
UPPHANDLINGSKRÖNIKA

– KONKURRENSPRÄGLAD DIALOG

Kristian Pedersen*

1. INLEDNING

Jag har i en tidigare upphandlingskrönika¹ redogjort för de förslag till lagändringar som presenterats i departementspromemorian Nya rättsmedel på upphandlingsområdet m.m.,² däribland förslaget om att införa procedurdirektivens³ bestämmelser om s.k. inköpscentraler. Dessa bestämmelser, som är frivilliga för medlemsstaterna att införa, har inte införts i svensk rätt tidigare trots att Upphandlingsutredningen i sitt slutbetänkande föreslog att så skulle ske.⁴ Utöver bestämmelserna om inköpscentraler finns det dock ytterligare frivilliga bestämmelser i procedurdirektiven som inte heller införts i svensk rätt även om de också behandlats av Upphandlingsutredningen, bl.a. gällande konkurrenspräglad dialog och elektroniska auktioner. Den nämnda departementspromemorian innehöll dock inga förslag avseende dessa förfaranden.

Mot denna bakgrund kom det som något av en glad överraskning att den nyligen publicerade lagrådsremissen, utöver de förslag som framgick av promemorian, även innehåller förslag om införande av bestämmelser om konkurrenspräglad dialog och elektroniska auktioner. Bestämmelser om konkurrenspräglad dialog föreslås dock endast införas i LOU, inte i LUF. Detta beror på att procedurdirektivet för försörjningssektorerna inte innehåller några bestämmelser om konkurrenspräglad dialog vilket i sin tur beror på att de, i förhållande till det klassiska procedurdirektivet, mycket generösa bestämmelserna

* Advokat, Advokatfirman Delphi, Stockholm.

¹ ERT 2009 s. 553.

² Ds 2009:30.

³ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster respektive Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

⁴ Nya upphandlingsregler 2, SOU 2006:28.

avseende förhandlat förfarande ansetts tillräckliga för upphandlande enheter i försörjningssektorerna.

I denna krönika kommer jag att, mot bakgrund av bestämmelserna i procedurdirektivet för den klassiska sektorn, behandla lagrådsremissens förslag till bestämmelser om konkurrenspräglad dialog.

2. BAKGRUND TILL BESTÄMMELSERNA OM KONKURRENSPRÄGLAD DIALOG

De äldre upphandlingsdirektivens förfaranden för upphandlingar i den klassiska sektorn, dvs. i första hand öppet och selektivt förfarande och i undantagsfall förhandlat förfarande (med eller utan föregående annonsering), ansågs av många inte vara tillräckligt flexibla för upphandling av komplicerade projekt. Till det beskrivna missnöjet bidrog också den omständigheten att förhandlat förfarande endast fick (och får) användas i de fall som uttömmande anges i upphandlingsdirektiven.

Det fanns därför, framförallt från upphandlande myndigheter, önskemål om ökad flexibilitet. Ofta tog sig dessa önskemål uttryck i förslag om att förhandlat förfarande skulle få användas i ökad utsträckning och kanske även i den klassiska sektorn skulle kunna få bli ett av de ordinarie förfarandena, dvs. liksom i försörjningssektorerna ett alternativ som alltid kan väljas vid sidan av öppet och selektivt förfarande. Alla förslag om utvidgade möjligheter att använda förhandlat förfarande i den klassiska sektorn mottogs dock med stor skepsis av Europeiska kommissionen. Utan att det någonsin uttryckligen satts på pränt har dem av oss som under åren följt debatten mellan raderna kunnat utläsa att kommissionen helt enkelt inte litar på att upphandlande myndigheter i de olika medlemsstaterna skulle klara av att genomföra förhandlingar i enlighet med de grundläggande principerna, och på ett sådant sätt att de fyra friheterna inte skulle trädas för när.

Det klassiska procedurdirektivets bestämmelser om konkurrenspräglad dialog är därför en kompromiss mellan två motstående intressen. Bestämmelserna utgör ett komplement till de befintliga förfarandena och möjliggör för den upphandlande myndigheten att diskutera med leverantörerna i förfarandet, men utan att öppna upp för förhandlingar efter det att leverantörerna gett in sina anbud. Denna kompromiss beskrivs i direktivet som "[...] ett flexibelt förfarande [...] som garanterar såväl konkurrensen mellan de ekonomiska aktörerna som den upphandlande myndighetens behov av att diskutera alla synpunkter på kontraktet med varje enskild anbudssökande."⁵

⁵ Beaktandesats 31.

