

Konsulter & Konsultjäv

VAD GÄLLER?

Upphandlingsutredningen (SOU 2013:12):

”Syftet med de föreslagna bestämmelserna om samråd är att uppmärksamma upphandlande myndigheter, och för den delen även leverantörer, på möjligheterna och fördelarna med att kommunicera tidigt i processen.”

”Upphandlingsutredningen ser direktivförslagets bestämmelser som ett sätt att uppmärksamma ledningarna i upphandlande myndigheter och enheter på att det är både tillåtet och tillrådligt att ha kontakt med marknaden innan en upphandling formellt sätts igång.”

- ❖ **Upphandlande myndigheter får anlita konsulter för genomförande av offentliga upphandlingar**
- ❖ **Konsulter utgör ofta ett nödvändigt komplement till myndighetens egen kompetens**
- ❖ **Både tillåtet och tillrådligt att anlita konsulter**
- ❖ **Konsulter som deltagit i förberedelsearbete kan delta i upphandlingen - Men se upp för konsultjäv!**

Konsekvenser av konsultjäv:

13 kap. 3 § LOU / 13 kap. 4 § LUF:

En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om:

7. myndigheten genom andra mindre ingripande åtgärder än uteslutning av leverantören inte kan avhjälpa en snedvridning av konkurrensen på grund av ett sådant tidigare deltagande från leverantörens sida som avses i 4 kap. 8 §.

Åtgärder vid deltagande i förberedelserna:

4 kap. 8 § LOU:

Om en anbudssökande eller anbudsgivare har deltagit i förberedelserna av en upphandling, ska de andra anbudssökandena eller anbudsgivarna informerar om vilka upplysningar av relevans för upphandlingen som har lämnats i det sammanhanget.

Åtgärder vid deltagande i förberedelserna:

4 kap. 8 § LOU:

En anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i förberedelserna av upphandlingen får uteslutas från förfarandet endast om det inte finns något annat sätt att säkerställa att principen om likabehandling följs. Innan anbudssökande eller anbudsgivare utesluts från förfarandet ska de få möjlighet att lägga fram utredning om att deras deltagande i förberedelserna inte kan leda till en snedvridning av konkurrensen.

(Jfr EU-domstolen, Fabricom, C-21/03 och C-34/03)

Den närmare innebörden av 4 kap. 8 § LOU:

- ❖ Vilka omfattas och vilka omfattas inte
- ❖ Vilken information ska lämnas till övriga anbudsgivare och när?
- ❖ Vilka omständigheter kan visa att en tidigare medverkan inte leder till snedvridning av konkurrensen
- ❖ Går det att neutralisera en konkurrensfördel
- ❖ Vem har bevisbördan

Den närmare innebörden av 4 kap. 8 § LOU:

Svensk rättspraxis:

- ❖ Kammarrätten i Jönköping, mål nr 3184--86-95
- ❖ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6986-09
- ❖ Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2458-11
- ❖ Svea hovrätt, mål nr T-5227-14

Dubbel medverkan = presumtion för otillbörlig konkurrensfördel

- ❖ **Dubbel medverkan** = när någon som har deltagit i visst förberedande arbete kan ha en fördel när det gäller att formulera anbudet, på grund av den information som personen kan ha erhållit
- ❖ **Någon/personen** = utöver personer i egen organisation även anlitate underkonsulter, tidigare anställda, medarbetare i koncernbolag
- ❖ **Arbetet** = allt förberedande arbete, ej begränsat till arbete med själva förfrågningsunderlaget

Vilken information ska lämnas och när?

Det enkla fallet

- ❖ Renodlad konsultjävssituation
- ❖ Konsult och UM är redan i förberedelsefasen medvetna om att konsulten också kommer att lämna anbud
- ❖ Information i upphandlingsdokumenten

Det svåra fallet

- ❖ Icke renodlad konsultjävssituation
- ❖ Dubbel medverkan uppdagas vid anbudsöppning eller senare

Vem har bevisbördan?

UM antar leverantör trots dubbel medverkan

- ❖ UM har bevisbördan vid renodlad konsultjävssituation (Kammarrätten i Stockholm)
- ❖ Klagande leverantör har bevisbördan vid icke renodlad konsultjävssituation (Kammarrätten i Sundsvall)

Vem har bevisbördan?

UM utesluter leverantör p.g.a. dubbel medverkan

- ❖ Utesluten leverantör har bevisbördan och ska motbevisa presumtion, d.v.s. bevisa icke-existensen av otillbörlig konkurrensfördel (Svea hovrätt)
- ❖ Högt ställt beviskrav? Förmodligen inte – jfr Fabricom

Slutsatser

- ❖ Prövning i två led. 1) Medför ett kunskapsöverskott en konkurrensfördel i förhållande till andra anbudsgivare?
2) Är konkurrensfördelen otillbörlig?
- ❖ Det behöver inte vara helt lika och ett visst kunskapsöverskott är OK! (jfr kännedom hos tidigare avtalspart)
- ❖ Tidsfaktorn och övrigas möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud bör vara avgörande (jfr Kammarrätten i Sundsvall)

TACK!

Advokat Madeleine Sifvert

Advokatfirman Nova

www.nova.se