

Dialogens yttre gränser

– säkerställande av
likabehandlingsprincipen

Förord

SKL Kommentus mål är att bli offentlig sektors mest värdeskapande samarbetspartner. En viktig del för att nå det målet är att vi levererar bra avtal till våra kunder.

Vi vill vara väldigt duktiga på det vi gör. Därför måste vi äga kunskap om kunden och kundens behov, om marknaden och dess möjligheter, om leverantörernas behov och om andra intressenter eller idéer som påverkar eller kommer att påverka våra ramavtal.

För att kunna leverera bra avtal är vi övertygade om att vi måste förstå de branscher som vi verkar inom. Vi måste föra dialog och samverka med branscher och leverantörer under hela inköpsprocessen. Det är vår skyldighet att göra det för att kunna möjliggöra bra affärer.

Vi upplever dock att det finns felaktiga uppfattningar kring vad man som offentlig myndighet får prata om med leverantörer. En återkommande fråga är hur och om likabehandlingsprincipen kan brytas vid dialog inför en upphandling, och om leverantörer kan riskera att utestängas från upphandlingar efter en dialog.

Vi gav advokaten Erik Olsson och biträdande juristen Tahmina Sahibli från Advokatfirman Kahn Pedersen AB, i uppdrag att utreda frågan. Deras utredning står att läsa här:

Vår slutsats är att utredningen påvisar ett större utrymme för dialog och samverkan inför upphandling än någon text vi tidigare har läst. Vi hoppas med denna rapport bidra till att undanröja tveksamheter som idag finns kring professionella samtal mellan det offentliga och privata. Istället vill vi fokusera på att skapa goda exempel på dialog och samverkan med olika branscher - i syfte att skapa goda affärer.

SKL Kommentus AB

Stockholm, mars 2018

Eva-Lotta Löwstedt Lundell, VD

Olof Molander, Affärsområdeschef

Ted Stalte, Ansvar för leverantörsrelationer

Sammanfattning

Likabehandlingsprincipen kräver inte att alla anbudsgivare ska få samma förutsättningar utan att kvalificerade leverantörer ska ha en rimlig möjlighet att inkomma med ett konkurrenskraftigt anbud.

Det finns ingen skyldighet att tillgängliggöra all information som delgetts de leverantörer som deltagit i förberedelser av en upphandling utan endast sådan information som är *relevant för anbudsgivning*.

Likabehandlingsprincipen överträds endast om sådant deltagande resulterar i krav som gynnar leverantören på ett sätt som inte är objektivt försvarbart utifrån den upphandlande myndighetens faktiska behov eller om förutsättningarna i upphandlingen är otillräckliga för att andra leverantörer ska kunna förstå vad som efterfrågas och lämna konkurrenskraftiga anbud. Det finns en mängd åtgärder en upphandlande myndighet kan vidta för att undvika detta, såsom exempelvis:

1. ställa krav på funktion, och inte på en viss lösning samt tillåta alternativa anbud,
2. undvika att en leverantör formulerar utvärderingskriterierna eller att en person med koppling till en anbudsgivare också deltar i utvärderingen av anbudet,
3. noga kontrollera underlaget och ta bort krav och villkor som inte motsvarar myndighetens faktiska behov eller preferenser
4. offentliggöra underlaget innan annonsering så att konkurrerande leverantörer också ges en möjlighet att inkomma med synpunkter,
5. hålla informationsmöten under anbudstiden för att förklara myndighetens behov,
6. ge potentiella anbudsgivare möjlighet att under anbudstiden besöka och undersöka den miljö som produkten eller tjänsten ska användas i, och
7. använda längre tidsfrister för anbudslämning.

Om likabehandlingsprincipen anses ha överträts får upphandlande myndigheter, men måste inte, förkasta en leverantör som deltagit i förberedande arbete. Detta är dock inte något som en konkurrerande leverantör kan framtinga genom överprövning. Om olikbehandlingen däremot leder till att förfrågningsunderlaget innehåller oproportionerliga krav eller brister i transparens så kan detta medföra att upphandlingen måste göras om.

Om den upphandlande myndigheten önskar utesluta en leverantör som deltagit i förberedelserna av en upphandling måste leverantören innan eventuell uteslutning ges en möjlighet att lägga fram utredning om att deltagandet inte lett till en snedvridning av konkurrensen eller att snedvridningen hade kunnat undvikas på ett mindre ingripande sätt.

