



Förhandling – När/hur?

Fredrik Rogö, Upphandlingsbolaget

SOI årskonferens i Umeå den 26 mars 2014



Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget

Möjligheten till förhandling

Förfarande	2009	2010	2011	2012	Andel 2012	Ökning 2011-2012
Icke direktivstyrda						
Förenklat	12 764	13 511	13 472	13 452	67%	0%
Urvalsupphandling	282	310	330	289	1%	-12%
Direktivstyrda						
Öppet	3 653	4 311	4 852	5 431	27%	12%
Förhandlat	362	440	463	563	3%	22%
Selektivt	129	136	168	182	1%	8%
Konkurrenspräglad dialog		8	16	25	0%	56%
Kvalificeringssystem	7	3	4	7	0%	75%
Påskyndat selektivt	2	2	1	3	0%	200%
Påskyndat förhandlat	4	3	3	2	0%	-33%
Formgivningstävlan	8	2	6	1	0%	-83%
Totalsumma	17 211	18 726	19 315	19 955	100%	3%

Källa: Visma och Konkurrensverket 2013.

- Förhandlingsmöjlighet i mer än 70 procent av alla genomförda upphandlingar.
- Mindre andel överprövningar av förhandlat (7 procent) än för öppet och selektivt förfarande (15 procent).



Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget

Förhandling i direktivstyrda upphandlingar

- **C-561/12 Nordecon AS**; Ingen förhandling om de bindande kraven i de tekniska specifikationerna, s.k. minimikrav.
- **C-243/89 Strebælt**; Inte tillåtet att anta ett (alternativt) utförande som inte uppfyller de obligatoriska kraven.
- **HFD 2013 ref. 53**; Skaderekvisitet kring val av förfarande.

Vad avser en förhandling? (4:3 LOU)

*”förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att **anpassa anbuden till de krav** som myndigheten har angett i annonsen om upphandlingen och i förfrågningsunderlaget samt att **få fram det bästa anbudet** enligt 12 kap. 1 §.”*



Grund för förhandling - direktivstyrt

1. På grund av karaktären av det som ska upphandlas är **svårt att fastställa ett totalpris i förväg.**

2. Det är **svårt att utarbeta ett specificerat förfrågningsunderlag** vid tjänsteupphandlingar.

3. Byggentreprenader som endast har **FoU-ändamål.**



Särskilt om funktionsupphandlingar

KKV: "Av ovanstående följer till exempel att så kallade funktionsupphandlingar av tjänster inte *regelmässigt* kan motivera ett förhandlat förfarande med föregående annonsering." (dnr 507/2012 p. 19)

Hur förhåller det sig i praktiken?

- Anpassa anbudet till (funktions)kraven för att optimera anbudet efter behovet.
- Förhandla om nivån för lösningen.
- Bättre att förhandla om anbuden under upphandlingen än att hamna i avtals- och anbudstolkningar under avtalstiden.



Ljusning på förhandlingsfronten

Ny grund i nya direktivet	Exempel på förhandlingsämnen
<p><i>"Den UM:s behov kan inte tillgodoses utan anpassning av lättillgängliga lösningar"</i></p> <p><i>"inbegriper formgivning eller innovativa lösningar"</i></p>	<ul style="list-style-type: none"> • Förhandling om allt som inte är rena standardvaror/tjänster? • Så snart anpassning för ett särskilt behov kan finnas.



- Samma grunder även för konkurrenspräglad dialog!
- Nytt förfarande: Innovationspartnerskap.



