett selektivt förfarande eller tidsfristen för inlämning av de första anbuden vid ett förhandlat förfarande under konkurrens i inbördes samförstånd med de utvalda sökandena förutsatt att alla utvalda sökande ges tid att förbereda och lämna in sina anbud.

2. Ifall inget samförstånd nås om den tidsfrist som avses i den första punkten ska denna uppgå till minst 40 dagar, räknat från sänddatumet för inbjudan om anbudsinlämning.

Artikel 2.74 b

En upphandlande myndighet kan förkorta tidsfristen för inlämning av anbud, som avses i artikel 2.71 första och fjärde punkten och artikel 2.74 a andra punkten, med fem dagar ifall den upphandlande myndigheten tillåter anbudsinlämning på elektronisk väg.

Artikel 2.103

1. En upphandlande myndighet meddelar berörda sökande och berörda anbudslämnare beslut om avslag eller uteslutning skriftligen och så snabbt som möjligt.

2. På begäran av en berörd part underrättar en upphandlande myndighet en sökande som fått avslag så snart som möjligt, i varje fall senast 15 dagar efter mottagandet av den skriftliga ansökan, om skälen till avslaget av ansökan om deltagande.

3. På begäran av en berörd part underrättar den upphandlande myndigheten samtliga sökande som fått avslag så snart som möjligt, i varje fall senast 15 dagar efter mottagandet av den skriftliga ansökan, om skälet till avslaget av anbudet, även i de fall som avses i artiklarna 2.77 och 2.78, att skälet till beslutet om att likvärdighet inte föreligger eller att entreprenadarbetena, varorna eller tjänsterna inte uppfyller de funktionella eller prestandarelaterade kraven.

4. Den första och andra punkten tillämpas på motsvarande sätt på den anbudslämnare som avses i artikel 2.101 tredje punkten.

Bestämmelse 3.6:

Den upphandlande myndigheten överväger att tillämpa en längre tidsfrist än minimitidsfristerna.

Ifall minimitidsfrister är fastställda i lag ska det för varje kontrakt kritiskt övervägas ifall de uppsatta tidsfristerna är realistiska och proportionerliga och står i relation till den insats som ska utföras. Därför är det vettigt att formulera längre tidsfrister för ett komplicerat projekt, så att parterna har tillräckligt med tid för att lämna in sina anbud. Upphandlande myndigheter har övervägt upphandlingen i månader, ibland i ett halvår eller ett år, innan man offentliggör upphandlingen. Därför ligger det också i den upphandlande myndighetens intresse att därefter ge anbudslämnarna tillräckligt med tid att ta fram ett bra anbud. De lagstadgade tidsfristerna uttrycks för övrigt som kalenderdagar utan hänsyn till semestertider och andra perioder, då det rimligtvis inte går att förbereda en ansökan eller ett anbud eller utföra andra nödvändiga aktiviteter i upphandlingsförfarandet. Tyvärr är det inte ovanligt i praktiken att korrespondens som omfattas av tidsfrister skickas kort före en sådan (av branschen) allmänt tillämpad (semester-)period. Ett exempel kan vara där en tilldelning planeras att ske och där möjligheten att sätta igång ett förfarande är begränsad till 20 kalenderdagar. Rent formellt får de lagstadgade tidsfristerna tillämpas och det är inte förbjudet att offentliggöra en upphandling före semestern och direkt efter semestern påbörja arbetet med urval eller tilldelning. Men det kommer inte att gagna kvaliteten på anbuden och kan också hindra en betydande del av de potentiella anbudslämnarna från att delta. I sådana situationer är det proportionerligt att förlänga de fastlagda tidsfristerna med semesterperioden, så att bästa marknadsfunktion beaktas och de lagstadgade rättigheterna inte begränsas.

I beskrivningen av en upphandlande myndighets förfarandebeskrivning finns följande passage: Mellan den 24 juli till den 15 augusti går det inte att nå inköpsavdelningen på grund av semester.