PROMEMORIA AVSEENDE SÄKERSTÄLLANDE AV LIKABEHANDLINGSPRINCIPEN

1. Inledning och disposition

Denna promemoria behandlar när upphandlande myndigheter, vid konsultationer, riskerar att bryta mot likabehandlingsprincipen. Promemorian behandlar också hur en upphandlande myndighet bör gå till väga praktiskt, enligt 4 kap. 8 § LOU, för att i olika situationer där myndigheten har behov av att ta in extern hjälp för utformningen av ett förfrågningsunderlag minimera risken för att likabehandlingsprincipen överträds. Dessa frågor behandlas i avsnitt 2. I avsnitt 3 behandlas vad en leverantör, som riskerar att bli utesluten på grund av sitt deltagande i förberedelsearbetet, ska visa i sin utredning för att undvika sådan uteslutning.

2. Säkerställande av likabehandlingsprincipen

2.1 Allmänt om likabehandlingsprincipen och hur likabehandling kan säkerställas

2.1.1 Allmänt om likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen kräver inte en total och formell likabehandling av samtliga anbudsgivare, utan ska tolkas som att leverantörer ska behandlas lika där en olikbehandling inte kan rättfärdigas.¹ Stöd för detta går bland annat att finna i EU-domstolens praxis enligt vilken likabehandlingsprincipen innebär att "[...] *lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling*".² Principen anses inte föranleda en skyldighet för upphandlande myndigheter att jämnar ut konkurrensen på marknaden, genom att exempelvis jämnar ut den fördel en större eller en befintlig leverantör kan ha.³

1 Arrowsmith, Sue, The Problem of Discussions with Tenderers under the EC Procurement Directives, 1998, P.P.L.R., s. 67.

2 Se förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom p.27 och mål C434/02 Arnold André, p.68 och mål C-336/12, Manova, p.30.

3 Se Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement. [Volume 1], regulation in the EU and UK, 3. ed., Sweet & Maxwell, London, 2014, s. 617-618, enligt vilken likabehandlingsprincipen inte hindrar myndigheter från att ta hänsyn till de marknadsfördelar som bolag kan ha, exempelvis leverantörens läge, erfarenhet eller andra kostnadsfördelar utan det anses vara själva syftet med en konkurrensutsatt marknad att leverantörer får utnyttja sådana fördelar för att vinna kontrakt. Detta inbegriper de fördelar som en befintlig leverantör har. Jfr Tribunalens dom i mål T-50/05 Evropaiki Dynamiki mot Europeiska kommissionen i p. 68-70, avseende "de facto inneboende fördel" som inte "är en följd av den upphandlande myndighetens uppträdande".

2.1.2 Potentiella anbudsgivares informationsövertag

Av 4 kap. 8 § 1 st. LOU, som är ett uttryck för likabehandlingsprincipen, framgår att samtliga anbudssökande eller anbudsgivare ska informeras om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i samband med en annan leverantörs deltagande i förberedelserna av en upphandling.⁴ Det är viktigt att understryka att det således inte finns något krav på att all information som har behandlats i förberedelserna ska delges övriga anbudssökande och anbudsgivare utan endast sådan information som är av relevans för anbudsgivning.

Ett informationsöverskott kan innebära en fördel för den leverantör som deltagit i förberedelsearbetet om den kan formulera eller prissätta sitt anbud på ett bättre sätt än de anbudsgivare som inte har erhållit samma information. Sådan fördel innebär att anbudsgivare inte har haft samma möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud och har i rättspraxis ansetts strida mot likabehandlingsprincipen.⁵ Det är således osannolikt att information som visserligen inte har tillhandahållits samtliga anbudsgivare men som ändå inte hade kunnat påverka anbudets utformning eller förfarandets utfall, strider mot likabehandlingsprincipen. Informationsöverskottet bör med andra ord även innebära en faktisk och utslagsgivande fördel för den leverantör som deltagit i förberedelsearbetet för att likabehandlingsprincipen ska anses ha trätt för när.⁶

I doktrin framförs uppfattningen att upphandlande myndigheter löpande bör tillgängliggöra den information som de tillhandahåller till de bolag som deltar i förberedande diskussioner.⁷ Det anges emellertid inte hur detta kan ske i praktiken. Dock hänvisas till en vägledning som föreslår att den informationsfördel, som en leverantör får genom att exempelvis få väsentligt mer information än en annan, kan jämnas ut genom att publicera all information på myndighetens hemsida.⁸ Vår uppfattning är emellertid att ett sådant åtagande är alltför långtgående eftersom endast relevant information behöver tillgängliggöras till samtliga leverantörer. Tvärtom torde en ambition att i förfrågningsunderlaget få med all information som förevarit under förberedelsearbetet leda till att myndighetens faktiska behovsbild fördunklas och att det blir svårare för leverantörer att utröna vilken information som är relevant för anbudsgivning.