Förhandlingens ram (I)



Alla aspekter i lämnade eller kommande anbud, exempelvis

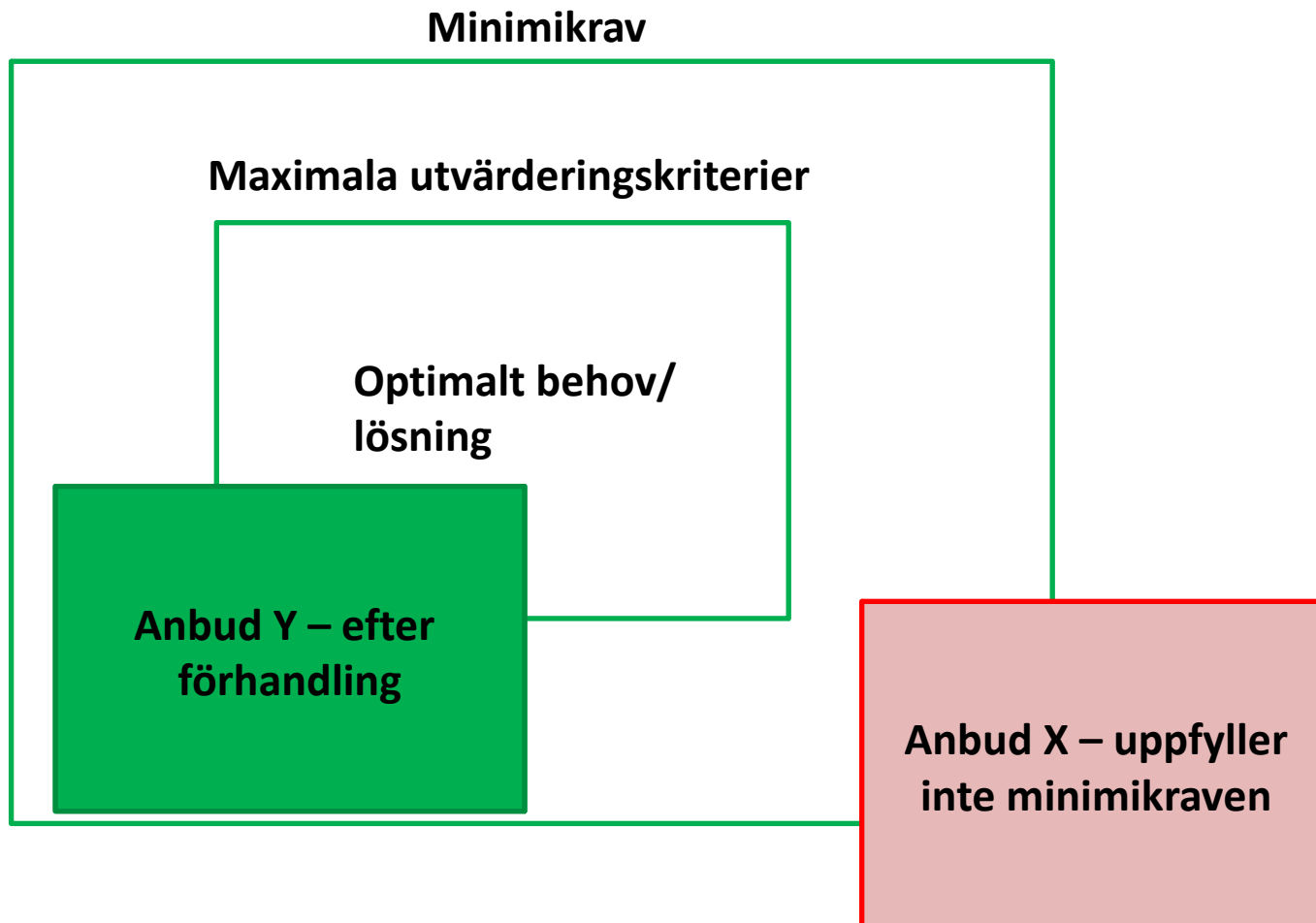
- kvalitet
- kvantiteter
- kommersiella villkor
- sociala, miljömässiga och innovativa egenskaper
- pris

