
Jesper Linder

Golvprisers tillåtlighet vid offentlig
upphandling

2019 nr2

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Golvprisers tillåtlighet vid offentlig upphandling

*Jesper Linder**

1 Ämnet

Syftet med upphandlingsdirektiven är att undanröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna och enheterna i en annan medlemsstat.¹ Offentlig upphandling således om att handlar om att nyttja skattemedel på ett effektivt sätt genom att utnyttja marknadens konkurrens och samtidigt minska risken för korrupktion och diskriminering.² Syftet uppnås genom att reglera hur det offentliga ska gå till väga för att köpa in varor, tjänster och byggentreprenader från utomstående.³ I Sverige genomförs offentliga upphandlingar för över 700 miljarder kronor per år, vilket motsvarar cirka 88 procent av Sveriges totala offentliga inköp och närmare 17,5 procent av Sveriges hela bruttonationalprodukt.⁴ Sett till hela OECD uppgår den offentliga upphandlingen till omkring 12 procent av den sammanslagna bruttonationalprodukten.⁵

Den 25 juni 2018 meddelade HFD dom i HFD 2018 ref. 50 avseende en överprövning av en offentlig upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Upphandlingen avsåg inköp av måleritjänster där den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget hade valt att tillämpa ett förutbestämt lägstapris som förhindrade leverantörerna från att i sina anbud lämna ett hur lågt pris som helst.⁶

* Jurist. Artikeln bygger på författarens examensarbete vid Juridiska institutionen, Stockholms universitet, våren 2019.

¹ Se EU-domstolens dom av den 3 oktober 2000, University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, punkterna 16 och 17. Se även Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling - primärrättsens reglering av offentliga kontrakt, (ak. avh.), Jure, 2012, s. 14.

² Norman, Pernilla, de Jonge, Malin, Offentlig upphandling – En handbok, Norstedts Juridik, Visby 2014, s. 1.

³ Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 3 u., Sweet & Maxwell, London, 2014, s. 1.

⁴ Se bl.a. Norman, Pernilla, de Jonge, Malin, Offentlig upphandling – En handbok, Norstedts Juridik, Visby 2014, s. 1 och Konkurrensverket, Statistik om offentlig upphandling 2018 – Konkurrensverket rapport 2018:9, s. 35.

⁵ Yeow, Jillian och Edler, Jakob, Innovation procurement as projects, Journal of public procurement, 2012, 12(4), s. 488.

⁶ Hädanefter ”golvpris”.

HFD fann i avgörandet att ett förfrågningsunderlag som medför att leverantörer som lämnat lägre priser än det satta golvpriset förkastas strider mot de grundläggande rättsprinciperna och då främst likabehandlingsprincipen såsom den kommer till uttryck i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.⁷ Till följd av HFD:s avgörande kan fråga ställas huruvida ställningstagandet medför att alla typer av golvpriser i offentliga upphandlingar nu ska anses oförenliga med de grundläggande rättsprinciperna.⁸

De grundläggande rättsprinciperna härrör ur EU:s gemensamma regelverk vilket utgör grunden för den svenska regleringen av offentlig upphandling och ett led i genomförandet av EU:s inre marknad.⁹ Genomförandet av EU:s inre marknad innebär bland annat att medlemsstaternas offentliga upphandlingar ska vara öppna för konkurrens från andra medlemsstater.¹⁰

2 Prissättning och om onormalt låga anbud

2.1 Prissättningens funktion

Prissättningen av anbud i en offentlig upphandling har bland annat till syfte att skilja anbudena från varandra och att säkerställa god hushållning av de offentliga medlen.¹¹ Med hänsyn till de tilldelningsgrunder som en upphandlande myndighet har att tillämpa vid tilldelning av offentliga kontrakt utgör leverantörernas prissättning av sina anbud den i särklass viktigaste konkurrensfaktorn inom offentlig upphandling.¹² Genom att tillåta flera tänkbara leverantörer att tävla om offentliga kontrakt kan en upphandlande myndighet sänka priset för de varor och tjänster som den är i behov av och därmed minska de offentliga utgifterna. Prissättningens funktion är därför att agera som konkurrensfaktor för att säkerställa ett effektivt utnyttjande av skattemedel vid offentliga upphandlingar, varför

⁷ Hädanefter "ÅLOU", vilket i aktuella delar motsvarar den nu gällande regleringen.

⁸ Jfr bl.a. Schön, Cassandra, Varning för långtgående slutsatser av golvprismålet, Upphandling24, den 9 januari 2019 och Linder, Fredrik och Sterner, Martina, HDF: Golvpris strider mot LOU, Upphandling24, den 13 augusti 2018.

⁹ Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt, (ak. avh.), Jure, 2012, s. 34 ff.

¹⁰ Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 6 u., Norstedts juridik, Stockholm 2018, s. 445.

¹¹ Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, 3 u., Sweet & Maxwell, London 2014, s. 735–739.