Eventuella frågor under denna tid besvaras efter den 15 augusti. I samband med semestern har tidsfristen för anbudsinlämning förlängts med tre veckor med tanke på tidsfristerna som gäller enligt lag.

När upplysningar begärs och frågor ställs som kan få långtgående konsekvenser för de anbud som ska lämnas in, t.ex. genom att ändringar görs i kontraktet, rekommenderas att extra tid ges för förberedelser (dvs. längre än tio dagar). När besvarandet av frågor i det första skedet ger upphov till nya frågor kan det rentav vara proportionerligt att ge extra tid för att besvara dessa. Att medvetet ställa frågor i sista stund utan goda skäl för att försvåra processen betraktas som ett oprofessionellt beteende gentemot de upphandlande myndigheterna.

Ifall en upphandlande myndighet ändrar upphandlingsdokument väsentligt eller inte lämnar begärd relevant kompletterande information i tid ska den upphandlande myndigheten förlänga de tillämpliga tidsfristerna. Denna extra tid beror på ändringarnas eller den saknade informationens natur och omfattning och deras konsekvenser för kontraktet. Ingående anpassningar av tekniska specifikationer kan t.ex. ge anledning att förlänga tidsfristerna betydligt. Betydande ändringar, särskilt ifall de leder till anpassade tidsfrister, ska offentliggöras via en annonsering av det ursprungliga meddelandet på den använda plattformen för offentliggörande. Man behöver alltså inte dra tillbaka en upphandling helt och hållet och offentliggöra den på nytt. Det räcker med en annonsering där det tydliggörs vad som har ändrats och vilka de nya tidsfristerna är.

Artikel 2.109

1. I händelse av störning i det elektroniska system som anbud ska lämnas in genom, vilket gör att det inte går att lämna in anbud kort innan tidsfristen går ut, kan den upphandlande myndigheten förlänga denna tidsfrist efter sista datum ifall den upphandlande myndigheten ännu inte fått kännedom om innehållet i något anbud.
2. Alla sökande och anbudslämnare som inte fått avslag av den upphandlande myndigheten informeras om den förlängning som avses i den första punkten och får tillfälle att ändra eller komplettera sitt anbud inom den förlängda tidsfristen.

Artikel 2.127

1. En upphandlande myndighet beaktar en senarelagd tidsfrist innan man sluter det avtal som tilldelningsbeslutet är föremål för.
2. Den senarelagda tidsfrist som avses i den första punkten börjar löpa dagen efter det datum då meddelandet om tilldelningsbeslutet skickats till de berörda anbudslämnarna och sökandena.
3. Den senarelagda tidsfrist som avses i den första punkten uppgår till minst 20 kalenderdagar.
4. En upphandlande myndighet behöver inte tillämpa den första punkten ifall:
   a. denna lag inte kräver att meddelandet om det offentliga kontraktet sker via det elektroniska systemet för upphandlingar,
   b. den enda berörda anbudslämnaren är den som det offentliga kontraktet tilldelas och det inte finns några berörda sökande,
   c. det handlar om kontrakt på grundval av ett ramavtal eller specifika kontrakt på grundval av ett dynamiskt inköpssystem som avses i avdelning 2.4.2.

