

HFD 2016 ref. 3

Fråga om tillämpning av bestämmelserna om onormalt låga anbud vid offentlig upphandling (I och II).

12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 28 januari 2016 följande domar (mål nr 6159-6160-14 och 6578-14).

I.

Bakgrund

Eskilstuna kommun genomför med tillämpning av ett öppet förfarande en upphandling avseende ramavtal för flyttjänster. Lägsta pris har angetts som tilldelningsgrund. Rexab Flytt & Tungtransport AB (Rexab) och Västerås Flyttningsbyrå AB (Flyttningsbyrån) har lämnat anbud i upphandlingen. Kommunen har förkastat anbuden eftersom den bedömt att de innehåller onormalt låga priser som bolagen inte kunnat lämna godtagbara förklaringar till och som ger kommunen anledning att anta att bolagen inte kommer att fullfölja kontraktet så som det utformats och på förväntat sätt.

Rexab och Flyttningsbyrån begärde överprövning av upphandlingen och yrkade bl.a. att den skulle rättas på så sätt att bolagens anbud skulle utvärderas. Bolagen invände dels att kommunen inte följt det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, dels att kommunen inte haft skäl att förkasta bolagens anbud såsom onormalt låga.

Förvaltningsrätten i Linköping avslog ansökningarna om överprövning. Bolagen överklagade till Kammarrätten i Jönköping som ändrade förvaltningsrättens dom och beslutade att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts. Enligt kammarrätten hade bolagen visat att deras anbud, i de delar som ifrågasatts, var allvarligt menade. Kammarrätten ansåg därför att kommunen inte haft fog för att förkasta anbuden med hänvisning till att de var onormalt låga.

Yrkanden m.m.

Eskilstuna kommun yrkar i första hand att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva kammarrättens dom och fastställa förvaltningsrättens dom. I andra hand yrkar kommunen att Högsta förvaltningsdomstolen ska besluta att upphandlingen ska göras om. Kommunen anför i huvudsak följande.

Såväl kammarrätten som förvaltningsrätten har funnit att det skydd som tillkommer anbudsgivarna enligt 12 kap. 3 § LOU är tillgodosett genom att bolagen har fått argumentera emot kommunens förkastande inom ramen för överprövningen. Det finns goda skäl att instämma i den bedömningen.

Bolagens förklaringar avseende den låga prissättningen är inte objektivt godtagbara. Bolagen har gjort gällande att de lämnat lägre priser på tjänster som kommunen historiskt sett efterfrågat i liten utsträckning respektive högre priser på tjänster som kommunen efterfrågat i stor utsträckning. Påståendet vinner inte stöd av bolagens anbud, där bolagen i stället korsvis för olika tjänstekategorier lämnat väsensskilda priser utan någon koppling till vare sig historiska avrop eller redovisade volymantaganden.

I förevarande fall kan tjänsteinnehållet i ett avropat uppdrag medföra att Rexab konsekvent slussar uppdraget vidare till sitt dotterbolag Flyttningsbyrån, som enligt avtalade priser kan debitera väsentligt högre belopp för samma tjänster. När Rexab däremot kan debitera mer än Flyttningsbyrån, kommer förstnämnda bolag att acceptera uppdraget. En sådan ordning kan objektivt inte innebära att Rexab i alla lägen har för avsikt att leverera till offererade priser. Sannolikt kommer alltid något av bolagen att acceptera kommunens avropsförfrågan, men upplägget talar starkt för att det alltid kommer att vara det bolag som kan debitera mest som tar uppdraget. Anbudet är således inte allvarligt menade i egentlig mening. Det är fråga om en osund strategisk prissättning och en osund leveransstrategi som i grunden snedvrider konkurrensen och skadar den upphandlande myndigheten.

Rexab och *Flyttningsbyrån* bestrider bifall till överklagandet och yrkar i första hand att Högsta förvaltningsdomstolen ska fastställa kammarrättens dom. I andra hand yrkar bolagen att Högsta förvaltningsdomstolen ska förordna att upphandlingen görs om alternativt att målen återförvisas till kammarrätten. Bolagen anför i huvudsak följande.

Kommunen har inte berett bolagen möjlighet att yttra sig över kommunens skäl för att förkasta anbudet enligt 12 kap. 3 § tredje stycket LOU. Uteslutningen av bolagens anbud har således skett i strid med lagen redan på denna grund.

Kommunens påståenden om taktisk prissättning och koncernstrategisk anbudsgivning har ingen relevans för bedömningen av om anbudet är onormalt lågt, utan är fristående grunder som åberopas först i Högsta förvaltningsdomstolen. Grunderna ska därför lämnas utan avseende. För fullständighetens skull vill bolagen dock anföra att kommunens påstående om att bolagen korsvis har lämnat låga respektive höga priser på de olika tjänstekategorierna, och att detta sannolikt kommer att utnyttjas av

bolagen, är direkt felaktigt. Bolagens prissättningar av respektive kostnadspost överensstämmer närmast med varandra.