Noteras kan också i detta sammanhang att den svenska regeringen uppenbarligen fäster mycket stor tilltro till vad som kommer att kunna åstadkommas genom tillämpning av konkurrenspräglad dialog. I lagrådsremissen uttrycks detta i påfallande entusiastiska ordalag. ”Förfarandet ska bidra till att skapa goda förutsättningar för ett effektivt resursutnyttjande och förmånliga inköpsvillkor för det allmänna. [...] Genom att leverantörerna använder dialogfasen för att presentera sina egna individuella lösningar, kan förfarandet antas leda till ökad kompetens och erfarenhet hos upphandlande myndigheter. Dialogen ökar också möjligheten att beakta t.ex. tekniska innovationer när den upphandlande myndigheten fortlöpande kan diskutera och väga unika lösningar mot varandra. Det är således sannolikt att upphandling genom konkurrenspräglad dialog kan stimulera framväxten av ny teknik.”⁶

3. TILLÄMPNINGSSOMRÅDET FÖR KONKURRENSPRÄGLAD DIALOG

Med konkurrenspräglad dialog avses enligt direktivets definition, i artikel 1.11 (c),⁷ ett förfarande ”[...] där den upphandlande myndigheten för en dialog med de anbudssökande som har inbjudits att delta i detta förfarande, för att nå fram till en eller flera lösningar som kan tillgodose myndighetens behov och som utgör grunden för de anbud som de utvalda anbudssökandena inbjuds att lämna.” Konkurrenspräglad dialog skall, enligt lagrådsremissen, inte endast kunna användas inom, utan även utanför det direktivstyrda området, dvs. inte endast för upphandlingar över tröskelvärdena, utan även för upphandlingar under tröskelvärdena och avseende B-tjänster oavsett värde.⁸

Konkurrenspräglad dialog får, enligt artikel 29.1,⁹ användas vid *särskilt komplicerade kontrakt* om den upphandlande myndigheten anser att användningen av öppet eller selektivt förfarande inte medger tilldelning av kontrakt. Ett kontrakt skall, enligt artikel 1.11 (c) anses vara särskilt komplicerat om den upphandlande myndigheten inte objektivt sett kan definiera de tekniska medel som kan tillgodose dess behov eller mål, och/eller inte objektivt sett kan specificera den rättsliga och/eller finansiella utformningen av ett projekt.¹⁰ För att bedöma

⁶ Lagrådsremissen, s. 213.

⁷ 2 kap. 10 a § i lagrådsremissens författningsförslag.

⁸ 15 kap. 2 § i lagrådsremissens författningsförslag.

⁹ 4 kap. 10 § i lagrådsremissens författningsförslag.

¹⁰ Det bör observeras att den svenska språkversionen av direktivet är missvisande såtillvida att den ger intryck av att ett kontrakt skall anses vara särskilt komplicerat om den upphandlande myndigheten inte kan åstadkomma en objektiv definition eller specifikation av det som skall upphandlas. Av flertalet övriga språkversioner framgår dock att lagstiftarens avsikt varit att det skall göras en objektiv bedömning av om den upphandlande myndigheten kan definiera respektive specificera det som skall upphandlas.

