

Lindahl 

ADVOKATFIRMAN  
LINDAHL



# FRÅN ORD TILL UPPHANDLING

DEN 26 OKTOBER 2022

Frukostseminarium





# AGENDA

- Jäv och konsultjäv
- Otillåtna anbudssamarbeten
- Angiven takvolym är uppnådd – vad gör vi nu?
- Heta nyheter!

# JÄV OCH KONSULTJÄV



Vad är jäv och konsultjäv? Hur ska det hanteras?



# RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER: VAD ÄR JÄV?

- **Jäv utgör intressekonflikter**
  - Olika motstående intressen som kolliderar
  - Riskerar att åsidosätta myndighetens opartiskhet och objektivitet
  - Riskerar att rubba det allmännas uppfattning av myndigheten som opartisk och objektiv
- **Jävs- och saklighetsregler återfinns i regeringsformen, förvaltningslagen och kommunallagen**
- **Bestämmelserna omfattar inte offentliga bolag**



# RÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER: SÄRSKILT OM KONSULTER

- **Förvaltningslagens jävsregler omfattar handläggare och beslutsfattare och kommunallagens jävsregler omfattar förtroendevalda och anställda**
  - Dessa regler är inte alltid tillämplbara på konsulter som anställs som sakkunniga utan att delta i handläggningen
- **Offentliga organ är alltid skyldiga att följa regeringsformens krav på opartiskhet**
  - Ledning ska sökas i de principer som kommer till uttryck i förvaltningslagens bestämmelser om jäv, även om dessa inte är direkt tillämpliga



# JÄV OCH LOU/LUF

- **LOU/LUF saknar egen definition av jäv**
- **Likabehandlingsprincipen förutsätter att samtliga anbudsgivare behandlas lika**
- **En upphandlande myndighet får utesluta en anbudsgivare på grund av jäv förutsatt att:**
  - En snedvridning av konkurrensen eller likabehandling av leverantörerna inte kan undvikas eller garanteras, och
  - Detta inte kan avhjälpas genom andra mindre ingripande åtgärder



# RÄTTSFÖLJDER VID JÄV I UPPHANDLING

- **Likabehandlingsprincipen innebär bl.a. ett förbud mot att ta ovidkommande hänsyn i upphandlingsförfarandet**
  - För att efterleva likabehandlingsprincipen är upphandlande myndigheter skyldiga att inta en aktiv roll genom att vidta lämpliga åtgärder för att förhindra och upptäcka intressekonflikter samt att åtgärda dessa
- **Om likabehandlingsprincipen åsidosätts kan upphandlingen behöva rättas eller göras om**
- **I övrigt kan upphandlande myndighets anseende påverkas negativt**





# HUR KONSULTJÄV SKA HANTERAS ENLIGT LOU/LUF

- **När en anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling kan en potentiell intressekonflikt uppstå som måste hanteras**
  - Övriga anbudsgivare ska informeras om vilka upplysningar som konsulten har erhållit genom arbetet
  - Konsulten kan behöva uteslutas om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs
  - Konsulten ska få möjlighet att lägga fram utredning om att dennes deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen



# BEVISBÖRDA OCH KVALIFICERING

- **Bevisbördan**
  - Objektiva omständigheter som medför att opartiskheten kan ifrågasättas
  - Aktivitetsplikt
- **Hur kvalificerat jäv måste föreligga för ingripande?**
  - Ingen bestämd påverkansnivå
  - Olika situationer kräver olika lösningar med olika ingripande åtgärder
- **Den enskilde konsulten måste få chansen att visa att dennes deltagande inte utgjort ett problem**
- **Får inte presumera uteslutning, det måste alltid göras en prövning i det enskilda fallet**



# NÄR FINNS DET RISK FÖR JÄV?

- Om medarbetare funderar på om denne är opartisk eller inte bör det finnas anledning att väcka frågan med någon annan
- Finns det över huvud taget något handlings-/bedömningsutrymme för medarbetaren?
  - Om nej: Sannolikt ingen risk för jäv
- Finns det risk att det *uppfattas* som jäv av utomstående?
  - Viktigt att ha i åtanke att media och medborgare ofta har ögonen på kommunen
- **I tveksamma fall bör jäv alltid beaktas**



