

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
5355-18

meddelad i Stockholm den 19 september 2019

KLAGANDE

Arbetskydd Express Int. AB, 556873-6952

Ombud: Sten Lövrup och André Prentell
Fondia Legal Services AB
Kungsportsavenyen 18
411 36 Göteborg

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
Hornsgatan 15
117 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 28 september 2018 i mål nr 3308-18

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

Dok.Id 206479

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:30

BAKGRUND

1. Upphandlingslagstiftningen innehåller en möjlighet för den upphandlande myndigheten att förkasta ett anbud med ett pris som förefaller vara onormalt lågt. Om myndigheten överväger att förkasta anbudet på denna grund är den dock skyldig att undersöka anbudet genom ett kontradiktoriskt förfarande, som innebär att anbudsgivaren ges möjlighet att i viss ordning förklara det låga priset.
2. SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför med tillämpning av ett öppet förfarande en upphandling avseende ramavtal för yrkeskläder och skor för ett stort antal avropsberättigade myndigheter. Upphandlingen omfattar ett specificerat och ett övrigt sortiment. Produkterna i det specificerade sortimentet, som omfattar ca 80 procent av upphandlingen, ska köpas till för upphandlingen särskilt framtagna nettopriser. För produkterna i det övriga sortimentet kommer det inte att avtalas några priser. De ska i stället köpas till vid var tid gällande ordinarie priser med avdrag för avtalad rabatt.
3. I förfrågningsunderlaget angavs som ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren skulle ange bruttopriser för produkterna i det övriga sortimentet. De angivna bruttopriserna skulle vara anbudsgivarens verkliga priser, dvs. ordinarie priser, och fick inte vara framtagna för upphandlingen. Prisuppgifterna, som skulle ligga till grund för utvärderingen av anbudet, kunde komma att verifieras om SKI misstänkte att de var framtagna för upphandlingen.
4. Arbetsskydd Express Int. AB lämnade anbud i upphandlingen. SKI misstänkte att bolagets angivna bruttopriser för produkterna i det övriga sortimentet var framtagna för upphandlingen och begärde att bolaget skulle förklara hur det uppfyllde det obligatoriska kravet. SKI bedömde att bolagets svar inte var tillfredsställande och förkastade dess anbud på grund av bristande kravuppfyllelse.
5. Bolaget ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Stockholm och anförde bl.a. att det sätt på vilket SKI begärde förtydligande inte

DOM

Mål nr
5355-18

uppfyllde de krav som ställs enligt det kontradiktoriska förfarandet. Enligt förvaltningsrätten syftade det obligatoriska kravet till att undvika en situation där anbudsgivare på ett strategiskt sätt lämnar låga priser inom ett visst sortiment för att i motsvarande mån lämna högre priser inom andra delar av anbudet och på så sätt vinna anbudstaktiska fördelar. Detta syfte fick anses likställt med det som ligger bakom bestämmelserna om onormalt låga anbud. Upphandlingen skulle därför rättas på så sätt att bolaget skulle ges tillfälle att förklara sitt anbud med en korrekt tillämpning av det kontradiktoriska förfarandet.

6. SKI överklagade till Kammarrätten i Stockholm, som biföll överklagandet och upphävde förvaltningsrättens dom. Enligt kammarrätten kunde de lämnade bruttopriserna inte anses utgöra pris i den mening som avses i bestämmelserna om onormalt låga anbud. SKI hade därför inte varit skyldigt att tillämpa dessa bestämmelser. Vidare fann kammarrätten att det uppställda kravet inte stred mot de grundläggande principerna i lagstiftningen.

YRKANDEN M.M.

7. *Arbetskydd Express Int. AB* yrkar i första hand att Högsta förvaltningsdomstolen ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan bolagets anbud har utvärderats. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande.
8. Det är tydligt att kravet på verkliga priser de facto är en kontroll av onormalt låga anbudspriser. SKI har dels kopplat kravet till bestämmelserna om onormalt låga anbud, dels tillämpat delar av det kontradiktoriska förfarandet. Alla priser som inhämtas i en upphandling och som ifrågasätts som onormalt låga av den upphandlande myndigheten bör omfattas av bestämmelserna.
9. Det faktum att en upphandlande myndighet väljer att helt eller delvis tillämpa ett förfarande fastställt i lag bör ensamt leda till att det blir tillämpligt i sin helhet.

DOM

Mål nr
5355-18

Det kontradiktoriska förfarandet är därmed tillämpligt redan av det skälet att SKI frivilligt valt att tillämpa delar av det.

