
EN SLARVERS FÖRSVARSTAL – EU-DOMSTOLENS AVGÖRANDE I MANOVA ÖPPNAR UPP FÖR KOMPLETTERINGAR

Erik Olsson*

1. INLEDNING

Anbudsgivning är den noggrannes sport, kanske i allt för stor utsträckning. Många förfrågningsunderlag innehåller en mängd uppgifter som ska lämnas av anbudsgivaren, krav som ska bekräftas och handlingar som ska bifogas anbudet. Ofta anges det i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren riskerar få sitt anbud förkastat om denne missar att inkomma med någon bilaga eller bekräfta uppfyllelse av något krav.

Detta förhållande bidrar i stor utsträckning till antalet överprövningar inom upphandlingsområdet. Någon anbudsgivare missar en detalj i förfrågningsunderlaget vilket blir startskottet för en rättsprocess. Antingen förkastas anbudet, vilket kan leda till att den anbudsgivare vars anbud förkastats ansöker om överprövning, eller så avstår myndigheten från att förkasta anbudet, vilket får till följd att en eller flera av de konkurrerande leverantörerna ansöker om överprövning.

Det är viktigt att understryka att detta förhållande inte beror på upphandlingslagstiftningen som sådan. LOU uppställer ytterst få krav på vad som faktiskt måste finnas med i ett förfrågningsunderlag eller i ett anbud. Det är istället den upphandlande myndigheten som, på mer eller mindre goda grunder, väljer att ställa krav på att ett anbud ska innehålla en rad olika uppgifter. Dessa krav formuleras ofta som så kallade skall-krav och myndigheter anger regelmässigt att samtliga skall-krav måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna antas. Genom att göra på detta sätt, vilket på intet sätt krävs av LOU, skapar myndigheten en situation där det finns ytterst liten marginal för missar eller slarv. Detta

* Erik Olsson, Jur. kand., Advokatfirman Delphi, Stockholm.

bruk ligger inte bara till grund för en hel del överprövningar utan kan också vara skadligt för konkurrensutsättningen i upphandlingar, särskilt vad gäller marknader med många små aktörer eller aktörer som inte är vana vid att lämna anbud i offentliga upphandlingar. När ett anbud förkastas på grund av ett slarvfel minskar antalet tillgängliga anbud för konkurrensutsättning, vilket kan leda till högre priser, minskad variation och försämrad kvalitet.

Man kan tycka att anbudsgivare som på grund av slarv eller förbiseende missar att inkomma med alla handlingar som efterfrågas i ett förfrågningsunderlag har sig själv att skylla och det ligger naturligtvis mycket i ett sådant synsätt. Samtidigt missar man då, enligt min mening, en grundläggande sanning om de tjänster som det offentliga tillhandahåller och de personer och företag som vi vill ska utföra dem. Noggrannhet är en dygd men det är långt ifrån den enda egenskap som behövs i offentlig sektor. Olika verksamheter kräver olika egenskaper av de personer som utför dem.

Ett av de viktigaste arbetsredskapen för en jurist är just noggrannhet och det är ofta för denna egenskap som vi anlitas, snarare än för vår förmåga att lösa knepiga juridiska problem. Jag kan tänka mig att det förhåller sig på samma sätt för revisorer eller för säkerhetsansvarig personal för Ringhals. Men är noggrannhet nödvändigtvis den främsta egenskapen en upphandlande myndighet letar efter när man söker efter en reklamare, en måltidsförsörjningstjänst eller en förskoleverksamhet?

Leverantörer fokuserar av naturliga skäl på sin kärnverksamhet och detta är sant även vid anbudsgivning. Leverantörer lägger krut på att beskriva sin verksamhet samt de lösningar och priser som de offererar och nedprioriterar, med rätta kan tyckas, rena formaliakrav i upphandlingen. Detta förhållande medför att det är fullt möjligt att en anbudsgivare avseende exempelvis ett byggnadsprojekt, vilket naturligtvis i sig uppställer höga krav på noggrannhet, lägger oerhörda resurser på att göra korrekta och mycket komplicerade hållbarhetsberäkningar, men samtidigt i sista stund missar att bifoga sin senaste årsredovisning. En sådan miss innebär inte nödvändigtvis att anbudsgivaren är olämplig som leverantör eller att anbudet är slarvigt sammansatt i övrigt men kan vara tillräckligt för att helt diskvalificera leverantören från anbudsutvärderingen.

Enligt min mening är det viktigt att upphandlande myndigheter inser denna verklighet och i alla upphandlingar gör sitt yttersta för att minska riskerna för slarvfel. Även om ansvaret för missar vid anbudsgivning ytterst ligger hos anbudsgivaren bör den upphandlande myndigheten vara medveten om att missar och slarvfel sker och att myndigheten så långt som möjligt bör agera på ett sätt som minskar risken för detta. EU-domstolen har i ett nytt avgörande öppnat upp för myndigheter att läka ett av de vanligare slarvfelen i efterhand.