3.7 Varianter

Artikel 2.83

1. En upphandlande myndighet kan tillåta att anbudslämnarna föreslår varianter eller begära att de lämnar in varianter.
2. En upphandlande myndighet anger i meddelandet om det offentliga kontraktet ifall varianter tillåts eller begärs. En upphandlande myndighet tillåter endast varianter ifall det har angetts i meddelandet att sådana är tillåtna eller har begärts.
3. En upphandlande myndighet som tillåter eller begär varianter anger i upphandlingsdokumenten vilka krav dessa varianter som minst ska uppfylla, hur de ska lämnas in och om varianter uteslutande kan lämnas in även när ett anbud lämnats in som inte är en variant.
4. En upphandlande myndighet garanterar att de valda tilldelningskriterierna kan tillämpas på varianter som uppfyller de ställda kraven och på konforma anbud som inte är varianter.
5. Varianter är kopplade till föremålet för kontraktet.
6. En upphandlande myndighet tillämpar de valda tilldelningskriterierna på varianter som uppfyller de ställda kraven och på konforma anbud som inte är varianter.
7. En upphandlande myndighet tar endast varianter i beaktande som uppfyller de ställda kraven.
8. Vid förfaranden för tilldelning av offentliga kontrakt om varor eller offentliga kontrakt om tjänster avslår inte en upphandlande myndighet, som tillåtit eller begärt varianter, en variant enbart för att denna variant – ifall denna valts – snarare skulle leda till ett offentligt kontrakt om tjänster än till ett offentligt kontrakt om varor, eller snarare till ett offentligt kontrakt om varor än till ett offentligt kontrakt om tjänster.

Bestämmelse 3.7:

Den upphandlande myndigheten överväger möjligheten att tillåta anbudslämnarna att föreslå varianter.

Lagstiftningen inrymmer möjligheten att tillåta varianter (motsvarar alternativa utföranden i svensk lagstiftning). En upphandlande myndighet kan i praktiken också begära varianter, oberoende av det valda tilldelningskriteriet. Ifall det är möjligt att lämna in varianter på vad som specificerats i upphandlingen måste den upphandlande myndigheten ange vilka krav dessa ska uppfylla. I fallet med varianter måste det anges om ett konformt anbud också begärs eller inte.

Det har visat sig i praktiken att detta alternativ sällan tillämpas. Det verkar stundom vara besvärligt att formulera bedömningskriterierna så i praktiken, att även varianter kan vägas in i bedömningen på ett transparent och rättvist sätt. Inte desto mindre är det helt visst värt att tillåta varianter, något som bör ges ett seriöst övervägande. Anbudslämnarna kan då komma med idéer som en upphandlande myndighet kanske inte har tänkt på och som t.ex. kan vara billigare, mer effektiva och ekonomiska.

Det förväntas av upphandlande myndigheter att de kritiskt överväger antalet varianter som ska begäras inom ramen för proportionalitet på grundval av kontraktet. Det förväntas av anbudslämnare att de nogsamt uppmärksammar antalet varianter som ska lämnas in för att undvika onödiga kostnader och ansträngningar för alla parter.

I praktiken betraktas en delvis eller fullständig funktionell specifikation av ett kontrakt som ett alternativ i stället för att tillåta varianter. Det handlar i båda fallen om att dra mesta möjliga nytta av anbudslämnarnas kunskaper för att förverkliga den lämpligaste lösningen för den upphandlande myndigheten.

Dessutom innebär tillåtandet av varianter eller funktionella specifikationer helt klart fler betydande fördelar inom ramen för främjandet av innovationer.

3.8 Anbudskostnader

Artikel 1.10 (1.13 och 1.16 innehåller motsvarande bestämmelser för nationella upphandlingar och selektiva upphandlingar).

1. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför ett specialsektorkontrakt, koncessionskontrakt eller meddelar en projekttävling för ett offentligt upphandlingskontrakt ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
2. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller enheten, i förekommande fall, ta hänsyn till följande:

   ...

   g. en ersättning vid anbudslämning,

   ...

Bestämmelse 3.8:

Den upphandlande myndigheten erbjuder en ersättning när en del av det kontrakt som ska tilldelas måste utföras för att ett anbud ska kunna lämnas in.

Liksom det innebär kostnader för en upphandlande myndighet att lägga ut ett kontrakt på marknaden innebär det i praktiken kostnader för sökandena och anbudslämnarna att lämna in ett anbud. Det är viktigt att dessa kostnader inte blir för höga och att de inte berör väldigt många anbudslämnare samtidigt. När det är oundvikligt med förhållandevis höga kostnader (t.ex. för presentationer av visioner, miniatyrkonstruktioner och modeller, skisser eller konstruktionsberäkningar) per anbud är det proportionerligt att ersätta en anbudslämnare för detta.