- ✓ Minimikrav
- ✓ Tilldelningskriterier och viktningen

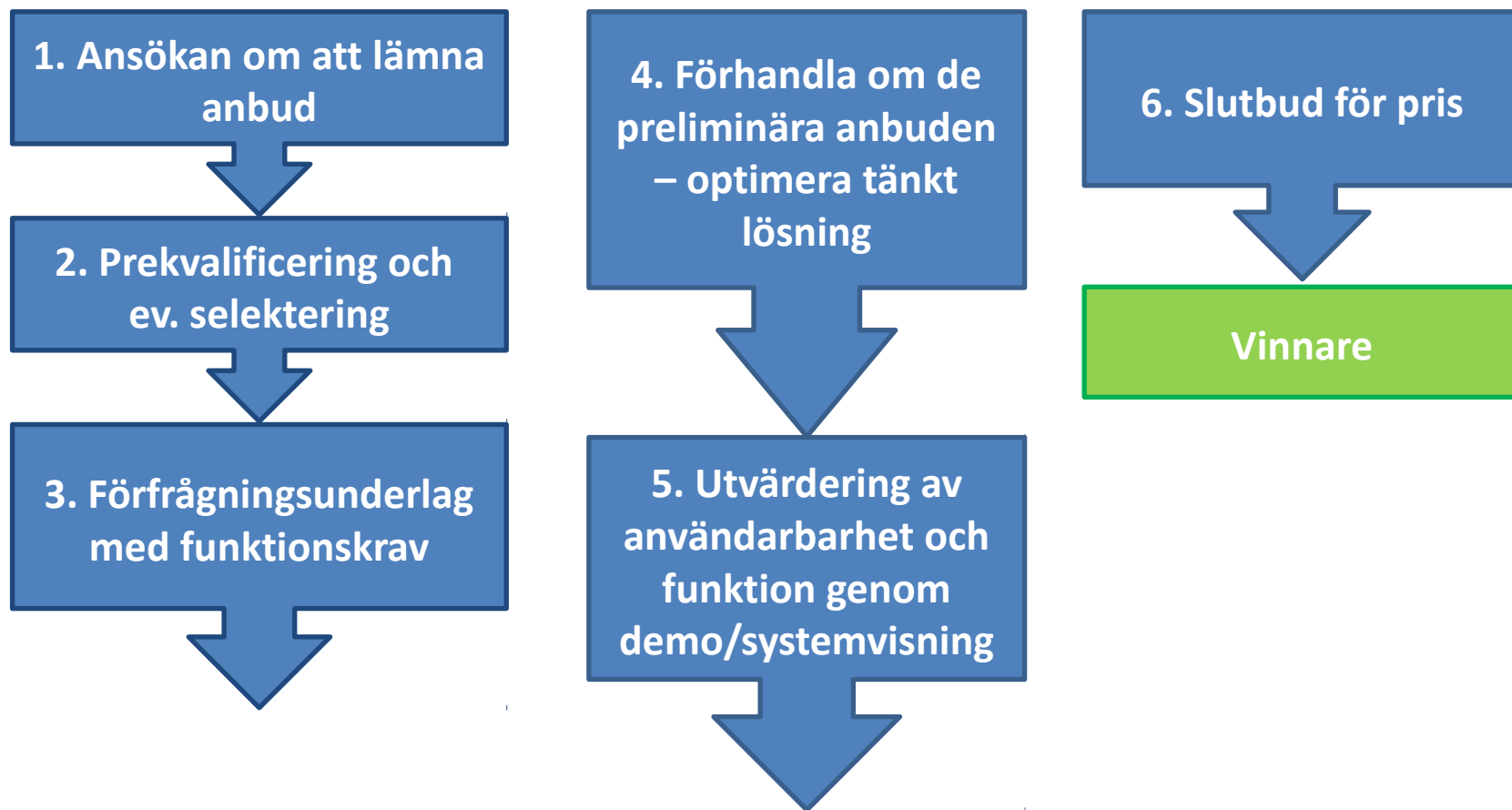
- Förhandla om det ursprungliga och alla efterföljande anbud, förutom slutanbudet. Ingen förhandling om minimivillkor eller tilldelningskriterier.
- Jfr. skillnaden med konkurrenspräglad dialog. Endast möjligt att lämna anbud för sin egen tekniska lösning, inte andras.
- Successiva steg
- De som fortfarande är aktuella får lämna **slutanbud**.



