

Onormalt låga anbud i offentliga upphandlingar

Begreppets innebörd, bevisbördans placering och effekter av
det nya upphandlingsdirektivet

Abnormally low tenders in public procurements

The significance of the concept, the placement of the burden of proof and the
implications of the new directive on public procurement



Ida-Maria Andersson

Masteruppsats/Affärsjuridiska programmet
Institutionen för ekonomisk och industriell utveckling
Höstterminen 2013/Vårterminen 2014
Handledare: Pernilla Norman

Sammanfattning

Inom offentlig upphandling strävar myndigheter efter att anskaffa varor, byggtreprenader eller tjänster till ett så lågt pris som möjligt utan att kvaliteten eftersätts. Antagande av anbud som är så låga att inte anbudsgivaren klarar av att leverera till det offererade priset eller till den utlovade kvaliteten riskerar dock att i förlängningen medföra ökade kostnader för den upphandlande myndigheten, vilket inte innebär en effektiv användning av offentliga medel.

Huvudregeln är att samtliga anbud som lämnas i en offentlig upphandling ska utvärderas av den upphandlande myndigheten. I 12 kap. 3 § Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling finns dock ett undantag från huvudregeln, vilket ger upphandlande myndigheter en möjlighet att förkasta onormalt låga anbud. Det saknas emellertid en definition av vad som utgör ett onormalt lågt anbud. Det råder även viss tveksamhet vad gäller placeringen av bevisbördan för att ett onormalt lågt anbud som kan förkastas föreligger. Osäkerheten avseende innebörden av begreppet onormalt lågt anbud samt bevisbördans placering kan medföra att upphandlande myndigheter sällan utnyttjar möjligheten att förkasta onormalt låga anbud.

Den slutsats som kan dras vad gäller vad som ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud är att det inte är lämpligt att ta fram en generell definition av begreppet. Istället bör en sammantagen bedömning göras för att fastställa huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger, eftersom det torde underlätta för upphandlande myndigheter dels att identifiera misstänkt låga anbud, dels att bedöma huruvida de också är onormalt låga. I bedömningen bör hänsyn tas till anbudsgivarens leveransförmåga, marknadspris, nivån på övriga anbud i upphandlingen och anbudets seriositet.

Vad gäller bevisbördans placering tyder praxis på att EU-domstolen ha ansett att bevisbördan bör vara delad mellan parterna medan svenska domstolar har placerat hela bevisbördan hos den upphandlande myndigheten. På grund härav har kan det hävdas att svenska domstolar beslutat i strid med vad EU-domstolen har uttalat, vilket strider mot såväl principen om EU-rättens företräde som lojalitetsplikten. Svenska domstolar har således förbisett både sekundär- och primärrätten. Det är dock sannolikt att placeringen av bevisbördan kommer att justeras av svenska domstolar i och med ett nyligen avgjort mål, där Kammarrätten i Göteborg ålade anbudsgivaren bevisbördan för anbudets seriositet.

Vidare har ett nytt upphandlingsdirektiv nyligen antagits, i vilket strängare regler om onormalt låga anbud har införts. Genom de strängare reglerna säkerställs bland annat att det

råder lika villkor mellan anbudsgivarna, vad gäller efterlevnad av miljö-, social- och arbetsrättslig reglering, vilket torde bidra till främjandet av effektiv konkurrens. Det kan däremot ifrågasättas huruvida artikel 69 om onormalt låga anbud i det nya upphandlingsdirektivet kommer att leda till ökad förutsebarhet, då det inte framgår vad som ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud. Utformningen av artikeln i kommissionens ursprungliga förslag gav däremot ledning angående vilka faktorer som kan indikera att ett onormalt lågt anbud föreligger. Det kan därför antas att förslaget skulle ha lett till ökad förutsebarhet avseende vilka faktorer som bör tillmätas betydelse i bedömningen.

Avslutningsvis, vad gäller frågan om varför det i det nya upphandlingsdirektivet inte föreskrivs ännu strängare regler angående onormalt låga anbud, kan slutsatsen dras att det inte torde vara lämpligt att föreskriva en regel som automatiskt förkastar sådana anbud. En sådan regel riskerar att strida mot likabehandlingsprincipen eftersom den skulle innebära att det kontradiktoriska förfarandet inte skulle tillämpas.

Innehållsförteckning

| | |
|---|----|
| Förkortningar och förklaringar..... | 1 |
| 1 Inledning | 2 |
| 1.1 Problembakgrund | 2 |
| 1.2 Problemformulering | 4 |
| 1.3 Syfte..... | 4 |
| 1.4 Metod..... | 4 |
| 1.5 Avgränsningar | 5 |
| 1.6 Disposition | 6 |
| 2 Lagen om offentlig upphandling | 7 |
| 2.1 Inledning | 7 |
| 2.2 Historisk bakgrund | 7 |
| 2.3 Reglerna idag | 9 |
| 3 EU-rättslig reglering | 10 |
| 3.1 Inledning | 10 |
| 3.2 Historisk bakgrund | 10 |
| 3.3 Reglerna idag | 11 |
| 3.3.1 Det nya upphandlingsdirektivet | 11 |
| 3.4 Grundläggande EU-rättsliga principer vid offentlig upphandling..... | 12 |
| 3.4.1 Icke-diskrimineringsprincipen | 12 |
| 3.4.2 Likabehandlingsprincipen | 13 |
| 3.4.3 Transparensprincipen | 13 |
| 3.4.4 Proportionalitetsprincipen | 14 |
| 3.4.5 Principen om ömsesidigt erkännande..... | 14 |
| 3.5 Sambandet mellan EU-rätt och svensk rätt | 14 |
| 4 Onormalt låga anbud..... | 17 |
| 4.1 Inledning | 17 |
| 4.1.1 Något om upphandlingsförfarandet och möjligheten att förkasta anbud | 17 |
| 4.2 Artikel 55..... | 18 |
| 4.3 12 kap. 3 § LOU | 19 |
| 4.4 Artikel 69..... | 21 |
| 4.5 Innebörden av begreppet onormalt lågt anbud | 21 |
| 4.5.1 Bevisbördans placering | 22 |
| 5 Praxis..... | 25 |
| 5.1 Inledning | 25 |
| 5.2 EU-domstolen..... | 25 |