¹² Det följer även av andra skälet i ingressen till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet).

det är särskilt intressant att granska begränsningar i leverantörernas möjlighet att konkurrera med låga priser.¹³

Vid offentliga upphandlingar har priset en stor inverkan på vilken leverantör som tilldelas ett visst kontrakt, oavsett vilken tilldelningsgrund som den upphandlande myndigheten valt att tillämpa.¹⁴ Tilldelningsgrunderna medför således att den yttersta konkurrensfaktorn mellan leverantörerna är vilket pris de offererar för den vara eller de tjänster som den upphandlande myndigheten ämnar köpa. Inskränkningar i leverantörernas möjlighet att konkurrera om pris riskerar därför att strida mot själva syftet med den offentliga upphandlingen.¹⁵

Att leverantörerna tillåts konkurrera om pris utgör även en av de grundläggande och viktigaste delarna av den så kallade likabehandlingsprincipen, av vilken det följer att en anbudsgivare exempelvis måste kunna få dra nytta av betydande stordriftsfördelar, sin möjlighet att pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en ny marknad eller för att kunna tilldelas ett offentligt kontrakt genom att konkurrera med ett lågt pris, särskilt eftersom prissättningen ofta är den enda skiljande faktorn mellan anbudsgivarna.¹⁶

Utöver prissättningen återfinns i 16 kap. 2 § LOU möjligheter för leverantörer att konkurrera på andra sätt, exempelvis avseende kvaliteten på de varor och tjänster som leverantören offererar till den upphandlande myndigheten. Härvid kan exempelvis den upphandlande myndigheten ta hänsyn till bland annat leveranstid, driftkostnad, kvalitet, estetiska egenskaper och service och tekniskt stöd m.m. För att belysa att dessa andra konkurrensmedel är av underordnad vikt jämfört med prissättningen har lagstiftaren dock infört en bestämmelse i 16 kap. 6 § LOU. Här anges att tilldelningskriterierna måste viktas om utvärderingen sker enligt bästa pris i förhållande till kvalitet. Viktningen innebär att det i upphandlingsdokumenten ska framgå hur viktigt den upphandlande myndigheten anser att varje tilldelningskriterium är i förhållande till andra uppställda tilldelningskriterier. Följden blir att prissättningen alltid har betydelse i fråga om vilken leverantör som tilldelas kontraktet.¹⁷

I motsats till prisets funktion som konkurrensmedel återfinns bestämmelser som förhindrar den upphandlande myndigheten från att anta anbud och tilldela kontrakt till en leverantör som lämnat ett onormalt lågt anbud. Undantaget där anbudsgivarna inte tillåts konkurrera med prissättning är de fall som anges i

¹³ Se bl. a. Konkurrensverket, Statistik om offentlig upphandling 2018 – Konkurrensverket rapport 2018:9, s. 28.

¹⁴ Se dock nedan avseende artikel 67.2 andra stycket LOU-direktivet om fastprisupphandlingar.

¹⁵ Se bland annat dom av den 27 november 2001, *Lombardini och Mantovani*, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640.

¹⁶ Se HFD 2018 ref. 50.

¹⁷ Se prop. 2015/16:195, s. 1113 f., prop. 2006/07:128, s. 249 samt Kammarrättens i Göteborg dom av den 18 september 2009 (mål nr 4887-09), där viktning och viktningintervaller diskuterades utförligt.

artikel 67.2 andra stycket i LOU-direktivet. Där anges att det är möjligt att för upphandlande myndigheter att låta kostnadselementet i ett tilldelningskriterium ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad där leverantörerna enbart konkurrerar in fråga om kvalitetskriterier. Bestämmelsen ger förvisso upphandlande myndigheter rätt att upphandla utifrån fasta priser, men bestämmelsen och dess tillämpning faller utanför fråga om golvprisers tillåtlighet och avses därför inte vidare utvecklas i arbetet.¹⁸

2.2 Onormalt låga anbud

Reglerna om onormalt låga anbud innebär att en upphandlande myndighet ska ifrågasätta anbud med misstänkt låga priser och förkasta sådana anbud om leverantören inte kan inkomma med en tillfredsställande förklaring till anbudspriset vid ett så kallat kontradiktoriska förfarande.¹⁹ Reglerna om onormalt låga anbud utgör således en motsättning, eller begränsning, av leverantörernas möjlighet att konkurrera om pris genom att den upphandlande myndigheten är skyldig att misstänkliggöra och begära in förtydliganden av de leverantörer som lämnat anbud som förefaller vara onormalt låga. Syftet med bestämmelserna om kan sägas vara dubbelt i den meningen att bestämmelserna finns till för att skydda såväl den upphandlande myndigheten som leverantörskollektivet på så sätt att den upphandlande myndigheten inte ska behöva anta ett anbud från en leverantör som inte är seriös.²⁰

