

Att minimera risken för överprövning

Anna Ulfsdotter Forssell /Partner/Advokat

Upphandla livsmedel

Stockholm den 30 november 2015



Disposition

- Överprövning riskerar försena upphandling av livsmedel – hur ska upphandlarna agera för att minimera risken?
- Vilka trender finns det?
- Hur kommer nästa års nya lagstiftning att påverka?
- Några intressanta case.

Överprövning riskerar försena upphandling av livsmedel – hur ska upphandlarna agera för att minimera risken?

Olika typer av risker – påverkbara och inte

- Marknaden – oligopol och ”konserverande”
- Komplexa upphandlingar – många inblandade, tidskrävande och långa ledtider i förberedelsestadiet
- Under upphandlingen – många frågor
- Anbudsgenomgång – omfattande, begäran om förtydligande och komplettering

Olika typer av risker – påverkbara och inte, forts.

- Tilldelningsbeslut – ifrågasatt av förlorare, begäran om att få se vinnande anbudsgivares anbud
- Överprövning – branschen kantas av många överprövningar...
- Överprövning av olika skäl
- Målen drar ut på tiden, överklagande

Olika typer av risker – påverkbara och inte, forts.

- Under överprövning – befintligt avtal löper ut, priser höjs
- Behov av direktupphandling – finns bara en möjlig leverantör?
- Övertagande i samband med byte av leverantör – tids- och kostnadskrävande samt riskfyllt

Hur agera för att minska risken?

- Oligopol – information, skapa intresse för upphandlingen, internationella kontakter, dela upp upphandlingen i delar?
- Starta i god tid – minst 15 månader innan befintligt avtal löper ut
- Få med aktörerna på tåget – hearing, remiss etc.

Hur agera för att minska risken? Forts.

- Underlätta anbudslämnande – anbudsformulär, begränsad kontroll
- Tydliga och bra tilldelningsbeslut, förbered vinnande anbudsgivares anbud för utlämnande, möte för anbudsgenomgång
- Beredskap för överprövning, ”skyndsam handläggning”

Hur agera för att minska risken? Forts.

- Direktupphandling i syfte att träffa tillfälligt avtal
- Förlänga befintligt avtal trots att avtalstiden har löpt ut?
- Ingå nytt avtal med annan?
- Utnyttja konkurrensen, jämför priser samt ingå avtal med rimlig tid för övertagande samt avtalstid



Vilka trender finns det?

Trender

- Dela upp upphandlingen i delar – små och medelstora företags medverkan möjliggörs
- Köp livsmedel och distribution var för sig
- Distributionscentral – konkurrens-, pris- och miljövinster?
- Förfrågningsunderlag på remiss

Hur kommer nästa års nya lagstiftning att påverka?

Kommande lagstiftning - påverkan

- Andra förfaranden? Innovationspartnerskap
- Andra metoder? Dynamiskt inköpssystem
- Utökat utrymme för direktupphandling? Se 6 kap. 15 §
nya LOU:

synnerlig brådskas, orsakad av omständigheter som inte kan tillskrivas och inte har kunnat förutses av den upphandlande myndigheten,

Kommande lagstiftning – påverkan, forts.

- Stora förändringen förväntas komma med resultatet av Överprövningsutredningens arbete
- Förslag lämnades i mars 2015, föreslås träda i kraft den 1 januari 2017
- Mellanvägen, frist för förvaltningsrätts prövning, bör kunna förutse prövning i en instans (90 dagar)



Några intressanta case

Rättsmedel

- Överprövning av upphandling
- Överprövning av avtals giltighet
- Upphandlingsskadeavgift
- Skadestånd
- Inte ovanligt att en och samma upphandling drabbas av samtliga rättsmedel...

Högsta förvaltningsdomstolen visar förståelse

- Fem kommuner upphandlade livsmedel gemensamt
- Förfrågningsunderlag daterat 5 februari 2010
- Anbudstidens utgång 14 april 2010
- Tilldelningsbeslut fattades 28 juni 2010
- Överprövning inleddes den 6 juli 2010, dom FR 25 oktober 2010 (avslag)

HFD visar förståelse, forts.

- Överklagades till KR, IB 4 november 2010
- Dom KR 24 februari 2011 – göra om (7,5 mån totalt)
- Tillfälligt behov hur lösa det?
- 27 januari 2011 ingick kommunerna avtal efter direktupphandling

HFD visar förståelse, forts.

Den 27 januari 2011 tecknades avtal, avseende direktupphandling av livsmedel, med ett antal leverantörer. Dessa avtal angavs gälla från och med den 1 mars 2011 och fram till den dag den överklagade upphandlingen får avslutas enligt LOU genom tecknande av avtal.

HFD visar förståelse, forts.

- Ny ansökan om överprövning av avtalens giltighet, april 2011
- Dom den 29 augusti 2011 – avslag och avtal får bestå av tvingande hänsyn till allmänintresse
- Konkurrensverket ansöker om upphandlingsskadeavgift den 14 mars 2012 (obligatorisk, 17 kap. 1 § 2 p.) – ca 200 000 kr totalt

HFD visar förståelse, forts.

- FR, KR bifaller - Kommunerna överklagar till HFD
- *Kommunerna* yrkar att ansökningarna om upphandlingsskadeavgift avslås och i andra hand att avgiften bestäms till 10 000 kronor för envar av kommunerna. Har påbörjat U i god tid, råkat ut för överprövningar, måste lösa sina behov av livsmedel, tillfälliga avtal, betalat skadestånd efter förlikning

HFD visar förståelse, forts.

- Konkurrensverket bestred bifall. Avgiften 1 % av U:s värde, inte ringa fal
- HFD 2014 ref. 49
- HFD – tidsbegränsade avtal, Kommunerna har alltså lagt grunden för en förnyad upphandling

HFD visar förståelse, forts.

- *”behovet av en sådan avskräckande effekt som en upphandlingsskadeavgift ska ha inte är tillräckligt starkt för att motivera en avgift i en situation som den förevarande. Sanktionsvärdet får alltså bedömas som så lågt att fråga är om ringa fall. Upphandlingsskadeavgift ska därför inte beslutas, underinstansernas avgöranden upphävas och Konkurrensverkets ansökningar avslås.”*

Avslutningsvis

- Planera och avsätt tid
- Tänk nytt, skapa intresse
- Dialog med marknaden
- Ta höjd för överprövning i en instans
- Direktupphandla om det behövs och gör det smart

Tack för er uppmärksamhet!



Anna Ulfsson Forssell / Partner / Head of EU, Competition and Public Procurement

Phone +46 8 677 55 21

Mobile +46 709 25 25 03

anna-ulfsson-forssell@delphi.se

Advokatfirman Delphi Mäster Samuelsgatan 17 P.O. Box 1432 SE-111 84 Stockholm Sweden

Phone + 46 8 677 54 00 Fax +46 8 20 18 84 www.delphi.se