En kommun och en högskola som ska låta uppföra fem idrottshallar och en undervisningsbyggnad beslutar att på basis av kännedom om arkitektmarknaden genomföra en selektiv upphandling. 113 sökande laddar ned riktlinjerna för urval och 36 arkitektkontor bestämmer sig för att lämna anbud. Efter en bedömning av de 36 anbuden inbjuds fem arkitekter att lämna anbud, där en presentation av en vision (inte en design!) utgör en del av tilldelningen. Efter tilldelning erhåller de fyra kontor som inte blivit tilldelade kontraktet en skälig ersättning för sina ansträngningar med visionspresentationen.

3.9 Kontraktsvillkor

Artikel 1.10 (1.13 och 1.16 innehåller motsvarande bestämmelser för nationella upphandlingar och selektiva upphandlingar).

3. När en upphandlande myndighet eller enhet förbereder och genomför ett specialsektorkontrakt, koncessionskontrakt eller meddelar en projekttävling för ett offentligt upphandlingskontrakt ställer man enbart upp krav, villkor och kriterier för anbudslämnarna och anbuden som står i rimlig relation till föremålet för kontraktet.
4. Vid tillämpning av den första punkten ska den upphandlande myndigheten eller företag inom enhet, i förekommande fall, ta hänsyn till följande:

   …

   h. avtalsvillkoren.

Proportionalitet omfattar alla faser i upphandlingsförfarandet och därmed också kontrakten och kontraktsvillkoren. Eftersom det inte är tillåtet att lämna villkorade anbud handlar det här specifikt om villkor som den upphandlande myndigheten själv förklarar som tillämpliga på det kontrakt som ska upphandlas. Här avses såväl t.ex. övergripande villkor som eventuella inköpsvillkor som en upphandlande myndighet ställer.

De upphandlande myndigheterna och företagen avväger huruvida kontrakts-, inköps- och leveransvillkoren är acceptabla. Att proportionerliga villkor används ligger trots allt både i den upphandlande myndighetens och i de anbudslämnande parternas intresse. Helheten av klausuler i ett kontrakt, även inköpsvillkoren, är lättast att överblicka i sitt sammanhang. De individuella bestämmelserna kan ju var och en vara proportionerliga, men i ett inbördes sammanhang kan de vara oproportionerliga på grund av ackumuleringseffekter. Följande punkter förtjänar hursomhelst att uppmärksammas inom ramen för kontraktsvillkor:

- ifall enskilda kontraktsvillkor är gängse på den aktuella marknaden. Här behöver man också se om bestämmelserna är vanligt förekommande i kontrakt företag emellan,
- ifall det är önskvärt att bestämmelser i ett kontrakt – där en börda, skyldighet, förbindelse eller begränsning påverkar anbudslämnaren till dennes nackdel – avviker från det lagstadgade avtalsrättsliga systemet.

Bestämmelse 3.9 A:

Den upphandlande myndigheten fördelar risken på den part som bäst kan hantera eller påverka risken.

- Var ska de olika risker som ingår i ett kontrakt ligga? Fördela risken till den part som bäst kan hantera eller påverka risken, antingen till den upphandlande myndigheten eller till anbudslämnaren. Vid riskavvägningen ska följande aspekter beaktas:
  - sannolikheten att en risk blir verklighet och
  - följderna av att en risk blir verklighet.

Att lägga en risk som inte går eller knappt går att förutse på en anbudslämnare och som bara blir verklighet i sällsynta fall eller att lägga en risk på en anbudslämnare vilken kan ha eller har potential att påverka eller undergräva leverantörens kontinuitet är mer oproportionerligt än en rimligtvis förutsebar risk med små eller överblickbara effekter.