Förhandlingens ram (II)



Exempel på förhandlingssteg



Förhandling i 15 kap. LOU

- **När?**
Inga särskilda skäl för att inleda förhandling.
- **Måste man ange att man ska förhandla?**
Fanns i ÄLOU, inget sådant krav idag. Däremot lämpligt.
- **Vad får man förhandla om?**
Alla aspekter av det lämnade anbudet (ex. utvärderingskriterierna, avtalsvillkoren, pris). Skiljebud i stället för lottning!
- **Vad får man inte förhandla om?**
De obligatoriska kraven.
- **Med vem får/bör man förhandla?**
Inget krav på hur många man förhandlar med. Alltid den som ligger bäst till (likabehandlingsprincipen).



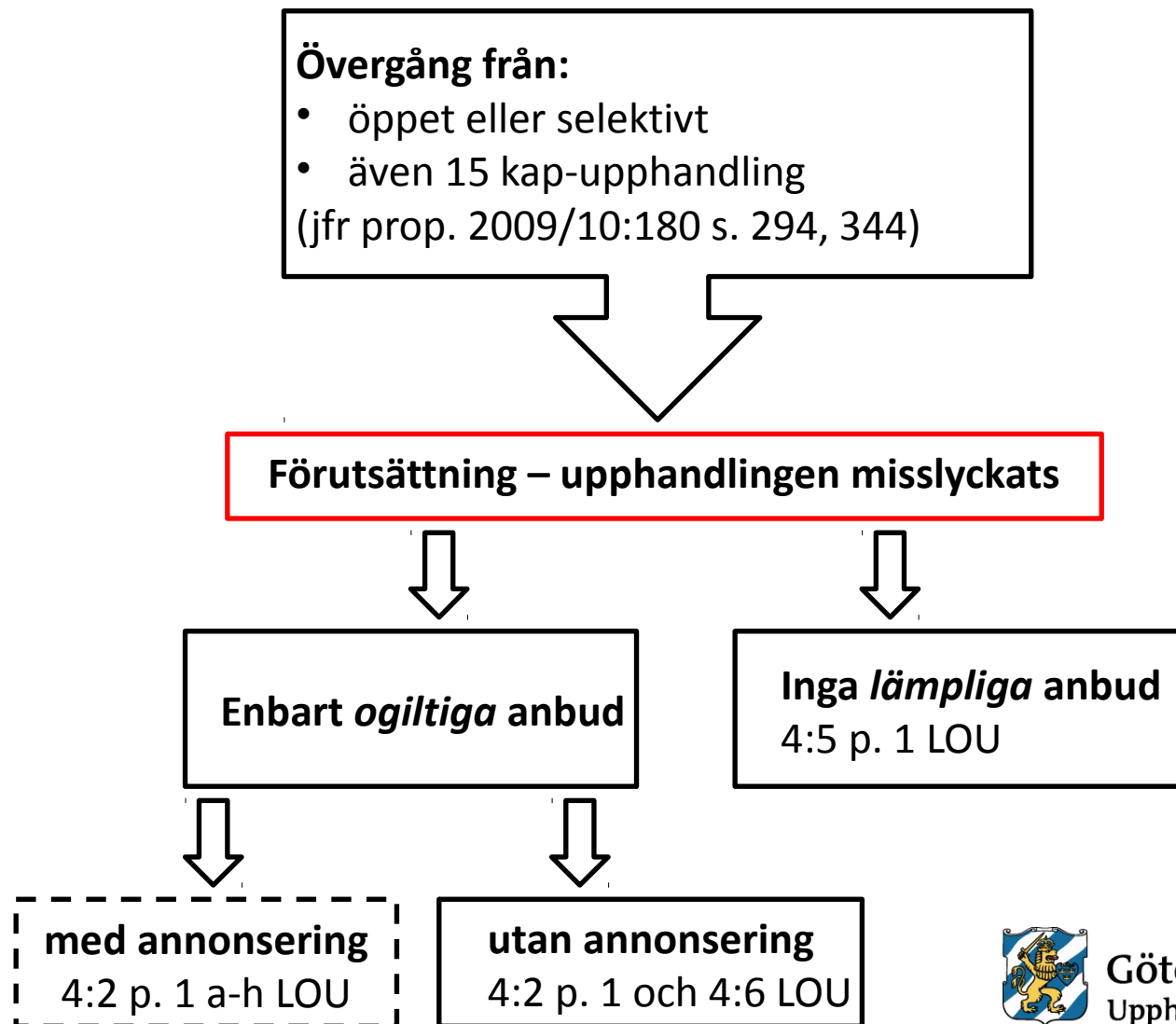
Förhållandet mellan förhandling och "förtydligande och komplettering" i upphandlingar med förhandling?