2. EU-DOMSTOLENS AVGÖRANDE I MANOVA

Bakgrund och omständigheter i målet

EU-domstolen har i ett avgörande av den 10 oktober 2013, mål C-336/12 (Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser mot Manova A/S) ("Manova") understrukit en upphandlande myndighets möjligheter att begära komplettering då en anbudsgivare missat att skicka med en efterfrågad årsredovisning. Bakgrunden till målet är i korthet följande.

Ministeriet for Forskning, Innovation og Videregående Uddannelser ("Ministeriet") i Danmark annonserade under 2008 en upphandling av drift av sju studie- och yrkesvägledningscenter genom ett selektivt förfarande.

I förfrågningsunderlaget till inbjudan för anbudsansökningar angav Ministeriet bland annat att anbudssökanden, för att få sin ansökan prövad, skulle inkomma med sitt senaste årsboks slut för bedömning av anbudssökandens ekonomiska kapacitet.

Vid utgången av fristen för att ansöka om att delta i upphandlingen hade tio ansökningar inkommit, bland annat från Syddansk Universitetet ("SDU"), Köpenhamns Universitet ("KU") och Manova A/S ("Manova"). Ansökningarna från två av anbudssökanden, SDU och KU, innehöll inte något årsboks slut. Ministeriet valde då att via e-post begära in en komplettering av SDU och KU i form av respektive universitets årsboks slut. Både SDU och KU efterkom skyndsamt begäran och accepterades, tillsammans med sju andra anbudssökanden, för anbudsgivning. Efter anbudsgivning tilldelades SDU och KU kontrakt som givare av de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden.

Manova överklagade tilldelningsbeslutet till Klagenævnet for Udbud, det danska överprövningsorganet för upphandling. Nämnden fann att Ministeriet hade brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta ansökningarna från SDU och KU trots att dessa inte innehållit efterfrågade årsredovisningar vid tillfället för ansökningarnas ingivande. Nämnden ogiltigförklarade därför Ministeriets tilldelningsbeslut.

Nämndens beslut överklagades till Østre Landsret, den regionala administrativa domstolen, som hänsköt målet till EU-domstolen för ett förhandsavgörande. Den fråga som EU-domstolen ombads besvara var om det är förenligt med likabehandlingsprincipen för en upphandlande myndighet att begära att en anbudssökande, efter det att fristen för ansökan löpt ut, inkommer med handlingar som beskriver den sökandens situation, såsom offentliggjorda årsboks slut, vilka skulle inges med anbudsansökan men som inte hade bifogats ansökningshandlingar.

EU-domstolens avgörande

Domstolen inleder med att konstatera att en av huvudmålsättningarna med de unionsrättsliga bestämmelserna om offentlig upphandling är att säkerställa fri rörlighet för tjänster och att säkerställa att konkurrensen på marknaden för sådana tjänster inte snedvrids i någon medlemsstat. Tillämpningen av likabehandlingsprincipen i förfaranden för offentlig upphandling utgör inte ett mål i sig utan ska snarare användas som ett verktyg för att uppnå dessa målsättningar.

Domstolen påminner sedan, med hänvisning till sin tidigare rättspraxis i bland annat Mål C-336/12, SAG ELV Slovensko m.fl., om att likabehandlingsprincipen och skyldigheten att förfara på ett öppet sätt i princip innebär att anbudet inte kan ändras efter att det getts in. Härav följer att den upphandlande myndigheten inte får begära förtydligande av en anbudsgivare, vars anbud den anser är oklart eller inte uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna i förfrågningsunderlaget. Det är dock möjligt att uppgifter i anbudet kan rättas eller kompletteras på en specifik punkt, bland annat på grund av att det är uppenbart att uppgifterna kräver en enkel förklaring eller för att undanröja uppenbara sakfel.

En begäran om förtydligande får dock göras först sedan den upphandlande myndigheten tagit del av samtliga anbud och ska i princip på motsvarande sätt skickas till samtliga anbudsgivare som befinner sig i samma situation. Begäran ska också omfatta samtliga punkter i anbudet som behöver förtydligas.

Begäran får vidare inte leda till att den berörda anbudsgivaren i själva verket inger ett nytt anbud och det ankommer på myndigheten att behandla sökandena på ett likartat och lojalt sätt, så att det inte kan framstå som om begäran om förtydligande på ett otillbörligt sätt gynnade eller missgynnade den eller de anbudssökande som var föremål för begäran.

Vad avser selektiva förfaranden och den leverantörskvalificering som där sker anger domstolen att den upphandlande myndigheten kan begära att anbudsansökan rättas eller kompletteras i enskilda delar, såvida denna begäran avser omständigheter eller upplysningar, såsom offentliggjorda årsbokslut, som det objektivt går att kontrollera att de förelåg före den tidpunkt då fristen för att lämna in ansökningshandlingarna för att få delta i upphandlingen löpte ut. Det finns således, vad gäller offentliggjorda och objektivt kontrollerbara uppgifter, ett förhållandevis stort utrymme att begära in kompletteringar.

Domstolen förtydligar dock att komplettering inte är möjlig om det av *upphandlingsdokumenten* framgått att om en handling eller upplysning saknas så ska detta innebära att sökanden utesluts från upphandlingen. Det ankommer nämligen på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt.

