

HFD 2018 ref. 50

Det är inte förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå (s.k. golvpris) inte kommer att antas.

1 kap. 9 § och 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 25 juni 2018 följande dom (mål nr 5924-17).

Bakgrund

Campus Roslagen AB och Roslagsbostäder AB genomför med tillämpning av ett öppet förfarande en upphandling av måleriarbeten. Under rubriken "Prövning av anbud" i entreprenadföreskrifterna finns följande obligatoriska krav:

"Anbud med timarvode lägre än 350 kr/tim för målare kommer inte att antas, eftersom det anses som oskäligt lågt". Under samma rubrik finns utvärderingsmodellen beskriven och av den framgår att det anbud kommer att antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Priset är ett av flera utvärderingskriterier och utvärderingen av priset inkluderar en utvärdering av bland annat lämnade timpriser.

Campus Roslagen och Roslagsbostäder tilldelade flera anbudsgivare avtal. TheAndersson Bygg och Måleri AB:s anbud utslöts, såvitt här är av intresse, på grund av att bolaget hade angett ett oskäligt lågt timarvode för målare.

TheAndersson Bygg och Måleri begärde överprövning och gjorde gällande att utformningen av kravet på ett lägsta timarvode strider mot de principer som bär upp upphandlingslagstiftningen. Bolaget gjorde också gällande att ett sådant krav strider mot en bestämmelse om att onormalt låga anbud får förkastas först efter det att anbudsgivaren fått lämna en förklaring.

Förvaltningsrätten avslog ansökan med huvudsaklig hänvisning till att det var fråga om ett tillåtet s.k. golvpris. Kammarrätten instämde i den bedömningen.

Yrkanden m.m.

TheAndersson Bygg och Måleri yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan bolagets anbud har utvärderats, alternativt att upphandlingen ska göras om samt anför bl.a. följande. Underinstanserna har tagit för lätt på att de upphandlande myndigheterna har angett att ett oskäligt lågt pris medför att anbud automatiskt ska förkastas. Ett

golvpris är oförenligt med den bestämmelse som reglerar hur anbud som uppfattas vara onormalt låga ska hanteras. Kravet på ett lägsta timarvode blir inte tillåtet bara för att det framgår av förfrågningsunderlaget och därmed är förutsägbart och transparent.

Campus Roslagen och *Roslagsbostäder* bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Efter affärsmässiga överväganden har de tagit ställning till vad som utgör det lägsta skäligena pris som de är beredda att betala. Det har skett med hänsyn till intresset av att säkerställa tillfredsställande kvalitet och undvika svart arbetskraft och liknande oegentligheter. Vad som utgör ett oskäligt lågt pris har sedan tydligt kommunicerats till samtliga potentiella anbudsgivare men har inte uppmärksammats av *TheAndersson Bygg och Måleri*. Eftersom inget upphandlingsrättsligt relevant skyddsintresse träffs för när saknas det förutsättningar för ett ingripande. *TheAndersson Bygg och Måleri* har inte heller lidit eller riskerat att lida någon skada.

Högsta förvaltningsdomstolen har den 13 oktober 2017 beslutat att *Campus Roslagen* och *Roslagsbostäder* inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

Skälen för avgörandet

Frågan i målet

Frågan i målet är om det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som krav i en upphandling ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå inte kommer att antas, dvs. att ställa ett obligatoriskt krav på att ett s.k. golvpris inte får underskridas.

Rättslig reglering m.m.

I målet är den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig.

I 1 kap. 9 § LOU anges allmänna principer för offentlig upphandling, bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Enligt 12 kap. 3 § första stycket LOU 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.

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.

Nu gällande lag (2016:1145) om offentlig upphandling, som genomför direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om

upphävande av direktiv 2004/18/EG, innehåller i allt väsentligt motsvarande bestämmelser.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Kravet på att anbud inte får ange timarvode för målare som är lägre än 350 kr för att kunna antas är ett obligatoriskt krav som innebär att ett golvpris tillämpas. Det får således till följd att anbud som innehåller lägre timarvoden än 350 kr automatiskt utesluts från utvärdering.

En upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att närmare bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en viss upphandling. Kraven utgörs normalt av renodlade formkrav för upphandlingens genomförande, krav relaterade till leverantörens kvalifikationer och lämplighet för att fullfölja avtalet och krav kopplade till det som upphandlas, dvs. till kontraktsföremålet.

Kraven måste dock utformas så att de är förenliga med de allmänna principer för offentlig upphandling som anges i 1 kap. 9 § LOU. De ska därför bl.a. ställas så att leverantörer behandlas lika.

En leverantör som exempelvis kan dra nytta av betydande stordriftsfördelar eller som önskar 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. Det är därför i princip inte förenligt med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att ange ett golvpris (jfr EU-domstolens avgöranden i målen Lombardini och Mantovani, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640, Fratelli Costanzo, C-103/88, EU:C:1989:256 samt SECAP och Santorso, C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277).