"Vidare kan det finnas anledning att bedöma möjligheten till förtydligande och kompletteringar på olika sätt beroende på vilket upphandlingsförfarande som tillämpats. Inom ramen för ett förhandlat förfarande, där anbuden löpande anpassas och förtydligas till följd av förhandlingsdiskussioner parterna emellan, bör kompletteringar kunna tillåtas i högre utsträckning, under förutsättning givetvis att kompletteringen inte utgör en väsentlig ändring av underlaget" (Rosén Andersson m.fl., s. 370)

- Ska formalistisk likabehandling trumfa goda affärer?
- Anbudspresentation/intervju med syfte att gå igenom bevis för kravuppfyllelse och där formaliabrister kan "läkas" genom förtydliganden/kompletteringar?
- Lästips: Arrowsmith, s. 497 (The discretion to accept non-compliant offers)



Övergång till förhandlat förfarande



Övergång till förhandlat förfarande vid enbart olämpliga anbud

- Lagstöd: 4:6 och 4:2 p. 1 LOU
- Används när det inte finns *några* godtagbara anbud!
- Förhandling kan exempelvis ske:
 - om brister i offererad vara/tjänst eller 12 kap. LOU. Ingen förhandling möjlig om 10-11 kap LOU.
- Förhandlingen syftar till att anpassa anbudet till kraven i FU genom att *nya* uppgifter begärs in (exempelvis nya artiklar). Inte anpassa FU till anbuden!
- Förhandlingen ska ske med *samtliga* anbudsgivare som klarat kraven i 10-11 kap, dvs. är formellt kvalificerade, men har brister i krav på varan/tjänsten. Inga andra får bjudas in!



Övergång i praktiken enligt 4:6 LOU

Exempel

Krav: 90 procent godkända produkter i varukorgen.

Lev A – klarar 10/11 kap. men har bara 85 procent godkända produkter

Lev B – klarar inte ekonomisk kapacitet

Lev C – klarar inte tidigare erfarenhet

Lev D – klarar 10/11 kap. men har bara 83 procent godkända produkter

Lev E – klarar 10/11 kap. men har bara 85 procent godkända produkter

- Förhandlingen ser olika ut för olika anbudsgivare, beroende på vad som måste "anpassas" till kraven.
- Skriftlig begäran att lämna nya produkter (och priser) på de positioner som inte kunnat godtas (A, D, E).



Övergång till förhandlat förfarande vid inga anbud eller inga lämpliga anbud

- Lagstöd: 4:5 p. 1 LOU.
- Förutsättning: 1. Inga anbudsansökningar, 2. Inga anbud, 3. Inga lämpliga anbud.
- Inga "väsentliga förändringar".
- Som "inga anbud" räknas även att anbud inkommit men inte klarar kraven i 10-11 kap eller anbud som inte kommit i rätt tid.
- Som "olämpligt anbud" räknas att anbudet är för dyrt (även för lågt?) eller innehåller ett olämpligt utförande/kvalitet.
- Förhandlingen kan ske även med leverantörer som inte deltagit i den resultatlösa upphandlingen.



