

Blendow Lexnova Expertkommentar - Offentlig upphandling, februari 2019

Golvpriser - fel sätt att stävja strategisk anbudsgivning

Inledning

När en upphandlande myndighet tilldelar kontrakt ska det göras till den leverantör vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Tilldelningskriterierna ska säkerställa en effektiv konkurrens. I de allra flesta upphandlingar får priset på den vara, tjänst eller byggtreprenad som upphandlas betydelse för utvärderingens utfall.

Ibland använder upphandlande myndigheter så kallade golvpriser i syfte att förhindra oseriösa entreprenörer från att "prisa in sig" som leverantörer till offentlig sektor. Golvpriser kan förekomma i form av att anbud som har en prisbild under en viss nivå automatiskt förkastas eller att anbudspriser under en viss nivå inte får fullt genomslag vid utvärderingen. Utöver golvpriser förekommer också andra metoder som mer eller mindre begränsar eller styr anbudsgivarnas frihet i prissättningen. Det kan till exempel handla om fasta priser, takpriser eller olika poängsättningsmodeller som omvandlar priser till poäng utifrån en på förhand given skala. Ytterligare ett exempel är obligatoriska krav som styr prissättningen genom att prissatta positioner i en upphandling inte får avvika från varandra mer än ett visst givet antal procent.

Under det senaste året har det kommit flera uppmärksammade avgöranden som medför att det finns anledning för upphandlande myndigheter att vara försiktiga i sin strävan att styra anbudsgivarnas prissättning eller prissättningens påverkan på utvärderingen när pris är ett tilldelningskriterium. I det följande redogörs för några av dessa avgöranden och därefter följer en kommentar avseende de praktiska konsekvenserna av dem.

Ny praxis om golvpriser från HFD under 2018

I juni 2018 meddelade Högsta förvaltningsdomstolen en dom där golvprisers förenlighet med upphandlingslagstiftningen prövades ([HFD 2018 ref. 50](#)). HFD fann att det i princip inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå (golvpris) inte kommer att antas.^[1]

Avgörandet har fått relativt stor uppmärksamhet, inte minst eftersom golvpriser blivit ett relativt vanligt verktyg i upphandlande myndigheters strävan att undvika oseriösa anbud. En fråga som många har ställt sig efter att ha tagit del av avgörandet är om även andra ingrepp i anbudsgivarnas fria prissättning i anbud är oförenliga med upphandlingslagstiftningen i de fall priset har påverkan på utvärderingen. Kan upphandlande myndigheter till exempel tillämpa en utvärderingsmodell som innebär att anbud under en viss prisnivå visserligen inte förkastas, men där priset inte heller får genomslag fullt ut genom att anbud under golvpriset utvärderas i nivå med golvpriset?

Av HFD:s domskäl framgår, i enlighet med praxis från EU-domstolen^[2], att golvpriser strider mot upphandlingslagstiftningen eftersom anbudsgivare som till exempel kan dra nytta av stordriftsfördelar eller som har pressat sina marginaler för att vinna nya marknadsandelar kan

förhindras konkurrera med priset om upphandlingsdokumenten föreskriver att anbud under ett golvpris automatiskt ska förkastas. Ett sådant förfarande kan enligt HFD leda till att leverantörer behandlas olika. Ett golvpris innebär även enligt HFD att den upphandlande myndigheten saknar möjlighet att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra.

HFD fann även att det inte är förenligt med bestämmelserna om onormalt låga anbud att automatiskt förkasta anbud under en viss angiven nivå. Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten nämligen begära att leverantören förklarar det låga priset. Först om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset, ska anbudet förkastas. Det kontradiktoriska förfarande som bestämmelsen om onormalt låga anbud ger uttryck för syftar till att skydda leverantörerna från den upphandlande myndighetens godtycke och att säkerställa effektiv konkurrens. Ett automatiskt förkastande av ett anbud under ett förutbestämt golvpris förhindrar enligt HFD den upphandlande myndigheten från att bedöma om anbudet, trots det låga priset, är seriöst menat.

Senare kammarrättspraxis

HFD:s avgörande avsåg en situation där upphandlingsdokumenten innehöll ett obligatoriskt krav som innebar att samtliga anbud under en viss på förhand given nivå automatiskt skulle komma att förkastas eftersom de bedömdes vara onormalt låga. HFD uttalade sig inte om användningen av golvpriser på andra sätt, till exempel utvärderingsmekanismer i stil med att *"anbudspriser under 300 kr per timme kommer vid utvärderingen att utvärderas till 300 kr per timme"*. I kölvattnet av HFD:s avgörande har dock ett par kammarrättsdomar kommit som tangerar frågan om golvpriser i olika avseenden. Av störst intresse i detta avseende är en dom från Kammarrätten i Göteborg, 2018-12-14, mål nr [2666-18](#).

Målet avsåg Göteborgs kommuns upphandling av ramavtal för tekniska konsulttjänster. Upphandlingen genomfördes genom ett öppet förfarande enligt LOU. För en del av avtalet skulle rangordning tillämpas utifrån vilka anbud som var de ekonomiskt mest fördelaktiga. Ett golvpris tillämpades genom att ett lägsta utvärderingspris angavs i upphandlingsdokumenten. Inkomna anbud under golvpriset medförde dock i detta fall inte att anbudet automatiskt förkastades.