Det är kommunen som har bevisbördan för att bolagens samlade anbudspriser är onormalt låga. Kommunen har endast ifrågasatt vissa prisposter och har således inte ens påstått att bolagens samlade anbudspriser är onormalt låga. Trots att det hade varit enkelt för kommunen att visa hur prissättningen i andra upphandlingar sett ut, eller hur kostnadsbilden generellt ser ut på marknaden, har kommunen inte gett in någon bevisning till stöd för sitt påstående.

Bolagen har lämnat fullgoda förklaringar som visar att anbudet är allvarligt menade och att bolagen kommer att kunna fullfölja kontraktet på erbjudna villkor. Bolagen har stor erfarenhet av kommunens behov och avropsvolym. För de tjänster som kommunen avropat i mindre utsträckning har bolagen lämnat ett lägre anbudspris än för de tjänster där avropen har varit mer frekventa. Anbudet kommer som helhet att ge full kostnadstäckning plus skälig vinst. Kontraktet med kommunen kommer också att få synergieffekter för bolagens övriga verksamhet. Ekonomin i bolagen och i koncernen är mycket god. Bolagen har inte tidigare underlåtit att leverera på erbjudna villkor. Det är enkelt för kommunen att kontrollera att avtalet följs och beivra eventuella kontraktsbrott.

Skälen för avgörandet

Vad målen gäller

Målen gäller frågan om en av Eskilstuna kommun genomförd upphandling av ramavtal ska göras om eller rättas på grund av att kommunen saknat fog för att förkasta anbudet lämnade av Rexab och Flyttningsbyrån. För att besvara den frågan ska prövas dels om kommunen åsidosatt de förfaranderegler som gäller för att upphandlande myndigheter ska kunna förkasta ett onormalt lågt anbud, dels om det sedan bolagen lämnat förklaringar till sina respektive prissättningar funnits skäl att förkasta anbudet.

Rättslig reglering m.m.

I målen är fråga om tillämpning av bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU om förkastande av anbud som anses onormalt låga. En upphandlande myndighet får inte förkasta ett sådant anbud innan den begärt förklaringar av anbudet genom ett i paragrafen föreskrivet förfarande. Bestämmelserna genomför artikel 55 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Någon definition av begreppet onormalt låga anbud finns varken i LOU

eller i direktivet. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger.

EU-domstolen har i sitt avgörande i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, punkt 55, med hänvisning till en då gällande direktivbestämmelse som motsvarar den nu aktuella direktivbestämmelsen, uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att *för det första* identifiera misstänkta anbud, *för det andra* bereda de berörda företagen tillfälle att visa att deras anbud är seriösa genom att från dem begära de förklaringar som den upphandlande myndigheten anser vara betydelsefulla, *för det tredje* bedöma relevansen av förklaringar som de lämnar och *för det fjärde* fatta beslut om att godta eller förkasta dessa anbud. Domstolen konstaterade vidare att de krav som sammanhänger med den kontradiktoriska karaktären av förfarandet för kontroll av onormalt låga anbud i direktivet har uppfyllts endast när samtliga dessa delar har genomförts i tur och ordning.

Direktivbestämmelsen innefattar ett krav på att myndigheten i samråd med anbudsgivaren ska granska anbudet med beaktande av förklaringarna. Detta krav har i 12 kap. 3 § tredje stycket LOU utformats så att myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

En begäran om förklaring kan enligt paragrafens andra stycke t.ex. avse anbudsgivarens möjligheter att utnyttja kostnads-effektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet. Begäran om förtydligande kan också avse egenarten hos de varor, tjänster eller bygg-entreprenader som föreslås av anbudsgivaren, om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras eller om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

I EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso, punkt 26, nämns även som trovärdiga och seriösa förklaringar möjligheten att dra nytta av betydande skalfördelar eller pressande av vinstmarginaler för att på ett effektivare sätt kunna ta sig in på den aktuella marknaden.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Det kontradiktoriska förfarandet

Regleringen innefattar en möjlighet för myndigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud. Om myndigheten anser att ett anbud förefaller onormalt lågt och också överväger att förkasta detta på den grunden inträder en skyldighet för myndigheten att undersöka

det låga anbudet. Detta ska ske genom det anvisade skriftliga förfarandet.

Det framgår redan av de exempel på vad en begäran om en förklaring kan gälla att bestämmelserna avser att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av det – i enlighet med kontraktet.

Det kontradiktoriska förfarandet syftar till att skydda anbudssökande och anbudsgivare från godtycke från den upphandlande myndighetens sida (76/81 Transporoute, punkt 17) och att säkerställa en sund konkurrens mellan företagen (C-599/10 SAG ELV Slovensko, punkt 29). Genom myndighetens undersökning ska anbudsgivaren få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att det lämnade anbudet är allvarligt menat (punkt 28). Myndigheten ska tydligt formulera den begäran som riktas till de berörda anbudsgivarna så att dessa har möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara sina anbud (punkt 31).

I det första steget har alltså den upphandlande myndigheten att bedöma om ett anbud innehåller priser som medför att anbudet kan misstänkas vara onormalt lågt. Rexab och Flyttningsbyrån har i sina anbud, avseende ett stort antal poster i upphandlingen, lämnat priser om 1 eller 10 kr per enhet. Det saknas skäl att invända mot kommunens åtgärd att granska bolagens anbud närmare.