Övergång i praktiken enligt 4:5 LOU

4:5 punkt 1 LOU – inga anbud/inga lämpliga anbud

Godtagbart

- Förhandla med marknadens aktörer att lämna anbud utifrån det ursprungliga underlaget.

Oklart/tveksamt

- För "tuffa" villkor – möjligt att efter dialog stegvis acceptera justeringar i förfrågningsunderlaget till dess acceptans uppstår?
- Ta bort/justera ett obligatoriskt krav som avhållit marknadens aktörer från att lämna anbud?



Upprätthåll principerna!

Likabehandling

- Samma information till samtliga leverantörer som förhandlar om kontraktet.
- Samma tidsfrister.
- Slutbud under samma förutsättningar.

Transparens (öppenhet och förutsebarhet)

- Berätta vad som ska göras och gör som ni har sagt.
- Tydliga spelregler från början – anbuden ska anpassas inte underlaget.
- Förhandlings-PM, protokoll (justeras av anbudsgivaren).
- Skriftlig förhandling via e-post.

Tänk på anbudssekretessen

Det går inte "spela ut" olika aktörer mot varandra genom att röja information i konkurrenternas preliminära anbud! Förhandla fram det bästa anbudet med respektive leverantör isolerat från övriga.



Frågor?

Fredrik Rogö, bolagsjurist

Fredrik.rogö@uhb.goteborg.se

031-334 37 13

Besök vår hemsida

uhb.goteborg.se



Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget

Praxis m.m. (I)

Förhandlat förfarande med föregående annonsering , 15 kap- upphandling och övergång (samt konkurrenspräglad dialog)

C-561/12 Nordecon AS; Artikel 30.2 i direktiv 2004/18 ska tolkas så, att det inte är tillåtet för den UM att förhandla med anbudsgivarna om anbud som inte uppfyller de bindande kraven i de tekniska specifikationerna för upphandlingen. (se även **C-243/89 Strebælt**)

C-337/98; Upphandling av spårvägslinje och bl.a. fråga om att i begränsad omfattning ändra i ett underlag. EU-domstolen konstaterade bl.a. ”att det under ett förhandlat förfarande som sträcker sig under lång tid inte kan uteslutas att parterna beaktar en mindre teknisk utveckling som sker under förhandlingens gång, utan att denna omständighet varje gång ska anses utgöra en omförhandling av väsentliga villkor i avtalet...”.

T-40/1; Även om den UM har behörighet att förhandla i ett förhandlat förfarande, är den dock alltid skyldig att se till att villkoren i kontraktshandlingarna, som den frivilligt har valt att göra tvingande iakttagas (p. 76).

Kommissionens beslut i mål N-264/2002, London Underground PPS (EGT C 309, 12.12.2002); I ett förhandlat förfarande inom försörjningssektorn var det tillåtet att förhandla om villkoren i kontraktet även efter anbuderna lämnats in. Rörde PPP-projekt av komplex och innovativ karaktär.

KRNS 2013-10-25 mål nr 3658-13; En övergång till förhandlat förfarande förutsätter att ursprungsförfarandet varit antingen öppet eller selektivt förfarande. Det var inte möjligt att, med hänvisning till 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU övergå till förhandlat förfarande när den UM inledningsvis använt ett förenklat förfarande enligt 15 kap. 3 första stycket LOU.

KRNSU 2013-03-22 mål nr 2130-12; KR delar FR bedömning om övergång till förhandlat förfarande. Den UM hade inte visat grund för att förkasta de två anbud som inkommit och därmed inte heller grund för att övergå i förhandling. Någon skada kunde inte visas då båda anbuderna utvärderats och utvärderingen gjorts i enlighet med vad som angetts i FU och således på samma sätt som om ett öppet förfarande hade tillämpats.