- Är risken för en eller båda parter rimlig eller under realistiska villkor försäkringsbar? (Obs: En vanlig missuppfattning är att allt är försäkringsbart. Så är inte fallet. Det innebär att även om det finns en försäkring på marknaden att tillgå betyder det inte nödvändigtvis att alla risker täcks av en sådan försäkring. Framför allt är ansvarsförbindelser, böter eller garantiåtaganden i regel inte försäkringsbara.)

Bestämmelse 3.9 B:

Den upphandlande myndigheten ger under upphandlingsförfarandet potentiella anbudslämnare möjlighet att föreslå justeringar i utkastet till avtal eller avvika från inköpsvillkoren.

Under upphandlingsförfarandet ska potentiella anbudslämnare alltid ges möjlighet att föreslå justeringar i utkastet till avtal eller avvika från inköpsvillkoren. Därigenom ger man som upphandlande myndighet möjlighet till att ta med underbyggda förslag. Att lägga ut ett kontrakt utan någon möjlighet för anbudslämnaren att lämna förslag är i princip oproportionerligt.

Bestämmelse 3.9 C:

I fall där det för en viss typ av avtal finns kontraktsmodeller eller allmänna villkor som är likvärdigt formulerade tillämpar den upphandlande myndigheten dessa fullt ut.

I fall där det för en viss typ av avtal finns kontraktsmodeller eller allmänna villkor som är likvärdigt formulerade ska dessa i princip tillämpas fullt ut, eftersom det handlar om en jämnt avvägd uppsättning villkor. Här hänvisas till de enhetliga administrativa villkoren UAV i 1989 och 2012 års versioner samt till UAV-GC från 2005. Projektspecifika situationer kan göra det nödvändigt att avvika från dessa modeller eller villkor, men avvikelserna ska då kunna motiveras.

När inlämning av varianter tillåts i en upphandling ska anbudslämnaren få utrymme att lämna förslag när det gäller avvikelser från den upphandlande myndighetens standardkontrakt eller standardvillkor. En variant är ju i det fallet bara genomförbar om man kommer överens om lämpliga villkor för det anbudet.

Förutom att erbjuda möjlighet att lämna in förslag är det även möjligt att inte lägga ut ett kontrakt från början, utan att upprätta ett kontrakt utifrån specifikationer och offert efter tilldelningen. Här kan man välja att ta med ett förslag till kontrakt eller ett modellkontrakt i upphandlingsdokumenten som tjänar som utgångspunkt för inarbetning av specifikationer och offert.

3.9.1 Enskilda kontraktsbestämmelser

Utöver vad som nämnts i allmänna ordalag ovan om kontrakt och allmänna villkor avhandlas nedan på ett icke uttömmande sätt ett antal specifika kontraktsbestämmelser. Självklart ska även andra kontraktsvillkor vara proportionerliga.

3.9.1.1 Ansvarsbestämmelse

Bestämmelse 3.9 D:

1. *Den upphandlande myndigheten kräver inget ansvar som inte är begränsat på något sätt.*
2. *Vid bedömningen av vilka begränsningar av ansvaret som är proportionerliga tar den upphandlande myndigheten åtminstone hänsyn till följande:*
   - *de risker som den upphandlande myndigheten faktiskt löper,*
   - *det gängse ansvarskravet i den aktuella branschen eller för det aktuella kontraktet utifrån dess natur och omfattning.*

Ansvarsparagrafen är ofta föremål för diskussion för båda parter. Det är av betydelse för båda parter vilka risker det aktuella kontraktet medför. Ansvar som inte är begränsat på något sätt antas inte vara proportionerligt. Ansvar kan begränsas i termer av typ, storlek och varaktighet.

När det gäller ansvarstyp kan skillnad göras mellan direkt och indirekt skada. Man ska se på varje enskilt uppdrag vilken begränsning som är proportionerlig i det aktuella fallet utifrån övervägandena i början av detta stycke samt de specifika övervägandena nedan.

