



Rättelse/komplettering

Dom, 2023-02-03

Rättelse, 2023-02-21

Beslut av: justitierådet Magnus Medin

Rättelse enligt 32 § förvaltningsprocesslagen p.g.a. skrivfel. I punkterna 22 och 23 hänvisas till RÅ 2016 ref. 3 II. Det ska rätteligen stå HFD 2016 ref. 3 II.



HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
766-22

meddelad i Stockholm den 3 februari 2023

KLAGANDE

Westcon Nord AB, 559239-5643

Ombud: Advokaterna Viktoria Edelman och Viktor Hård af Segerstad samt
biträdande juristen Alice Grapp

AG Advokat KB

Box 3124

103 62 Stockholm

MOTPART

Trafikverket

781 89 Borlänge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 7 februari 2022 i mål nr 1803-21

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

BAKGRUND

1. Vid en offentlig upphandling anger den upphandlande myndigheten regelmässigt att leverantörerna ska uppfylla vissa obligatoriska krav. Om ett sådant krav inte uppfylls ska anbudet förkastas.
2. För att ett obligatoriskt krav ska vara tillåtet måste det vara utformat så att det inte kommer i konflikt med de grundläggande principerna för offentlig upphandling, bl.a. likabehandlingsprincipen, eller med upphandlingslagstiftningen i övrigt. I praxis har ett obligatoriskt krav i form av ett s.k. golvpris, dvs. ett krav på att priset inte får understiga en viss angiven nivå, ansetts vara otillåtet.
3. Trafikverket genomför en upphandling av en gång- och cykelväg inom Älvkarleby kommun genom ett förenklat förfarande under tröskelvärdet. Av upphandlingsdokumenten framgår att myndigheten ställer upp ett obligatoriskt krav som innebär att samtliga delpriser ska överstiga eller som lägst vara noll kronor. Inget delpris får alltså vara negativt. Vidare framgår att det anbud som har den lägsta totalsumman kommer att antas.
4. Westcon Nord AB lämnade ett anbud om drygt 15 miljoner kr, vilket var det anbud som hade den lägsta totalsumman. Anbudet förkastades dock eftersom det innehöll ett negativt delpris beträffande ett av de arbetsmoment som skulle utföras.
5. Westcon ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Falun som avslag ansökan. Förvaltningsrätten ansåg att det obligatoriska kravet inte utgjorde ett förbud mot att offerera priser under en viss nivå utan ett förbud mot negativ prissättning. Domstolen gjorde bedömningen att ett sådant förbud inte kom i konflikt med upphandlingslagstiftningen.

6. Westcon överklagade till Kammarrätten i Sundsvall som avlog överklagandet med i huvudsak samma motivering som förvaltningsrätten.

YRKANDEN M.M.

7. *Westcon Nord AB* yrkar att upphandlingen ska göras om och anför att det obligatoriska kravet utgör ett förbud mot att offerera priser under en viss nivå och att kravet därför är otillåtet.
8. *Trafikverket* anser att överklagandet ska avslås och anför att en begränsning av prissättningen i form av ett förbud mot negativa delpriser inte strider mot upphandlingslagstiftningen om anbudsgivarna, som i det här fallet, är fria att bestämma det totala anbudspriset.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet

9. Frågan i målet är om det är tillåtet för en upphandlande myndighet att ställa upp ett obligatoriskt krav som förbjuder negativa delpriser.

Rättslig reglering m.m.

10. För upphandlingar under tröskelvärdena gäller 19 kap. lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Eftersom den i målet aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 februari 2022 ska den lydelse som kapitlet hade före det datumet tillämpas.
11. Av 19 kap. 2 § framgår att merparten av de allmänna bestämmelserna i 4 kap. är tillämpliga även på upphandlingar under tröskelvärdena. I 1–3 §§ i det kapitlet anges principer för offentlig upphandling. Där föreskrivs bl.a. att

upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt. Denna princip benämns likabehandlingsprincipen.

12. I 19 kap. 27 § finns bestämmelser om onormalt låga anbud. Av paragrafen framgår att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. Det framgår vidare att myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

13. Vid offentlig upphandling gäller som utgångspunkt att den upphandlande myndigheten är fri att bestämma vilka obligatoriska krav som myndigheten vill ställa upp i en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande principerna för offentlig upphandling, bl.a. likabehandlingsprincipen, och med upphandlingslagstiftningen i övrigt.
14. Likabehandlingsprincipen tar sig uttryck bl.a. i leverantörernas rätt att konkurrera med sina priser. Här är utgångspunkten att leverantören själv ska få avgöra vilka priser som leverantören kan och vill offerera i en specifik upphandling. En leverantör som anser sig ha möjlighet att erbjuda ett mycket lågt pris, exempelvis till följd av stordriftsfördelar, lagertillgång, låga inköpspriser eller tekniska lösningar eller för att etablera sig på en ny marknad, ska alltså som utgångspunkt ha rätt att göra detta.
15. Rättsfallet HFD 2018 ref. 50 gällde ett obligatoriskt krav i form av ett golvpris. Den upphandlande myndigheten hade angett att anbud med ett timarvode för målare som var lägre än 350 kr inte skulle antas eftersom det ansågs som oskäligt lågt. Enligt den upphandlande myndigheten syftade kravet till att säkerställa en tillfredsställande kvalitet samt till att motverka svart arbetskraft och liknande oegentligheter. Högsta förvaltningsdomstolen fann att ett sådant

golvpris kom i konflikt med likabehandlingsprincipen och med bestämmelserna om onormalt låga anbud.