10. *SKI* anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande.
11. Syftet med bestämmelserna om onormalt låga anbud är att förebygga att en upphandlande myndighet ingår avtal när det finns en inte obetydlig risk att leverantören inte kommer att utföra hela eller delar av uppdraget i enlighet med avtalet. Om lämnade prisuppgifter inte är de som ska gälla under avtalstiden saknas det anledning att befara att avtalet inte kommer att utföras korrekt enbart av den anledningen att priset framstår som onormalt lågt. Syftet med bestämmelserna kan alltså inte motivera att de ska tillämpas på priser som inte utgör avtalsinnehåll.
12. I upphandlingen har ett kontradiktoriskt förfarande tillämpats för att minska risken för ett felaktigt förkastande av ett anbud när det verkar som om lämnade bruttopriser inte varit anbudsgivarens verkliga priser. Bolagets bruttopriser har inte framstått som trovärdiga, och bolaget har inte lämnat någon tillfredsställande förklaring.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

13. Frågan i målet är om bestämmelserna om onormalt låga anbud är tillämpliga på sådana priser som ligger till grund för utvärderingen av ett anbud men som inte utgör avtalsvillkor.

Rättslig reglering

14. I målet är den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig. Av 1 kap. 9 § framgår att upphandlande myndigheter ska behandla

leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

15. Enligt 12 kap. 3 § första stycket får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Myndigheten får dock förkasta anbudet först sedan den skriftligen begärt en förklaring från anbudsgivaren till det låga anbudet och inte fått ett tillfredsställande svar. Enligt tredje stycket ska den upphandlande myndigheten ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.
16. De nu redovisade bestämmelserna genomför artiklarna 2 och 55 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.
17. Även den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som genomför direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, innehåller bestämmelser om kontradiktoriskt förfarande vid onormalt låga anbud.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

18. Möjligheten för en upphandlande myndighet att förkasta ett anbud med ett pris som är onormalt lågt syftar till att förebygga att myndigheten ingår avtal när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra leveransen – eller delar av den – i enlighet med avtalet. Avsikten med det kontradiktoriska förfarandet är att skydda en anbudsgivare från den upphandlande myndighetens godtycke och att säkerställa en sund konkurrens mellan leverantörer när en myndighet överväger att förkasta ett anbud på grund av att priset anses vara onormalt lågt (se t.ex. EU-domstolens avgörande i målet SAG ELV Slovensko, C-599/10, EU:C:2012:191, punkt 29, och HFD 2016 ref. 3 I och II).

19. Vad som avses med pris i detta sammanhang anges varken i LOU eller i direktivet. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening står det emellertid klart utifrån syftet med bestämmelserna om onormalt låga anbud att endast sådana priser som ska utgöra avtalsvillkor avses.
20. Det sagda innebär att prisuppgifter som lämnats för att uppfylla ett obligatoriskt krav men som inte ska utgöra avtalsvillkor faller utanför tillämpningsområdet för bestämmelserna om onormalt låga anbud. SKI har därför inte haft någon skyldighet att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet enligt 12 kap. 3 § LOU.
21. Nästa fråga är om SKI, genom att välja en ordning som till viss del överensstämmer med det kontradiktoriska förfarandet enligt 12 kap. 3 § LOU, måste tillämpa förfarandet i dess helhet.
22. En upphandlande myndighet har relativt stor frihet att närmare bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en viss upphandling så länge de är förenliga med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Inom dessa ramar står det myndigheten fritt att vid utformningen av ett krav förbehålla sig rätten att verifiera faktauppgifter som har lämnats i ett anbud, även på ett sätt som mer eller mindre liknar ett i lag reglerat förfarande. Detta medför dock inte att myndigheten därigenom blir skyldig att tillämpa det reglerade förfarandet.
23. SKI har således haft rätt att utforma det obligatoriska kravet på det sätt som har gjorts och att i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget ge bolaget möjlighet att verifiera sina bruttopriser utan att SKI därigenom har blivit skyldigt att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet enligt 12 kap. 3 § LOU.

DOM

Mål nr
5355-18

24. Högsta förvaltningsdomstolen instämmer i kammarrättens bedömning att det uppställda kravet inte heller på något annat sätt strider mot de grundläggande principerna i lagstiftningen. Överklagandet ska alltså avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Margit Knutsson, Kristina Ståhl, Mahmut Baran och Helena Rosén Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreterarna Daniel Sandberg och Jack Hillerström-Forsyth.