En anbudsgivares anbud förkastades eftersom kommunen bedömde att anbudsgivaren inte uppfyllde ett obligatoriskt krav avseende miljöledningssystem. Anbudsgivaren begärde överprövning och anförde dels att anbudet felaktigt förkastats, dels att utvärderingsmodellen stred mot LOU genom att den omöjliggjorde för anbudsgivarna att lämna konkurrenskraftiga anbud och inte heller medförde att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antogs. Golvpriset var så högt att samtliga anbudsgivare lämnade samma pris och lottning fick tillämpas för att skilja anbuderna åt.

Förvaltningsrätten konstaterade att anbudsgivaren inte uppfyllde kravet avseende miljöledningssystem och att kommunen därmed haft fog för att förkasta anbudet. Eftersom anbudet rätteligen förkastats hade bolaget enligt förvaltningsrätten inte riskerat att lida skada till följd av eventuella brister i utvärderingsmodellen. Förvaltningsrätten konstaterade även att den *"omständigheten att priskonkurrensen i praktiken satts ur spel till följd av det fastställda lägsta utvärderingspriset saknar därför betydelse i målet"*.

Anbudsgivaren överklagade till kammarrätten. I kammarrätten anförde kommunen bland annat att utvärderingsgrunden var bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Detta, tillsammans med att det uttryckligen är tillåtet att upphandla till fast pris och låta leverantörerna konkurrera endast med kvalitetskriterier, medförde enligt kommunen att det skulle bedömas vara tillåtet att bestämma ett lägsta utvärderingspris.

Kammarrätten fann att, även om ett fast lägsta pris inte innebar att ett anbud med ett lägre pris än golvpriset skulle förkastas, får den aktuella utvärderingsmodellen anses hindra leverantörer från att konkurrera med ett lägre pris. Detta ansåg kammarrätten med hänvisning till HFD 2018 ref. 50 stå i strid mot likabehandlingsprincipen.

Senaste praxis tyder på att i de fall priset utgör ett tilldelningskriterium samtidigt som upphandlande myndigheter använder olika former av golvpriser saknas det möjlighet att bedöma anbuden i verklig konkurrens med varandra. Sådana förfaranden strider därmed mot upphandlingslagstiftningen.^[3]

Kommentar

Användandet av golvpriser motiveras ofta med att den upphandlande myndigheten vill motverka osund anbudsgivning. Sannolikt är golvpriser resultatet av att många upphandlande myndigheter upplever att bestämmelsen i 16 kap. 7 § LOU om onormalt låga anbud inte är ett tillräckligt träffsäkert verktyg för att undvika osund anbudsgivning. Det kontradiktoriska förfarande som krävs för att förkasta ett onormalt lågt anbud anses både vara administrativt betungande och innebära att anbudsgivare som lämnar onormalt låga anbud ändå kommer undan i slutändan till följd av höga beviskrav.

Om ett lågt anbudspris beror på att anbudsgivaren inte följer tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter eller att anbudsgivaren på annat sätt agerar oseriöst och inte har för avsikt att leverera enligt avtalet, torde bestämmelsen om onormalt låga anbud vara träffsäker förutsatt att det kontradiktoriska förfarandet efterlevs på ett bra sätt.

Anbud som däremot förefaller vara onormalt låga, men som bygger på sunda strategiska överväganden utifrån avtalets utformning eller anbudsgivarens överväganden hänförliga till exempelvis vilka varor eller tjänster som kommer bli mest frekvent avropade inom ramen för ett ramavtal behöver naturligtvis inte vara osunda. Inte desto mindre skulle även sådana strategiska anbud slås ut av ett golvpris. Detsamma gäller för anbud som är låga till följd av konkurrensfördelar. Andra verktyg än golvpriser måste därför användas i de upphandlande myndigheternas jakt på sådan strategisk anbudsgivning som inte är oseriös men som upplevs strategisk av upphandlande myndigheter om vi vill bibehålla konkurrens i den offentliga affären.

Om upphandlande myndigheter vill förhindra strategisk prissättning i allmänhet är det sannolikt bättre att arbeta om upphandlingsdokumenten i grunden på ett sätt som minskar anbudsgivarnas incitament att tillämpa strategisk prissättning än att använda sig av olika metoder för att styra anbudsgivarnas prissättning. Det kan till exempel handla om att vid ramavtalsupphandlingar införa (och sedan tillämpa) avtalsrättsliga sanktioner som aktualiseras om leverantören tackar nej till att utföra ett uppdrag, överväga om priset över huvud taget ska få genomslag i utvärderingen, införa viten vid uteblivna leveranser till avtalade villkor eller använda de fakultativa uteslutningsgrunderna om en leverantör har misskött sig vid tidigare fullgörande av kontrakt i förhållande till någon upphandlande myndighet (se t.ex. 13 kap. 3 § punkten 5 LOU).