| | | |
|-------|---|----|
| 5.2.1 | <i>Transporoute</i> | 25 |
| 5.2.2 | <i>Fratelli Costanzo</i> | 26 |
| 5.2.3 | <i>Lombardini och Mantovani</i> | 27 |
| 5.2.4 | <i>SECAP</i> | 29 |
| 5.2.5 | <i>SAG</i> | 30 |
| 5.3 | Svenska domstolar | 31 |
| 5.3.1 | <i>Killbergs-målet</i> | 31 |
| 5.3.2 | <i>Ramböll-målet</i> | 33 |
| 5.3.3 | <i>HVB-målen</i> | 35 |
| 5.3.4 | <i>Byggentreprenad-målen</i> | 36 |
| 5.3.5 | <i>LHI-målet</i> | 38 |
| 6 | Analys | 41 |
| 6.1 | Inledning | 41 |
| 6.2 | Begreppets innebörd | 41 |
| 6.2.1 | Anbudsgivarens leveransförmåga..... | 42 |
| 6.2.2 | Marknadspris och nivån på övriga anbud i den aktuella upphandlingen | 44 |
| 6.2.3 | Sammantagen bedömning | 45 |
| 6.3 | Bevisbördans placering..... | 46 |
| 6.3.1 | Bevisbördans placering i praxis från EU-domstolen | 46 |
| 6.3.2 | Bevisbördans placering i praxis från svenska domstolar | 48 |
| 6.3.3 | Hur bör bevisbördan vara placerad? | 49 |
| 6.3.4 | Har svenska domstolar förbisett primärätten?..... | 51 |
| 6.4 | Effekter av det nya upphandlingsdirektivet | 52 |
| 6.4.1 | Kommer artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet att leda till att syftena bakom upphandlingsreglerna tillgodoses?..... | 52 |
| 6.4.2 | Varför föreskrivs inte ännu strängare regler för onormalt låga anbud i det nya upphandlingsdirektivet?..... | 56 |
| 7 | Slutsats | 58 |
| 8 | Källförteckning..... | 61 |

Förkortningar och förklaringar

| | |
|--------------------------------|--|
| Det direktivstyrda området | Upphandlingar där värdet överstiger tröskelvärdena. |
| Det klassiska direktivet | Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. |
| Det nya upphandlingsdirektivet | Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. |
| EU-domstolen | Används genomgående under uppsatsen, även under tiden den hette EG-domstolen. |
| FEU | Fördraget om Europeiska unionen. |
| FEUF | Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. |
| Grundläggande skyldigheter | Miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som anbudsgivare måste iaktta för att inte skyldighet, enligt det nya upphandlingsdirektivet, för den upphandlande myndigheten att förkasta anbudet ska uppkomma. |
| Kontradiktoriskt förfarande | De fyra steg som den upphandlande myndigheten måste uppfylla innan ett onormalt lågt anbud får förkastas. |
| LOU | Lag (2007:1091) om offentlig upphandling. |
| LUF | Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. |
| Prop. | Proposition. |
| SOU | Statens offentliga utredning. |
| Tröskelvärde | De beloppsgränser som fastställs av Europeiska kommissionen och som är avgörande för om upphandlingen ligger inom det direktivstyrda området eller inte. |
| ÄLOU | Numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. |

1 Inledning

1.1 Problembakgrund

Under de senaste åren har det i media varit stort fokus på kvalitetsfrågor vid offentlig upphandling. Framförallt har bristande kvalitet i äldreomsorg och städning av skoltoaletter uppmärksamats och många hävdar att strävan efter vinstmaximering har gått för långt.¹ Det har blivit allt vanligare att anbudsgivare lämnar onormalt låga anbud, eller till och med så kallade nollbud, för att vinna upphandlingskontrakt.²

Ett grundläggande syfte bakom reglerna om offentlig upphandling är att främja effektiv konkurrens. Konkurrens mellan anbudsgivare är eftersträvansvärt eftersom det medför att anbudsgivare söker åstadkomma en mer kostnadseffektiv produktion. Det innebär i sin tur att kostnaden för upphandlande myndigheter blir lägre, vilket i förlängningen medför att skattemedel används mer effektivt. Låga anbud är därför i viss mån eftersträvansvärda i offentlig upphandling, dock inte på bekostnad av kvaliteten.