⁴ Se exempelvis förvaltningsrätten i Faluns dom i mål 592-596-16 där förvaltningsrätten ansåg att all relevant dokumenterat material hade gjorts tillgängligt för samtliga anbudsgivare.

⁵ Se exempelvis Svea hovrätts dom i mål T 5227-14.

⁶ Jfr Tribunalens dom i *Evropaiki Dynamiki*. Även Arrowsmith talar om informationsfördel i fråga om informationsöverskott, se Arrowsmith, 2014, s. 653.

⁷ Arrowsmith, 2014, s. 653.

⁸ Procurement Policy Note, Procurement Supporting Growth: Supporting Material for Departments, Action Note 04/12, May 9, 2012, Annex B.dialog-och-innovation/dialog/

Om en upphandlande myndighet vill tillhandahålla all information (innan det att upphandlingen annonseras) kan informationen dock med fördel publiceras på myndighetens hemsida. I så fall bör förfrågningsunderlaget, vid den kommande annonseringen, också innehålla motsvarande information. En liknande lösning föreslås även av Upphandlingsmyndigheten, som anser att genomförda dialoger bör sammanfattas och spridas via exempelvis hemsidan.⁹ Vi vill dock understryka att likabehandlingsprincipen inte kräver detta utan att eventuella fördelar som det i diskussioner deltagande bolaget får genom att få ta del av information tidigare istället kan neutraliseras genom längre anbudstider.

Ett annat förslag är att tillgängliggöra det fysiska utfallet av dialogen, exempelvis de råd och synpunkter som lämnats till myndigheten under förberedelsearbetet, till samtliga anbudsgivare. Detta kan lämpligtvis göras i samband med annonsering av upphandlingen och bör antingen tillgängliggöras i förfrågningsunderlaget, dvs. via exempelvis Tendsign eller, som ovan nämnts, via hemsidan. Att bolag som deltar i förberedelser inför en upphandling på förhand vet om att resultatet av deras rådgivning kommer att offentliggöras för konkurrerande leverantörer med angivande av vem bolaget är medför också ofta att bolag avstår från rådgivning som av konkurrerande leverantörer skulle uppfattas som allt för riktad. Ett annat sätt är att ha möten med potentiella anbudsgivare för att gå igenom informationen. Sådana möten anses kunna ge alla intresserade parter möjlighet att få tillgång till samma information om myndighetens önskemål och behov.¹⁰

Det förekommer även att upphandlande myndigheter inom ramen för en upphandling ger potentiella anbudsgivare en möjlighet till så kallad due diligence av den miljö som produkten eller tjänsten ska användas i. Så kan exempelvis vara påkallat vid upphandling av drift av äldreboenden eller vid upphandling av komplexa IT-lösningar. Leverantörer får då möjlighet att komma på besök och undersöka myndighetens lokaler och utrustning, ställa frågor och få dessa, i den mån det är möjligt, besvarade. Om svaret på frågorna anses vara relevanta för anbudsgivning skickar myndigheten ut svaren till samtliga leverantörer. Detta kan vara ett bra sätt att jämna ut kunskapsövertag som den leverantör som agerat konsult i upphandlingen har. För att säkerställa att alla intresserade leverantörer får möjlighet till due diligence om de så önskar bör ett sådant förfarande ske efter annonsering, inom ramen för ett annonserat förfarande, snarare än innan annonsering sker.

⁹ <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/dialog-och-innovation/dialog/>

¹⁰ Treumer, Steen, Technical dialogue and the principle of equal treatment -dealing with conflicts of interest after Fabricom, 2007, P.P.L.R., s.108.

