



HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
3566-21

meddelad i Stockholm den 18 oktober 2022

KLAGANDE

VafabMiljö Kommunalförbund

Ombud: Advokaterna Erik Olsson och Magnus Ehn
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Chas Visual Management AB, 556726-4758

Ombud: AA
Chas Visual Management AB
Stubbsundsvägen 11
131 41 Nacka

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Stockholms dom den 1 juni 2021 i mål nr 883-21

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen förklarar att det inte är förenligt med upphandlingsregelverket att tillämpa en utvärderingsmodell som innebär att priset i ett anbud inte får någon inverkan vid utvärderingen till den del det understiger en viss prisnivå.

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar inte prövningstillstånd i målet i övrigt. Kammarrättens avgörande står därmed fast.

BAKGRUND

1. Vid en offentlig upphandling ska den upphandlande myndigheten tilldela kontraktet till den leverantör som har lämnat det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt för myndigheten. Vid utvärderingen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kan olika modeller användas. Den utvärderingsmodell som väljs måste utformas så att den är förenlig med de grundläggande principerna för offentlig upphandling, bl.a. likabehandlingsprincipen.
2. Det här målet gäller om det är förenligt med upphandlingsregelverket att tillämpa en utvärderingsmodell som vid en viss prisnivå upphör att premiera leverantören för ett lågt pris.
3. VafabMiljö Kommunalförbund genomför en upphandling av en ny extern webbsida genom ett s.k. öppet förfarande. Av upphandlingsdokumenten framgår att det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet kommer att antas. Vid utvärderingen poängsätts anbuden utifrån vissa kriterier. Anbudspriset kan generera upp till 55 poäng enligt en linjär skala på så sätt att anbudspriser om 700 000 kr eller lägre ger maximala 55 poäng och anbudspriser om 3 000 000 kr eller högre ger noll poäng. Utvärderingsmodellen är alltså utformad så att anbudspriser under 700 000 kr inte ger någon ytterligare fördel vid utvärderingen.

4. Chas Visual Management AB ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Uppsala som biföll ansökan och förordnade att upphandlingen skulle göras om. Enligt förvaltningsrätten hindrade den tillämpade utvärderingsmodellen anbudsgivare från att fullt ut konkurrera med sina priser samt innebar att inkomna anbud inte i tillräcklig utsträckning kunde bedömas i verklig konkurrens med varandra. Domstolen fann därför att utvärderingsmodellen inte var förenlig med likabehandlingsprincipen.
5. Vafab överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm som avslog överklagandet med i huvudsak samma motivering som förvaltningsrätten.

YRKANDEN M.M.

6. *VafabMiljö Kommunalförbund* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska avvisa alternativt avslå ansökan om överprövning.
7. *Chas Visual Management AB* anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

8. Prövningstillstånd i Högsta förvaltningsdomstolen får enligt 36 a § förvaltningsprocesslagen (1971:291) begränsas till att gälla en viss fråga i målet, vars prövning är av vikt för ledning av rättstillämpningen (prejudikatfråga).
9. Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd såvitt avser frågan om det är förenligt med upphandlingsregelverket att tillämpa en utvärderingsmodell som innebär att priset i ett anbud inte får någon inverkan vid utvärderingen till den del det understiger en viss prisnivå.

10. Frågan om meddelande av prövningstillstånd rörande målet i övrigt har förklarats vilande.

Rättslig reglering m.m.

11. I 4 kap. 1 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling anges allmänna principer för offentlig upphandling, bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt.
12. I 16 kap. finns bestämmelser om utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt.
13. Av 1 § första stycket framgår att en upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska enligt andra stycket utvärderas på någon av grunderna 1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, 2. kostnad eller 3. pris.
14. När en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska den enligt 2 § första stycket bedöma anbudet utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas. Enligt tredje stycket ska tilldelningskriterierna säkerställa en effektiv konkurrens och får inte ge den upphandlande myndigheten en obegränsad valfrihet.
15. Av 7 § första stycket framgår att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Enligt andra stycket ska myndigheten förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden (det s.k. kontradiktoriska förfarandet).