# VAD SKA MAN GÖRA OM RISK FÖR JÄV FÖRELIGGER?

- Våga väcka frågan!
- Delegera eller överlåta ärendet till annan
- Viktigt att fransäga sig allt som har med ärendet att göra (får inte agera "bollplank" eller liknande)



# HUR KAN INTRESSEKONFLIKTER FÖREBYGGAS?

- Ha jävsgenomgångar inför nya projekt
- Skapa kanaler för anställda att informera om potentiella intressekonflikter
- Arbeta aktivt med transparens
- Bra stöd finns att tillgå på Upphandlingsmyndighetens hemsida
  - Mall för jävsdeklaration

# OTILLÅTNA ANBUDSSAMARBETEN



Vad är otillåtna anbudssamarbeten? Vad gäller?



# VAD ÄR OTILLÅTNA ANBUDSSAMARBETEN?

- **Inget generellt förbud mot anbudssamarbeten i LOU – däremot uttryckligt stöd för gemensamma anbud**
  - Tillåtna samarbeten ökar konkurrensen
  - Otillåtet att samarbeta om det begränsar konkurrensen
  - Varje anbud ska upprättas självständigt och oberoende
  - Grund för uteslutning om det finns tillräckligt sannolika indikationer



# VILKEN ROLL HAR UPPHANDLANDE MYNDIGHETER?

- **Aktivitetsplikt**
  - Ska förhindra otillåtna samarbeten och osjälvständigt framtagna anbud
  - Ska undersöka samtliga relevanta omständigheter för att förhindra, upptäcka och åtgärda fel
  - Kan krävas förelägganden till parterna om att inkomma med vissa uppgifter och bevis





# TECKEN PÅ OTILLÅTNA ANBUDSSAMARBETEN

- **Konkurrensverket har en lista på tecken på anbudssamarbeten, t.ex.**
  - Företag lämnar onormalt höga priser
  - Färre anbud än väntat
  - Liknande eller identiska anbud
  - Misstänkta mönster
  - Misstänkta underleverantörsuppdrag



# **SAMARBETEN MELLAN ANKNUTNA ANBUDSGIVARE**

- **Det förekommer att anknutna anbudsgivare lämnar anbud i samma upphandling**
- **Moder-/dotterbolag, systerbolag eller andra anknytningar**
- **Anbud ska upprättas oberoende och självständigt**
  - Det är tillräckligt att kopplingarna mellan de anknutna anbudsgivarna påverkat innehållet i deras anbud för att anbuden ska förkastas
  - Det är inte tillräckligt att det enbart föreligger ett kontrollförhållande genom ägarskap eller rösträtt
  - Det måste alltid prövas om kontrollförhållandet konkret medför att anbuden inte är oberoende



# PRAKTISKA PROBLEM

- O tillåtna anbudssamarbeten är svåra att upptäcka
- Ligger i samarbetets natur att de är hemliga
- Upptäcks ofta långt senare
- Svårt för upphandlande myndigheter och konkurrenter att erhålla tillräcklig bevisning

# ANGIVEN TAKVOLYM ÄR UPPNÅDD – VAD GÖR VI NU?



När, var och hur?



# SKYLDIGHETEN ATT ANGE TAKVOLYM

- **Skyldigheten har bl.a. härletts ur ramavtalets definition**
  - Ett av ramavtalets syften är att fastställa villkoren för kontrakt som senare ska tilldelas under en given tidsperiod
  - I direktivet förtydligas att villkoren ska fastställas särskilt i fråga om tänkt pris och, i tillämpliga fall, *uppskattade kvantiteter*
  - I mål C-216/17 ("**Coopservicemålet**") konstaterar EU-domstolen att uttrycket "i tillämpliga fall" inte medför att det är frivilligt att ange kvantiteten som ramavtalet avser



# SKYLDIGHETEN ATT ANGE TAKVOLYM

- **Utöver definitionen härledde EU-domstolen i Coopservicemålet skyldigheten ur likabehandlings- och transparensprincipen**
  - Anbudsgivarnas möjligheter att uppskatta sin kapacitet att utföra kontraktet och därigenom lämna konkurrenskraftiga anbud påverkas
  - Upphandlande myndigheter skulle kunna kringgå tröskelvärdena
  - EU-domstolen beaktade särskilt att upphandlande myndigheter inte behöver annonsera tilldelningen av kontrakt under ramavtalet