Reglerna om onormalt låga anbud återfinns i 16 kap. 7–8 §§ LOU. Här är utgångspunkten att en upphandlande myndighet som anser att ett anbud är onormalt lågt, eller ”förefaller” vara onormalt lågt, och därför befarar att leverans inte kan ske i enlighet med kontraktet ska avvakta med utvärderingen av anbudet till dess den har begärt, och erhållit, en förklaring till det låga anbudet.²¹ I bestämmelsen framgår att en begäran om förklaring till ett anbud som förefaller vara onormalt lågt kan gälla huruvida leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden, särskilda egenarter hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av leverantören, hur leverantören avser fullgöra kontraktet med avseende på tillämplig miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter, om leverantören får statligt stöd eller om leverantören anlitar underleverantörer och hur leverantören ämnar uppfylla de skyldigheter som följer av detta. Om leverantören misslyckas med att inkomma med en tillfredsställande förklaring och den upphandlande

¹⁸ För vidare diskussion om upphandlingar med fastpris se exempelvis prop. 2015/16:195 s. 788.

¹⁹ 16 kap. 7–8 §§ LOU.

²⁰ Linder, Fredrik, Onormalt låga anbud, UrT 2016 s. 343.

²¹ Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, Lexino 2018-01-26.

myndigheten därför anser att anbudet inte är seriöst menat ska den senare enligt bestämmelsen i 16 kap. 7 § 2 st. LOU förkasta anbudet.²²

EU-domstolen har i en rad avgöranden diskuterat vad som ska anses utgöra ett onormalt lågt anbud och vilka leverantörer som kan behöva förklara sina anbud. Den konkreta bedömningen i varje enskilt fall har EU-domstolen dock överlämnat medlemsstaterna.²³ Genom överlämnandet och genom avgörandet *Lombardini & Mantovani* har EU-domstolen i princip fastställt att det är förenligt med LOU-direktivet att använda metoder som tar hänsyn till de övriga leverantörernas prissättning för att fastställa vilka anbud som ska anses förefalla vara onormalt låga. Förutsättningarna är att metoderna är objektiva, icke-diskriminerande och kan anses lämpliga med hänsyn till de särskilda omständigheterna i den enskilda upphandlingen.²⁴

I svensk nationell rätt har frågan om vad som ska anses utgöra ett onormalt lågt anbud prövats i HFD 2016 ref. 3. I avgörandet betonade HFD att bedömningen huruvida ett anbud ska anses onormalt lågt är beroende på den utredningen som leverantören kan presteras under det kontradiktoriska förfarandet. Om leverantören på ett fullgott sätt kan förklara sitt anbud och visa att det är seriöst menat ska inte anbudet anses onormalt lågt. HFD uttalade därtill särskilt att bedömningen inte är avhängigt om ett anbud är ett så kallat noll-anbud eller annars uppseendeväckande i sig, men att noll-anbud och annars uppseendeväckande anbud alltid torde utlösa en utredningsskyldighet för den upphandlande myndigheten.²⁵ Det innebär att en upphandlande myndighet nödgas inleda ett kontradiktoriskt förfarande om en leverantör exempelvis lämnat ett noll-anbud. Däremot innebär det inte att ett noll-anbud alltid ska anses vara onormalt lågt och därför alltid ska förkastas.²⁶

Bestämmelserna om tillämpningen av det kontradiktoriska förfarandet i samband med ett anbud som förefaller onormalt lågt syftar till att undvika tilldelning av kontrakt till leverantörer som riskerar att inte fullgöra leverans i enlighet med kontraktet. Samtidigt utgör bestämmelsen ett skydd för de leverantörer som på grund av exempelvis stordriftsfördelar etc. kan lämna låga anbud, eftersom dessa leverantörer ges en möjlighet till att förklara sina anbud innan den upphandlande myndigheten eventuellt fattar beslut om att utesluta dem. Syftet med bestämmelsen är således att säkerställa att den upphandlande myndigheten tillåts förkasta de anbud som riskerar att medföra att kontraktet inte fullgörs, samtidigt som

²² Se Forsberg, Niclas, *Upphandling: enligt LOU, LUF, LUFS och LOV*, Wolters Kluwer, Stockholm 2017, s. 307.

²³ Se bland annat dom av den 27 november 2001, *Lombardini och Mantovani*, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640.

²⁴ Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3 u., Sweet & Maxwell, London 2014, s. 812.

²⁵ Med noll-anbud menas att leverantören offererat att leverera den aktuella varan eller tjänsten utan kostnad för den upphandlande myndigheten.