Anbudsgivare kan ha rationella skäl till att lämna onormalt låga anbud, till exempel för att ta sig in på en ny marknad. Onormalt låga anbud kan emellertid också innebära en risk att anbudsgivaren inte klarar av att leverera till det offererade priset. Det kan i sin tur ha negativa konsekvenser för såväl den upphandlande myndigheten som för skattebetalarna. Klarar inte anbudsgivaren av att leverera i enlighet med sitt anbud kan den upphandlande myndigheten till exempel vara tvungen att häva avtalet och byta leverantör. Det kan leda till ökade kostnader för ersättningsanskaffning för den upphandlande myndigheten och medför att offentliga medel inte används på ett effektivt sätt.³

Enligt 12 kap. 3 § LOU finns en möjlighet för den upphandlande myndigheten att förkasta anbud som är onormalt låga. För att anbud ska få förkastas krävs att myndigheten skriftligen har begärt en förklaring av det låga anbudet från anbudsgivaren och att svaret inte har varit tillfredsställande. Varken i LOU, i det klassiska direktivet, som ligger till grund för de svenska upphandlingsreglerna, eller i det nya upphandlingsdirektivet återfinns någon definition av begreppet onormalt lågt anbud. Det innebär att det kan uppstå en osäkerhet från upphandlande myndigheters sida om vilka anbud som kan anses vara onormalt låga och

¹ SOU 2013:12, s. 81.

² <http://www.unt.se/ekonomi/nollbud-bli-r-allt-vanligare-1259419.aspx> Hämtad: 2013-11-21 kl. 14.10.

³ Alexandersson, Gunnar och Hultén, Staffan, *Orimligt låga bud vid upphandlingar*, Ekonomisk Debatt 2003, årg 31, nr 7, s.6 f.

därför skulle kunna förkastas. Därutöver har upphandlande myndigheter ofta att ta hänsyn till besparingsplaner och dylikt, varför de söker upphandla till ett så lågt pris som möjligt. På grund härav används inte möjligheten att förkasta onormalt låga anbud.⁴ På grund av osäkerheten om begreppets betydelse och risken för ökade kostnader, för exempelvis ersättningsanskaffning, om inte möjligheten att förkasta onormalt låga anbud används är det av intresse att utreda vad som ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud.

Ytterligare en anledning till att bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU inte åberopas särskilt ofta av upphandlande myndigheter är att svenska domstolar har placerat hela bevisbördan på den upphandlande myndigheten. Det har uttalats att en sådan ordning inte motsvarar praxis från EU-domstolen, där bevisbördan har ansetts delad mellan parterna.⁵ Frågor uppkommer därför om vilken av parterna som har bevisbördan för att ett anbud är onormalt lågt och således kan förkastas, huruvida bevisbördans placering skiljer sig åt i praxis från svenska domstolar respektive EU-domstolen samt om svenska domstolar i så fall har förbisett primärrätten.

Ett nytt upphandlingsdirektiv har nyligen röstats igenom och ska implementeras i EU:s medlemsstater senast den 18 april 2016.⁶ I artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet återfinns en regel om onormalt låga anbud som bland annat innebär att den upphandlande myndigheten i vissa situationer är skyldig att förkasta ett onormalt lågt anbud. Hur onormalt låga anbud ska behandlas skiljer sig således något från hur sådana anbud tidigare hanterades enligt det klassiska direktivet. I det nya upphandlingsdirektivet anges att målet med upphandlingsreglerna är att säkerställa att offentliga medel används så effektivt som möjligt.⁷ Skyldigheten att i vissa fall förkasta onormalt låga anbud ger upphov till frågor om huruvida syftet med upphandlingsreglerna bättre tillgodoses, det vill säga om de nya reglerna bidrar till att öka effektiviteten i upphandlingar och ge mesta möjliga valuta för pengarna genom ökad förutsebarhet och genom att främja effektiv konkurrens.

⁴ Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, uppl. 3 (2013), Jure Förlag AB, s. 114.

⁵ Lundvall, Karl och Pedersen, Kristian, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2011:1, Konkurrensverket 2011, s. 68 f.

⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, skäl 2.

1.2 Problemformulering

- Vad ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud?
- Vilken av parterna har bevisbördan för att ett anbud är onormalt lågt och därmed kan förkastas med stöd av 12 kap. 3 § LOU?
 - Skiljer sig bevisbördans placering åt i svensk rättspraxis och praxis från EU-domstolen?
 - Har svenska domstolar förbisett primärrätten?
- Kommer syftena med upphandlingsreglerna att tillgodoses genom artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet? Det vill säga kommer regeln att leda till ökad effektivitet i upphandlingsförfaranden genom ökad förutsebarhet och genom att främja effektiv konkurrens?

1.3 Syfte

Ett syfte med uppsatsen är att klargöra vad som ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud, främst för att underlätta för upphandlande myndigheter att utnyttja möjligheten att förkasta onormalt låga anbud. Att begreppet förtydligas kan också vara av intresse för anbudsgivare för att veta om anbud felaktigt förkastas. Uppsatsen syftar även till att närmare belysa vilken av parterna som, i en eventuell process, anses ha bevisbördan för att ett anbud är onormalt lågt och därmed kan förkastas. Ett tydliggörande av bevisbördans placering ökar rättssäkerheten för både upphandlande myndigheter och anbudsgivare, eftersom de från början vet vilka beviskrav som ställs på dem i en eventuell process. Slutligen är syftet att analysera de nya upphandlingsreglerna för att försöka fastställa om skyldigheten att i vissa fall förkasta onormalt låga anbud kan tänkas leda till att syftena bakom upphandlingsreglerna tillgodoses.