I förevarande fall har kommunen, innan bolagens anbud förkastades, skickat ut en förfrågan till respektive bolag avseende prissättningen. I förfrågan till Rexab angav kommunen att anledningen till förfrågan var att pris om 1 kr hade lämnats på flera olika poster. I förfrågan till Flyttningsbyrån angavs att skälet till förfrågan var att pris om 1 respektive 10 kr hade lämnats på flera olika poster. Bolagen svarade på förfrågningarna och anförde samtidigt att de önskade en mer detaljerad förfrågan om kommunen ansåg att förklaringarna inte var tillfredsställande. Kommunen meddelade tilldelningsbeslut utan att på nytt höra av sig till bolagen.

Utredningen i målen visar således att kommunens granskning av bolagens anbud inte har följt det förfarande som anvisas i 12 kap. 3 § LOU.

För att ett ingripande mot upphandlingen ska kunna ske med hänvisning till bristerna i det kontradiktoriska förfarandet, krävs det att bolagen har lidit eller har riskerat att lida skada till följd av dessa brister.

Ett syfte med det kontradiktoriska förfarandet är som framgått att anbudsgivaren ska ges möjlighet att förklara sitt anbud för den upphandlande myndigheten och därigenom beredas skydd mot godtycklig behandling. Sådana väsentliga brister i skyddet som är

i fråga i dessa mål medför typiskt sett att anbudsgivaren vid tidpunkten för upphandlingsfelet riskerar att lida skada.

De åtgärder som står domstolen till buds är enligt 16 kap. 6 § LOU att förordna att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (jfr RÅ 2005 ref. 47). Eftersom felet i dessa mål inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, skulle det ligga närmast till hands att förordna om rättelse på så sätt att bolagen med en korrekt tillämpning av förfarandet i 12 kap. 3 § ges tillfälle att förklara sina anbud. I underinstanserna, liksom här, har emellertid bolagen framfört en omfattande argumentation för att visa att anbudet är seriöst menade. Det saknas därför skäl att i Högsta förvaltningsdomstolen förordna om rättelse på grund av de brister i förfarandet som förekommit hos kommunen.

Har det funnits skäl att förkasta anbudet?

Det kan inledningsvis noteras att bolagen har gjort gällande att kommunen i Högsta förvaltningsdomstolen har åberopat nya grunder för förkastande av bolagens anbud och att dessa grunder ska lämnas utan avseende.

Kommunen har emellertid redan under tidigare skriftväxling genomgående invänt bl.a. att bolagen använt strategisk anbudsgivning. Invändningen har här preciserats på så sätt att kommunen gör gällande att bolagen har lämnat anbud med korsvis låga priser och att detta kan komma att medföra att ett av bolagen vid avrop avböjer att leverera till förmån för det andra koncernbolag som angett högre pris på den efterfrågade tjänsten.

Det kan därför inte anses vara fråga om någon sådan ny omständighet som förutsätter särskilda skäl för att kunna beaktas i Högsta förvaltningsdomstolen (jfr 37 § förvaltningsprocesslagen [1971:291]).

Bedömningen av om en anbudsgivares förklaringar är godtagbara och anbudet trots det låga priset är seriöst menat ska göras i varje enskilt fall med hänsyn till upphandlingsföremålet (prop. 2006/07:128 s. 407). Av EU-domstolens praxis framgår, som tidigare nämnts, att det är anbudsgivaren som har att bevisa att anbudet är allvarligt menat (se SAG ELV Slovensko, punkterna 28 och 29). Anbudsgivaren är också den som har bäst tillgång till sådana uppgifter som kan förklara det låga priset.

I syfte att säkerställa effektiv konkurrens ska alla relevanta faktorer som anbudsgivaren gjort gällande och som hänför sig till kontraktsföremålet beaktas vid myndighetens granskning av huruvida ett anbud som framstår som onormalt lågt ska godtas eller förkastas (se Lombardini och Mantovani, punkt 82 och SAG ELV Slovensko, punkterna 29 och 30).

Bolagen har till stöd för att anbuderna är allvarligt menade anförts i huvudsak följande.

De kommer att leverera efterfrågade tjänster till de priser som framgår av anbuderna. Rexab, som är moderbolag till Flyttningsbyrån, har under tio års tid varit avtalsleverantör åt kommunen för de aktuella tjänsterna utan att det riktats några anmärkningar mot utförandet. Det är mycket viktigt för bolagen att kunna behålla sin tillgänglighet i aktuell geografisk region. Utifrån Rexabs tidigare erfarenhet har bolagen angett låga priser på vissa poster och höga priser på andra, i syfte att lämna ett samlat attraktivt anbud. Bolagen kommer att gå med vinst på kontraktet men det skulle inte ha någon avgörande betydelse om kontraktet mot förmodan skulle resultera i en förlust, med hänsyn till bolagens höga omsättning och goda ekonomi. Kommunens påstående om korsvisa priser och risk för att uppdrag slussas vidare mellan bolagen bestrids.