om ett kontrakt är särskilt komplicerat i direktivets mening skall således en objektiv bedömning göras. Detta innebär dock, enligt kommissionen, inte att den enskilda upphandlande myndighetens förutsättningar, dvs. förmåga, inte skall beaktas.¹¹ På denna punkt är emellertid lagrådsremissen motsägelsefull eftersom det anges å ena sidan att den upphandlande myndighetens oförmåga inte får bero på myndigheten, och samtidigt å andra sidan att det i praktiken kan komma att ställas lägre krav på en liten myndighet utan större resurser än på en stor myndighet.¹² För egen del anser jag det dock vara olämpligt, vid bedömningen av vad som är ett särskilt komplicerat kontrakt, att utgå från den upphandlande myndighetens förutsättningar. Detta eftersom det innebär att fall som i tekniskt, rättsligt och/eller finansiellt hänseende är lika kan komma att behandlas olika, vilket riskerar att leda till rättsosäkerhet för potentiella leverantörer. Man kan också fråga sig varför en myndighet som har satsat på att kompetensutveckla sin personal och/eller på att bygga upp en adekvat inköpsfunktion skall hamna i ett sämre läge vad gäller möjligheterna att använda konkurrenspräglad dialog än den myndighet som inte gjort motsvarande satsning. Vidare innebär den tolkning som kommissionen och den svenska regeringen förespråkar ett avsteg från vad som i övrigt gäller enligt direktivet och LOU.¹³ Istället vore det enligt min mening bättre, och mer konsekvent i förhållande till direktivet och LOU i övrigt, att vid bedömningen utgå från det behov som kontraktet är avsett att tillgodose och ställa sig frågan om detta är av en sådan karaktär att det objektivt sett, med beaktande av nuvarande stadium av den tekniska utvecklingen och de produkter som finns på marknaden, inte går att definiera eller specificera den lösning som krävs för att tillgodose behovet.

När det gäller teknisk komplexitet finns det, enligt kommissionen, två typer av fall.¹⁴ För det första kan det förekomma att den upphandlande myndigheten inte kan definiera den tekniska lösning som skall användas för att åstadkomma den önskade funktionen. Detta torde dock, som kommissionen påpekar, inte förekomma så ofta eftersom tekniska specifikationer, dvs. beskrivningen av hur föremålet för upphandlingen skall vara beskaffat, får anges som funktions- eller prestandakrav.¹⁵ För det andra kan det förekomma att den upphandlande myndigheten inte på förhand kan avgöra vilken av flera tänkbara lösningar som bäst skulle tillgodose myndighetens behov.

¹¹ Europeiska kommissionens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, s. 2.

¹² S. 304 respektive s. 217.

¹³ Jfr t.ex. rekvisiten för användning av förhandlat förfarande utan föregående annonsering i 4 kap. 5 § LOU, vilka inte lämnar något utrymme för att ta hänsyn till den upphandlande myndighetens förutsättningar.

¹⁴ Europeiska kommissionens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, s. 2.

¹⁵ Se 6 kap. 3 § LOU.

Beträffande rättslig och/eller finansiell komplexitet nämns bl.a. att det i vissa fall kan vara svårt att bedöma i vilken utsträckning som leverantörerna kommer att vara villiga att ta på sig den ekonomiska risken för projektet eller på vilket av flera tänkbara sätt som leverantörerna kan komma att föreslå att ersättning skall utgå.¹⁶

4. FÖRFARANDET KONKURRENSPRÄGLAD DIALOG

4.1 Annonsering

Den upphandlande myndighet som vill upphandla genom konkurrenspräglad dialog skall, enligt artikel 29.2,¹⁷ annonsera upphandlingen på sedvanligt sätt och myndigheten skall ange sina behov och krav i annonsen eller i ett beskrivande dokument. Begreppet *beskrivande dokument* definieras inte i direktivet, men av sammanhanget framgår att det torde vara fråga om ett dokument motsvarande den ansökningsinbjudan som ofta, vid sidan av annonsen, används vid selektivt eller förhandlat förfarande och, under tröskelvärdena, urvalsförfarande.

I lagrådsremissen anges att något beskrivande dokument inte behövs om myndigheten anger sina behov och krav i annonsen. Detta är i och för sig korrekt, men det torde vara ovanligt att den information som potentiella anbudssökande behöver för att kunna bedöma om de vill delta i projektet ryms i en upphandlingsannons. Snarare kan det enligt min mening, om all nödvändig information ryms i annonsen, ifrågasättas om kontraktet i fråga verkligen är särskilt komplicerat i den mening som avses i direktivet och som krävs för att det skall vara tillåtet att använda konkurrenspräglad dialog.

I lagrådsremissen anges vidare att det i inledningen av en konkurrenspräglad dialog kan vara svårt för den upphandlande myndigheten att ange utvärderingskriterier, eftersom den då inte har vetskap om den lösning som bäst motsvarar dess behov samt att detta innebär att myndigheten får använda sig av generella kriterier som kvalitet och pris. Enligt min mening kan det dock starkt ifrågasättas om så generella och intetsägande kriterier som kvalitet och pris, utan närmare preciseringar, kan anses uppfylla transparensprincipens krav på tydlighet och förutsebarhet. En bättre lösning för att kompensera för att de lösningar som kan komma att behöva utvärderas inte är kända då utvärderingskriterierna utformas torde istället vara att utforma mer funktionsinriktade utvärderingskriterier, dvs. kriterier som t.ex. mäter kvalitet i form av hur väl en lösning tillgodoser den upphandlande myndighetens behov.