1.4 Metod

I uppsatsen används främst en traditionell juridisk metod,⁸ vilket innebär att lagtext, förarbeten, praxis och doktrin inom ämnet studeras för att sedan deskriptivt redogöra för gällande rätt. Då LOU bygger på EU-rättsliga direktiv studeras även dessa, särskilt det klassiska direktivet och det nya upphandlingsdirektivet. Utöver lagtext, förarbeten och

⁸ Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, uppl. 2 (2007), Norstedts Juridik AB, s. 37 f.

direktiv hämtas även stöd åt analysen från diverse artiklar och ett antal rapporter från Konkurrensverket. För klargörandet av begreppet onormalt lågt anbud och för besvarandet av huruvida bevisbördans placering skiljer sig åt i praxis från svenska domstolar respektive EU-domstolen används ett antal rättsfall från de olika domstolarna på vilka analysen baseras.

Vad gäller urvalet av rättsfall kan konstateras att Högsta förvaltningsdomstolen inte har tagit upp något mål om onormalt låga anbud till prövning. Däremot finns det ett antal fall från kammarrätterna. Att Högsta förvaltningsdomstolen inte har prövat mål om onormalt låga anbud innebär att vad kammarrätterna har uttalat om begreppets betydelse och bevisbördans placering är vägledande. I uppsatsen refereras endast de fall från EU-domstolen och kammarrätterna där bevisbördans placering har diskuterats eller där omständigheter som kan ha betydelse för hur begreppet onormalt låga anbud ska förstås tas upp. Referaten av rättsfall från svenska domstolar koncentreras till en redogörelse av kammarrätternas domskäl och domslut. Dåvarande länsrätterna och förvaltningsrätterna har emellertid i vissa fall gjort uttalanden som också kan vara till ledning för besvarandet av problemformuleringsfrågorna i denna uppsats. I de aktuella rättsfallsreferaten redogörs således ingående även för förstainstansernas domskäl och domslut. På grund av bristen på relevanta rättsfall från högre instanser tillmäts uttalanden från första instans viss betydelse i uppsatsens analysdel.

På grund av att det saknas lika omfattande förarbeten inom EU-rätten som inom svensk rätt blir en traditionell juridisk metod svårtillämpbar vid besvarandet av frågorna som rör det nya upphandlingsdirektivet. Det saknas även praxis och doktrin avseende det nya upphandlingsdirektivet, varför de möjliga effekterna av direktivet diskuteras utifrån en ändamålstolkning av reglerna.

1.5 Avgränsningar

I uppsatsen behandlas onormalt låga anbud med fokus på offentlig upphandling inom den klassiska sektorn (LOU). Även i 12 kap. 3 § LUF återfinns en regel om förkastande av onormalt låga anbud. Bestämmelsen är densamma som i LOU, varför det som sägs om begreppet onormalt låga anbud och bevisbördans placering för sådana kan antas gälla även vid upphandlingar enligt LUF. På grund härav behandlas inte LUF närmare i uppsatsen.

Vidare koncentreras framställningen till upphandlingar över tröskelvärdena. Upphandlingar utanför det direktivstyrda området beaktas endast i de fall det anses vara till ledning för besvarandet av de frågor som ställs i uppsatsen. Fall där anbudsgivare har kunnat lämna

onormalt låga anbud på grund av att de erhåller statligt stöd lämnas helt utanför framställningen.

I uppsatsen refereras och analyseras ett antal rättsfall från EU-domstolen där andra medlemsstater än Sverige har begärt tolkning av EU-rätten. Andra medlemsstaters nationella rätt behandlas dock inte närmare i uppsatsen, utöver vad som är nödvändigt för att EU-domstolens domskäl och domslut i de aktuella rättsfallen ska förstås.

1.6 Disposition

Efter detta inledande kapitel följer en redogörelse av regelverket för LOU, vilket inkluderar en beskrivning av den historiska utvecklingen av lagen. Vidare redogörs för den EU-rättsliga regleringen. Både den historiska utvecklingen av upphandlingsreglerna och det nya upphandlingsdirektivet behandlas. Redogörelsen för den historiska utvecklingen är viktig för att syftet bakom upphandlingsreglerna ska förstås. Framställningen innehåller även ett avsnitt om sambandet mellan EU-rätt och svensk nationell rätt. Referensramen avslutas med ett antal rättsfallsreferat, vilka har betydelse för klargörandet av begreppet onormalt lågt anbud och analysen av bevisbördans placering.

Efter genomgången av de bakomliggande reglerna följer analysdelen, i vilken det som presenterats i referensramen används för att besvara problemformuleringarna. Analyskapitlet inleds med en diskussion om vad som ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud. Eftersom begreppet spelar en central roll för att besvara resterande problemformuleringar, är det viktigt att så tidigt som möjligt försöka fastställa begreppets innebörd. Vidare belyses skillnader och likheter avseende bevisbördans placering i praxis från svenska domstolar respektive EU-domstolen. Därefter följer en analys av huruvida artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet kan tänkas leda till att syftena bakom upphandlingsreglerna tillgodoses. Avslutningsvis sammanställs de slutsatser som har kunnat dras från analyskapitlet i ett avslutande kapitel.