Kommunen har för sin del anförts att det finns skäl att anta att bolagen inte kommer att fullfölja kontraktet så som det utformats och på förväntat sätt.

Påståendet om att anbuderna bygger på Rexabs tidigare erfarenhet av kommunen vinner inte stöd av bolagens anbud. Bolagen har lämnat olika priser på samma poster, utan koppling till vare sig historiska avrop eller redovisade volymantaganden.

Högsta förvaltningsdomstolen konstaterar att bolagen har angett olika priser såvitt avser de poster som kommunen ifrågasatt. Så har Rexab t.ex. angett att användningen av arbetsledare under vardagar kl. 17–22 och under vad som betecknas övrig tid kostar 1 kr per timme samt att flyttpersonal, oavsett tidpunkt, också kostar 1 kr per timme. Dotterbolaget, som alltså för vissa poster tagit upp en kostnad om 10 kr, har för sin del angett en betydligt högre kostnad för arbetsledare under s.k. övrig tid liksom för flyttpersonal under vardagar kl. 8–17. Omvänt gäller att Rexab angett en betydligt högre kostnad än dotterbolaget för arbetsledare under vardagar kl. 8–17.

Det står således klart att bolagens prissättning i dessa delar inte, som bolagen påstått, är i det närmaste överensstämmande. Skillnaderna i prissättning mellan koncernbolagen ger, beroende på utfallet av upphandlingen av ramavtalet, utrymme för leveransstrategiskt handlande från bolagens sida i samband med avrop.

Rexab och Flyttningsbyrån har visserligen lämnat självständiga anbud, men i dessa värderat enskilda och för upphandlingen gemensamma kostnadsposter på ett sätt som inte har getts en rimlig förklaring. Bolagen har hänvisat till Rexabs historiska erfarenhet av kommunen som kund men har inte, mot kommunens bestridande, kunnat precisera på vilket sätt den erfarenheten haft betydelse för prissättningen.

Mot denna bakgrund finner Högsta förvaltningsdomstolen att de båda bolagen inte kunnat prestera någon utredning som på ett godtagbart sätt förklarar den ifrågasatta prissättningen i respektive anbud.

Sammanfattande bedömning

Det saknas anledning att förordna om rättelse på grund av de brister i förfarandet som förekommit hos kommunen. Bolagen har inte förmått lämna godtagbara förklaringar till de låga anbudspriserna. Kommunen har därför med fog förkastat anbudet. Överklagandet ska därmed bifallas på så sätt att kammarrättens dom upphävs och det slut förvaltningsrättens dom innehåller fastställs.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens dom och fastställer det slut förvaltningsrättens dom innehåller.

I avgörandet har deltagit justitieråden *Melin, Nord, Bull, Askersjö* och *Baran*. Föredragande var justitiesekreterarna Sofia Lönnberg och Emilia Franke.

Förvaltningsrätten i Linköping (2014-04-11, Kjellgren):

Fråga i målet är om kommunen haft skäl för att med stöd av 12 kap. 3 § LOU utesluta de i målen aktuella bolagen från utvärdering.

Bolagen har i sina anbud på ett flertal poster lämnat priser om en krona respektive tio kronor per enhet. Mot bakgrund av att dessa ytterst låga anbudspriser erbjudits på ett stort antal poster i upphandlingen finner förvaltningsrätten att det funnits anledning för kommunen att begära förklaringar av bolagen rörande offererade priser.

Härefter ska bedömas om bolagen genom sina förklaringar har visat att de låga anbudet likväl inte hade bort förkastas (jfr EU-domstolens dom i mål C-599/10 punkterna 28 och 29). Förvaltningsrätten delar av Konkurrensverket ovan angiven uppfattning att upphandlande myndighet bör ges betydande utrymme att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska kunna godtas. Detta medför att kravet på anbudsgivarna att förebringa underlag till stöd för att den låga prissättningen är affärsmässigt motiverad är högt ställt.

Av bolagen åberopade skäl för sin respektive prissättning är kortfattat följande (i) bolagen är villiga att göra förluster för att vinna kontraktet (ii) övrig verksamhet kan täcka uppkomna förluster (iii) ett kontrakt med erbjudna priser kan som helhet generera vinst samt (iv) kontraktsbrott kan åtgärdas genom avtalsmässiga sanktioner.

Förvaltningsrätten fastslår inledningsvis att den upphandlande myndigheten inte ska behöva acceptera ett anteciperat kontraktsbrott

varför bolagens invändning rörande sanktionsmöjligheter i kontraktet kan lämnas utan avseende.

Angivna skäl för bolagens prissättning ger bilden av att bolagen själva är införstådda med att erbjuda priser kan medföra förluster beroende på avropade uppdrags utformning under ramavtalet. Något tillfredställande stöd för att ett sådant förhållningssätt rörande prissättning vid anbuds-givningen bör godtas i upphandlingen har inte framkommit. Den interna kalkyl som bolagen åberopat kan därvidlag inte anses utgöra tillräcklig bevisning till stöd för bolagens talan.

När det gäller de formella krav på kommunikering som följer av 12 kap. 3 § anser förvaltningsrätten att bolagens rättssäkerhetsintresse blivit tillgodosett genom att de haft möjlighet att argumentera i frågan i förvaltningsrätten.