2.1.3 Potentiella anbudsgivares påverkan på förfrågningsunderlaget

Likabehandlingsprincipen anses ha brutits om förfrågningsunderlagets krav är gynnande mot de bolag som deltagit i förberedelser av förfrågningsunderlaget på ett sätt som inte är objektivt försvarbart.¹¹ Detta är inte unikt för just konsultationer, utan det görs ofta även gällande att uppställda krav gynnar befintlig leverantör, eller för myndigheten bekanta leverantörer. Det finns dock som ovan anförts ingen skyldighet för myndigheten att jämna ut konkurrensen och säkerställa att alla leverantörer har samma förutsättningar. Som EU-domstolen konstaterat i *Fabricom* finns stor risk att en leverantör genom sitt deltagande i förberedandearbetet medvetet eller omedvetet kommer att påverka förfrågningsunderlaget till sin fördel. Upphandlande myndigheter bör därför sträva efter att släppa in flera olika aktörer för att få en så mångfacetterad bild av tillgängliga lösningar som möjligt.¹² Detta följer, som utvecklas nedan, delvis av likabehandlingsprincipen men är, framförallt, ett uttryck för ett sunt kommersiellt agerande i beställarrollen. Det bör dock understrykas att det inte finns något krav på att alltid släppa in mer än en aktör vid utformning av ett förfrågningsunderlag utan en avvägning måste alltid göras utifrån myndighetens behov och resurser. Om en potentiell anbudsgivares påverkan på ett förfrågningsunderlag resulterar i krav som går utöver myndighetens behov kan detta riskera att bryta mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen och i praktiken är det denna risk som en myndighet framförallt måste vara medveten om. Huvudregeln är nämligen att likabehandlingsprincipen inte träds för när endast på grund av att kvalificerings- eller tilldelningskriterierna underlättar för vissa anbudsgivare att vinna ett kontrakt, förutsatt att kraven är nödvändiga för den upphandlande myndighetens genuina behov och preferenser, dvs. att de är förenliga med proportionalitetsprincipen.¹³ Detta innebär att likabehandlingsprincipen inte kan anses ha åsidosatts om konsultationen resulterar i krav som exkluderar varor eller tjänster som inte möter upphandlande myndighetens funktionskrav. Även detta talar för att likabehandlingsprincipen inte medför en skyldighet för upphandlande myndighet att säkerställa en fullständig utjämning av anbudsgivares förutsättningar (equal footing) och det är vidare viktigt att notera att ett krav inte kan anses oproportionerligt eller diskriminerande enbart på den grund att endast en leverantör på marknaden kan uppfylla det.

Om däremot förfrågningsunderlaget till följd av bolagets deltagande i förberedelsefasen innehåller högre funktionskrav än vad som skulle ha krävts av den upphandlande myndigheten annars anses likabehandlingsprincipen troligtvis ha brutits.¹⁴ I

11 Se ex, *Arrowsmith*, 2014, s. 652 och *Treumer*, 2007, P.P.L.R, s.109.

12 Jfr *Treumer*, *Steen*, *Ligebehandlingsprincippet i EU's udbudsregler*, Jurist- og Økonomforbundet, Diss. Aalborg : Univ., København, 2000, s. 130, enligt vilken det är relevant om leverantören är bland flera olika rådgivare.

13 *Arrowsmith*, 2014, s. 616.

likhet med proportionalitetstest där det bedöms huruvida kraven går utöver vad som är nödvändigt, bedöms således huruvida de krav som ställts upp i upphandlingen går utöver myndighetens faktiska behov och preferenser.

Myndigheter bör därmed, för att säkerställa att principen om likabehandling följs, granska kraven och ställa dem i relation till sitt faktiska behov och preferenser och ska ta bort sådana krav som inte utgör myndighetens faktiska behov eller preferens, särskilt om ett sådant krav förefaller vara gynnande mot den leverantör som varit involverad i förfrågningsunderlagets utformning.

Det är naturligt att konsultationer påverkar upphandlande myndighetens val av upphandlingsföremål, t.ex. en produkt eller en tjänst, vilket inte nödvändigtvis i sig innebär något brott mot likabehandlingsprincipen eller EU-rätten i övrigt. Som exempel ges en situation där upphandlande myndighet för diskussioner med bolag om huruvida det bör byggas en bro eller en tunnel och att konsultationen resulterar i att en tunnel anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet. Den upphandlande myndighetens beslut att därefter annonsera för att bygga en tunnel, när myndigheten har konstaterat att det inte är ekonomiskt försvarbart att bygga en bro, kan i sådana fall inte anses strida mot EU-rätten. Det kan emellertid vara svårt att dra linjen mellan å ena sidan, krav som begränsar konkurrensen för ett visst behov och å den andra, krav som definierar den upphandlande myndighetens faktiska behov. Om myndigheten kan motivera kraven med ett kommersiellt intresse, anses det inte troligt att en leverantör kan vinna framgång med en ansökan om överprövning.¹⁵

Ett bra sätt att undvika allt för snedvridande krav och villkor kan vara att offentliggöra underlaget innan annonsering så att konkurrerande leverantörer också ges en möjlighet att inkomma med synpunkter. Om leverantören är medveten om att så kommer att ske kan detta få denne att avstå från att föreslå krav och villkor som på ett allt för uppenbart sätt riktar underlaget till förmån för bara den leverantören.