Ibland finns det inga eller bara små risker förknippade med kontraktet. I andra fall kan dessa risker vara mycket omfattande (t.ex. i situationer med risk för personskada, men också i situationer där misstag i ett relativt litet konsultkontrakt kan få stora finansiella konsekvenser för den upphandlande myndigheten). Vilken begränsning som är proportionerlig går därför inte att kvantifiera i procentsatser av kontraktet och kan variera mellan branscher och/eller kontrakt. För att bedöma vilken ansvarsbegränsning som är proportionerlig kan man studera följande aspekter:

- vilka risker en upphandlande myndighet löper i praktiken – ansvarskravet ska kopplas till dessa,
- vad ett gängse ansvarskrav är i den aktuella branschen och/eller för det aktuella kontraktet utifrån dess natur och omfattning. Här kan man ta del av bestämmelserna i de gängse kontrakten i branschen och vad som vanligtvis är försäkringsbart[13] i branschen och/eller för kontraktet ifråga. I vissa branscher och för vissa kontrakt är följdskador inte försäkringsbara och garantier sällan försäkringsbara.

I vissa branscher är procentsatser fastställda i jämnt avvägda avtalade allmänna villkor. Ifall dessa villkor hanteras kan de där angivna procentsatserna tillämpas.

[13] Med ”vanligtvis försäkringsbart” avses försäkringsbar till rimliga premier och villkor.

Vad beträffar ansvar för personskada, död och sakskada rekommenderas att man tillämpar försäkringsbranschens normer i branschen och/eller för kontraktet i fråga.

När det gäller varaktighet gäller som allmän utgångspunkt att ansvaret kopplas till en procentsats av kontraktsvärdet på ett år. Vid en utförandetid på mindre eller mer än ett år är det inte alltid proportionerligt att omräkna omsättningskravet på ettårsbasis. Ett ansvarskrav på obestämd tid betraktas som oproportionerligt.

3.9.1.2 Immateriell egendom

Enligt upphovsrätten tillhör den immateriella egendomen dess skapare. I många sektorer är den immateriella egendomen det enda som är av värde för produkten och/eller avgörande för att anbudslämnarna ska kunna driva sin verksamhet. För en upphandlande myndighet är det ofta viktigt att undvika att man blir beroende av ett företag genom de produkter som tillverkats för den upphandlande myndigheten. Av det skälet vill den upphandlande myndigheten gärna erhålla rätten till den immateriella egendomen. För att förebygga det problemet är det inte alltid den immateriella egendomen som behövs, utan det kan vanligen räcka med en utvidgad nyttjanderätt. Ifall man utgår från den senare lösningen respekteras såväl anbudslämnarens ställning som den upphandlande myndighetens.

3.9.1.3 Mest gynnad-klausul

Bestämmelse 3.9 E:

En upphandlande myndighet begär inte att en anbudslämnare på förhand måste garantera att ifall en annan motpart än den berörda upphandlande myndigheten får samma produkt eller tjänst till ett bättre pris, så ska den upphandlande myndigheten också få det med retroaktiv verkan.

Denna bestämmelse handlar i korta ordalag om att en anbudslämnare på förhand måste garantera att ifall en annan motpart än den berörda upphandlande myndigheten får samma produkt eller tjänst till ett bättre pris, så ska den upphandlande myndigheten också få det med retroaktiv verkan. Denna bestämmelse kommer i allmänhet att betraktas som oproportionerlig. I vissa länder i EU är denna bestämmelse också uttryckligen otillåten enligt lag.

4 Upphandlingsfasen

4.1 Frågor till och meddelanden från den upphandlande myndigheten

I upphandlingsdokumenten från en upphandlande myndighet står det följande i ett förhandsmeddelande:

- Frågor kan endast ställas via e-post på nederländska språket och skickas till info@publieke.instelling.nl, med angivande av "ärende upphandling".
- Frågorna och svaren på dessa, tillsammans med eventuella förtydliganden på den upphandlande myndighetens initiativ, offentliggörs i anonymiserad form på en upphandlingsplattform. Varje anbudslämnare ansvarar själv för att hålla sig uppdaterad via denna webbplats.

