

Ref 7

Det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ställa upp ett obligatoriskt krav som förbjuder negativa delpriser.

19 kap. 2 och 27 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, i den lydelse kapitlet hade före den 1 februari 2022

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 3 februari 2023 följande dom (mål nr 766-22).

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 avslog ansökan. Förvaltningsrätten ansåg att det obligatoriska kravet inte utgjorde ett förbud mot att offerera priser under en viss nivå utan ett förbud mot negativ prisättning. Domstolen gjorde bedömningen att ett sådant förbud inte kom i konflikt med upphandlingslagstiftningen.

6. Westcon överklagade till Kammarrätten i Sundsvall som avslog 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 anbuds-givarna, 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 HFD 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 (HFD 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.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avslår överklagandet.

I avgörandet deltog justitieråden *Ståhl, Classon, von Essen, Anderson* och *Medin*. Föredragande var justitiesekreteraren Lina Bjersbo.

Förvaltningsrätten i Falun (2021-06-08, Karlsson Helghe):

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet på att pris måste anges till minst noll kronor innebär att anbudsgivarna inte kan lämna ett negativt pris på de poster som ska prissättas enligt mängdförteckningen och å-prislistan. Det medför i förlängningen också ett förbud för anbudsgivarna att ange en negativ anbudssumma, dvs. att betala upphandlande myndighet för uppdragets utförande.

Av 1 kap. 2 § lagen om offentlig upphandling, LOU, framgår att med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas i syfte att anskaffa varor, tjänster eller byggtreprenader genom tilldelning av kontrakt. Av förarbetena till bestämmelsen, prop. 2015/16:196 s. 933, framgår att det är fråga om upphandling i de fall en leverantör, i utbyte mot ersättning, tillhandahåller varor, tjänster eller byggtreprenader som är av direkt ekonomiskt intresse för den upphandlande myndigheten. En förutsättning för att det ska vara fråga om en upphandling i lagens mening är alltså att leverantören erhåller ersättning för det som enligt kontraktet ska presteras.

Enligt 5 kap. 3 § LOU är värdet av en upphandling det totala belopp som, enligt den upphandlande myndighetens uppskattning, ska betalas en-

ligt de varukontrakt, tjänstekontrakt eller byggentreprenadkontrakt som ingår i upphandlingen. Värdet av en upphandling har i sin tur betydelse för vilka regler som gäller för upphandlingens genomförande (jfr 5 kap. 1 § LOU). Att värdet av en upphandling har betydelse för vilka regler som ska tillämpas på en upphandling och att det beräknas utifrån vad myndigheten uppskattar ska betalas talar också för att det krävs att upphandlande myndighet utger ersättning för det som ska upphandlas för att lagen ska vara tillämplig.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten därför att det inte finns något hinder för upphandlande myndighet att uppställa krav som innebär att negativa priser inte får offereras. Förvaltningsrätten anser inte heller att ett sådant krav står i strid med Högsta förvaltningsdomstolens uttalande i HFD 2018 ref. 50. Den upphandlande myndigheten hade i det avgörandet ställt krav på ett pris om lägst 350 kr, vilket domstolen inte ansåg vara förenligt med likabehandlingsprincipen bl.a. av den anledningen att ett sådant golvpris förhindrar leverantörer från att konkurrera med priset.

Ett förbud mot negativa priser – dvs att betala upphandlande myndighet för uppdragets utförande – innebär dock inte per automatik att Westcon hindras konkurrera med sina priser. I aktuellt fall, till skillnad från HFD-avgörandet, är det inte fråga om förbud mot priser under en viss summa utan istället ett förbud mot negativ prissättning. Att leverantörer därigenom hindras från att utge ersättning till upphandlande myndighet kan enligt förvaltningsrätten inte anses vara likställt med ett förbud mot att konkurrera med priset. Förvaltningsrätten har härvid beaktat det som Trafikverket anfört att pris som begrepp i normalfallet avser en kostnad eller ersättning för något. Det är således inte samma sak som att lämna negativt pris eftersom leverantören då utför något till upphandlande myndighet utan att få betalning och tvärtom istället betalar upphandlande myndigheten för att få utföra tjänsten, varan eller byggentreprenaden.

