

# Risikanalyis – konsten att välja sina strider

Upphandling24 – Executive Seminar

# Agenda

- > Vad beror överprövningar på?
- > Strategiska överväganden vid överprövning.
- > Talerätt och skada som extra försvarslinjer.
- > Vad ger respektive ger inte bifall i domstol?
- > Riskanalys.
- > Avbrytande som handlingsalternativ.
- > Domare för en dag – du bestämmer!

## Vad beror överprövningar på?

- > Bristande kommunikation.
  - > Leverantören förstår inte förfrågningsunderlaget.
  - > Leverantören förstår inte utvärderingen/tilldelningsbeslutet.
- > Leverantören ser en chans att vinna affären (förutsätter att det finns något att angripa).
- > Befintlig leverantör ser en chans att förlänga sin pågående affär.
- > Företagsinterna motiv.
- > Känslan av att inte ha råd att förlora.

## Strategiska överväganden inför överprövning

- > De grundläggande principerna är utgångspunkten.
- > En anbudsgivare som är långt ifrån att vinna är mindre benägen att ansöka om överprövning än en anbudsgivare som är nära att vinna.
- > Hur drabbas verksamheten vid en eventuell överprövning?
  - > Tillfällig försörjningsstrategi.
  - > Långsiktig försörjningsstrategi – ny upphandling?

# Vad ger respektive ger inte bifall i domstol?

## Funkar

- > Tydligt brott mot specifik bestämmelse i LOU (ovanligt).
- > Binära frågor (uppfyllda/ej uppfyllda krav etc.).
  - > Främst av juridisk karaktär.
- > Uppenbara felbedömningar.

## Funkar inte

- > Bedömningsfrågor.
  - > För få/för många poäng.
- > Tekniskt komplicerade frågor.
  - > Medicinska frågor.
  - > Riskfylld verksamhet.

## Talerätt och skada som extra försvarslinjer

- > Leverantörer som inte haft intresse av att tilldelas kontraktet har inte talerätt.
  - > Tillverkare och andra underleverantörer.
  - > Leverantörer som gett uttryck för att de inte haft för avsikt att lämna anbud (förutsatt att detta inte beror på UM:s överträdelse av LOU).
- > Exempel:
  - > Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 maj 2016 i mål nr 1625-16; tillverkare hade inte för avsikt att lämna anbud.
  - > Kammarrätten i Göteborgs beslut den 21 juli 2016 i mål nr 2979-16; underleverantör hade inte för avsikt att lämna anbud.

## Talerätt och skada som extra försvarslinjer, forts.

- > Sökanden måste konkretisera hur de påstådda bristerna medfört skada eller risk för skada.
- > Om så inte sker ska domstolen inte ens pröva om bristerna föreligger (HFD 2013 ref 53).
- > Dock så och så med hur detta tillämpas i underrätterna.
  - > En fråga som upphandlande myndigheter bör väcka.
- > Om den upphandlande myndigheten kan påvisa att det inte är sannolikt att sökanden vunnit ens om överträdelsen inte ägt rum → ingen skada.

## Risikanalyt

- > Sökanden måste visa både överträdelse och skada (eller risk för skada).
- > I många fall är argumentationen en "kedja med flera länkar", som var för sig måste hålla.
- > Genom att bedöma varje "länk" för sig kan man bilda sig en uppfattning om sannolikheten för viss utgång i målet.



## Risikanalyt - exempel

- > Sökanden har placerats på tredje plats i utvärderingen.
- > Gör gällande att de två framförvarande anbudsgivarna inte uppfyllt samtliga ska-krav.
- > För att vinna framgång måste sökanden övertyga rätten om att bedömningen av båda varit felaktig.
- > Om sannolikheten för framgång beträffande nr 1 är 0,5 och för nr 2 är 0,5 är sannolikheten för bifall 0,25, dvs. sannolikheten för avslag 0,75.

## Avbrytande som handlingsalternativ

- > Ett avbrytande kan ibland vara det snabbaste sättet att komma vidare – "bättre fly än illa fäkta".
- > Ofta förhållandevis lätt att finna sakligt godtagbara skäl – generös rättspraxis – låg risk för problem i samband med överprövningen.
- > OBS dock att ett sakligt godtagbart avbrytandebeslut inte alltid undanröjer risken för skadestånd (NJA 2016 s. 369).
- > Ett avbrytandebeslut utgör hinder för skadestånd till följd av ett tidigare upphandlingsfel *endast* i de fall avbrytandebeslutet grundar sig på omständigheter som är oberoende av upphandlingsfelet.
- > Om de omständigheter som ligger till grund för avbrytandebeslutet är hänförliga till det upphandlingsfel som utgör grunden för skadeståndsyrkandet hjälper det inte att hänvisa till att det var ett sakligt godtagbart avbrytandebeslut.

# Domare för en dag

## Domare för en dag – förutsättningar

- > Fyra case.
- > Riktiga mål.
- > Aidentifierade.
- > Yrkanden och argumentation i huvudsak.
- > Din uppgift är att döma i målet:
  - > Bifall/avslag?
  - > Vid bifall, rättelse eller göra om?

## Case 1

- > Upphandling av tjänster.
- > Sökanden yrkade i 1:a hand rättelse, i 2:a hand göra om.
  - > Vinnarens anbud saknar flera uppgifter om bl.a. arbetssätt, utbildning och kompetens, vilka var ska-krav att lämna.
  - > Det är oklart om vissa arbetsmoment ingår i uppdraget, och vinnarens låga pris kan antas bero på att arbetsmomenten inte ingår. Anbudsgivarna har uppfattat förfrågningsunderlaget olika – otydligt.
- > Den upphandlande myndigheten:
  - > Uppgifterna finns i anbudet. FFU ger inte stöd för förkastande.
  - > Av FFU, särskilt anbudsformuläret, framgår att arbetsmomenten ingår.

## Case 2

- > Upphandling av entreprenadarbeten.
- > I FFU fanns krav på att anbudsgivaren skulle tillämpa kvalitetssäkringsfrämjande rutiner baserade på ISO 9001 eller likvärdigt samt ha ett kvalitetsledningssystem som följde ISO 9001.
- > Sökanden yrkade rättelse.
  - > Vinnaren har inte uppfyllt kraven.
- > Den upphandlande myndigheten:
  - > Vinnaren har skickat in dokument som visar påbörjat arbete "för certifiering".

## Case 3

- > Upphandling av byggentreprenad.
- > I FFU fanns krav på tre liknande referensprojekt avslutade inom de fem senaste åren. Begreppet referensprojekt var inte definierat.
- > Sökanden yrkade rättelse.
  - > Två av vinnarens referenser avser två etapper inom samma entreprenad.
- > Den upphandlande myndigheten:
  - > Sådana arbeten som är avskiljbara tidsmässigt och organisationsmässigt, t.ex. genom arbeten på olika fastigheter/huskroppar med olika start- och slutdatum och separata besiktningar, är att anse som separata projekt.

## Case 4

- > Upphandling av skrivare.
- > Sökandens anbud hade förkastats p.g.a. att sökanden inte ansågs ha lämnat pris på korrekt sätt.
- > Sökanden yrkade rättelse.
  - > Pris har lämnats på korrekt sätt, övriga anbudsgivare har inte gjort det.
- > De upphandlande myndigheterna:
  - > Sökanden har lagt till pris för installationskostnad per maskin, i strid med FFU.
  - > Ett eventuellt fel har inte påverkat utgången i upphandlingen, dvs. ingen skada eller risk för skada.