²⁶ Nord, Eskil, Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, Lexino 2018-01-26.

bestämmelsen säkerställer att den upphandlande myndigheten inte förkastar anbudsgivare som har goda grunder för sina låga priser.²⁷

3 Betydelsen av anbudens prissättning

3.1 Prissättningens begränsningar och onormalt låga anbud

För att uppnå effektiv konkurrens vid en offentlig upphandling är det av vikt att leverantörerna tillåts inkomma med sina bästa möjliga anbud. En leverantör som av någon anledning har möjlighet att pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på en ny marknad ska ha rätt att göra det. Det fastslogs bland annat i EU-domstolens avgörande i målet *SECAP & Santorso*.²⁸ EU-domstolen fann där att en tillämpning av en regel om automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud på upphandlade kontrakt kan leda till indirekt diskriminering genom att näringsidkare från andra medlemsstater i praktiken missgynnas. Dessa leverantörer, som har andra kostnadsstrukturer och som kan dra nytta av betydande skalfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på den aktuella marknaden på ett effektivare sätt, skulle kunna lämna ett konkurrenskraftigt, och samtidigt trovärdigt och seriöst, anbud som den upphandlande myndigheten inte skulle kunna beakta på grund av bestämmelser om automatisk uteslutning i upphandlingsdokumenten. En tillämpning av sådana bestämmelser på kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse medför således att upphandlande myndigheter inte har någon möjlighet att bedöma hur hållbart och trovärdigt ett onormalt låga anbud är. De kan därmed inte uppfylla sin skyldighet att följa fördragets grundläggande regler om fri rörlighet och den grundläggande icke-diskrimineringsprincipen, såsom krävs enligt EU-domstolens praxis. Det strider även mot de upphandlande myndigheternas eget intresse att de fråntas en sådan möjlighet eftersom de inte kan bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra och inte heller utvärdera dem i enlighet med upphandlingsdirektivens bestämmelser.

3.2 Förutbestämda lägstapriser

3.2.1 *Obligatoriska krav som grundas på golvpris*

EU-domstolen har uttalat att obligatoriska krav som grundas på ett golvpris inte är förenliga med likabehandlingsprincipen i LOU-direktivet. Uttalandet gjordes bland annat i EU-domstolens avgörande *Impresa Lombardini* där de italienska

²⁷ Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3 u., Sweet & Maxwell, London, 2014, s. 802–803.

²⁸ Dom av den 15 maj 2008, *SECAP och Santorso*, C-147/06 och C-148/06, EU:C:2008:277.

bolagen Impresa Lombardini SpA och Impresa Ing. Mantovani SpA hade lämnat anbud i två selektiva förfaranden avseende offentliga upphandlingar.²⁹ Upphandlingarna avsåg bygg- och anläggningsarbeten för utförande av arbeten med att bredda en motorvägssträcka till tre körfält, för ett grundvärde motsvarande cirka 650 119 487 kronor och för utförande av arbeten med att anlägga ett avsnitt i en landsväg, för ett grundvärde motsvarande cirka 83 598 039 kronor. Den upphandlande myndigheten (ANAS – Ente nazionale per le strade) förkastade de båda anbuden på grunden att de var onormalt låga. Enligt den ena upphandlingen skulle samtliga anbud vars prissättning understeg 28,004 procent av grundvärdet anses onormalt låga och därför förkastas och i den andra upphandlingen ansågs samtliga anbud vars prissättning understeg 40,865 procent av grundvärdet anses onormalt låga och därför förkastas – utan möjlighet för anbudsgivarna att i efterhand inkomma med förklaringar till sina prissättningar.

Besluten att förkasta företagens anbud överklagades till nationella domstolar i Italien, vilka begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen. EU-domstolen fann att artikel 30.4 i direktiv 93/37/EEG innebar att den upphandlande myndigheten skulle tillämpas ett kontradiktoriskt förfarande för kontroll av anbud som den vara onormalt låga. Sedan den upphandlande myndigheten tagit del av samtliga anbud, innan den fattade beslut om tilldelning av kontraktet, skulle den begära skriftliga förklaringar till de delar av anbudet som misstänktes vara onormalt låga och som faktiskt hade gett upphov till tvivel från den upphandlande myndighetens sida.³⁰ Därefter skulle den upphandlande myndigheten pröva anbudet mot bakgrund av de förklaringar som den aktuella leverantören lämnat som svar på begäran. Syftet med förfarandet var att varje leverantör som misstänktes för att ha lämnat ett onormalt lågt anbud skulle ha möjlighet att på ett ändamålsenligt sätt göra sin ståndpunkt gällande. Den skulle ges möjlighet att lämna alla förklaringar till de olika delarna av sitt anbud vid en tidpunkt då den kände till inte endast den för den aktuella upphandlingen tillämpliga tröskel, utan även de exakta ifrågasatta punkter i anbudet som hade gett upphov till frågor från den upphandlande myndighetens sida. EU-domstolen påpekade att för att få till stånd en effektiv och sund konkurrens vid offentliga upphandlingar är det nödvändigt att leverantörernas rätt att få inkomma med förklaring till sina prissättningar är så omfattande och fullständig som möjligt. Leverantörerna ska till stöd för sina anbud få lämna alla de förklaringar de mot bakgrund av den ifrågasvarande upphandlingens karaktär och särart anser lämpliga, utan någon begränsning. När det gäller den upphandlande myndigheten är den skyldig att

²⁹ Dom av den 27 november 2001, *Lombardini och Mantovani*, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640.