Slutligen finner förvaltningsrätten att kommunens tillämpning av en andra konkurrensutsättning inte, på sätt bolagen påstår, kan anses stå i strid med LOU. Detta eftersom kommunen konkurrensutsatt även dessa eventuella inköp genom sin annonserade upphandling.

Sammanfattningsvis kan inte vad bolagen anfört i målen föranleda att någon åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU blir aktuell. Förvaltningsrätten avslår därmed ansökan om överprövning i mål 1204-14 och 1205-14. – Förvaltningsrätten avslår ansökan i mål 1204-14 och 1205-14.

Kammarrätten i Jönköping (2014-10-29, Forkman, Davidson och Toivainen):

Kammarrätten ska bedöma om kommunens åtgärd att förkasta bolagens anbud strider mot likabehandlingsprincipen och om åtgärden har medfört att bolagen kan komma att lida skada på så sätt att de går miste om kontrakt.

Kommunen har uppfyllt sin skyldighet att skriftligen begära förklaring till bolagens låga anbud.

Bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU om onormalt låga anbud härrör från artikel 55 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG. Det framgår inte direkt av lydelsen vad som menas med ett onormalt lågt anbud. En utgångspunkt för tolkningen bör vara att bestämmelsen är avsedd att skydda anbudsgivaren mot godtycke från den upphandlande enhetens sida (se EU domstolens dom i mål 76/81, Transporoute).

Bolagen har som förklaring till sina låga anbud anfört bl.a. att de ser helheten i avtalet, att de har för avsikt att leverera till angivna priser och att de har god ekonomi. De har dessutom anfört att deras prissättning är baserad på tidigare erfarenhet av kommunens behov och har gett in interna beräkningar i syfte att visa att deras prissättning inte kommer att resultera i någon förlust.

Enligt kammarrättens mening kan bolagens förklaringar inte anses som allmänt hållna utan måste bedömas som objektivt godtagbara. Bolagen har därmed visat att deras anbud, i de delar de har ifrågasatts, är allvarligt menade (se EU-domstolens dom i mål C-599/10, SAG ELV m.fl.). Kommunen har således inte haft fog för att med hänvisning till 12 kap. 3 § LOU förkasta bolagens anbud. Åtgärden strider därför mot likabehandlingsprincipen. Den har medfört att bolagen kan komma att lida skada på så sätt att de går miste om kontrakt. Bolagens ansökningar om överprövning ska därför bifallas och detta kan lämpligen ske på så

sätt att kammarrätten bestämmer att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. – Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och beslutar att Eskilstuna kommuns upphandling av flyttjänster, JE/TS 13.080, får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

II.

Bakgrund

Trafikverket genomför med tillämpning av ett öppet förfarande en upphandling avseende totalentreprenad för utförande av basunderhåll på allmänna vägar i Borlänge under maximalt sex år (inklusive optioner). Lägsta pris har angetts som tilldelningsgrund. De lämnade anbuden summerades till mellan 137 och 195 miljoner kr. NCC Roads AB:s (NCC) anbud förkastades eftersom detta enligt Trafikverket var onormalt lågt då prissättning med negativa belopp skett på ett flertal konton och NCC inte lämnat någon tillfredsställande förklaring till prissättningen. Trafikverket ansåg att det kunde befaras att arbetena som omfattades av aktuella konton inte skulle komma att utföras i enlighet med kontraktsvillkoren.

NCC begärde överprövning av upphandlingen och yrkade att den skulle rättas på så sätt att bolagets anbud skulle utvärderas. Bolaget invände dels att Trafikverket inte följt det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, dels att anbudet inte är onormalt lågt eftersom godtagbara förklaringar lämnats.

Förvaltningsrätten i Falun avlog ansökan om överprövning, (mål nr 1387-14). Kammarrätten i Sundsvall avlog NCC:s överklagande.

Högsta förvaltningsdomstolen har den 8 december 2014 interimistiskt förordnat att avtal inte får ingås i den aktuella upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen har vidare i beslut den 22 juni 2015 avvisat ny bevisning från Trafikverket och NCC.

Yrkanden m.m.

NCC yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av kammarrättens dom, ska förordna om rättelse av upphandlingen på så sätt att bolagets anbud ska tas upp till utvärdering. NCC anför i huvudsak följande.

Trafikverket har inte följt de förfaranderegler som lagen innehåller vad gäller förkastande av anbud på grund av onormalt lågt pris. Verket har inte i enlighet med 12 kap. 3 § LOU först skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och därefter gett NCC tillfälle att yttra sig över verkets skäl för att förkasta anbudet.

När det gäller anbudspriserna är dessa inte onormalt låga och NCC har lämnat en fullgod förklaring till det offererade priset. Det förhållandet att enstaka poster har låga priser saknar betydelse för anbudsgivarens incitament och/eller förmåga att utföra kontraktarbetena på avtalat sätt om anbudspriset i dess helhet inte är onormalt lågt. Det är anbudspriset i dess helhet som ligger till grund för de intäkter och den vinstmarginal som anbudsgivaren kommer att ha vid utförandet av kontraktet. Bedömningen av priset ska vidare göras i förhållande till kontraktets föremål. NCC:s prissättning grundar sig på kommersiella bedömningar baserade på lång erfarenhet av Trafikverket som kund. Konkurrensen om kontrakt av aktuellt slag är mycket hård. En anbudsgivare måste därför pressa priset och erbjuda kommersiella rabatter. NCC har valt att lämna rabatt genom negativa priser för ett fåtal konton i stället för en mera generell rabatt.