2 Lagen om offentlig upphandling

2.1 Inledning

I detta kapitel följer en introduktion av vad offentlig upphandling är. Kapitlet innehåller även en kort redogörelse för utvecklingen av det svenska regelverket för offentliga upphandlingar och dagens LOU.

LOU innehåller bestämmelser om offentlig upphandling, med vilket, enligt 2 kap. 13 § LOU, ska förstås de åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader. LOU är således tillämplig vid anskaffning av varor, tjänster, byggtreprenader och byggkoncessioner i offentlig sektor.⁹

Vidare krävs, för att upphandlingsskyldighet enligt LOU ska föreligga, att avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören utgör ett upphandlingskontrakt. Enligt 2 kap. 10 § LOU är ett upphandlingskontrakt ett avtal med ekonomiska villkor. Det innebär att utgår ingen ersättning för anskaffandet av varor, tjänster eller byggtreprenader är det inte fråga om offentlig upphandling och LOU är således inte tillämplig. Avtalet måste också innebära ömsesidiga förpliktelser för att det ska anses vara ett upphandlingskontrakt. Den upphandlande myndigheten ska alltså utge någon form av ersättning till leverantören i utbyte mot att denne åtar sig att leverera varor, utföra tjänster eller utföra bygg- och anläggningsarbeten för den upphandlande myndighetens räkning.¹⁰

De organisationer som är skyldiga att upphandla i enlighet med LOU kallas upphandlande myndigheter. Till upphandlande myndigheter räknas, enligt 2 kap. 19 § LOU, statliga och kommunala myndigheter, kommuner och landsting samt offentligt styrda organ.

2.2 Historisk bakgrund

Regler om offentlig upphandling har funnits i Sverige ända sedan 1800-talet och gällde då statliga myndigheter, främst organisationer inom det militära. I början av 1900-talet syftade bestämmelserna om offentlig upphandling till att tillgodose dåvarande krav på

⁹ 1 kap. 2 § LOU.

¹⁰ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 23.

affärsmässighet, rättsäkerhet och offentlighet. Det föreskrevs också att myndigheter vid anskaffning i princip skulle ge svenska varor företräde framför utländska varor.¹¹

År 1920 kom nya bestämmelser som innebar att svenska varor, som huvudregel, skulle ges företräde framför utländska i de fall den svenska varan var av *"erforderlig beskaffenhet"*. Därutöver föreskrevs att upphandlande myndigheter skulle ta hänsyn till behovet av inhemsk produktion och verka för att bevara viss näring inom Sverige samt att förhindra arbetslöshet. Reglerna ändrades genom upphandlingskungörelsen år 1952 varigenom kravet på affärsmässighet skärptes i och med att myndigheter, vid sina inköp, inte längre fick ta hänsyn till arbetslöshet eller ge svenska varor företräde framför utländska.¹² 1952 års kungörelse upphävdes genom en ny upphandlingskungörelse år 1973, i vilken regler för upphandling av tjänster introducerades. I 1973 års kungörelse föreskrevs att rättssäkerhet, offentlighet och framförallt affärsmässighet skulle gälla vid alla upphandlingar.¹³

År 1986 utfärdades upphandlingsförordningen, vilken utgjorde en ram för hur upphandlingar skulle genomföras. I 1986 års förordning fanns kravet på affärsmässighet alltså kvar, vilket innebar att myndigheter skulle ta hänsyn till alla de faktorer som krävdes för att upphandlingar skulle bli så ekonomiska och ändamålsenliga som möjligt och ge myndigheten mest valuta för pengarna.¹⁴

Den 1 januari 1994 ersattes upphandlingsförordningen av ÄLOU. Lagen infördes för att Sverige genom EES-avtalet hade åtagit sig att införa regler som motsvarade de EU-rättsliga reglerna om offentlig upphandling. De då gällande EU-direktiven inom offentlig upphandling implementerades i Sverige genom införandet av ÄLOU. Upphandlingar enligt ÄLOU skulle fortsatt vidtas affärsmässigt och myndigheter skulle beakta konkurrens, icke-diskriminering och objektivitet i upphandlingsförfaranden. ÄLOU innehöll sju kapitel med bestämmelser för upphandlingar både över och under tröskelvärdena. Bestämmelserna för upphandlingar utanför det direktivstyrda området var dock inte lika detaljerade. Kravet på affärsmässighet återfanns i 1 kap. 4 § ÄLOU och gällde för samtliga upphandlingar.¹⁵

¹¹ SOU 2001:31, s. 71 och prop. 1992/93:88, s. 34.

¹² SOU 2001:31, s. 71 och prop. 1992/93:88, s. 34.

¹³ SOU 2001:31, s. 72 f.

¹⁴ SOU 2001:31, s. 75 f.

¹⁵ Prop. 2006/07:128, s. 133.