³⁰ Rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg- och anläggningsarbeten, som i aktuella delar motsvarar LOU-direktivet.

beakta samtliga förklaringar som en leverantör lämnat innan den fattar sitt beslut om att godta eller förkasta anbudet i fråga.

Sammanfattningsvis fann EU-domstolen att det förelåg hinder för bestämmelser och myndighetspraxis som innebär att en upphandlande myndighet får förkasta anbud med lägre pris än en förut bestämd tröskel för vad som ska anses onormalt lågt, utan att leverantörerna ges möjlighet att göra gällande sin ståndpunkt i fråga om de delar av det föreslagna priset som har föranlett den upphandlande myndighetens misstankar. Genom avgörandet klargör EU-domstolen att leverantörernas prissättning, oavsett hur låg den är, måste tillåtas för att säkerställa effektiv och sund konkurrens. Inskränkningar i leverantörernas möjlighet att lämna låga anbud därför strider mot likabehandlingsprincipen.

3.2.2 Högsta förvaltningsdomstolens uttalanden om golvpris

Frågan om prissättning i offentlig upphandling har länge varit en aktuell fråga för förvaltningsdomstolarna – särskilt avseende tillämpningen av det kontradiktoriska förfarandet vid förefallande onormalt låga anbud. I HFD 2018 ref. 50 fastställer dock HFD att den tolkning avseende likabehandlingsprincipen som återfinns i EU-domstolens avgörande i *Impresa Lombardini* är tillämplig i fråga om direkta golvpriser. HFD 2018 ref. 50 handlar om en upphandling som genomfördes av Campus Roslagen AB och Roslagsbostäder AB. Upphandlingen avsåg måleriarbeten och genomfördes som ett öppet förfarande. Under rubriken ”Prövning av anbud” i förfrågningsunderlaget hade de upphandlande myndigheterna angett att ”anbud med timarvode lägre än 350 kr/tim för målare kommer inte att antas, eftersom det anses oskäligt lågt”. I upphandlingen lämnade ThelAndersson Bygg och Måleri AB ett anbud som utav de upphandlande myndigheterna ansågs oskäligt lågt, varför deras anbud förkastades. Företagen begärde överprövning av upphandlingen och gjorde gällande att utformningen av kravet på lägsta timarvode stred mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna samt att förfarandet stred mot bestämmelserna om det kontradiktoriska förfarandet.

HFD fann att en upphandlande myndighet har en relativt stor frihet att närmare bestämma vilka obligatoriska krav som ska gälla för en viss upphandling så länge kraven relaterar till leverantörens kvalifikationer och lämplighet att fullfölja avtalet och så länge att kraven är kopplade till det som upphandlas. Kraven måste emellertid utformas i förenlighet med de grundläggande rättsprinciperna. 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. Obligatoriska krav som grundas på ett golvpris förhindrar emellertid leverantören från att konkurrera med priset eftersom ett anbud under det satta golvpriset medför en automatisk utslutning. Ett sådant golvpris innebär också att den upphandlande myndigheten berövas möjligheten att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra, eftersom den

upphandlande myndigheten inte kan bedöma om ett anbud med ett lågt pris är seriöst menat. Det riskerar att leda till att leverantörer behandlas olika, varför golvpriser i princip inte är förenliga med likabehandlingsprincipen.

Även bestämmelserna om utvärdering av onormalt låga anbud i dåvarande 12 kap. 3 § ÄLOU gav uttryck för likabehandlingsprincipen då det kontradiktoriska förfarandet syftar till att skydda en leverantör från den upphandlande myndighetens godtycke samt att säkerställa en sund konkurrens mellan leverantörer. Det kontradiktoriska förfarandet ska tillämpas i varje enskilt fall och kan därför inte förbigås genom automatisk uteslutning av anbud som förefaller onormalt låga. HFD fann att det i princip inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att i förfrågningsunderlaget 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 reglerna om onormalt låga anbud. HFD fann att de upphandlande myndigheternas förutbestämda lägstapris, vilket medförde automatiskt uteslutning för leverantörer som lämnat lägre pris, stred mot likabehandlingsprincipen och mot bestämmelserna om det kontradiktoriska förfarandet, varför upphandlingen skulle göras om.