Sådana kontrakt som det nu är fråga om öppnar nya affärsmöjligheter även gentemot andra lokala kunder. Vidare gäller att vid sådana kontrakt tillkommer erfarenhetsmässigt, utöver upphandlade tjänster, stora mängder ändrings- och tilläggsarbeten. Bolaget har inte möjlighet att överdebitera tjänster där man satt negativa priser och det skulle leda till synnerligen hårda kontraktuella följder att inte leverera på offererade villkor. För det fall NCC inte utför uppdragen skulle bolaget begå kontraktsbrott och verket skulle då ha rätt att avhjälpa bristerna på NCC:s bekostnad och dessutom ha rätt till såväl vite som skadestånd. Dessutom skulle Trafikverket kunna häva kontraktet.

NCC har tidigare offererat negativa priser till Trafikverket och verket har inte påstått att bolaget brustit i utförande av de kontrakten. Trafikverkets agerande strider mot principen om transparens då verket tidigare godtagit negativa priser och det inte någonstans i förfrågningsunderlaget framgått att sådan prissättning inte skulle vara tillåten i förevarande upphandling.

Trafikverket bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande.

När det gäller förfarandet följer av EU-domstolens praxis att vad unionslagstiftaren velat åstadkomma är att myndigheten ska vara skyldig att kräva att anbudsgivaren ska lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att anbud som är onormalt låga ändå är allvarligt menade. Trafikverket har uppfyllt kravet på ett kontradiktoriskt förfarande genom att vid anbudsgenomgången ta upp vad som framstod som onormalt låga priser, därefter ge NCC tillfälle att skriftligen återkomma i saken och sedan ge bolaget tillfälle att yttra sig över skälen för beslutet. NCC har inte konkretiserat på vilket sätt verkets handlande medfört skada eller risk för skada för bolaget.

När det gäller priserna utgör det NCC anfört närmast förklaringar och klargör inte på ett betryggande sätt att bolaget trots

prissättningen kommer att utföra uppdragen. Trafikverket är ansvarigt för att hålla vägarna säkra året om och kan inte riskera att vissa delar av uppdraget inte utförs. Eftersom NCC angett negativa priser tjänar bolaget på att inte utföra uppdraget. När kontraksarbete inte utförs kan vite tas ut, men vitesbeloppet blir betydligt lägre än vad NCC ska betala om arbetet utförs. För ett konto gäller exempelvis att om inget arbete utförs på ett år blir viteskostnaden knappt en fjärdedel av kostnaden för att utföra arbetet. NCC:s prissättning sätter kontraktmekanismerna ur spel. NCC:s spekulationer om tillkommande arbeten visar på ett högt risktagande och att lämnade priser inte är seriöst menade. I andra kontrakt mellan Trafikverket och NCC där det förekommer negativa priser har det varit fråga om lägre belopp.

Skälen för avgörandet

Vad målet gäller

Målet gäller frågan om en av Trafikverket genomförd upphandling ska rättas på grund av att verket saknat fog för att förkasta ett anbud från NCC. För att besvara den frågan ska prövas dels om Trafikverket åsidosatt de förfaranderegler som gäller för att upphandlande myndigheter ska kunna förkasta ett onormalt lågt anbud, dels om det sedan NCC lämnat förklaringar till sin prissättning funnits skäl att förkasta anbudet.

Rättslig reglering m.m.

I målen är --- (se under motsvarande rubrik i referatets del I) --- den aktuella marknaden.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Det kontradiktoriska förfarandet

Regleringen innefattar en möjlighet för myndigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud. Om myndigheten anser att ett anbud förefaller onormalt lågt och också överväger att förkasta detta på den grunden inträder en skyldighet för myndigheten att undersöka det låga anbudet. Detta ska ske genom det anvisade skriftliga förfarandet.

Det framgår redan av de exempel på vad en begäran om en förklaring kan gälla att bestämmelserna avser att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av det – i enlighet med kontraktet.

Det kontradiktoriska förfarandet syftar till att skydda anbudssökande och anbudsgivare från godtycke från den upphandlande myndighetens sida (76/81 Transporoute, punkt 17) och att säkerställa en sund konkurrens mellan företagen (C-599/10 SAG ELV Slovensko, punkt 29). Genom myndighetens undersökning ska anbudsgivaren få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att det lämnade anbudet är allvarligt menat (punkt 28). Myndigheten ska tydligt formulera den begäran som riktas till de berörda anbudsgivarna så att dessa har möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara sina anbud (punkt 31).