KRNG 2013-03-15 mål nr 7024—7026-12; Även om upphandlingsföremålet (hörapparater) är av komplicerad teknisk art och utgörs av produkter som går igenom en snabb teknisk utveckling anses det inte uppfylla förutsättningarna för att få upphandlas med undantagsförfarandet konkurrenspräglad dialog. Genom att den UM har använt detta förfarande i strid med LOU har det medfört åtminstone risk för skada för de sökande leverantörerna. Göra om. (Ej PT i HFD 2013-06-11 mål nr 2659—2661-13)

KRNS 2009-09-29 mål nr 1807-09; Övergång till förhandlat förfarande enligt 4 kap. 5 § p. 1 (inga anbud inkommit i öppet förfarande). KR ansåg att de förändringar som gjorts i förhandlingen var väsentliga eftersom ändringarna av de ursprungliga kontraktsvillkoren var avgörande för bolagen att inte lämna anbud i den annonserade upphandlingen. Övergången hade därför skett i strid med 4 kap. 5 § p. 1 LOU.



Praxis m.m. (II)

KRNG 2009-06-25 mål nr 3513-3518-09; Den UM hade vid förhandlingen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att uppge att anbudsgivaren "ligger väldigt långt bort prismässigt för att vara konkurrenskraftiga" vilket resulterade i kraftig prissänkning (43 procent). Prissänkningen bedömdes inte vara resultatet av någon egentlig förhandling utan som ett nytt anbud.

KRNG 2009-05-18 mål nr 926-09; En UM hade vid en förenklad upphandling begärt in nya prisuppgifter, samma tid att svara. Inget brott mot LOU.

FRL 2013-03-03 mål nr 8773-13; Den UM hade efter en ursprungligt öppen upphandling övergått till förhandlat förfarande efter bedömningen att inga lämpliga anbud inkommit. FR konstaterade att förhandlingen kan ske kring samtliga skall-krav i upphandlingen. Anbudet kan därmed, inom ramen för de upphandlingsrättsliga principerna, komma att ändras. Den UM hade inte överträtt de grundläggande principerna.

FRL 2014-02-05 mål nr 2003-13; Förhandlat förfarande efter misslyckad upphandling enligt 15 kap. FR: Det är således (med hänvisning till prop. 2009/10:180 s. 294 och s. 344) att lagstiftaren avsett att en UM får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering om det vid t.ex. förenklat förfarande inte lämnats några anbud, eller inte lämnats några lämpliga anbud, och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändras väsentligt. I den aktuella upphandlingen hade övergången skett p.g.a. att det endast inkommit ett anbud och att detta inte uppfyllt ställda krav, dvs. ett ogiltigt anbud (jfr 4 kap. 6 § LOU). Det är enligt denna bestämmelse inte möjligt att bjuda in andra än de som deltagit i det tidigare förfarandet, vilket skett.

FRS 2013-06-12 mål nr 6313-13; Övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Endast förhandla med de som uppfyllt de formella kraven.

FRL 2012-11-01 mål nr 4430-12; Övergång till förhandlat förfarande.

FRS 2012-01-23 mål nr 23807-11; Övergång till förhandlat förfarande från en öppen upphandling p.g.a. att inga kvalificerade anbud låg inom budgetramen. Fråga om villkoren för kontraktet ändrats väsentligt vid förhandlingen. FR: Det har inte framkommit att ändringarna (bl.a. utbyte av visst material till likvärdigt och att delar utgick och istället lades som option) som gjordes vid det förhandlade förfarandet har medfört att upphandlingens identitet inte längre kan anses vara densamma. Ändringarna har inte heller bedömts varit avgörande för någon anbudsgivares beslut att inte lämna anbud vid det öppna förfarandet. De ursprungliga kontraktsvillkoren hade därför inte ändrats väsentligt.