4 Reflektioner och slutsatser

4.1 Utgångspunkten i regleringen och rättspraxis

Den nuvarande svenska regleringen av offentliga upphandlingar har sin grund i EU-rätten och utgör en genomföring av EU:s upphandlingsdirektiv. Av såväl LOU-direktivet som LOU framgår att det offererade priset alltid ska ha en inverkan på den upphandlande myndighetens utvärdering av de inkomna anbuden. Även om den upphandlande myndigheten valt att tilldela det upphandlade kontraktet efter grunden bästa förhållande mellan kvalitet och pris, är den tvingad att tilldela kontraktet till den leverantör som inkommit med lägst pris om flera leverantörer kan leverera likvärdig kvalitet på de offererade varorna eller tjänsterna. För att säkerställa att oseriösa leverantörer inte tilldelas kontrakt återfinns bestämmelserna om uteslutning av onormalt låga anbud i 16 kap. 7–8 §§ LOU. Enligt bestämmelserna ska en upphandlande myndighet förkasta anbud som anses onormalt låga om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt kan förklara sin prissättning. Det finns således en inneboende motsättning i regelverket vad avser prisets inverkan vid utvärdering anbud och tilldelning av kontrakt – å ena sidan vikten av prissättningen som konkurrensfaktor, å andra sidan vikten av att en upphandlande myndighet kan säkerställa att den tilldelade leverantören fullgör sina skyldigheter i enlighet med kontraktet.

I regleringen av LOU från år 2017 återfinns i 16 kap. 7–8 §§ bestämmelser om onormalt låga anbud. Där är utgångspunkten att en upphandlande myndighet som anser att ett anbud är onormalt lågt och därför befarar att leverans inte kan ske i enlighet med det upphandlade kontraktet, är skyldig att begära in en förklaring till det låga anbudet från leverantören. Förutom bestämmelserna om onormalt låga anbud är det även av vikt för uppfyllandet av syftet med den offentliga upphandlingen att de grundläggande rättsprinciperna efterlevs. Vad avser fråga om prissättning och golvpriser är principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet av särskilt intresse eftersom de direkt påverkar de upphandlande myndigheternas möjlighet att ställa krav vid offentliga upphandlingar.

Av såväl fjärde skälet i ingressen till LOU-direktivet som av EU-domstolens avgöranden kan utläsas att den viktigaste konkurrensfaktorn vid offentliga upphandlingar är priset. Begränsningar av leverantörernas möjligheter att konkurrera med pris kan således strida mot de grundläggande rättsprinciperna eftersom de riskerar att diskriminera de leverantörer som haft vilja och möjlighet att offerera låga priser. EU-domstolen menar att det är av yttersta vikt att upphandlande myndigheter genomför ett kontradiktoriskt förfarande i de fall där en leverantör offererat ett förefallande onormalt lågt anbud. Vad gäller frågan om golvpris har såväl EU-domstolen som HFD uttalat att obligatoriska krav avseende golvpriser riskerar att direkt diskriminera de leverantörer som med hjälp av stordriftsfördelar kunnat offerera låga anbudspriser för att slå sig in på nya marknader.

I och med domen i HFD 2018 ref. 50 har frågan om golvpriser aktualiserats inom svensk upphandlingsrätt. Avgörandet utgör till stor del en bekräftelse av det som EU-domstolen uttalade i målet *Impresa Lombardini* om att den främsta konkurrensfaktorn inom offentlig upphandling är leverantörernas prissättning av sina anbud. Därtill bekräftas att ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris förhindrar leverantörer från att konkurrera med ett lågt pris eftersom anbud under golvpriset automatiskt utesluts. HFD menar att ett golvpris kan leda till att leverantörer behandlas olika och att en upphandlande myndighet genom ett sådant krav saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra, varför obligatoriska golvpriser strider mot lika-behandlingsprincipen.

4.2 Förhållandet till upphandlingsregleringens syfte

Den offentliga upphandlingen utgår från idén om att offentliga medel ska spenderas med affärsmässighet, rättssäkerhet och offentlighet samt att tilldelning av offentliga kontrakt inte ska ske godtyckligt, utan ska tilldelas till den leverantör som kan erbjuda mest värde för de offentliga medlen. Samtidigt är det av stor vikt att offentliga kontrakt tilldelas till leverantörer som med säkerhet kommer att fullgöra kontraktet. Till följd av detta har den upphandlande myndigheten

givits möjlighet att i vissa fall utesluta leverantörer om den anser att ett anbud är onormalt lågt och inte seriöst menat. EU-domstolen har i samband med uttalanden om onormalt låga anbud angett att det viktigaste konkurrensmedlet för leverantörer vid offentliga upphandlingar är prissättningen. Att prissättningen är utav sådan vikt härrör ur tanken om att de offentliga medel som utgår vid offentliga inköp ska spenderas utifrån affärsmässiga grunder och på icke godtyckliga. Tilldelning av kontrakt på annan grund än pris riskerar nämligen att särbehandla leverantörer i strid med likabehandlingsprincipen.