I det första steget har alltså den upphandlande myndigheten att bedöma om ett anbud innehåller priser som medför att anbudet kan misstänkas vara onormalt lågt. I NCC:s anbud förekommer negativa priser, dvs. bolaget erbjuder sig att betala Trafikverket för att få utföra vissa arbeten. Det saknas skäl att invända mot verkets åtgärd att granska anbudet närmare.

NCC har på eget initiativ vid anbudsinlämnandet gett in en förklaring till sin prissättning. Trafikverket har efter öppnandet av anbuderna kallat NCC till ett möte för genomgång av anbuderna och därvid bett bolaget att ta med ifyllda betalningsplaner. Utifrån parternas argumentation och ingivna handlingar i underinstanserna framgår att priser och betalningsplaner har diskuterats vid detta möte.

Utredningen i målet tyder på att Trafikverkets närmare granskning av NCC:s anbud inte strikt följt det förfarande som anvisas i 12 kap. 3 § LOU. Innan Trafikverket den 10 mars 2014 beslutade att förkasta anbudet har verket dock skriftligen, med hänvisning till 12 kap. 3 § tredje stycket, underrättat NCC om på vilka grunder verket ifrågasatte att anbudet var seriöst menat och gett bolaget tillfälle att yttra sig inom viss tid.

Högsta förvaltningsdomstolen finner därför i denna del att NCC inte kan anses ha lidit skada till följd av bristerna i Trafikverkets förfarande.

Har det funnits skäl att förkasta anbudet?

När myndigheten fått in förklaringar till anbudet ska den bedöma om förklaringarna är godtagbara och anbudet trots det låga priset är seriöst menat. Denna bedömning får göras i varje enskilt fall med hänsyn till upphandlingsföremålet (prop. 2006/07:128 s. 407).

Av EU-domstolens praxis framgår, som tidigare nämnts, att det är anbudsgivaren som ska ge in bevisning som förklarar det låga priset (se SAG ELV Slovensko, punkterna 28 och 29). Anbudsgivaren är också den som har bäst tillgång till sådana

uppgifter som kan tydliggöra att det egna anbudet är allvarligt menat.

I syfte att säkerställa effektiv konkurrens ska alla relevanta faktorer som anbudsgivaren gjort gällande och som hänför sig till kontraktsföremålet beaktas vid myndighetens granskning av huruvida ett anbud är onormalt lågt (se Lombardini och Mantovani, punkt 82 och SAG ELV Slovensko, punkterna 29 och 30).

De förklaringar NCC har gett in till Trafikverket och ytterligare utvecklat under rättegången har framförallt avsett att NCC:s prissättning grundas på tidigare omfattande erfarenhet av Trafikverket som beställare, att NCC utgår från att andra mängder kommer att efterfrågas än vad Trafikverket räknat med, att Trafikverket har anlitat NCC under flera år, att bolaget har en synnerligen god ekonomisk ställning vilket framgår av dess omsättning och rörelseresultat samt att bolaget kan dra nytta av stordriftsfördelar.

Förklaringarna är detaljerade och noggrant redovisade. Det saknas anledning att ifrågasätta uppgifterna. Högsta förvaltningsdomstolen fäster vidare avseende vid att fråga är om en omfattande upphandling som avser leveranser under maximalt sex års tid och omfattar sammanlagt 225 konton.

Det har inte visats att NCC:s förklaringar och överväganden skulle sakna affärsmässighet eller ge befogad anledning anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat.

Sammanfattande bedömning

Det saknas anledning att förordna om rättelse på grund av de brister i förfarandet som förekommit hos Trafikverket. Förutsättningar att förkasta NCC:s anbud såsom onormalt lågt har däremot inte förelegat. Underinstansernas avgöranden ska därför upphävas och upphandlingen rättas på så sätt att NCC:s anbud inte ska förkastas på den grunden att det är onormalt lågt.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från NCC Roads AB inte ska förkastas på den grunden att det är onormalt lågt.

I avgörandet har deltagit justitieråden *Melin, Nord, Bull, Askersjö* och *Baran*. Föredragande var justitiesekreterarna Sofia Lönnberg och Emilia Franke.

Förvaltningsrätten i Falun (2014-08-08, Karlsson Helghe):

--- Förvaltningsrätten konstaterar att det rimligen är anbudsgivaren, som har insikt i den egna organisationens ekonomi m.m., som har bäst förutsättningar att visa varför ett anbud som den upphandlande myndigheten bedömer är onormalt lågt ändå ska godtas. Enligt förvaltningsrätten kan bevisbördan därför inte uteslutande placeras på Trafikverket, utan bolaget har därför att visa att verket inte haft fog för att förkasta bolagets anbud.

I aktuellt fall är en förutsättning för att Trafikverket har rätt att förkasta bolagets anbud att verket först låtit bolaget visa att anbudet trots det låga priset är allvarligt menat (EU-domstolens dom av den 27 november 2001 i de båda förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani p. 51). Av ordalydelsen i 12 kap. 3 § LOU följer därmed en skyldighet för Trafikverket dels att begära en förklaring från bolaget till det låga anbudspriset, dels ge bolaget tillfälle att yttra sig över skälen till ett förkastande.