2.1.4 Anbudstidens längd

Det är inte ovanligt att leverantörer som deltar i förberedande arbete får ett försprång eftersom leverantören då enklare och snabbare kan utforma sitt anbud när annonsering väl skett. Likabehandlingsprincipen innebär att anbudstiden ska vara tillräckligt lång för att neutralisera sådant försprång för att ge andra anbudsgivare lika möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud.¹⁶ Det har i doktrin ansetts att även om tidsfördelen är relevant i bedömningen om likabehandlingsprincipen brutits, är det

¹⁴ Arrowsmith, 2014, s. 651.

¹⁵ Arrowsmith, 1998, P.P.L.R., s. 68-69.

troligtvis sällan som tidsfördelen i sig kan leda till ett brott mot likabehandlingsprincipen.¹⁷ I Sverige är det mycket vanligt att upphandlande myndigheter regelmässigt använder de minimifrister för anbudsgivning som anges i upphandlingslagarna. Det bör dock understrykas att dessa är just minimifrister och att mer komplexa upphandlingar ofta kan fordra längre anbudstid än så. Enligt vår mening talar likabehandlingsprincipen för att myndigheter, då de i stor utsträckning använt en potentiell anbudsgivare för utformning av förfrågningsunderlag, regelmässigt bör tillämpa en anbudsfrikt som överstiger lagens minimifrister. Att det förhåller sig på detta sätt stärks av att förlängda anbudsfrikt är ett av de sätt som lagstiftaren framhåller att likabehandlingsprincipen kan säkerställas vid inblandning av en leverantör i en upphandlings förberedande fas. Det är uppenbart att lagstiftaren då avser en anbudsfrikt som på ett betydande sätt överstiger i lagen angivna minimifrister.

2.2 Säkerställandet av likabehandlingsprincipen i några typsituationer

2.2.1 Branschorganisationer samlar in synpunkter från sina medlemmar på ett preliminärt förfrågningsunderlag.

Inom ramen för en sådan marknadsundersökning som avses i artikel 40 i LOU-direktivet är det bland annat möjligt för upphandlande myndigheter att låta branschorganisationer samla in synpunkter på exempelvis ett preliminärt förfrågningsunderlag från sina medlemmar. Det ska understrykas att det inom ramen för ett sådant förfarande är möjligt att informera om och rådfråga branschorganisationer och dess medlemmar kring den planerade upphandlingen och kraven för denna. Liknande möjligheter nyttjas redan på marknaden, däribland av Stockholms stad som genom extern remiss av preliminära förfrågningsunderlag ger marknadens aktörer möjlighet att inom en viss angiven tidsperiod lämna synpunkter på ett preliminärt förfrågningsunderlag.¹⁸

Att endast rikta en förfrågan till en branschorganisation riskerar att gynna de leverantörer som är medlemmar i branschorganisationen och missgynnar följaktligen de leverantörer, t.ex. utländska, som inte är medlemmar. Detta förhållande medför enligt vår mening inte i sig en överträdelse av likabehandlingsprincipen så länge förutsättningarna för att lämna anbud, när annonsering väl sker, är tillräckliga för varje leverantör att lämna sitt bästa anbud, förutsatt att de i övrigt uppfyller upphandlingens (proportionerliga och transparenta) krav och villkor. Att även annonsera förfrågningsunderlaget i en allmänt tillgänglig elektronisk databas kan emellertid öka likabehandlingen mellan sådana leverantörer som är medlemmar i den aktuella branschorganisationen och andra leverantörer.

¹⁶ Se Kammarrätten i Sundsvall dom i mål 2458-11 avseende anbudstidens längd.

¹⁷ Treumer, 2007, P.P.L.R., s. 110.

¹⁸ <http://foretag.stockholm.se/Upphandling--Entreprenad/Dialog-for-batte-upphandlingar/>

2.2.2 *Upphandlande myndighet annonserar att bolag sökes för diskussioner*

En upphandlande myndighet kan öppet annonsera att den söker bolag att föra dialog med avseende en kommande upphandling. Likabehandlingsprincipen anses i detta fall inte kräva att sådan dialog hålls med varje bolag som visar intresse för att delta i diskussioner, utan ”kommersiell bekvämlighet” anses i sådana fall, där många bolag visar intresse, väga tyngre än formell likabehandling.¹⁹

2.2.3 *En konsult anlitas för att ta fram FFU*

Då en konsult, som sedan lämnar anbud i samma upphandling, har tagit fram ett förfrågningsunderlag i dess helhet ökar naturligtvis risken för olikabehandling jämfört med om en konsult endast har haft en rådgivande roll under myndighetens arbete med att själv ta fram underlaget. Det finns därför i en sådan situation särskild anledning att iaktta de likabehandlingsfrämjande åtgärder som beskrivits ovan. Ett ofta klokt sätt att undvika snedvridning vid användning av en konsult för framtagande av ett förfrågningsunderlag är att formulera uppdraget till konsulten på ett sådant sätt att denna får så liten möjlighet att rikta förfrågningsunderlaget till det egna företagens fördel som möjligt. Ett sätt att göra det kan vara att be konsulten att ta fram ett förfrågningsunderlag där en viss funktionalitet, snarare än en viss lösning, efterfrågas.