16. De nämnda bestämmelserna motsvaras av bestämmelser i artiklarna 18, 67 och 69 i direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

17. Någon rättspraxis som mer direkt berör på vilket sätt de lämnade anbudspriserna får beaktas inom ramen för utvärderingen av anbud finns inte. Däremot har Högsta förvaltningsdomstolen i ett par rättsfall bedömt om obligatoriska krav relaterade till prissättningen i anbud är förenliga med upphandlingslagstiftningen. Med obligatoriska krav avses krav som måste uppfyllas för att anbudet ska gå vidare till utvärderingsfasen. Ett anbud som inte uppfyller ett sådant krav ska alltså förkastas.
18. I HFD 2018 ref. 50 slog Högsta förvaltningsdomstolen fast att det inte är tillåtet att tillämpa ett s.k. golvpris, dvs. att som obligatoriskt krav ange att priset inte får understiga en viss angiven nivå. Däremot fann domstolen i HFD 2020 ref. 24 att det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud där priset per enhet för ett större mängdintervall är högre än priset per enhet för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete inte kommer att antas.
19. Utgången i 2018 års fall motiverades med att ett obligatoriskt krav på ett visst lägsta pris hindrar leverantörerna från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörerna behandlas olika. Domstolen framhöll också att ett golvpris innebär att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra och att bedöma om ett

anbud med lågt pris är seriöst menat. Det ansågs därför inte förenligt med likabehandlingsprincipen att tillämpa ett golvpris. Enligt domstolen ska ett anbud som den upphandlande myndigheten uppfattar vara grundat på ett onormalt lågt pris i stället utvärderas enligt ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i bestämmelserna om onormalt låga anbud.

20. I 2020 års fall konstaterade domstolen att det obligatoriska krav som då var föremål för prövning även det innebar att leverantörerna inte fick prissätta sina anbud helt fritt eftersom det pris som en leverantör angav för ett visst mängdintervall blev styrande för det pris som fick anges för andra mängdintervall avseende samma typ av arbete. Däremot angav kravet ingen absolut nedre gräns för hur låga priser som fick offereras. Kravet hindrade således inte leverantörerna från att konkurrera med sina priser. Kravet var inte heller konstruerat på ett sådant sätt att det ledde till att onormalt låga anbud automatiskt förkastades.
21. Av HFD 2020 ref. 24 följer alltså att inte varje inskränkning av leverantörernas möjlighet att fritt prissätta sina anbud kommer i konflikt med likabehandlingsprincipen eller med regleringen i övrigt. I det fallet accepterades det uppställda priskravet bl.a. med hänvisning till att det inte hindrade leverantörerna från att konkurrera med sina priser. Som framgått bedömde Högsta förvaltningsdomstolen emellertid i HFD 2018 ref. 50 att ett obligatoriskt krav som satte en nedre gräns för de priser som fick offereras var konkurrensbegränsande och därmed otillåtet.
22. Även vid valet av utvärderingsmodell ska det säkerställas att modellen leder till en effektiv konkurrens (16 kap. 2 § tredje stycket lagen om offentlig upphandling). Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening är de resonemang

om en prisgräns konkurrensbegränsande effekt som fördes i 2018 års fall (se punkt 19 ovan) också relevanta när en prisgräns tillämpas inom ramen för anbudsutvärderingen. Även då innebär prisgränsen att en leverantör som t.ex. vill ta sig in på en marknad genom att pressa sina priser i praktiken frångår möjligheten att göra det under den angivna gränsen. En sådan utvärderingsmodell innebär också att om två leverantörer erbjuder samma kvalitet så är det inte säkert att den av leverantörerna som har det lägsta priset rankas högre än den andra.

23. Den aktuella utvärderingsmodellen leder därmed, på motsvarande sätt som det golvpris som prövades i 2018 års fall, till att leverantörerna hindras från att konkurrera med sina priser och till att den upphandlande myndigheten hindras från att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Utvärderingsmodellen strider därför mot likabehandlingsprincipen.
24. Till detta kommer att även om utvärderingsmodellen inte innebär att anbud med priser under den lägsta nivån i intervallet förkastas – och modellen därmed inte kommer i direkt konflikt med bestämmelserna om förfarandet för att förkasta onormalt låga anbud – så kommer prisgränsen i realiteten att få den effekten att leverantörerna avhålls från att offerera priser under den angivna lägstanivån. Modellen kan därmed i praktiken komma att leda till att regleringen om onormalt låga anbud sätts ur spel.
25. Den prejudikatfråga som Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd i ska således besvaras enligt följande. Det är inte förenligt med upphandlingsregelverket att tillämpa en utvärderingsmodell som innebär att priset i ett anbud inte får någon inverkan vid utvärderingen till den del det understiger en viss prisnivå.

26. Högsta förvaltningsdomstolen finner inte skäl att meddela prövningstillstånd i målet i övrigt.

I avgörandet har deltagit justitieråden Helena Jäderblom, Kristina Ståhl, Thomas Bull, Ulrik von Essen och Mats Anderson (skiljaktig).

Föredragande har varit justitiesekreteraren Lina Bjersbo.

SKILJAKTIG

Justitierådet Mats Anderson är av skiljaktig mening och anser att Högsta förvaltningsdomstolen borde ha förklarat att det är förenligt med upphandlingsregelverket att tillämpa en utvärderingsmodell som innebär att priset i ett anbud inte får någon inverkan vid utvärderingen till den del det understiger en viss prisnivå samt anför följande.