Därutöver kan meddelanden lämnas om ändringar efter tidigare frågeställares kommentarer.

Från och med offentliggörandet av upphandlingsförfarandet får potentiella anbudslämnare ställa frågor med anledning av upphandlingsdokumentet eller urvalskriterierna. Rättsligt sett ska frågor vara besvarade av den upphandlande myndigheten senast tio dagar innan ansökan eller anbudet måste vara inlämnade. Båda parter har nytta av att frågor ställs så snabbt som möjligt och även besvaras så snabbt som möjligt. Beroende på föremålet för upphandlingen kan det ibland vara smidigt att organisera ett anbudsförberedande möte eller besök på plats (t.ex. vid lokalvård, catering eller tekniskt underhåll eller renoveringsarbete i byggnader). Frågor besvaras i ett eller flera förhandsmeddelanden som alla potentiella anbudslämnare ges tillgång till i digital form (obligatoriskt fr.o.m. 1 juli 2017). Frågor som kommer in offentliggörs omedelbart och så snart ett svar är tillgängligt fogas det till frågan. Detta sätt att lämna upplysningar har fördelarna att den upphandlande myndigheten reagerar snabbt på anbudslämnarnas frågor och att en och samma fråga inte ställs flera gånger.

Det hindrar inte att det slutliga förhandsmeddelandet för tydlighets skull offentliggörs med alla frågor och svar samlade senast tio dagar före ansökan och anbudslämning. När många upplysningar skickas kan det vara lämpligt att skjuta på tidsfristen för anbudsinlämningen.

Trots att utgångspunkten är att informationsutbytet ska ske elektroniskt kvarstår andra kommunikationssätt som en möjlighet (t.ex. presentationer, intervjuer och besök på plats). Ett villkor när andra kommunikationssätt används är att innehållet i kommunikationen dokumenteras i tillräcklig utsträckning och att alla berörda får tillgång till den (icke-diskriminerande, transparent och objektivt).

4.2 Formella krav

Bestämmelse 4.2:

Den upphandlande myndigheten ställer inga andra krav på en anbudslämnare än sådana som syftar till att möjliggöra en objektiv jämförelse av anbuden.

I varje upphandlingsdokument anges vilka formella krav som ställs på en ansökan eller ett anbud. Syftet med dessa formella krav är att nå fram till en objektiv jämförelse av anbuden. Man kan t.ex. begära att ett anbudsformulär eller en svarstabell ska fyllas i eller att bilagor ska numreras på ett visst sätt. Här kan krav tillkomma, allt beroende på föremålet för upphandlingen (t.ex. provtryck vid en upphandling om tryckeritjänster). Inte desto mindre ska i det fallet proportionalitetskomponenten

beaktas. Varje formellt krav som ställs innebär mer arbete för en (eventuell) anbudslämnande part. Därför måste en upphandlande myndighet fråga sig om man verkligen behöver fem exemplar (vid anbud som inlämnas i pappersform) och vilken tillförlitlighetsnivå som är proportionerlig (vid digitala anbud). Det faller sig naturligt att konsultera standardiseringsforumets arbeten om tillförlitlighetsnivåer för autentisering i offentlig förvaltning (version 3) och att tillämpa (i varje fall inte högre än) tillförlitlighetsnivå 3.[14]

Om en upphandlande myndighet lägger sig på en för hög nivå vad gäller de formella kraven löper man risken att antalet anbudslämnare kraftigt minskar (konkurrensbegränsning), att antalet fel ökar eller att formen blir viktigare än innehållet.