En så kallad funktionsupphandling är nämligen väsentligen svårare att medvetet eller omedvetet rikta mot en viss leverantör. I den mån upphandlingsföremålet är sådant att det är nödvändigt att specificera en viss lösning kan förfrågningsunderlaget istället utformas så att det tillåter alternativa anbud som uppnår motsvarande funktionalitet. En upphandlande myndighet bör aldrig, oaktat om en konsult anlitas för att ta fram ett förfrågningsunderlag i sin helhet, substituera sin egen bedömning med konsultens. Myndigheten bör noga gå igenom alla krav och villkor som ställts upp i konsultens förslag till förfrågningsunderlag och säkerställa att myndigheten förstår syftet med de aktuella kraven och att myndigheten delar konsultens bedömning att det är ägnat att tillgodose myndighetens faktiska behovsbild. Slutligen ställer likabehandlingsprincipen absoluta krav på saklighet och opartiskhet vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.²⁰ Det ska således under alla omständigheter undvikas att en person med koppling till en anbudsgivare också deltar i utvärderingen av anbudet. Därutöver finns anledning till särskild vaksamhet då en konsult utformar just utvärderingskriterierna och denna typ av konsulttjänster bör regelmässigt bli föremål antingen för någon form av externt remissförfarande eller åtminstone en second opinion från en annan konsult på marknaden.

¹⁹ Arrowsmith, 1998, P.P.L.R, s. 67.

²⁰ Jfr. här vad som gäller för rena jävssituationer, EU-domstolens dom i mål C-538/13 eVigilo.

2.2.4 Enskilt möte med potentiell anbudsgivare där man diskuterar ev. kommande krav, villkor, affärsmodell etc. i kommande upphandling

Enligt Upphandlingsmyndigheten kan enskilda möten med enskilda leverantörer vara lämpligt om upphandlande myndighet söker mer specifik information om lösningar på hur dess behov skulle kunna tillgodoses. Detta eftersom leverantörerna, under tiden sedan föregående upphandling, kan ha utvecklat nya metoder eller system och därför kan ge värdefull information inför den kommande upphandlingen. Sådana möten har som primärt syfte att inhämta information, inte att lämna information utöver den som är allmänt tillgänglig.²¹ Det bör understrykas att den rättsliga risken vid enskilda möten inför en kommande upphandling är låg så länge myndigheten ser till att den faktiska annonseringen av upphandlingen sker på ett sätt som är förenligt med de grundläggande principerna och att anbudsgivarna ges tillräcklig tid för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Det förhållande att en leverantör vid ett enskilt möte med en myndighet eventuellt kan få vissa preliminära indikationer om vad myndigheten har för behov och tänker sig för kravbild är enligt vår mening att jämställa med det naturliga försteg i informationshänseende som exempelvis en befintlig leverantör ofta har inför en ny upphandling. Mot bakgrund av den stora kommersiella och affärsmässiga fördel som kommer av att en upphandlande myndighet har en aktiv dialog med marknaden inför en upphandling så bör eventuella risker i likabehandlingshänseende vid en sådan dialog inte i onödan överdrivas. Det viktiga i sammanhanget är istället att myndigheten säkerställer att själva upphandlingen, när den väl annonseras, är utformad på ett sätt som möjliggör för leverantörer att lämna konkurrenskraftiga anbud.

2.2.5 Workshop med leverantörer inför upphandling

I doktrin nämns även att upphandlande myndighet kan hålla djupgående ”frågemöten” där samtliga anbudsgivare får möjlighet att ingå i den dialog som ska hållas, som ett sätt att säkerställa likabehandling vid förberedelser inför en upphandling.²² Till dessa workshops bör det bjudas in så brett som möjligt, i den mån den relevanta marknaden tillåter det.²³ Likabehandlingsprincipen anses inte kräva en total och formell likabehandling av samtliga intresserade bolag. I vissa fall kan samtliga anbudsgivare inte bjudas in på grund av de helt enkelt är för många för att workshopen ska få önskad effekt. I doktrin har framhållits att det ofta är opraktiskt att hålla konsultationer med alla intressenter, varför likabehandlingsprincipen inte ansetts kräva att den upphandlande myndigheten ska hålla dialog med varje bolag som visar in-

²¹ <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/dialog-och-innovation/dialog/>

²² Treumer, 2000, s. 134.

