

---

# FÖRHANDLAT FÖRFARANDE MED FÖREGÅENDE ANNONSERING – REGEL ELLER UNDANTAG?

Kristian Pedersen & Erik Olsson\*

---

## 1. INLEDNING

En vanlig synpunkt man får när man arbetar med upphandlingsfrågor är att upphandlingslagstiftningens förfarandebestämmelser är överdrivet byråkratiska och formalistiska. Detta gäller inte enbart, men i synnerhet, för upphandlingar som omfattas av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), eftersom bestämmelserna i LOU utan tvekan är mindre flexibla än bestämmelserna i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), bland annat med avseende på utrymmet för förhandlingar. Många upphandlande myndigheter som omfattas LOU sneglar avundsjukt på de upphandlande enheter som omfattas av LUF. Det bör dock framhållas att det inte bara är upphandlande myndigheter som har synpunkter på LOU:s förfaranden, utan även leverantörer ställer sig ibland frågande till vissa av bestämmelserna. ”Så där går det ju inte till när man gör affärer i näringslivet”, kan någon tycka. ”Varför kan den upphandlande myndigheten inte få diskutera med leverantörerna, förhandla om priserna och övriga villkor och sedan välja den som är bäst?”, frågar sig någon annan.

Det finns naturligtvis ett korn av sanning i denna beskrivning av upphandlingslagstiftningen. De bakomliggande syftena, att underlätta gränsöverskridande handel även beträffande offentliga kontrakt samt att motverka diskriminering, godtycke och (framhåller vissa) korruption, innebär av naturliga skäl att lagstiftaren bedömt det nödvändigt att i vissa avseenden begränsa de upphandlande myndigheternas handlingsfrihet. Bestämmelserna kan dock ibland framstå som väl ”stelbenta”, och det finns definitivt sätt att göra affärer som är tillåtna mellan två privata parter, men som inte är tillåtna enligt LOU. Samtidigt

---

\* Kristian Pedersen, advokat och delägare, och Erik Olsson, Jur. kand., Advokatfirman Delphi, Stockholm.

är bilden av att LOU är en komplicerad lag som leder till formalistiska upphandlingar också i stor utsträckning en nidsbild, som snarare beror på hur LOU har kommit att tillämpas än på lagen och de bakomliggande direktiven. Vår uppfattning, som möjligen kan provocera somliga men som ändå delas av många bedömare, är att många av de problem som lagstiftningen får klä skott för i själva verket beror på rena handhavandefel, exempelvis att upphandlande myndigheter i onödan gör upphandlingar mer komplicerade än vad LOU kräver.

Det kan också konstateras att LOU och framförallt de bakomliggande upphandlingsdirektiven ständigt är föremål för omförhandling och förändring, och att ett av de huvudsakliga målen med detta förändringsarbete är just att göra reglerna mer flexibla och mer anpassade till normala affärsmässiga relationer.<sup>1</sup>

En anledning till att LOU ofta uppfattas som ett alltför osmidigt regelverk är att det vid upphandlingar över tröskelvärdena som huvudregel inte finns några möjligheter till förhandling mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna. Åtminstone verkar det så när man läser lagens bestämmelser, och det kan också konstateras att den stora majoriteten av alla upphandlingsförfaranden genomförs utan att det sker någon förhandling. Frågan är dock om det verkligen måste vara så, eller om det i själva verket finns ett större förhandlingsutrymme än vad många tror. I denna krönika kommer vi att visa att möjligheterna till förhandling, när den upphandlande myndigheten väl annonserat en upphandling och fått in anbud, kan vara mycket större än man först kan tro. Eftersom förhandlat förfarande med föregående annonsering alltid är tillåtet vid upphandlingar enligt LUF, och förhandlingar alltid får ske vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området dvs. enligt 15 kap. LOU, avser den fortsatta framställningen endast LOU:s bestämmelser för upphandlingar över tröskelvärdena.<sup>2</sup>

## 2. VAD SÄGER LAGTEXTEN OCH TILLSYNSMYNDIGHETEN?

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att upphandlingar över tröskelvärdena som huvudregel ska ske genom öppet eller selektivt förfarande. Inget av dessa förfaranden