2.3 Reglerna idag

ÄLOU ersattes den 1 januari 2008 av nuvarande LOU. Precis som med den tidigare lagen ligger direktiv från EU till grund för LOU, främst det klassiska direktivet vilket behandlas närmare nedan. Syftet bakom reglerna i LOU är både att möjliggöra EU:s inre marknad och att förhindra att offentliga medel används på ett otillbörligt sätt men också att förhindra korruption och att leverantörer diskrimineras. I förlängningen innebär det att produkter med hög kvalitet kan handlas av upphandlande myndigheter, företag och konsumenter till bra priser eftersom det förväntas råda sund konkurrens på den inre marknaden.¹⁶

¹⁶ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 9 och 15 f.

3 EU-rättslig reglering

3.1 Inledning

Följande kapitel innehåller en introduktion till EU-rätten och en beskrivning av utvecklingen av de EU-rättsliga reglerna om offentlig upphandling. I kapitlet redogörs även för de grundläggande EU-rättsliga principer som gäller vid offentliga upphandlingar samt sambandet mellan EU-rätten och svensk nationell rätt.

Sverige är sedan 1 januari 1995 medlem i EU.¹⁷ EU:s medlemsstater samverkar inom handelspolitik, utrikes- och säkerhetspolitik samt polisiärt och straffrättsligt arbete. Det främsta syftet med Unionen är att skapa en gemensam inre marknad, utan gränser mellan medlemsstaterna. I Lissabonfördraget finns bestämmelser om de fyra friheterna, fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital, samt etableringsfriheten. De fyra friheterna är grundläggande för samarbetet inom EU och bidrar till att skapa den inre marknaden.

3.2 Historisk bakgrund

EU-rättsliga regler om offentlig upphandling har funnits sedan lång tid tillbaka.¹⁸ År 1971 kom det första upphandlingsdirektivet från EU.¹⁹ Direktivet gällde för bygg- och anläggningsarbeten. Ett direktiv för upphandling av varor infördes år 1977.²⁰ Direktiven för varor respektive byggentreprenader genomgick förändringar under början av 1990-talet och samtidigt kom också ett direktiv för upphandling av tjänster.²¹ Under 1900-talets början infördes även de första direktiven om rättsmedel vid överträdelse av upphandlingsreglerna.²² I rättsmedelsdirektiven föreskrevs att medlemsstaterna skulle se till att det fanns möjlighet till

¹⁷ http://ec.europa.eu/sverige/eu_facts/sweden_in_eu/index_sv.htm Hämtad: 2013-12-05 kl. 09.40.

¹⁸ Prop. 2006/07:128, s. 132.

¹⁹ Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts.

²⁰ Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts.

²¹ Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor, Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts och Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

²² Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.

effektiva och skyndsamma rättsliga prövningar av upphandlingsbeslut och möjlighet att få skadestånd för överträdelse av upphandlingsreglerna.²³

3.3 Reglerna idag

De tre äldre direktiven om varor, byggtjänster och tjänster sammanfördes i början av 2000-talet till ett enda direktiv, det klassiska direktivet. Syftet bakom det klassiska direktivet är att genomföra den inre marknaden genom att motverka hinder mot den fria rörligheten och att främja gränsöverskridande handel. Reglerna ska dessutom bidra till att uppnå bästa möjliga resultat för skattemedel, motverka korruption och till att underlätta gränsöverskridande konkurrens. Direktivet avser även att skapa gynnsammare förutsättningar för leverantörer från en medlemsstat som vill delta i upphandlingar i andra medlemsstater.²⁴ Det klassiska direktivet är ett så kallat minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna själva kan uppställa nationella bestämmelser inom de områden som inte regleras i direktivet.²⁵

3.3.1 Det nya upphandlingsdirektivet

Enligt en rapport från Konkurrensverket ligger fler och fler upphandlingar inom det direktivstyrda området. Nästan en tredjedel av alla annonserade upphandlingar under 2012 utgjordes av upphandlingar över tröskelvärdena, vilket är en ökning med 13 procent från året innan.²⁶ Det har riktats kritik mot att upphandlingsreglerna är krångliga och oförutsebara. Osäkerheten kring reglerna har lett till att både upphandlande myndigheter och anbudsgivare fokuserar på att inte göra fel istället för att sträva efter den bästa affären.²⁷ För att upphandlingen ska leda till en bra affär för alla parter krävs att reglerna är okomplicerade och förutsebara. För att förenkla reglerna och öka förutsebarheten har ett nytt EU-direktiv om offentlig upphandling arbetats fram. I slutet av december 2011 publicerade kommissionen ett förslag till det nya upphandlingsdirektivet.²⁸ Lagstiftningsarbetet fortsatte med att kommissionens förslag reviderades och i början av 2014 antogs det nya upphandlingsdirektivet. Direktivet innebär, förutom förenkling av reglerna, bland annat ökad

²³ Prop. 2006/07:128, s. 132.

²⁴ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 12.

²⁵ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, (2012), Jure Förlag AB, s. 87 f.

²⁶ http://konkurrensverket.se/t/NewsPage___9499.aspx Hämtad: 2013-12-16 kl. 13.40. Rapporten finns att hämta i sin helhet på: http://konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/rapport_2013-9.pdf.

²⁷ SOU 2011:73, s. 86.