Om en upphandlande myndighet på förhand bestämt vilket som är det lägsta priset som en leverantör kan offerera riskerar det att få till följd att de leverantörer som har möjlighet att lämna ett lägre pris, och därmed erbjuda den upphandlande myndigheten ett mervärde, förhindras från det. Ett sådant system får två omedelbara konsekvenser, dels att de offentliga utgifterna ökar (eller i vart fall att den upphandlande myndigheten inte spenderar så lite som den skulle ha kunnat göra), dels att det minskar möjligheterna för leverantörer att på affärsmässiga grunder och genom pris konkurrens ta sig in på nya marknader. Risken med användandet av golvpriser är således att leverantörer som på grund av deras möjlighet att nyttja särskilt kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden eller leverantörens möjlighet till stordriftsfördelar förhindras från att ta sig in på en ny marknad. Därtill riskerar användandet av golvpriser vid offentliga upphandlingar att diskriminera de leverantörer som härrör från en annan medlemsstat som har andra regler som möjliggör lägre prissättning.

Golvpriser kan dock inte enbart anses vara något negativt för den offentliga upphandlingen. Fördelen med golvpriser är att de minskar det administrativa arbetet för den upphandlande myndigheten som genom golvpriset helt kan undvika att genomföra kostsamma kontradiktoriska förfaranden. Den upphandlande myndigheten kan därtill genom golvpriset skifta viktningen till att främst avse kvaliteten på de varor eller tjänster som ska köpas in, vilket i förlängningen medför att den får möjlighet att köpa in varor och tjänster av bättre kvalitet. Med hänsyn till EU-domstolens uttalanden finns dock inget utrymme för en upphandlande myndighet att ta hänsyn till kostnadsbesparingen som kan ske genom användandet av golvpriser. EU-domstolen vid ett flertal tillfällen påtalat att en upphandlande myndighet enbart har rätt att utesluta leverantörer som offererat onormalt låga anbud efter genomförandet av ett kontradiktoriskt förfarande.

Med hänsyn till att syftet med offentlig upphandling bland annat är att minska onödigt spenderande av offentliga medel, ordna inköp på affärsmässiga grunder samt att säkerställa likabehandling och icke-diskriminering av leverantörer måste förutbestämda lägstapriser i form av obligatoriska krav baserade på golvpriser anses strida mot regleringens syfte. Det får således anses omöjligt att upprätthålla regelverkets syfte om den upphandlande myndigheten tillåts att utesluta leverantörer till följd av godtyckligt satta golvpriser.

4.3 Förhållandet till regelverkets utformning

Prissättning regleras dels indirekt genom de tilldelningsgrunder som upphandlande myndigheter får tillämpa, dels genom reglerna om onormalt låga anbud. Därtill måste upphandlande myndigheter förhålla sig till de grundläggande rättsprinciperna som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU vid utvärdering och tilldelning av offentliga kontrakt. Det medför exempelvis att det är oförenligt med likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen att utesluta leverantörer som lämnat låga anbud utan att den upphandlande myndigheten först tillämpar det kontradiktoriska förfarandet som stadgas i 16 kap. 7–8 §§ LOU. Leverantörerna kan på grund av omfattande stordriftsfördelar eller möjlighet att gå med förlust vid fullgörandet av ett kontrakt haft goda skäl till sin låga prissättning. Därutöver kan det ifrågasättas om ett obligatoriskt krav som grundas på ett golvpris är förenligt med proportionalitetsprincipen, eftersom syftet med ett sådant krav är att säkerställa att den tilldelade leverantören kan fullgöra det upphandlade kontraktet – vilket ju även kan säkerställas genom det kontradiktoriska förfarandet.

Utifrån HFD 2018 ref. 50 och därefter följande underrättspraxis kan det inom svensk upphandlingsrätt ses en förändring av inställningen till golvpriser – från att upphandlande myndigheter ofta använt golvpriser i syfte att skifta fokus från prissättning till kvalitet, till att samtliga typer av golvpriser ses som oförenliga med upphandlingsrätten. Ändringen i synsätt, som hittills endast kan skönjas i avgöranden i underrätterna, medför en stor inskränkning i de upphandlande myndigheternas sätt att upphandla. En upphandlande myndighet har sedan skiftet i underrättspraxisen enbart möjlighet att förutbestämma lägstaprisättning på så sätt som framgår av EU-domstolens uttalanden - genom att exempelvis tillämpa matematiska formler vid beslutet om vilka anbud som ska anses onormalt låga – för att därefter kunna genomföra ett kontradiktoriskt förfarande avseende understigande anbud.

4.4 Förhållandet till de grundläggande rättsprinciperna

En fråga som inte prövats inom ramen för varken EU-domstolens avgöranden eller Högsta förvaltningsdomstolens är om golvpriser *de facto* strider mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen stadgar att en upphandlande myndighet inte får vidta åtgärder i samband med en offentlig upphandling för att åstadkomma ett visst eftersträvat syfte om åtgärden medför en oproportionerlig inskränkning i någons intresse eller rättigheter eller om det eftersträvide syftet hade kunnat uppnås genom mindre ingripande alternativ. Golvpris tillämpas i syfte att säkerställa att leverantörerna har ekonomisk möjlighet att leverera i enlighet med det kontraktet. Samma syfte uppnås emellertid genom en tillämpning av bestämmelserna i 16 kap. 7–8 §§ LOU om ett kontradiktoriskt förfarande, varför

syftet med golvpriser kan uppfyllas på ett mindre ingripande sätt. Det medför att golvpriser per definition ska anses vara oproportionerliga.