²³ <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/dialog-och-innovation/dialog/>

tesse.²⁴ I frågan om hur en begränsning av vilka leverantörer som ska bjudas in till workshops ska ske kan vägledning hämtas från doktrin enligt vilken konsultationer kan hållas med kända bolag utan att upphandlande myndigheter först annonserar om det, så länge myndigheten säkerställer att aktuella bolag inte ges någon fördel över andra anbudsgivare.²⁵ I en bransch med många leverantörer anses det således vara rimligt att myndigheten endast bjuder in kända (eller utvalda) leverantörer till sådana workshops. Som tidigare anförts måste myndigheten då särskilt tänka på att vid en efterföljande annonsering av upphandlingen även ge sådana leverantörer som inte deltagit i workshopen rimliga möjligheter att inkomma med ett konkurrenskraftigt anbud.

2.2.6 Informationsmöte under anbudstid där man förklarar upphandlingen

Möten som enbart har som syfte att förklara upphandlingen, och inte att föra dialog med marknadsens parter i frågor rörande förberedelser av upphandlingen utgör inte sådan konsultation som omfattas av 4 kap. 8 § LOU. Ett informationsmöte där upphandlande myndighet noggrant informerar anbudsgivare är tvärtom ett sätt att säkerställa likabehandlingsprincipen i de fall konsultation har förekommit. Vi har därför svårt att se att gruppmöte under anbudstid där endast information lämnas skulle anses problematiskt ur ett likabehandlingsperspektiv. Detta förutsatt att alla potentiella anbudsgivare, i bemärkelsen de anbudsgivare som anmält intresse av att få information om upphandlingen exempelvis genom att ladda ner annonserat förfrågningsunderlag, bjuds in och får samma möjlighet att få del av den information som lämnas vid sådant möte. Tvärtom förordar vi att denna typ av mötet hålls vid mer komplexa upphandlingar.

2.3 Rättsföljder vid bristande likabehandling

Enligt 4 kap. 8 § andra stycket LOU får en anbudssökande eller anbudsgivare som deltagit i förberedelserna av en upphandling uteslutas endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Bestämmelsen är fakultativ i den mening att en upphandlande myndighet inte är skyldig att utnyttja den möjlighet till uteslutning som bestämmelsen föreskriver.²⁶ Detta innebär att en konkurrerande anbudsgivare inte genom att ansöka om överprövning kan tvinga en upphandlande myndighet att använda sig av möjligheten till uteslutning, ens om det faktiskt kan konstateras att likabehandlingsprincipen har överträtts. En överträdelse

²⁴ Arrowsmith, 2014, s. 652. Arrowsmith, 1998, s. 67.

²⁵ Arrowsmith, 1998, s. 67-68.

²⁶ Det ska i sammanhanget noteras att artikel 57.4 f i LOU-direktivet ger medlemsstater en möjlighet att i nationell lag föreskriva att uteslutning istället ska vara obligatorisk i den aktuella situationen. Den svenska lagstiftaren har dock valt att inte använda sig av denna möjlighet.

av likabehandlingsprincipen som uppstått till följd av en anbudsgivares deltagande i förberedelserna inför en upphandling kan emellertid även resultera i att förfrågningsunderlaget kommer att innehålla oproportionerliga krav eller att det i förfrågningsunderlaget inte ges tillräcklig information för att andra leverantörer ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt anbud. I sådana situationer är emellertid rättsföljden att upphandlingen ska göras om. Om den upphandlande myndigheten önskar utesluta en leverantör med stöd av 4 kap. 8 § LOU måste leverantören först ges en möjlighet att lägga fram utredning om att dennes deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen. Nedan redogörs för vad leverantörens utredning enligt 4 kap. 8 § LOU bör visa.

3. Leverantörens utredning

3.1 Vad leverantörens utredning bör innehålla och visa

En leverantör har rätt att inkomma med utredning innan en upphandlande myndighet utesluter leverantören. Frågan om vad en leverantörs utredning ska innehålla har inte explicit prövats i praxis eller berörts i doktrin. Viss vägledning kan dock hämtas från praxis och doktrin i fråga om hur myndigheter ska visa att likabehandlingsprincipen följts,²⁷ varför vi anser att en leverantörs utredning bör visa att leverantören:

1. inte fått information som inte övriga anbudsgivare erhållit och som gynnat leverantören vid utformningen av dess anbud.
2. inte har påverkat förfrågningsunderlaget till sin egen fördel utan har utgått ifrån upphandlande myndighets faktiska behov och preferenser.
3. inte har haft fördel av att kunna utforma sitt anbud snabbare och enklare till följd av anbudstidens längd.