Av utredningen i målet finner förvaltningsrätten att det är klarlagt att Trafikverket i vart fall muntligen vid anbudsgenomgången påtalat för bolaget att man utifrån 12 kap. 3 § LOU ifrågasatte rimligheten i bolagets prissättning. Vidare framgår av utredningen att Trafikverket skriftligen har bett bolaget, i enlighet med 12 kap. 3 § stycke 3 LOU, att yttra sig över Trafikverkets avsikt att förkasta bolagets anbud. Trafikverket har således tillämpat ett förfarande där bolaget har fått tillfälle att lämna en förklaring och därefter har fått tillfälle att yttra sig. Frågan är därför om Trafikverket härigenom underlåtit att iaktta formkravet i 12 kap. 3 § LOU och om detta medfört att bolaget lidit skada.

Syftet med aktuell bestämmelse är att skydda en upphandlande myndighet från att behöva acceptera anbud som inte är seriösa. Endast förfarandet inför ett förkastande har till syfte att skydda anbudsgivare från godtyckliga beslut om förkastande från den upphandlande myndighetens sida. Därför krävs att det före ett förkastande av ett anbud på grund av onormalt lågt pris anledningen till det låga anbudet ska undersökas samt anbudsgivaren ska få tillfälle att försvara sig mot myndighetens preliminära bedömning att det är ett orimligt lågt pris.

Att Trafikverket har tillämpat i målet aktuellt förfarande innebär enligt förvaltningsrättens bedömning inte ett avsteg från bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU. Som förvaltningsrätten konstaterat ovan har Trafikverket tillämpat ett förfarande i vilket bolaget fått tillfälle att lämna en förklaring och har därefter fått tillfälle att yttra sig. Förkastandet av bolagets anbud framstår därför inte som godtyckligt. Enligt förvaltningsrättens bedömning finns inte förutsättningar för att bifalla bolagets talan på den grunden.

Därmed återstår att ta ställning till om bolagets anbud med prissättning med negativa summor innebär att det finns anledning att ifrågasätta anbudet som oseriöst. Trafikverket har i denna del anfört att verket begärde förklaring till bolagets negativa prissättning i mängdförteckningarna och hur detta påverkade betalningsplanerna som fanns med i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner, mot

bakgrund av vad Trafikverket har uppgett, att det funnits goda skäl för verket att begära en förklaring av bolaget.

Härefter ska bedömas om bolaget genom sin förklaring har visat att det låga anbudet likväl inte borde ha förkastats (EU-domstolens dom i mål C- 599/10 p. 28 och 29). En upphandlande myndighet har här en stor frihet att avgöra om anbudsgivarens förklaringar ska anses tillräckliga för att anbudet ska utvärderas eller förkastas. Detta medför att kravet på anbudsgivare får vara högt ställt (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 18 oktober 2013 i mål nr 2598–2601-13). Det är vidare anbudsgivaren som ska lämna nödvändig förklaring för att visa att anbudet är allvarligt menat.

Uppdragen inom den aktuella upphandlingen avser en totalentreprenad för utförande av basunderhåll på allmänna vägar inom området Borlänge i Dalarnas län. I upphandlingen efterfrågas prissatta mängdförteckningar där anbudsgivarna ska lämna à-priser avseende efterfrågade konton eller poster. I mängdförteckningarna finns konton som avser såväl oreglerbara mängder som reglerbara mängder. De oreglerbara mängderna innebär ett fast pris för en viss bestämd mängd arbete. Reglerbara mängder kan komma att förändras och avropas den mängd som anses erforderligt till det à-pris som har offererats. Uppdraget består av planerade och oplanerade underhållsarbeten. Bolaget har uppgett att kontrakt för aktuellt område är en förutsättning för att bolaget effektivt ska kunna sysselsätta sina resurser samt att bolaget vill etablera sig på marknaden inom Dalarnas län. Bolaget har vidare uppgett att man kanske är den aktör som har störst erfarenhet av att utföra aktuella kontrakt och därmed har en insikt i vilka delar av mängdförteckningar där det är möjligt att offerera mycket låga priser med bibehållet rimligt utfall för entreprenören sett till kontraktet som helhet. Bolaget har tillämpat denna prissättningsstrategi dvs. offererat negativa priser avseende ett fåtal konton i tidigare upphandlingar.

Mot bakgrund av den typ av upphandling som är i fråga och med hänsyn till att bolagets redogörelser för sin prissättning, såvitt framgått av utredningen i målet, förefaller ha varit allmänt hållna saknas skäl för ingripande även på denna grund. Härvid ska beaktas att det är fråga om en negativ prissättning och att den upphandlande myndigheten har stor frihet att bedöma anbudsgivarens förklaringar. Trafikverket har således inte brutit mot någon grundläggande princip i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Mot bakgrund av det ovanstående saknas det skäl att pröva vad bolaget anfört i övrigt. Bolagets talan ska därför avslås. – Förvaltningsrätten avslår NCC Roads AB:s ansökan om överprövning.

Kammarrätten i Sundsvall (2014-11-26 Moberge, Lind och Törnered):

Även med beaktande av vad som framförts i kammarrätten finns inte skäl att frångå förvaltningsrättens bedömning. Överklagandet ska därför avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.