# VERKAN AV ANGIVEN TAKVOLYM

- En upphandlande myndighet som är part i ett ramavtal kan endast handla ”inom gränsen för en viss kvantitet och när denna gräns har nåtts har nämnda avtal inte längre någon verkan” – Coopservicemålet, punkt 61
- En part till ett ramavtal kan handla och åta sig förpliktelser ”endast upp till en högsta kvantitet och/eller ett högsta värde och när denna gräns har nåtts har nämnda avtal inte längre några verkningar” – mål C-23/20 Simonsen & Weel A/S, punkt 68
- HFD har i HFD 2022 ref 4 I och II bekräftat EU-domstolens praxis



# **RAMAVTALET HAR INTE LÄNGRE NÅGRA VERKNINGAR**

- När takvolymen är uppnådd upphör ramavtalet alltså att ha verkningar
- Att ramavtalet upphör ha verkningar innebär att det inte längre är tillåtet att tilldela några kontrakt på grundval av ramavtalet. Nya avrop riskerar utgöra o tillåtna direktupphandlingar. Se mål C-274–275/21 EPIC Financial Consulting
- Däremot påverkas inte ramavtalets giltighet som sådant





# ÄR TAKVOLYMEN EN ABSOLUT GRÄNS?

- I Simonsenmålet och EPIC-målet förtydligar EU-domstolen att det är *tillåtet* att göra nya avrop från ramavtalet som *inte medför väsentliga ändringar i ramavtalet*
- Det framgår i 17 kap. 8-16 §§ LOU vilka ändringar som får göras utan att de är väsentliga
  - 9 § ändringar av mindre värde: 10 % för varor och tjänster, 15 % för entreprenadkontrakt
  - 10 § ändrings- och optionsklausuler
  - 11 § nödvändiga kompletterande beställningar: max 50 % värdeökning

# HETA NYHETER!



Senaste nytt från rättspraxis m m



## HFD 2022 REF. 30

- Beslutsdatum 2022-07-06
- En leverantör vars anbud rätteligen har förkastats av den upphandlande myndigheten till följd av att anbudet inte har uppfyllt ett visst obligatoriskt krav, kan inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av brister i utformningen av andra obligatoriska krav
- Likt påtalandeskyldigheten förutsätts att en anbudsgivare som begär överprövning har uppfyllt alla obligatoriska krav för att det ska finnas grund för ingripande i upphandlingen



# HFD mål nr 3566-21

- Beslutsdatum 2022-10-18. Ännu inget referat
- Fråga om en linjär utvärderingsmodell av anbudspriser där anbudspriser om 700 000 kr eller lägre gav maximala 55 poäng och anbudspriser om 3 000 000 kr eller högre gav noll poäng
- HFD underkände den aktuella utvärderingsmodellen eftersom den lägre prisgränsen i praktiken medförde att leverantörerna avhölls från att offerera priser under den angivna lägstanivån. Därmed förhindrades en effektiv konkurrens, fri prissättning och reglerna om onormalt låga anbud rundades
- Utvärderingsmodellen jämfördes med golvpriser



# HFD MÅL 766-22: PRÖVNINGSTILLSTÅND

- **Fråga om ett krav, vilket innebär automatiskt förkastande av ett anbud som innehåller ett negativt delpris, står i strid med upphandlingslagstiftningen**
- **Se Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 1803-21**
  - "Kammarrätten anser dock, i likhet med förvaltningsrätten, att Trafikverket inte är förhindrad att ange att ett delpris som lägst får vara noll kronor, eftersom det är ett pris som efterfrågas och inte en rabatt eller en ersättning till upphandlande myndighet. Kravet är därför inte att jämställa med ett sådant golvpris av det slag som var aktuellt i HFD 2018 ref. 50"



## Kontakt



**Annika Andersson**  
[annika.andersson@lindahl.se](mailto:annika.andersson@lindahl.se)  
0730-39 92 40



**Hanna Wackå**  
[hanna.wacka@lindahl.se](mailto:hanna.wacka@lindahl.se)  
0723-57 14 32



**Linnea Tornberg**  
[Linnea.tornberg@lindahl.se](mailto:Linnea.tornberg@lindahl.se)  
0723-57 14 14



**Mathias Eriksson**  
[mathias.eriksson@lindahl.se](mailto:mathias.eriksson@lindahl.se)  
0730-39 92 41