Vad gäller första punkten kan leverantörer, genom att redogöra för all erhållen information, visa att det dels inte finns någon ”dold” information, dels att informationen ändå inte kunnat påverka förfarandets resultat. Även upphandlingens kontext bör tas i beaktande i utredningen för att visa att informationen ändå inte hade kunnat leda till något annat utfall. Detta borde exempelvis vara fallet om tilldelningsgrunden är pris och det kan visas att aktuell information inte kunnat vara av värde för leverantörers kommersiella avväganden vid anbudsprisets utformning.²⁸ Vad gäller andra punkten har myndigheter behövt visa att funktionskraven är en följd av dess genuina, kommersiella intresse.²⁹ Det kan därför vara lämpligt att leverantören för minnesanteckningar, mötesprotokoll eller på annat sätt dokumenterar vad som fram-

²⁷ Se exempelvis Förvaltningsrätten i Falun dom av den 2016-03-18 i mål nr 592–595-16.

²⁸ Jfr Treumer, 2007, P.P.L.R., s. 113 och fotnot 63 och det som anförts ovan i avsnitt 2. Jfr Svea hovrätts dom i mål T 5227-14 där ÅTA-arbetens omfattning ansågs påverka anbudspriset.

²⁹ Arrowsmith, 2014, s. 651. Arrowsmith, 1998, P.P.L.R., s. 68-69.

kommer i konsultationerna. Det bör framhållas att myndigheten i alla skeden har en möjlighet och en skyldighet att granska de krav och villkor som leverantören tagit fram och att myndigheten, genom att acceptera dessa, får anses ha beslutat att villkoren är skäligen och ligger i linje med myndighetens egna preferenser och behov.³⁰ Vad gäller anbudstidens längd kan leverantörer jämföra de anbudstider som gäller på marknaden vid upphandlingar av liknande art, storlek och kontraktsföremål för att visa att upphandlingen inte har avvikit från de anbudstider som i övrigt ställs upp av upphandlande myndigheter. Leverantörer kan även visa hur lång tid leverantören i regel behöver för att ta fram anbud eller hur lång tid leverantören faktiskt har behövt för att formulera anbud i liknande upphandlingar där den inte deltagit i förberedelserna. Invändning om att anbudstiden inte varit tillräckligt lång förstärker endast intrycket av att det funnits andra, mindre ingripande, åtgärder som myndigheten hade kunnat vidta för att säkerställa likabehandling. Det blir således mycket svårt för en myndighet att, för att kunna utesluta en anbudsgivare, göra gällande att anbudstiden varit för kort. Detta då det naturligtvis stått myndigheten fritt att använda en längre anbudstid snarare än att utesluta leverantören. En myndighets utredning ska enligt kammarrättspraxis³¹ innehålla uppgifter om:

- omfattningen av konsultbolagets uppdrag,³²
- vilket arbete som bedrevs med anledning av förfrågningsunderlaget,
- vilka kontakter som förekommit, och
- den information bolaget genom sitt deltagande i förberedelserna hade tagit del av i anledning av uppdraget.

Kammarrättens domskäl kan tolkas som att en utredning som innehåller uppgifterna ovan, skulle vara tillräcklig för att visa att likabehandlingsprincipen har beaktats, förutsatt att uppgifterna talar för detta. Leverantörer bör därför inkludera dessa uppgifter i sin utredning. Vad som talar till leverantörens fördel är att eventuella brister i dessa avseenden ofta kan lastas myndigheten och, om leverantören gjort allt den kan för att säkerställa likabehandling (t.ex. dokumenterat sin inblandning och tydliggjort sin avsikt att delta i anbudsgivning), talar det för att myndigheten hade kunnat förfara på ett annat sätt för att säkerställa likabehandling och därmed inte har rätt att utesluta anbudsgivaren.

³⁰ Se EU-domstolens dom i mål C-538/13 eVigilo p. 47, enligt vilken myndigheter är skyldiga att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra, upptäcka och åtgärda intressekonflikter.

³¹ Kammarrätten i Stockholms dom i mål 6986-09.

³² I fråga om rådgivningens omfattning är det av betydelse om rådgivningen begränsats till förstudier eller till klart avgränsade delar av kontraktet, exempelvis till vissa typer av krav, samt om det har funnits andra rådgivare. Se Treumer, 2000, s. 130.