¹⁶ Europeiska kommissionens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, s. 3.

¹⁷ 4 kap. 12 § i lagrådsremissens författningsförslag.

4.2 Inledande av konkurrenspräglad dialog

Den upphandlande myndigheten skall, enligt artikel 29.3,¹⁸ inleda dialog med de anbudssökande som valts ut enligt bestämmelserna i artiklarna 44–52 (vilka innehåller bestämmelser om uteslutning och leverantörskvalificering).¹⁹ Detta innebär bl.a. att bestämmelserna om obligatorisk uteslutning i vissa fall blir tillämpliga och att den upphandlande myndigheten, om den vill begränsa antalet anbudssökande som bjuds in till dialog (till som lägst tre), måste ange de objektiva och icke-diskriminerande kriterier som kommer att användas för att välja ut de anbudssökande som bjuds in.

Syftet med dialogen skall vara att identifiera och definiera hur den upphandlande myndighetens behov bäst skall kunna tillgodoses.

4.3 Genomförande av konkurrenspräglad dialog

Under dialogen får den upphandlande myndigheten diskutera alla aspekter av kontraktet med de utvalda anbudssökandena, dvs. inte endast den tekniska lösningen utan även alla slags ekonomiska och rättsliga aspekter av projektet.

Den upphandlande myndigheten får, enligt artikel 29.4,²⁰ bestämma att dialogen skall genomföras i successiva steg för att minska det antal lösningar som diskuteras under dialogen. Om den upphandlande myndigheten vill använda denna möjlighet måste detta dock anges på förhand i annonsen eller det beskrivande dokumentet.

I övrigt finns det i direktivet endast en begränsad uppsättning regler för dialogens genomförande. Den kanske mest betydelsefulla av dessa innebär att den upphandlande myndigheten inte får röja för de övriga utvalda anbudssökande vilka lösningar som en av dem har föreslagit, eller annan konfidentiell information som någon utvald anbudssökande har lämnat utan att först inhämta dennes samtycke. Detta innebär enligt kommissionen, tillsammans med den omständigheten att dialogen skall föras individuellt mellan den upphandlande myndigheten och varje enskild utvald anbudssökande, att det inte finns någon risk för s.k. ”cherry-picking”, dvs. att en utvald anbudssökande använder sig av andras idéer och lösningsförslag.

Av lagrådsremissen framgår också, i detta avseende, att regeringen anser att de befintliga bestämmelserna i offentlighets- och sekretesslagen (2009:400) och lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter är tillräckliga för att tillgodosätta direktivets krav, och att någon ytterligare nationell lagstiftning därför inte är nödvändig.

¹⁸ 4 kap. 13 § i lagrådsremissens författningsförslag.

¹⁹ Se 10–11 kap. LOU för motsvarande bestämmelser.

²⁰ 4 kap. 14 § i lagrådsremissens författningsförslag.

4.4 Slutförande av konkurrenspräglad dialog

Den upphandlande myndigheten skall, enligt artikel 29.5²¹ fortsätta dialogen tills den kan identifiera lösningar som tillgodoser dess behov, vid behov efter att ha jämfört dessa lösningar. Denna bestämmelse kan dock inte rimligtvis innebära någon skyldighet att till varje pris slutföra en påbörjad dialog. Om den upphandlande myndigheten, på objektiva grunder, finner att ingen av de föreslagna lösningarna, ens efter anpassningar, skulle kunna tillgodose dess behov faller det sig, enligt min mening, naturligt att dialogen avslutas i förtid.²² Denna utgång torde för övrigt, mot bakgrund av komplexiteten i de projekt som kan bli föremål för konkurrenspräglad dialog, kunna bli relativt vanligt förekommande.