---

<sup>1</sup> Vad som är normalt i detta avseende är dock möjligen något som "ligger i betraktarens öga". Vår bild av debatten är också att många har en felaktig bild av vilka frihetsgrader som inköpare i den privata sektorn har, och att sanningen istället är den att många företag, särskilt de större internationella, har egna interna regelverk för inköp som är väl så omfattande och komplexa som LOU, och som faktiskt i vissa fall påminner om LOU. Skillnaden är dock att de privata företagen själva kan utforma sina regler, vilket bland annat innebär att bestämmelser om rättsmedel för leverantörerna naturligtvis inte förekommer.

<sup>2</sup> En annan sak är att förhandlingar nästan aldrig förekommer vid upphandlingar som genomförs enligt 15 kap. LOU, dvs. inte ens för sådana upphandlingar enligt LOU då förhandlingar alltid är tillåtna.

tillåter förhandling mellan parterna. De flesta upphandlande myndigheter tycks stanna vid denna bestämmelse, och förefaller utgå från att de undantagsbestämmelser som finns om förhandlat förfarande är avsedda att tolkas så restriktivt att det inte ens är lönt att undersöka dem närmare. En sådan inställning är också förståelig, eftersom många fått lära sig att undantag i LOU ska tillämpas med stor restriktivitet och att det är den myndighet som gör ett undantag gällande som har bevisbördan för att de omständigheter som krävs för tillämpning av undantagsförfarandet föreligger. Denna sentens som är mer eller mindre hårt inpräntad i alla upphandlares medvetande gäller emellertid framförallt för förhandlat förfarande *utan* föregående annonsering, och behöver således inte nödvändigtvis gälla för förhandlingar i ett annonserat förfarande.

Av 4 kap. 2 § första stycket andra punkten LOU framgår att förhandlat förfarande med föregående annonsering får användas om det som ska upphandlas är av sådant slag eller förenat med sådana risker att det på grund av särskilda omständigheter inte går att ange något totalpris i förväg.

Av 4 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU framgår att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering även får användas för finansiella och intellektuella tjänster som är av sådan art att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.

Vad gäller 4 kap. 2 § första stycket andra punkten LOU kan konstateras att ordalydelsen i bestämmelsen ger intryck av att möjlighet till förhandlat förfarande föreligger främst vid svårigheter kopplade till prissättningen. Bestämmelsen har därför tolkats som att förhandlat förfarande med föregående annonsering kan användas så fort det inte går att fastställa totalpriset för det som upphandlas, och endast då. Som nedan kommer att utvecklas är detta, enligt vår mening, emellertid inte syftet med bestämmelsen.

Bestämmelsen i 4 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU är utformad baserat på artikel 30 1.c) i direktiv 2004/18/EG, där det anges att ett förhandlat förfarande med föregående annonsering kan motiveras för tjänster, *bland annat* inom kategori 6 i bilaga II A och intellektuella tjänster, t.ex. projektering av anläggningar, om arten av de tjänster som ska tillhandahållas är sådan att det inte går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna genomföra upphandlingen genom att välja det bästa anbudet enligt bestämmelserna för öppna eller selektiva förfaranden.

Det är viktigt att notera att de möjligheter som direktivtexten ger är något vidare än de som uttryckligen framgår av 4 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU, i och med att bestämmelsen i direktivet tillåter förhandlat förfarande med föregående annonsering även om det inte rör sig om finansiella och intellektuella tjänster, utan andra typer av tjänster som är av sådan art att det inte

går att utarbeta ett tillräckligt exakt förfrågningsunderlag för att kunna välja ut det bästa anbudet.