²⁸ Förslag till direktiv, KOM (2011) 896 slutlig.

flexibilitet och att det blir lättare för små och medelstora företag samt för nystartade företag att ta sig in på nya marknader.²⁹

Reglerna i det nya upphandlingsdirektivet ska möjliggöra för upphandlande myndigheter att främja gemensamma samhällsliga mål och säkerställa att användandet av offentliga medel leder till att mesta möjliga valuta uppnås. Enligt parlamentets föredragande, Marc Tarabella, är syftet med det nya upphandlingsdirektivet dels att sätta stopp för onormalt låga anbud, dels att ”garantera rättvis konkurrens och motverka social dumpning”.³⁰

3.4 Grundläggande EU-rättsliga principer vid offentlig upphandling

I 1 kap. 9 § LOU föreskrivs att: ”Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.” Paragrafen ger uttryck för de grundläggande EU-rättsliga principer som gäller för alla typer av upphandlingar, under hela upphandlingsförloppet och gentemot alla leverantörer.³¹

Begreppet affärsmässighet var av central betydelse i ÄLOU men begreppet återfinns inte i LOU. Anledningen till att begreppet har tagits bort ur lagtexten är att lagstiftaren ansåg att det var viktigt att utforma den svenska lagtexten med stor likhet till det klassiska direktivet. Lagstiftaren ansåg också att de fem principer som föreskrivs i 1 kap. 9 § LOU tillsammans motsvarar kravet på affärsmässighet.³²

3.4.1 Icke-diskrimineringsprincipen

Icke-diskrimineringsprincipen innebär ett förbud mot att direkt eller indirekt diskriminera leverantörer på grund av nationalitet eller etablering i viss medlemsstat. Det är förbjudet att gynna leverantörer från en viss medlemsstat, eftersom det medför att leverantörer från andra medlemsstater diskrimineras. Upphandlande myndigheter får således exempelvis inte ställa krav på leverantörerna som i praktiken bara inhemska leverantörer kan uppfylla.³³

²⁹ Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, uppl. 1:1 (2013), Norstedts Juridik AB, s. 39.

³⁰ <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.515005/eu-stopp-for-onormalt-laga-anbud?queryText=Marc%20Tarabella> Hämtad: 2013-12-18 kl. 08.50.

³¹ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 21 och Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 77.

³² Prop. 2006/07:128, s. 156 f.

³³ Prop. 2006/07:128, s. 155.

3.4.2 Likabehandlingsprincipen

Med likabehandlingsprincipen förstås att alla leverantörer ska ges så liknande förutsättningar som möjligt. Det innebär till exempel att upphandlande myndigheter ska tillse att alla leverantörer vid samma tidpunkt får tillgång till den information som är betydelsefull för upphandlingen.³⁴ Alla leverantörer ska således behandlas lika och upphandlande myndigheter får inte ta ovidkommande hänsyn. Det kan sägas att likabehandlingsprincipen har två sidor. För det första måste lika situationer och leverantörer med lika förutsättningar behandlas likadant. Likabehandlingsprincipen innebär dock inte bara att lika ska behandlas lika utan också att olikheter mellan leverantörerna ska uppmärksammas. Upphandlande myndigheter måste beakta att leverantörer har olika förutsättningar och får inte behandla olika situationer likadant.³⁵ Vidare innebär principen att även andra än den befintliga leverantören ska ha möjlighet att tilldelas upphandlingskontraktet och tiden för att genomföra en upphandling måste därför vara skälig med hänsyn till upphandlingens omfattning och komplexitet.³⁶ EU-domstolen har uttalat att det följer av likabehandlingsprincipen att kraven som uppställs i förfrågningsunderlaget ska vara så tydliga att en normalt kunnig och upplyst leverantör kan förstå vad den upphandlande myndigheten söker och kommer att utvärdera i upphandlingsprocessen.³⁷ Därutöver måste den upphandlande myndigheten, i anbudsutvärderingen, beakta alla de krav som har ställts upp i förfrågningsunderlaget. Slutligen har EU-domstolen fastslagit att upphandlande myndigheter får ställa höga krav som bara kan uppfyllas av ett litet antal av leverantörerna utan att det anses stå i strid med likabehandlingsprincipen.³⁸ För att sådana krav ska vara tillåtna krävs dock att de är sakligt motiverade med hänsyn till den aktuella upphandlingen.³⁹

3.4.3 Transparensprincipen

Transparensprincipen kallas även öppenhetsprincipen eller förutsebarhetsprincipen och förutsätter att upphandlingsförfarandet präglas av insyn. Det innebär att upphandlande myndigheter ska tillse att upphandlingen annonseras offentligt och att alla handlingar i upphandlingen i princip är offentliga. Den upphandlande myndigheten får inte heller under upphandlingsförfarandet frångå det förfrågningsunderlag som har tagits fram eller undanhålla uppgifter om upphandlingsförfarandet. Det följer också av transparensprincipen att den

³⁴ Prop. 2006/07:128, s. 132.

³⁵ De förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, dom av den 3 mars 2005, p.27.

³⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 740-11, dom 2011-06-28, Berendsen Textil Service AB mot Stockholms läns landsting.

³⁷ EU-domstolen i mål C-19/00 *SIAC Construction*, dom av den 18 oktober 2001, p. 42

³⁸ EU-domstolen i mål C-513/99 *Concordia Bus Finland*, dom av den 17 september 2002, p. 85 f.