När dialogen avslutats skall den upphandlande myndigheten, enligt artikel 29.6,²³ informera de deltagande anbudssökande om detta. Som denna upplysningsplikt formulerats i direktivet och i lagrådsremissens författningsförslag gäller den, till skillnad från bestämmelserna om upplysningar om tilldelningsbeslutet (nuvarande 9 kap. 9 § LOU), endast i förhållande till de anbudssökande som bjudits in att delta i dialogen. Gentemot övriga anbudssökande finns således ingen informationsplikt förrän den upphandlande myndigheten fattat tilldelningsbeslut i upphandlingen, dvs. beslutat om vilken av anbudsgivarna som skall tilldelas kontrakt.

4.5 Anbudsgivning och tilldelning av kontrakt

Efter att den upphandlande myndigheten har förklarat dialogen avslutad och informerat deltagarna om detta skall myndigheten, enligt artikel 29.6²⁴ uppmana dem att lämna sina slutgiltiga anbud på grundval av den eller de lösningar som lagts fram och specificerats under dialogen. Dessa anbud skall innehålla alla de faktorer och villkor som är nödvändiga för projektets genomförande.

Normalt torde anbuden avse den tekniska, rättsliga och/eller finansiella lösning som respektive leverantör presenterat under dialogen. Det finns dock även möjlighet att låta leverantörerna lämna anbud på lösningar som presenterats av en eller flera av de andra deltagarna i dialogen.²⁵ Detta förutsätter emellertid, till följd av de sekretessbestämmelser som berörts i avsnitt 4.3 ovan, att den leverantör som presenterat lösningen lämnar sitt samtycke till att information

²¹ 4 kap. 15 § i lagrådsremissens författningsförslag.

²² I detta sammanhang kan det finnas anledning att beakta den rättspraxis som utvecklats i fråga om vad som utgör sakliga skäl för att avbryta en upphandling, se bl.a. RÅ 2009 ref. 43.

²³ 4 kap. 15 § i lagrådsremissens författningsförslag.

²⁴ 4 kap. 16 § i lagrådsremissens författningsförslag.

²⁵ Europeiska kommissionens Explanatory Note – Competitive Dialogue – Classic Directive, s. 9.

rörande lösningen lämnas ut. Det är dock inte sannolikt att leverantörer i någon större utsträckning kommer att medge att deras lösningsförslag, som kan innehålla affärshemligheter och annan känslig information, får lämnas ut till konkurrerande leverantörer, i vart fall inte om den upphandlande myndigheten inte skapar incitament för leverantörerna att dela med sig av sina lösningsförslag. Att delta i en konkurrenspräglad dialog kommer i de flesta fall att vara både tids- och kostnadskrävande för leverantörerna och i många fall kommer det sannolikt att krävas omfattande projektering, produktutveckling och/eller förstudier för att kunna föreslå en lösning som kan tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Det kan därför i många fall finnas anledning för, och också framstå som skäligt, att den upphandlande myndighet som önskar upphandla en komplicerat kontrakt genom konkurrenspräglad dialog ersätter de medverkande leverantörerna för nedlagt arbete. Detta är också något som lagstiftaren bekräftat genom införandet av bestämmelserna artikel 29.8,²⁶ vilka klargör att upphandlande myndigheten får besluta om priser och betalning till deltagarna i dialogen. Dessa bestämmelser, som egentligen är överflödiga eftersom ersättning skulle ha kunnat utgå även om detta inte uttryckligen angetts, innebär att den upphandlande myndigheten t.ex. kan utbetala ersättning till de anbudssökande som deltagit i dialogen eller en prissumma till den eller dem vars lösningsförslag läggs till grund för anbudsgivning.

Efter att anbud lämnats får dessa, enligt artikel 29.6,²⁷ ”klarläggas, preciseras och finjusteras.” Sådana klarlägganden, preciseringar, finjusteringar eller kompletteringar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras, eftersom en sådan ändring skulle riskera att snedvrída konkurrensen eller ha en diskriminerande effekt. Som påpekas i lagrådsremissen är utrymmet för att, med stöd av denna bestämmelse, ändra ett anbud mycket begränsat, särskilt om ändringarna gäller anbudets grundläggande delar.