Konkurrensverket har i ett yttrande till Kammarrätten i Stockholm den 10 oktober i år uttalat sig om vilket utrymme som upphandlande myndigheter har att genomföra förhandlingar i annonserade förfaranden.<sup>3</sup> Konkurrensverket framhåller i yttrandet att begreppet ”tillräckligt exakt”, som förekommer såväl i 4 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU, som i den bakomliggande direktivbestämmelsen antyder att det finns ett utrymme för bedömning i det enskilda fallet av tjänstens art och den potentiella svårigheten för myndigheten att utforma ett förfrågningsunderlag inom ramen för ett öppet eller selektivt förfarande. Som exempel på en situation där det kan finnas utrymme att använda ett förhandlat förfarande med föregående annonsering anger Konkurrensverket att myndigheten utifrån sitt aktuella behov kan vara medveten om vilken lösning som eftersträvas eller vilket slutresultat som ska uppnås, men att myndigheten inte i förväg kan precisera *hur* denna lösning eller detta resultat optimalt ska uppnås. En sådan situation kan, enligt Konkurrensverket, innebära svårigheter för myndigheten att utforma en mer exakt specifikation i underlaget. Särskilt torde detta gälla inom dynamiska tjänsteområden präglade av en snabb utveckling eller hög komplexitet, där det kan finnas för myndigheten okända eller oprövade lösningar, vilket gör det komplicerat att utforma förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att det öppnar för alla tänkbara lösningar som marknaden kan erbjuda. Konkurrensverket anger slutligen att så kallade funktionsupphandlingar inte *regelmässigt* kan motivera ett förhandlat förfarande med föregående annonsering. Endast det förhållandet att en upphandlande myndighet begär in olika förslag på hur ett visst behov ska tillgodoses innebär inte i sig en omständighet som visar att myndigheten inte kunnat specificera den önskade tjänsten konkret. En funktionsupphandling behöver inte nödvändigtvis avse komplicerade upphandlingsföremål.

### 3. FINNS DET SKÄL ATT TILLÄMPA BESTÄMMELSERNA OM FÖRHANDLAT FÖRFARANDE MED FÖREGÅENDE ANNONSERING RESTRIKTIVT?

Konkurrensverket anger i sitt yttrande att förhandlat förfarande med föregående annonsering är ett undantagsförfarande och att det därför är den upphandlande myndigheten som bär bevisbördan för att sådana omständigheter föreligger som krävs för att förfarandet ska kunna användas. Som framgår av

---

<sup>3</sup> Konkurrensverkets yttrande dnr. 507/2012 till Kammarrätten i Stockholm, mål 4258-12.

Konkurrensverkets därpå följande resonemang behöver denna bevisbörda emellertid inte nödvändigtvis vara särskilt tung att bära för den upphandlande myndigheten.

I förhandlade förfaranden med föregående annonsering finns, till skillnad från vid direktupphandling eller vid förhandlat förfarande utan föregående annonsering, en möjlighet för alla intresserade leverantörer att inkomma med ansökan om att få lämna anbud. Annonseringen är densamma som i ett öppet eller selektivt förfarande och torde därför medföra samma grad av konkurrensutsättning.

Enligt Konkurrensverket kan ett förhandlat förfarande visserligen medföra ett ökat handlingsutrymme för upphandlande myndigheter, bland annat innebärande en risk att vissa anbudsgivare ges otillbörliga favörer framför andra i själva förhandlingsituationen. Dessa risker motverkas emellertid av de ramar för upphandlingen som bland annat sätts av förfrågningsunderlagets och annonsens innehåll, kraven på redovisning och tillämpning av likabehandlande tilldelningskriterier samt bestämmelserna om att väsentliga ändringar inte får göras i upphandlingen. Mot denna bakgrund anser Konkurrensverket att tolkningen av undantagets räckvidd inte bör vara lika restriktiv som för ett icke-annonserat förhandlat förfarande.

#### 4. HUR OROLIG BEHÖVER MAN EGENTLIGEN VARA?

Konkurrensverkets bedömning kan sammanfattas som försiktigt tillåtande. Konkurrensverket understyrker att det ska röra sig om en viss typ av tjänst och att det är myndigheten som bär bevisbördan för undantagets korrekta tillämpning. Samtidigt anger Konkurrensverket att tillämpningen inte behöver vara fullt så restriktiv som den som gäller för förhandlade förfaranden utan föregående annonsering. Försiktigheten är visserligen förståelig, och också motiverad, utifrån Konkurrensverkets roll som tillsynsmyndighet för offentlig upphandling, dvs. det ligger i sakens natur att Konkurrensverket är försiktigt i sina uttalanden om ett av LOU:s undantagsförfaranden. Sett ur ett praktikerperspektiv finns det dock anledning att sträva efter att fullt ut använda de möjligheter som LOU faktiskt ger, och därför göra en något mindre försiktig analys.