Även bestämmelsen om utvärdering av onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § LOU är ett uttryck för likabehandlingsprincipen. Av den bestämmelsen framgår att den upphandlande myndigheten har möjlighet att förkasta ett anbud först efter det att myndigheten skriftligen har begärt att leverantören förklarar det låga priset och inte fått ett tillfredsställande svar. Detta kontradiktoriska förfarande syftar till att skydda en leverantör från den upphandlande myndighetens godtycke och att säkerställa en sund konkurrens mellan leverantörer. Den upphandlande myndighetens bedömning av om förklaringarna är godtagbara och anbudet, trots det låga priset, är seriöst menat ska därför göras i varje enskilt fall med hänsyn till kontraktsföremålet (jfr HFD 2016 ref. 3 I och II),

och inte genom automatisk uteslutning. En motsvarande ordning gäller när den upphandlande myndigheten prövar om en leverantör har ekonomisk kapacitet att utföra avtalet. Den upphandlande myndigheten ska även vid den prövningen göra en bedömning i det enskilda fallet mot bakgrund av leverantörens förklaringar. Leverantören får inte automatiskt uteslutas av det skälet att denne inte uppfyller just de krav som angetts i upphandlingen som bevis på leverantörens ekonomiska kapacitet att fullgöra avtalet, se RÅ 2005 ref. 47.

Det är således i princip inte förenligt med upphandlingslagstiftningen att ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå anses oskäligt lågt och därför inte kommer att antas. Ett anbud som den upphandlande myndigheten uppfattar grundas på ett onormalt lågt pris ska i stället utvärderas efter ett sådant kontradiktoriskt förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § LOU. EU-domstolen har visserligen i målet SECAP och Santorso, som gällde en upphandling under tröskelvärdena, öppnat för att undantag från denna princip kan göras om antalet anbud är så högt att den upphandlande myndigheten måste genomföra ett kontradiktoriskt förfarande i ett så stort antal fall att det övergår myndighetens kapacitet eller äventyrar projektets genomförande (p. 32). Oavsett hur långt betydelsen av detta ställningstagande sträcker sig, är det här inte fråga om en sådan undantagssituation.

Det av Campus Roslagen och Roslagsbostäder ställda kravet står således i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU och med bestämmelsen om förfarandet för att utvärdera vad som uppfattas vara onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § LOU. Det saknar betydelse att kravet tydligt framgått av förfrågningsunderlaget.

TheAndersson Bygg och Måleri har lidit eller riskerat att lida skada av felet eftersom bolagets anbud automatiskt har uteslutits. Mot denna bakgrund och eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen bifaller överklagandet, upphäver underinstansernas avgöranden och förordnar att upphandlingen ska göras om.

I avgörandet deltog justitieråden *Melin, Knutsson, Gäverth, Svahn Starrsjö* och *Rosén Andersson*. Föredragande var justitiekonferenssekreterarna Lena Forsmark och Simon Isaksson.

Förvaltningsrätten i Uppsala (2017-01-20, Törnqvist):

Bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU utgör en skyddsregel för anbudsgivarna och tar sikte på att ett anbud inte får förkastas på grund av att det är onormalt lågt utan att anbudsgivaren har fått chansen att först lämna en förklaring. Enligt förvaltningsrättens mening syftar bestämmelsen dock inte till att reglera begränsningar av vilka ska-krav en myndighet kan välja att uppställa i en upphandling. Det finns därvid inget hinder mot att sätta ett lägsta prisspann eller s.k. golvpris. Enligt förvaltningsrättens mening ger ordalydelsen av det aktuella avsnittet i förfrågningsunderlaget inte utrymme för annan tolkning än att det är fråga om ett golvpris även om denna term inte har använts. I aktuell upphandling utgjorde prisspannet ett ska-krav som alla anbudsgivarna, genom vad som anges i förfrågningsunderlaget, var medvetna om innan anbuds-lämning. Upphandlande myndigheter har, trots att detta i sig inte är nödvändigt, motiverat kravet på en lägstanivå och därvid angett att man velat undvika oskäligt låga anbud. Även om formuleringen skulle kunnat göras på ett annat sätt medför det enligt förvaltningsrätten inte att bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU skulle aktualiseras. Inte heller har kravet varit så pass otydligt att det står i strid med principen om transparens. Vare sig det faktum att upphandlande myndigheter uppställt ett krav på lägsta pris i förfrågningsunderlaget eller att bolagets anbud förkastats för att anbudet inte uppfyllt kravet kan således anses innebära att upphandlingen skett i strid med LOU eller gemenskapsrätten. Det är ostridigt att bolaget har lämnat lägre priser än de aktuella prisnivåerna. Upphandlande myndigheter har därför haft fog för att förkasta anbudet. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås. – Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Kammarrätten i Stockholm (2017-10-03, Lönnestav, Cedermark och Johansson):

Vad bolaget har anfört och vad som i övrigt har förekommit i målet föranleder ingen annan bedömning än den som förvaltningsrätten har gjort. Överklagandet ska därför avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.