Anbudet skall, enligt artikel 29.7,²⁸ utvärderas på grundval av de kriterier som angetts i annonsen eller det beskrivande dokumentet och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skall antas. Det är med andra ord inte tillåtet att använda utvärderingsgrunden lägsta pris. Detta beror på att konkurrenspräglad dialog endast får användas för upphandling av särskilt komplicerade kontrakt. Enkelt uttryckt kan det, om omständigheterna kring kontraktet inte är mer komplicerade än att det räcker med en utvärdering av lägsta pris för att fastställa vilken lösning som bäst tillgodoser den upphandlande myndighetens behov, ifrågasättas om det verkligen rör sig om ett särskilt komplicerat kontrakt i den

²⁶ 4 kap. 21 § i lagrådsremissens författningsförslag.

²⁷ 4 kap. 17 § i lagrådsremissens författningsförslag.

²⁸ 4 kap. 18–19 §§ i lagrådsremissens författningsförslag.

mening som krävs för att det skall vara tillåtet att använda konkurrenspräglad dialog.

Kommissionen anser att det vid användning av konkurrenspräglad dialog inte är nödvändigt att, enligt den huvudregel som gäller för annan upphandling (se nuvarande 12 kap. 2 § första stycket LOU) ange utvärderingskriteriernas inbördes vikt. Istället är det enligt kommissionen tillräckligt att ange kriterierna i fallande prioritetsordning enligt den undantagsbestämmelse som gäller för fall då det inte är möjligt att ange kriteriernas viktning (se nuvarande 12 kap. 2 § andra stycket LOU). Som skäl för denna uppfattning anför kommissionen att det i beaktandesats 46 i direktivet anges att det faktum att en upphandling är av komplicerad art kan motivera avsteg från huvudregeln om viktning. För egen del anser jag dock att kommissionens synsätt i denna fråga är alltför förenklat och att det som anges i beaktandesats 46 endast utgör ett exempel på en situation då det kan vara omöjligt att vikta utvärderingskriterierna på förhand. Enligt min mening innebär dock inte den omständigheten att en upphandling är av komplicerad art per automatik att det inte är möjligt att på förhand vikta utvärderingskriterierna (se kommentaren om precisering av utvärderingskriterierna i avsnitt 4.1 ovan). Istället anser jag att en bedömning av om det objektivt sett är möjligt att på förhand vikta utvärderingskriterierna måste göras i varje enskilt fall.

Efter genomförd anbudsutvärdering får den upphandlande myndigheten, enligt artikel 29.7,²⁹ anmoda den anbudsgivare vars anbud har identifierats som det ekonomiskt mest fördelaktiga att klargöra vissa aspekter i anbudet eller att bekräfta åtaganden som anges i detta, under förutsättning att det inte leder till ändring av väsentliga delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud, snedvridning av konkurrensen eller diskriminering. Det är således på detta stadium inte tillåtet för den upphandlande myndigheten att påbörja förhandlingar med den vinnande anbudsgivaren. Istället är det fråga om en möjlighet att klargöra, precisera och finjustera sådan information som redan finns i anbudet. I lagrådsremissen anges att den omständigheten att den upphandlande myndigheten får anmoda den vinnande anbudsgivaren att bekräfta åtaganden som gjorts i anbudet också bör innebära att anbudsgivaren skulle kunna dra tillbaka ett åtagande som gjorts i anbudet så länge det inte avser en väsentlig del av anbudet. I denna del anser jag dock att regeringen drar alltför långtgående slutsatser av lokutionen ”bekräfta åtaganden”. Min bedömning är att det, istället för en bestämmelse som innebär ett ingrepp i den svenska avtalsrättens grundläggande bestämmelser om anbud och accept vilket synes vara fallet med regeringens tolkning, är fråga om att den upphandlande myndigheten kan anmoda anbuds-

²⁹ 4 kap. 20 § i lagrådsremissens författningsförslag.

givaren att bekräfta att den upphandlande myndigheten på ett korrekt sätt uppfattat de åtaganden som anbudsgivaren gjort i anbudet.

4.6 Överprövning

De i lagrådsremissen föreslagna bestämmelserna om överprövning³⁰ avses i alla delar bli tillämpliga på konkurrenspräglad dialog på samma sätt som för övriga upphandlingsförfaranden. Vid genomförande av konkurrenspräglad dialog kommer det således att finnas möjlighet för leverantörer att ansöka om överprövning av upphandlingen under hela förfarandet fram till dess att den s.k. avtals spärr, som inträder efter att upplysningar om tilldelningsbeslutet skickats ut, har löpt ut.