Vad gäller 4 kap. 2 § första stycket andra punkten LOU kan konstateras att frågan om det är möjligt att fastställa totalpris inte rimligen bör vara avgörande för om förhandlat förfarande med föregående annonsering kan användas. Vår uppfattning är med andra ord, som framgått ovan, att bestämmelsen är olyckligt formulerad eftersom den ger intryck av att det är prissättningsfrågan som är avgörande, och därtill ensamt avgörande. Med synsättet att förhandlat förfarande alltid får användas om totalpriset inte kan fastställas exakt, skulle dock

exempelvis flertalet ramavtal som upphandlas eller generellt sett uppdrag där ersättning debiteras på löpande räkning kunna upphandlas genom förhandlat förfarande, eftersom både ramavtal och uppdrag på löpande räkning kännetecknas av svårigheten med att fastställa ett totalpris på förhand. Detta kan dock inte ha varit avsikten. Med samma synsätt skulle också komplicerade projekt med stora risker, men där prissättningsfrågan är av mindre komplicerat slag, inte kunna upphandlas genom förhandlat förfarande och detta kan knappast heller ha varit avsikten. I sammanhanget bör nämnas att detta också är något som kommit till uttryck i förslaget till nytt upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn, se vidare nedan.

Istället måste, enligt vår mening, tillämpningsområdet för bestämmelsen bestämmas utifrån sådana svårigheter för prissättningen som är en följd av komplexiteten och eventuella riskmoment i föremålet för upphandlingen, dvs. fokus bör flyttas från frågan om prissättningen till frågan om leverantörens åtagande som sådant på förhand är svårt att avgränsa eller definiera. Exempelvis skulle det kunna vara aktuellt att föra förhandlingar för att bestämma hur risker förknippade med själva uppdragets utförande ska fördelas mellan den upphandlande myndigheten och leverantören.

Vidare kan, med avseende på 4 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU, konstateras att direktivet endast nämner finansiella och intellektuella tjänster som *exempel* på sådana tjänster som kan omfattas av undantaget. Även andra tjänster kan således komma ifråga. Med dagens snabba tekniska utveckling finns det naturligtvis en rad tjänster beträffande vilka en upphandlande myndighet kan ha svårigheter att hålla sig uppdaterad om vilka alternativ som finns på marknaden. Det kan naturligtvis också finnas en rad alternativ som inte ens finns tillgängliga på marknaden men som leverantörerna kan tänka sig att utveckla särskilt för den upphandlande myndighetens behov. För vissa typer av mer avancerade IT-system tycks detta exempelvis vara mer regel än undantag.

I dessa fall bör, enligt vår mening, den upphandlande myndigheten kunna använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, även i situationer då det kanske kan ifrågasättas om det verkligen inte skulle var teoretiskt möjligt att utforma en rimligt preciserad specifikation även inom ramen för ett öppet eller selektivt förfarande. Även om det är möjligt att få in bra anbud genom ett öppet eller selektivt förfarande torde nämligen, enligt vår mening, ett förhandlat förfarande vara motiverat om detta öppnar upp för en möjlighet att få in ännu bättre anbud.<sup>4</sup>

Det kan vidare konstateras att utvecklingen går mot utökade möjligheter till förhandling i offentlig upphandling. I förslaget till nytt upphandlingsdirektiv för den klassiska sektorn, som just nu bereds av Europaparlamentet, föreslås en

---

<sup>4</sup> Se i detta avseende Arrowsmith, *The law of Public and utilities procurement*, Sweet & Maxwell, 2 uppl. 2005, s. 563 f.

påtaglig utökning av möjligheterna till förhandling. I direktivförslaget anges att ”förhandlat förfarande under konkurrens” (som är den nya benämningen på förhandlat förfarande med föregående annonsering) ska vara tillåtet i följande situationer.<sup>5</sup>