1. Liksom majoriteten noterar jag att det inte finns någon rättspraxis som mer direkt berör på vilket sätt de lämnade anbudspriserna får beaktas inom ramen för utvärderingen av anbud. Jag är också ense med majoriteten att den s.k. golvprisdomen (HFD 2018 ref. 50) och den s.k. takprisdomen (HFD 2020 ref. 24) är relevanta för den bedömning som här ska göras och hänvisar därför till vad som sägs i punkterna 17–21 i domen.
2. Emellertid gör jag en annan bedömning i frågan vilken betydelse framför allt golvprisdomen har för att besvara den fråga som ställts i det nu aktuella målet.
3. Enligt min mening bör bedömningen av om den aktuella utvärderingsmodellen strider mot det upphandlingsrättsliga regelverket ske mot bakgrund av att Högsta förvaltningsdomstolen i flera rättsfall framhållit att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för upphandling i 4 kap. 1 § lagen om offentlig upphandling (se t.ex. golvprisdomen och HFD 2015 ref. 63 samt där angivna rättsfall).
4. Den modell som den upphandlande myndigheten har valt bygger såvitt avser priskriteriet på vad som enligt myndighetens erfarenhet är ett spann inom vilket anbud rimligen bör ligga. Modellen framstår enligt min mening som ekonomiskt rationell och den torde inte på något sätt vara ovanlig. Utvärderingsmodellen är helt transparent och tillämpas lika på alla leverantörer. Den

innebär inte heller att något anbud automatiskt förkastas på grund av priskriteriet. Modellen kan emellertid i visst hänseende hävdas leda till samma resultat som ett golvpris; en leverantör som önskar konkurrera med priser kan inte göra det fullt ut och kan därför komma att avstå från att lämna anbud och därmed sägas bli i praktiken utesluten från upphandlingen.

5. Golvprisdomen innebär alltså att det inte är tillåtet för en upphandlande myndighet att automatiskt utestänga den leverantör som väljer att lägga ett anbud under en viss nivå. Den upphandlande myndigheten har dock alltså möjlighet att reagera på vad den uppfattar som ett uppseendeväckande lågt anbud genom det kontradiktoriska förfarandet. Ett förbud mot den i målet aktuella utvärderingsmodellen skulle medföra betydligt längre gående konsekvenser än förbudet mot golvpriser.
6. Om utvärderingsmodellen anses stå i strid med det upphandlingsrättsliga regelverket tvingas nämligen den upphandlande myndigheten att, såvitt avser ett priskriterium, premiera den leverantör som erbjuder låga priser, hur låga de än är. Detta är förvisso gynnsamt för en leverantör som avser att vinna ett kontrakt genom att prisa in sig i en upphandling (dvs. erbjuda ett mycket lågt pris, t.ex. i syfte att komma in på en marknad). Men det framstår som mycket tveksamt om en sådan ordning är ägnad att leda till att det för den upphandlande myndigheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.
7. Det framstår nämligen som antagligt att upphandlande myndigheter även fortsättningsvis avser att genomföra upphandlingar där utvärderingen görs genom att väga pris mot kvalitet i avgivna anbud. Ett förbud mot att vid utvärderingen tillämpa en modell av aktuellt slag kan därför antas leda till att de upphandlande myndigheterna vid utvärderingen tvingas tillmäta kvalitetskriterier högre relativ vikt än priskriterier. Detta leder till minskad priskonkurrens, vilket i sin tur leder till högre priser. Alltså raka motsatsen till vad som vore syftet med ett förbud av ifrågasatt slag.

8. Det sagda leder mig sammanfattningsvis till följande bedömning.
9. Den i målet aktuella utvärderingsmodellen leder visserligen till att en leverantör inte kan konkurrera med sitt pris fullt ut. Högsta förvaltningsdomstolen har emellertid i takprisdomen slagit fast att inte varje inskränkning av leverantörernas möjlighet att fritt prissätta sina anbud står i strid med likabehandlingsprincipen eller med regleringen i övrigt. Utvärderingsmodellen framstår som ekonomiskt rationell, är transparent och tillämpas lika på alla leverantörer. Ett förbud mot utvärderingsmodellen medför vidare långtgående och negativa konsekvenser för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer.
10. De skäl som talar för ett förbud – som i realiteten endast gynnar leverantörer som vill prisa in sig på en marknad – väger därför alltför lätt för att man ska kunna anse att likabehandlingsprincipen trätts förnär. Jag anser således att den i målet aktuella utvärderingsmodellen inte strider mot likabehandlingsprincipen.
11. Överröstad i den här frågan är jag i övrigt ense med majoriteten.