5. AVSLUTANDE SYNPUNKTER

Det finns i och för sig anledning att ställa sig positiv till att direktivets bestämmelser om konkurrenspräglad dialog införs i LOU. Förfarandet konkurrenspräglad dialog kommer sannolikt att lämpa sig väl för vissa komplicerade projekt. Förfarandet kommer därför förmodligen att fylla en funktion. Min bedömning är dock att det av två skäl finns anledning att anta att konkurrenspräglad dialog endast kommer att tillämpas i ett fåtal upphandlingar per år, förmodligen inte fler än något tiotal, och att den entusiasm som regeringen uttrycker i lagrådsremissen därför är något förhastad.³¹

För det första kommer det vara både administrativt betungande och mycket kostsamt att genomföra en konkurrenspräglad dialog, både för den upphandlande myndigheten och för de medverkande leverantörerna. Det kommer därför att krävas projekt av betydande storlek för att det överhuvudtaget skall vara motiverat att använda konkurrenspräglad dialog. Dessutom är det långt ifrån säkert att leverantörer kommer att vilja delta i en konkurrenspräglad dialog, i vart fall om inte villkoren är tillräckligt förmånliga, och på vissa marknader kommer det sannolikt att finnas alltför många intressanta privata projekt för att det skall vara möjligt att locka leverantörerna på marknaden att delta i konkurrenspräglad dialog.

För det andra har konkurrenspräglad dialog den nackdelen, jämfört med förhandlat förfarande, att förhandlingar inte är tillåtna efter det att anbudet har getts in. Detta innebär en komplikation i många större projekt, eftersom det i dessa ofta finns ett behov för den upphandlande myndigheten och anbudsgi-

³⁰ ERT 2009 s. 553.

³¹ Såvitt känt har konkurrenspräglad dialog endast använts sparsamt i de medlemsstater som tidigare infört bestämmelser om förfarandet i sina nationella rättsordningar.

varna att, även i ett sent skede av upphandlingen, förhandla om detaljerna och också ett behov för anbudsgivarna att fortlöpande kunna förankra det som diskuteras med den upphandlande myndigheten med finansiärer, underleverantörer, ägare och andra berörda intressenter. Dessa behov är inte minst framträdande i s.k. OPP-projekt.³² Det framstår därför som något motsägelsefullt att kommissionen såväl under lagstiftningsarbetet som därefter har marknadsfört konkurrenspräglad dialog som ett förfarande som är särskilt väl lämpat för OPP-projekt.

Därutöver finns det ytterligare frågor som behöver utredas närmare innan det kan anses klarlagt vilka projekt som konkurrenspräglad dialog kan och bör användas för. En av dessa frågor har att göra med att konkurrenspräglad dialog, enligt direktivtexten (artikel 29.1), utgör ett alternativ som får användas om inte öppet och selektivt förfarande bedöms ändamålsenligt. Däremot sägs inget om hur konkurrenspräglad dialog förhåller sig till förhandlat förfarande, som i vissa fall får användas i situationer som påminner om dem som bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog är avsedda för. Det förefaller dock osannolikt att konkurrenspräglad dialog och förhandlat förfarande skulle ha överlappande tillämpningsområden och det finns därför anledning att överväga om, och i så fall hur, bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog påverkar möjligheterna att tillämpa förhandlat förfarande. Det kan t.ex., enligt min mening, inte uteslutas att bestämmelserna om konkurrenspräglad dialog utgör *lex specialis* för de situationer som omfattas av dem och att det därför skulle vara uteslutet att tillämpa förhandlat förfarande i fall då konkurrenspräglad dialog får användas. Denna fråga har dock, mig veterligt, varken berörts i det europeiska eller det svenska lagstiftningsarbetet, utan lär så småningom få lösas i rättspraxis.

³² Med OPP avses Offentlig-Privat Partnerskap (Eng: PPP – Public-Private Partnership), som är en avtalsform som främst används för större infrastrukturprojekt och som innebär att den privata parten åtar sig att under lång tid tillhandahålla en funktion (t.ex. en motorväg, en järnväg eller en sjukhusbyggnad) åt den offentliga parten. I åtagandet ingår normalt såväl byggande drift och underhåll som finansiering.