Prop. 2009/10:180 s. 294 och s. 344; "Med i tillämplig omfattning avses att öppet eller selektivt förfarande i 4 kap. 5 § första stycket, första punkten och 6 § omfattar förenklat förfarande eller urvalsförfarande i enlighet med 15 kap".



Praxis m.m. (III)

KKV yttrande 2012-10-10, dnr 507/2012; Att det är tjänstens art som ska bedömas innebär att bedömningen ska ske med utgångspunkt i tjänstens karaktär som sådan och inte i den UM:s subjektiva uppfattning om sin kapacitet att upphandla tjänsten i ett öppet eller selektivt förfarande. Bevisbördan ligger på den UM. Konkurrensverket anser att de risker som kan vara förknippade med ett förhandlat förfarande med föregående annonsering inte gör sig gällande med samma styrka som de risker för utebliven eller snedvriden konkurrens och bristande likabehandling som kan kopplas till icke-annonserade förfaranden. Tolkningen av undantagets räckvidd vid ett förhandlat förfarande med föregående annonsering bör inte vara lika restriktiv som vid ett icke-annonserat förfarande. Bedömningen ska göras mot bakgrund av de faktiska omständigheterna vid tidpunkten då den upphandlande myndigheten tog ställning till vilket förfarande som skulle användas.

Skaderekvisitet kopplat till förhandling

HFD 2013 ref. 53; För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska *visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats*. HFD konstaterar att bolaget inte klargjort på vilket sätt valet av förfarande har medfört skada eller risk för skada för bolaget. Inte heller har bolaget *konkretiserat på vilket sätt övriga påstådda brister har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada*. Mot den bakgrunden saknas anledning att göra någon prövning av i vilken mån det funnits utrymme för den UM att välja förhandlat förfarande.

KRNG 2014-02-18 mål nr 3471-13; I en upphandling hade endast ett anbud inkommit. Upphandlingen avbröts och den UM övergick i ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt 4 kap. 2 § 1 och 6 § LOU (men angav felaktigt 4 kap. 5 § 1 LOU). Det klagande bolaget, som lämnat det enda godtagbara anbudet, valde trots inbjudan att inte delta i förhandlingen men begärde senare överprövning. KR konstaterar, med hänvisning till HFD 2013 ref. 53, att skaderekvisitet inte varit uppfyllt.

KRNG 2013-09-27 mål nr 585-13; En leverantör som inte uppfyllt ett krav på två godtagbara referenser hade uteslutits i kvalificeringsfasen i ett förhandlat förfarande. Leverantören kunde därmed inte visa skada till följd av det påstått felaktiga användandet av förhandlat förfarande.

KRNG 2013-09-26 mål nr 2109—2113-13; Felaktigt val av förfarande (förhandlat förfarande) i en möbelupphandling medförde inte ingripande enligt LOU eftersom ansökande leverantören inte kunde visa skada.

KRNSU 2013-03-22 mål nr 2130-12; Bl.a. fråga om felaktig övergång till förhandlat förfarande. Den UM hade inte visat att ingen av anbudsgivarna uppfyllde skall-kraven. Dock hade den som klagat inte lidit skada eftersom båda skulle klarat kraven från början.



Skillnad mellan 4:5 och 4:6 LOU

	4:5 LOU	4:6 LOU
Förutsättning	<ul style="list-style-type: none">- Inga anbud inkommit- Inga anbud uppfyller kraven i 10-11 kap.- för dyrt- formella brister	<ul style="list-style-type: none">- Anbuderna uppfyller kraven i 10-11 kap. LOU vid anbudslämmandet men har brister i kraven på varan/tjänsten eller 12 kap. LOU
Förhandlingens omfattning	<ul style="list-style-type: none">- Låsa formella brister- Bjuda in andra- Förhandla ner priser	<ul style="list-style-type: none">- Samtliga leverantörer som klarat de formella kraven i 10-11 kap. LOU ska bjudas in.- Inga "externa"- Anpassa anbuderna, genom nya uppgifter, så anbuderna klarar kraven på varan/tjänsten.