EU-domstolen anger själv att dessa villkor verkar vara uppfyllda vad avser den upphandling som Ministeriet genomfört och att komplettering således

torde vara möjlig på det sätt som skett, men lämnar den slutliga bedömningen av detta till den nationella domstolen.

3. AVSLUTANDE KOMMENTARER

EU-domstolens avgörande understryker två viktiga poänger.

Först och främst att det är fullt möjligt att tillåta kompletteringar av uppgifter som det objektivt går att kontrollera att de förelåg före den tidpunkt då fristen för att lämna in ansökningshandlingarna för att få delta i upphandlingen löpte ut, såsom exempelvis årsredovisningar.

För det andra att denna möjlighet inte föreligger om den upphandlande myndigheten genom formuleringar i förfrågningsunderlaget har stängt möjligheten till komplettering genom att ange att ett anbud som i ofullständigt i något avseende ska föranleda att anbudsgivaren utesluts eller anbudet förkastas.

Som nämndes inledningsvis har i Sverige bruket av så kallade skall-krav, krav vilka är formulerade i termer av att en anbudssökanden *ska* inkomma med exempelvis en årsredovisning, medfört att anbudsgivare ofta får sina anbud förkastade. Som framgår av EU-domstolens avgörande i Manova behöver emellertid inte ordet *ska* som sådant medföra att ett anbud måste förkastas om den uppgift som ska anges inte har angetts. Det krav som Ministeriet hade uppställt avseende årsredovisning innehöll ordet *ska* men komplettering ansågs trots detta möjlig.

Vad som är avgörande är istället dels om det rör sig om en uppgift som objektivt går att kontrollera i efterhand samt om myndigheten på något ställe i förfrågningsunderlaget angett att skall-kraven *måste* vara uppfyllda för att anbudsgivaren inte ska uteslutas eller dess anbud förkastas. Det finns således en möjlighet för en myndighet att tillåta och/eller begära kompletteringar av uppgifter som är offentliggjorda och objektivt kontrollerbara, såsom exempelvis årsredovisningar, så länge myndigheten inte själv stängt denna möjlighet.

I många situationer kan det, enligt min mening, vara klokt av upphandlande myndigheter att hålla möjligheten för kompletteringar av offentliggjorda och objektiva uppgifter öppen och inte, vad gäller sådana uppgifter, ange att de är absoluta krav vilka ska föranleda förkastande av anbudsansökan eller anbud. På detta sätt undviker myndigheten att anbud, vilka kan vara mycket konkurrenskraftiga, måste förkastas på grund av uppgifter som myndigheten ändå hade kunnat hitta och objektivt kontrollera i efterhand.

Det ska dock understrykas att myndigheten måste behandla samtliga anbudsgivare lika i detta avseende och på ett lojalt sätt, så att det inte kan framstå som om begäran om förtydligande, på ett otillbörligt sätt gynnade eller missgynnade den eller de anbudssökande som var föremål för begäran. Myndigheten får helt enkelt inte använda möjligheten till komplettering för att antingen

gynna sin favoritleverantör eller missgynna någon leverantör som myndigheten, på annat än objektiva grunden anser mindre fördelaktig. Enligt min mening torde motsvarande gälla även över tid och vad avser inte bara begäran om komplettering utan även avstående av sådan begäran. Om myndigheten som regel i alla upphandlingar begär in komplettering om någon anbudsgivare skulle ha missat att inkomma med en offentligjord och objektivt kontrollerbar uppgift, skulle det enligt min mening kunna utgöra en överträdelse av likabehandlingsprincipen om myndigheten plötslig i en upphandling avstod från att begära sådan komplettering och istället förkastar anbudet. Ett sådant beteende skulle nämligen kunna vara ett uttryck för ett illojalt användande, eller snarare avstående, av möjligheten att begära komplettering i syfte att gynna eller missgynna en viss leverantör.

Upphandling ska handla om att hitta den bästa leverantören med det bästa anbudet för den vara, tjänst eller byggentreprenad som myndigheten är i behov av. Det är naturligtvis viktigt att anbudsgivare är noggranna i sin anbudsgivning men upphandlande myndigheter bör vara medvetna om att även de mest kvalificerade anbudsgivarna kan göra misstag. Manova ger viktig vägledning kring hur myndigheter kan utforma sina förfrågningsunderlag på ett mer öppet och förlåtande sätt för att se till att enkla slarvfel inte får allt för långtgående konsekvenser för den konkurrensutsättning som är det egentliga syftet med upphandlingen. Mer förlåtande förfrågningsunderlag är enligt min mening ett viktigt medel för att minska antalet överprövningar utan att för den sakens skulle göra avkall på tillgången till effektiva rättsmedel eller leverantörers rätt till likabehandlande och öppna upphandlingsförfaranden. Låt oss hoppas att myndigheter successivt lämnar den traditionella skall-kravssystematiken och istället noga överväger vilka krav som ska föranleda förkastande av anbudet och vilka krav som är sådana som faktiskt objektivt kan kontrolleras i efterhand.