- Då den upphandlande myndighetens behov inte kan uppfyllas utan anpassning av lättillgängliga lösningar.
- Då varorna, tjänsterna eller byggtreprenaderna inbegriper formgivning eller innovativa lösningar.
- Då kontraktet inte kan tilldelas utan föregående förhandlingar på grund av särskilda omständigheter i anslutning till dess art, komplexitet eller rättsliga eller ekonomiska utformning eller på grund av riskerna i anslutning till dessa.
- Då den upphandlande myndigheten inte kan utarbeta tekniska specifikationer med tillräcklig precision avseende en standard, europeisk teknisk bedömning gemensam teknisk specifikation eller teknisk referens.

Med denna utökning av tillämpningsområdet för förhandlat förfarande med föregående annonsering kommer det i princip att bli möjligt att genomföra förhandlingar närhelst det rör sig om något annat än en ren standardvara eller standardtjänst. Det är således tydligt att utvecklingen går mot en ökad flexibilitet även i den klassiska sektorn, åtminstone vad gäller utrymmet för förhandlingar vid annonserade upphandlingar.

Det kan dessutom konstateras, och detta är av relevans inte minst för den upphandlande myndighet som överväger att genomföra ett förhandlat förfarande med föregående annonsering, att det är förhållandevis ovanligt att den omständigheten att en upphandlande myndighet har valt ett förhandlat förfarande med föregående annonsering istället för ett öppet eller selektivt förfarande i sig medför att en upphandling blir föremål för överprövning. Det finns sannolikt två skäl till detta. För det första är det vår uppfattning att många leverantörer välkomnar en ökad användning av förhandlat förfarande med föregående annonsering, så länge själva förhandlingarna genomförs i enlighet med de grundläggande principerna, och då främst transparensprincipen (öppenhetsprincipen) och likabehandlingsprincipen. För det andra krävs, för att en leverantör ska nå framgång med en ansökan om överprövning, enligt 16 kap. 6 § LOU, att leverantören lidit eller riskerar att lida skada av den påstådda överträdelsen. Under förutsättning att den upphandlande myndigheten i övrigt iakttagit LOU:s bestämmelser och de grundläggande principerna är det normalt mycket svårt för en leverantör att visa att den lidit skada av just den upphand-

---

<sup>5</sup> Proposal for a DIRECTIVE OF THE EUROPEAN PARLIAMENT AND OF THE COUNCIL on public procurement, COM(2011) 896 final.

lande myndighetens val av förfarande, dvs. av just det faktum att upphandlingen genomförts som ett förhandlat förfarande. Så länge den upphandlande myndigheten förvissas sig om att genomföra förhandlingarna på ett sätt som är förenligt med de grundläggande principerna torde det därför normalt inte innebära någon ökad risk att använda sig av ett förhandlat förfarande med föregående annonsering jämfört med att genomföra ett öppet eller selektivt förfarande.

## 5. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Som framgått inledningsvis är det många som propagerar för ökade möjligheter till förhandling vid upphandlingar i den klassiska sektorn, och som framgår av förslaget till nytt upphandlingsdirektiv finns det mycket som talar för att de har blivit bönhörda. Samtidigt kan konstateras att förhandlingar i dagsläget även i de förhållandevis många fall då förhandlingar faktiskt är tillåtna – både de ovan beskrivna fallen i 4 kap. 2 § LOU och vid samtliga upphandlingar enligt 15 kap. LOU – är ovanliga. Det kan således tyckas att en del av problematiken med ”stela och byråkratiska förfaranden” ligger hos de upphandlande myndigheterna själva, som inte utnyttjar de möjligheter till förhandling som trots allt står till buds redan med nu gällande lagstiftning.

Vår bedömning är därför att det är långt ifrån säkert att ökade möjligheter till förhandlingar verkligen kommer att leda till fler att fler förhandlade förfaranden genomförs. Det vore beklagligt om inte förhandlingsmöjligheterna framöver skulle komma att utnyttjas i större utsträckning, eftersom vi menar att det finns många situationer då det är både juridiskt och inte minst affärsmässigt motiverat att genomföra förhandlingar, och att både upphandlande myndigheter och leverantörer skulle tjäna på detta.