I likhet med EU-domstolens uttalanden avseende onormalt låga anbud i förhållande till likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen är även golvpriser oförenliga med de grundläggande rättsprinciperna. Golvpriser riskerar nämligen att särbehandla vissa leverantörer till följd av deras marknadspositioner. Utöver EU-domstolens uttalanden bör golvpriser även normalt sett ses som oproportionerliga i förhållande till deras tilltänkta syfte, eftersom samma resultat kan uppnås genom tillämpningen av det kontradiktoriska förfarandet.

5 Slutsatser avseende golvprisers tillåtlighet

Domen i mål HFD 2018 ref. 50 innebar att obligatoriska krav som grundas på golvpriser ska anses stå i strid mot likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen. Avgörandet stämmer väl överens med tidigare avgöranden från EU-domstolen. Det kan därvid med stor sannolikhet fastställas att golvpriser som medför att leverantörer som lämnat lägre priser automatiskt utesluts är oförenliga med de grundläggande rättsprinciperna, med hänvisning till främst likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen. Vad avser golvpriser som inte automatiskt leder till uteslutning av leverantörer kan det ifrågasättas huruvida de är förenliga med syftet för offentlig upphandling och de grundläggande rättsprinciperna. Av Kammarrätten i Göteborgs avgörande framgår att alla typer av golvpriser som begränsar leverantörernas möjligheter att konkurrera om pris strider mot de grundläggande rättsprinciperna eftersom de riskerar att särbehandla vissa leverantörer.³¹

Utöver de nationella underrättsavgörandena återfinns en rad avgöranden från EU-domstolen som poängterar vikten av att leverantörerna tillåts konkurrera med låga priser och att upphandlande myndigheter måste genomföra ett kontradiktoriskt förfarande innan de ges möjlighet att utesluta leverantörer som lämnat onormalt låga anbud. Det torde ses som ett ställningstagande för att samtliga typer av begränsningar i leverantörernas rätt att konkurrera om låga priser strider mot likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen. Därtill kan uttalandena tolkas som att samtliga krav som medför att upphandlande myndigheter undviker genomförande av det kontradiktoriska förfarandet strider mot proportionalitetsprincipen, eftersom det kontradiktoriska förfarandet i sig är ett mindre ingripande alternativ för att uppnå golvprisernas syfte.

Sammanfattningsvis visar framställningen att obligatoriska krav som begränsar leverantörernas möjligheter att konkurrera med låga priser i offentliga upphandlingar, så kallade golvpriser, strider mot de grundläggande rättsprinciperna – särskilt

³¹ Kammarrättens i Göteborg dom av den 18 september 2009 (mål nr 4887-09).

likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen. Därtill finns en indikation genom nationella underrättsavgöranden om att även icke-obligatoriska krav som grundar sig på golvpriser ska anses strida mot samma grundläggande rättsprinciper. Underrättsavgöranden har härvid utvidgat den tillämpning av likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskrimineringen som framkommit i HDF 2018 ref. 50.

Till följd av denna utveckling, och med hänsyn till EU-domstolens kategoriska uttalanden avseende vikten av att leverantörerna ges möjlighet att konkurrera om pris, kan det med stor säkerhet fastställas att golvpriser, i vart fall om de utgörs av obligatoriska krav, strider mot de grundläggande rättsprinciperna och därmed mot syftet med offentlig upphandling. Innebörden av att golvpriser ska anses otillåtna är att leverantörer ges verklig möjlighet att konkurrera med prissättning och därmed säkerställs syftet om affärsmässighet, rättssäkerhet och offentlighet. Därtill begränsas upphandlande myndigheters möjligheter att fatta godtyckliga tilldelningsbeslut, något som annars förefaller kunna avskräcka leverantörer från att delta i offentliga upphandlingar och som innebär högre pris för de upphandlande myndigheterna.³² Att golvpriser ska ses som oförenliga med upphandlingsrätten innebär således ökad möjlighet till konkurrens och lägre priser på de varor, tjänster och byggtreprenader som ska upphandlas.

³² Jfr VATT institute for economic research och Aalto-universitetets undersökning från 2019 avseende konkurrens vid offentliga upphandlingar, vari godtycklighet och bristande möjlighet till konkurrens inverkar negativt på antalet anbudsgivare, Jääskeläinen, Jan och Tukiainen, Janne, Anatomy of public procurement, VATT institute for Economic Research, Helsingfors 2019, s. 33.