Att begära att varje sida ska undertecknas eller paraferas förefaller inte heller nödvändigt. Dessutom bör man vara återhållsam med att ställa formella krav på t.ex. referenser. Det skulle ju innebära i praktiken att en anbudslämnare måste vända sig till sin referensperson för varje nytt uppdrag för att få en underskrift för samma referens (som kanske undertecknats för flera år sedan), varje gång inom en ny modell för referenslämning. Frånsett eventuella hinder, som att den person eller organisation som var involverad i det konkreta kontraktet inte längre är verksam eller att det nya formuläret inte stämmer överens med det ursprungliga kontraktet, leder detta till oönskade administrativa bördor.

4.3 Stand still-perioden

Frysningsperioden på 20 kalenderdagar är verkligen en minimiperiod. Förlängning av tidsperioden kan i vissa fall vara möjlig och/eller förnuftig, både i den upphandlande myndighetens och i de anbudslämnande parternas intresse. Ifall den preliminära tilldelningen sker strax före en semesterperiod är det inte realistiskt att förvänta sig att marknadsaktörerna är i stånd att på 20 dagar studera den preliminära tilldelningen och besluta om huruvida man ska skrida till verket eller inte. Det kan annars vara bekvämt för en upphandlande myndighet att göra så, men det kan också ge anledning för en anbudslämnande part att direkt gå till domstol för att denna tidsperiod inte är realistisk. En välmotiverad redogörelse för resultatet av upphandlingen (i tilldelningsbeslutet, men även på begäran av de anbudslämnande parterna ifall dessa önskar förtydliganden) är viktig för alla parter. Ifall det inte går att planera in det begärda samrådet inom de 20 dagarna på grund av tidsbrist eller helgdagar är det möjligt att förlänga perioden med t.ex. en vecka för att så att säga rensa luften, så länge det inte sätter käppar i hjulet för kontraktets utförande.

4.4 Handläggning av klagomål (och dess proportionalitetsaspekt)

Förutom de i lag fastställda normerna för rättsligt skydd finns det ett stort behov av att klagomål kan handläggas på ett okomplicerat sätt. Det är proportionerligt att förekomma eventuella klagomål och otydligheter så tidigt som möjligt i upphandlingsprocessen och/eller lösa dessa och därigenom påverka processen under tiden. Det kan inte bara ha en tids- och kostnadsbesparande effekt, utan även sörja för att (de kontraktsmässiga) relationerna (ev. även före kontraktets ingående) inte utsätts för påfrestningar i onödan.

[14] Forumet för standardiserings tillförlitlighetsnivåer för autentisering i offentlig förvaltning (version 3), hMps://www.forumstandaardisatie.nl/kleadmin/os/publicaties/HR-Betrouwbaarheidsniveaus-v3-2014.pdf

Företag kan emellanåt vara försiktiga med att använda klarspråk kring otydligheter eller felaktigheter av rädsla att betraktas som någon som alltid klagar (man biter inte den hand som föder en).

Det ses som proportionerligt:

- att den upphandlande myndigheten i ett tidigt stadium tar itu med klagomål och frågor som lyfts av enskilda företag, deras branschorganisationer, branschrelaterade rådgivningscentrum för upphandlingar – befintliga och i vardande – som kan leda till justeringar i förfarandet,
- att efterleva motiverings- och transparensprincipen för att förebygga klagomål och otydligheter.

Varje upphandlande myndighet bör inom ramen för professionellt upphandlande ha en formaliserad handläggning av klagomål med hänsyn till ovanstående. Som kompletterande politiska riktlinjer har jämte lagstiftningen en norm utarbetats.[15] Denna guide begränsas till att kort beröra proportionalitetsaspekterna ovan i handläggningen av klagomål.

[15] Vägledningen för handläggning av klagomål i upphandlingar antogs slutligt den 1 mars 2013. Se även https://www.rijksoverheid.nl/ onderwerpen/aanbesteden/documenten/regelingen/2013/03/07/klachtahandeling-bij-aanbesteden

www.svensktnaringsliv.se
Storgatan 19, 114 82 Stockholm
Telefon 08-553 430 00

Arkitektkopia AB, Bromma, 2018