Flera av de alternativa metoder som finns för att förhindra sådan strategisk anbudsgivning som upphandlande myndigheter vill undvika (utan att anbuden för den sakens skull behöver vara oseriösa) ställer höga krav på avtalsuppföljning. Avtalsuppföljningen har under senare tid fått allt större betydelse. Flertalet upphandlande myndigheter har idag personal som nästan uteslutande arbetar med att kontrollera leverantörernas avtalsenliga fullgörande av kontrakt. Problemet med den osunda strategiska prissättning som inte träffas av 16 kap. 7 § LOU kan därmed tänkas bli en självdoende företeelse, förutsatt att det blir kännbart för leverantörer som inte levererar i enlighet

med avtalade villkor. Det kräver dock att väl avvägda verktyg finns i avtalsvillkoren i upphandlade kontrakt samt att verktygen faktiskt används vid kontraktens fullgörande istället för att bli en pappersprodukt.

Vi har en mycket kompetent skara upphandlare i Sverige och vid en genomgång av befintliga avtal kan man redan idag se en uppsjö av avtalsrättsliga sanktioner. Många leverantörer lämnar dock än idag anbud med en befogad anledning att tro att de föreskrivna sanktionerna i avtalen inte kommer att tillämpas under fullgörandeskedet. Hur leverantörerna kommer att fullgöra de upphandlade avtalen kommer dock aldrig att avgöras ensamt av hur upphandlingsdokumenten är utformade utan det förutsätter rätt kompetens, incitament och rätt verktyg hos den företrädare för den upphandlande myndigheten som ska tillämpa avtalen tillsammans med utvald leverantör.

Av artikel 67 i EU:s upphandlingsdirektiv (2014/24/EU) framgår att upphandlingar som utvärderas till ett fast pris är förenligt med LOU. Detta innebär alltså att priset inte får något genomslag vid utvärderingen som istället tar sin utgångspunkt i kvalitativa parametrar. En annan sak är att det naturligtvis i många fall kan vara olämpligt att inte låta priset få effekt vid valet mellan olika leverantörer.

Det har ifrågasatts hur HFD har kunnat komma fram till att golvpriser är oförenliga med LOU samtidigt som upphandlingsdirektivet föreskriver en möjlighet att upphandla till ett förutbestämt pris. Vår bedömning är att den upphandlande myndighetens val av tilldelningskriterier och viktningen av dessa enligt 16 kap. 1, 2 och 6 §§ LOU är en annan fråga än den om golvpriser. Om den upphandlande myndigheten uttryckligen pekat ut priset som en variabel som ska påverka konkurrensen vid utvärderingen måste anbudsgivarna tillåtas vara fria i denna konkurrens. Den fria prissättningen måste också få genomslag fullt ut i utvärderingen. Samtliga mer eller mindre avancerade utvärderingsmodeller som pekar ut priset som konkurrensmedel i en upphandling samtidigt som modellen begränsar anbudsgivarnas möjlighet att konkurrera med priset bör alltså undvikas.

Med takpriser förhåller det sig dock annorlunda enligt vår bedömning. Om en upphandlande myndighet, till exempel för att inte överskrida budgeterade medel, vill föreskriva ett takpris kan vi inte se något hinder mot detta. Låga priser är ett konkurrensmedel medan höga priser inte är det. Kravet måste dock naturligtvis vara proportionerligt och i överensstämmelse med övriga upphandlingsrättsliga principer.

Vilka konsekvenser får då det senaste årets praxis i förhållande till redan upphandlade avtal? Handlar det om upphandlade avtal utan förnyad konkurrensutsättning torde det enda rätta vara att tillämpa avtalen i enlighet med avtalsvillkoren. Om upphandlande myndigheter däremot har nu gällande ramavtal där upphandlingsdokumenten föreskriver att golvpriser ska tillämpas på framtida förnyade konkurrensutsättningar, får en bedömning göras från fall till fall utifrån upphandlingsdokumentens utformning. Det kan innebära att en upphandlare kan ställas inför ett ultimatum att antingen göra avsteg från LOU (såsom lagen tolkas av våra dömande instanser) eller göra avsteg från de egna upphandlingsdokumenten. Hur den här situationen ska lösas har oss veterligen ännu inte besvarats i praxis. Vår bedömning är att om man väljer att frångå upphandlingsdokumenten bör man i vart fall i samband med att den förnyade konkurrensutsättningen anslås och i transparensens namn tydligt klargöra hur det i anbudsdokumenten föreskrivna "golvpris" kommer att hanteras vid utvärderingen och motivera varför avsteg från upphandlingsdokumenten görs.

[1] Läs mer om domen i [Blendow Lexnovas Expertkommentar - Offentlig upphandling, oktober 2018](#).

[2] Se EU-domstolens dom i målen [C-147/06 och C-148/06](#) (SECAP och Santorso).

[3] Se också Kammarrättens i Stockholm dom 2018-12-14 i mål nr 5255-18.



Viktoria Edelman

Advokat och delägare vid AG Advokat



Viktor Hård af Segerstad

Biträdande jurist vid AG Advokat