Ett förbud mot negativa priser innebär visserligen en absolut nedre gräns för hur låga priser som får offereras, det vill säga noll kronor. Det innebär således att leverantörerna inte får prissätta sina anbud helt fritt. Med hänsyn till att en offentlig upphandling förutsätter att leverantören erhåller ersättning, att upphandlingens värde måste beräknas samt med hänsyn till att rättsfallet HFD 2018 ref. 50 avser just priser i form av ersättning för utförande av en tjänst och inte behandlar frågan om negativa priser anser förvaltningsrätten emellertid att en sådan nedre gräns är förenlig med LOU. Att Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2016 ref. 3 II kommit fram till att negativa priser inte inneburit att ett anbud varit onormalt lågt kan vidare, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses vara likställt med ett förbud för upphandlande myndigheter att ställa krav som innebär att negativa priser inte får offereras.

I förevarande fall har Trafikverket inte heller bedömt att anbudet från Westcon varit onormalt lågt och enligt förvaltningsrätten leder kravet på att priserna i mängdförteckningen och à-priser ska överstiga eller som lägst vara noll kr inte till att onormalt låga anbud automatiskt förkastas. Förvaltningsrätten anser således inte heller att bestämmelserna om onormalt låga anbud hindrar Trafikverket från att uppställa det aktuella kravet på prissättning.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Westcon inte förmått visa att Trafikverket agerat i strid med LOU genom att uppställa krav på

att samtliga priser i mängdförteckningen och à-priser ska var för sig överstiga eller som lägst vara lika med noll kronor. Eftersom Westcon angett ett negativt pris för koden DGB.33 har bolaget inte fyllt i mängdförteckningen på det sätt som föreskrivits i upphandlingen. Det var därmed riktigt av Trafikverket att förkasta bolagets anbud. Westcons ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.
– Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Kammarrätten i Sundsvall (2022-02-07, Odmark, Åhlin och Öhlund):

En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att närmare bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en viss upphandling. Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de grundläggande principerna för offentlig upphandling, bl.a. att leverantörer ska behandlas på ett likvärdigt sätt, och med upphandlingslagstiftningen i övrigt (HFD 2020 ref. 24).

Av HFD 2018 ref. 50 framgår att det inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå inte kommer att antas. Detta motiverades med att ett obligatoriskt krav på ett visst lägsta pris hindrar leverantörerna från att konkurrera med priset eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. I HFD 2020 ref. 24 var det fråga om ett obligatoriskt krav som innebär att anbud där à-priset för ett större mängdintervall var högre än à-priset för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete skulle förkastas. Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att kravet innebär att leverantörerna inte fick prissätta sina anbud helt fritt. Däremot angav kravet inte någon nedre gräns för hur låga priser som fick offereras och kravet hindrade således inte leverantörerna från att konkurrera med sina priser. Kravet var inte heller konstruerat på sådant sätt att det ledde till att onormalt låga anbud automatiskt förkastades. Kravet ansågs därmed inte komma i konflikt med likabehandlingsprincipen eller bestämmelserna om onormalt låga anbud.

Westcon Nord AB:s anbud har förkastats med hänvisning till att bolaget inte har fyllt i mängdförteckningen i enlighet med det obligatoriska kravet i AFB.31. Enligt detta krav ska samtliga priser i mängdförteckningen och à-priser var för sig överstiga eller som lägst vara noll kronor.

Det obligatoriska krav som detta mål gäller innebär visserligen att leverantörerna inte helt fritt får prissätta sina anbud, eftersom negativa à-priser inte får lämnas. Kammarrätten anser dock, i likhet med förvaltningsrätten, att Trafikverket inte är förhindrad att ange att ett delpris som lägst får vara noll kronor, eftersom det är ett pris som efterfrågas och inte en rabatt eller en ersättning till upphandlande myndighet. Kravet är därför inte att jämföra med ett sådant golvpris av det slag som var aktuellt i HFD 2018 ref. 50. I målet har Westcon Nord AB inte visat att kravet har begränsat anbudsgivarna från att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller i övrigt konkurrera med sin prissättning. Det aktuella kravet är inte heller konstruerat på sådant sätt att det leder till att onormalt låga anbud automatiskt förkastas. Kammarrätten finner därför att kravet inte strider mot likabehandlingsprincipen eller bestämmelserna om onormalt låga anbud. Det har inte heller framkommit att kravet på något annat sätt strider mot upphandlingslagstiftningen.

Ref 7

HFD 2023

Eftersom Westcon Nord AB har fyllt i mängdförteckningen i strid med de obligatoriska kraven har det varit riktigt av Trafikverket att förkasta anbudet. Överklagandet ska därför avslås.
– Kammarrätten avslår överklagandet.