16. Högsta förvaltningsdomstolen motiverade sitt ställningstagande på följande sätt. En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar att pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en viss marknad kan vilja konkurrera med ett lågt pris. Ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar emellertid leverantören från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. Ett sådant förfarande kan därför leda till att leverantörer behandlas olika. Ett golvpris innebär också att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Myndigheten kan inte heller bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. Ett anbud som den upphandlande myndigheten uppfattar vara grundat på ett onormalt lågt pris ska i stället utvärderas enligt det förfarande som föreskrivs i bestämmelserna om onormalt låga anbud.
17. I rättsfallet HFD 2020 ref. 24 fann Högsta förvaltningsdomstolen däremot 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. Enligt den upphandlande myndigheten var syftet med kravet bl.a. att motverka osund strategisk prissättning. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att kravet inte angav någon absolut nedre gräns för hur låga priser som fick offereras och att det således inte hindrade leverantörerna från att konkurrera med sina priser. Enligt domstolen var kravet inte heller konstruerat på ett sådant sätt att det ledde till att onormalt låga anbud automatiskt förkastades.

18. Av rättspraxis framgår alltså att inte varje inskränkning av leverantörernas möjlighet att fritt prissätta sina anbud kommer i konflikt med likabehandlingsprincipen eller med regleringen i övrigt. Ett obligatoriskt krav som hindrar leverantörerna från att konkurrera med sina priser är dock inte tillåtet. I detta ligger att det inte är tillåtet att, i stället för att tillämpa det förfarande som föreskrivs i bestämmelserna om onormalt låga anbud, automatiskt förkasta ett anbud på den grunden att priset är onormalt lågt.
19. När det gäller det priskrav som nu ska bedömas kan konstateras att det liknar det som prövades i HFD 2018 ref. 50 på så sätt att det anger ett golv för hur låga priser som får offereras. Till skillnad från i det fallet är golvet emellertid satt till noll kronor. Kravet hindrar således inte leverantörerna från att konkurrera med priser ända ned till noll kronor, dvs. att erbjuda sig att utföra arbetena gratis, utan tar endast ifrån dem möjligheten att erbjuda sig att betala Trafikverket för att få utföra arbetena.
20. Enligt Trafikverket har priskravet ställts upp för att förhindra sådan strategisk prissättning som går ut på att negativa delpriser används för att manipulera utvärderingsmodellen i syfte att åstadkomma att anbudspriset blir lägre än den framtida verkliga ersättningen. I så måtto liknar priskravet det krav som prövades i HFD 2020 ref. 24. Liksom det priskrav som godtogs i det rättsfallet kan det nu aktuella kravet anses bidra till att transparensen i prissättningen ökar, vilket i sin tur ökar sannolikheten för att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att antas. På så sätt kan priskravet, snarare än att verka konkurrensbegränsande, i realiteten anses främja konkurrensen.
21. Högsta förvaltningsdomstolen gör mot denna bakgrund bedömningen att priskravet inte strider mot likabehandlingsprincipen.
22. När det därefter gäller bestämmelserna om onormalt låga anbud ansåg Högsta förvaltningsdomstolen visserligen i rättsfallet RÅ 2016 ref. 3 II att ett anbud

som innehöll negativa delpriser skulle utvärderas enligt det förfarande som föreskrivs i dessa bestämmelser. I det fallet hade den upphandlande myndigheten dock förkastat anbudet just med hänvisning till att det var onormalt lågt. I det nu aktuella fallet har Trafikverket anfört att priskravet inte riktar sig mot onormalt låga anbud utan mot strategisk prissättning. Att kravet inte tar sikte på att utesluta onormalt låga anbud bekräftas av att det å ena sidan inte förhindrar att anbud som är så låga som noll kronor utvärderas, samtidigt som det å andra sidan leder till att anbud där det offererade priset inte alls är lågt men där något av delpriserna är negativt kommer att uteslutas.

23. Av betydelse är vidare att det som ska undersökas inom ramen för det förfarande som föreskrivs i bestämmelserna om onormalt låga anbud är om anbudet är allvarligt menat samt om leverantören – trots det låga pris som offererats – kommer att kunna utföra arbetet i enlighet med kontraktet (RÅ 2016 ref. 3 II med hänvisningar). Förfarandet tar således sikte på helt andra frågor än de som ligger bakom det nu aktuella priskravet.
24. Priskravet påverkar dessutom inte den upphandlande myndighetens möjlighet att tillämpa bestämmelserna om onormalt låga anbud i de fall då den vill utesluta ett anbud med hänvisning till att det offererade totalpriset i sig är lågt. I rättsfallet Tax-Fin-Lex (C-367/19, EU:C:2020:685) uttalade EU-domstolen att ett anbud med ett pris om noll euro inte fick uteslutas automatiskt på den grunden att det kontrakt som ett sådant anbud kunde leda till inte är ett kontrakt med ekonomiska villkor i upphandlingsrättslig mening. Då ett sådant anbud enligt domstolen kunde betecknas som onormalt lågt skulle det i stället utvärderas enligt det förfarande som föreskrivs i bestämmelserna om onormalt låga anbud. Som framgått hindrar det nu aktuella priskravet inte att ett anbud om noll kronor prövas enligt det förfarandet.

25. Sammanfattningsvis konstaterar Högsta förvaltningsdomstolen att det priskrav som Trafikverket har ställt upp inte kan anses strida mot likabehandlingsprincipen eller mot bestämmelserna om onormalt låga anbud. Överklagandet ska därför avslås.

I avgörandet har deltagit justitieråden Kristina Ståhl, Per Classon, Ulrik von Essen, Mats Anderson och Magnus Medin.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Lina Bjersbo.