³⁹ Rosén Andersson, m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 79-82.

upphandlande myndigheten är skyldig att underrätta alla anbudsgivare om utgången av upphandlingen.⁴⁰ Ur praxis från EU-domstolen framgår att transparensprincipen används för att säkerställa att likabehandlingsprincipen har iakttagits under upphandlingen.⁴¹

3.4.4 Proportionalitetsprincipen

Med proportionalitetsprincipen avses att de krav som upphandlande myndigheter ställer på leverantörerna och på det som upphandlas måste vara skäligen i förhållande till den aktuella upphandlingen och i förhållande till ändamålen med den aktuella åtgärden. Det innebär att de krav som upphandlande myndigheter ställer inte får gå utöver vad som krävs för att uppnå de mål som eftersträvas. Kraven måste således vara avsedda att leda till att målet uppnås och de ska dessutom gå att kontrollera. Slutligen är upphandlande myndigheter skyldiga att välja den åtgärd som är minst ingripande för leverantörerna, eftersom alltför långtgående krav kan anses bryta mot proportionalitetsprincipen.⁴²

3.4.5 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att den upphandlande myndigheten i den medlemsstat där upphandlingen äger rum inte till exempel får ställa krav på att leverantörer måste ha en viss utbildning från just den medlemsstaten. Har leverantören motsvarande utbildning från en annan medlemsstat får denne inte uteslutas från upphandlingen. Principen medför således bland annat att intyg och certifikat som utfärdats av behöriga myndigheter i andra medlemsstater måste godtas av den upphandlande myndigheten.⁴³

3.5 Sambandet mellan EU-rätt och svensk rätt

Som tidigare nämnts bygger LOU på det klassiska direktivet. Upphandlingar över tröskelvärdena tillhör det direktivstyrda området. De svenska reglerna för upphandlingar utanför det direktivstyrda området liknar dock i stort sett reglerna för upphandlingar över tröskelvärdena. De grundläggande EU-rättsliga principerna som har behandlats ovan gäller vid alla typer av upphandlingar, oavsett värde.⁴⁴

Vidare innebär ett medlemskap i EU att medlemsstaterna är skyldiga att genomföra och tillämpa EU-rätten. Skyldigheten kallas lojalitetsplikten och framgår av artikel 4.3 FEU.⁴⁵ Lojalitetsplikten medför bland annat att medlemsstater ska ta hänsyn till allmänna

⁴⁰ Prop. 2006/07:128, s. 155 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 20.

⁴¹ EU-domstolen i mål C-92/00 *Hospital Ingenieure*, dom av den 18 juni 2002, p. 45.

⁴² Prop. 2006/07:128, s. 132, 155 och Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 20.

⁴³ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 21.

⁴⁴ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 15.

⁴⁵ Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, uppl. 4 (2010), Norstedts Juridik AB, s. 145.

rättsprinciper på de områden där det finns EU-rättslig reglering.⁴⁶ I Lissabonfördraget saknas regler om offentlig upphandling och trots att det finns EU-rättslig reglering på området i form av direktiv är inte offentlig upphandling ett område där fullständig harmonisering råder. Lojalitetsplikten innebär dock att de grundläggande principerna, vilka framgår i till exempel artikel 18 FEUF om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet, artikel 34 FEUF om fri rörlighet för varor, artikel 49 FEUF om fri rörlighet för tjänster och artikel 56 FEUF om etableringsfrihet likväl ska beaktas och artiklarna är således tillämpliga även i offentlig upphandling.⁴⁷

Inom EU finns inte lika omfattande förarbeten som inom svensk lagstiftning. För EU-direktiven som ligger till grund för de svenska upphandlingsreglerna saknas således utförlig information om syftet med reglernas tillkomst och lagstiftarens avsikt med införandet av reglerna. Det innebär att EU-domstolen får ett större inflytande på rättsutvecklingen inom offentlig upphandling, då domskälen får utformas utan att ledning kan hämtas i förarbeten till direktiven.⁴⁸ I de fall det i de svenska förarbetena till upphandlingslagarna finns uttalanden om exempelvis ändamålen med direktiven ska ledning från dessa uttalanden tas med större försiktighet än uttalanden från förarbeten till rent nationell lagstiftning.⁴⁹

EU-domstolen har i praxis utformat principen om EU-rättens företräde, vilken innebär att om en nationell bestämmelse står i strid med en EU-rättslig bestämmelse äger EU-rätten företräde och den nationella bestämmelsen ska således inte tillämpas.⁵⁰ Det innebär att bestämmelser i upphandlingsdirektiven gäller framför reglerna i LOU för det fall de inte överensstämmer. Vidare har EU-domstolen fastslagit att upphandlingsdirektiven kan åberopas i nationell domstol direkt av enskilda oavsett om medlemsstaten har infört den aktuella bestämmelsen eller inte.⁵¹ Bestämmelserna i upphandlingsdirektiven har således så kallad direkt effekt. Nationella domstolar har möjlighet att ställa frågor till EU-domstolen om hur EU-rättsliga bestämmelser ska tolkas. Det svar som EU-domstolen lämnar kallas förhandsavgörande och blir vägledande praxis i samtliga medlemsstater.⁵² Kritik har riktats

⁴⁶ Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, uppl. 2 (2011), Norstedts Juridik AB, s. 238 f.

⁴⁷ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s.11 och Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 30.

⁴⁸ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 34.

⁴⁹ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. / Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s. 2 f.

⁵⁰ EU-domstolen i mål 6/64 *Costa mot ENEL*, dom av den 15 juli 1964.

⁵¹ EU-domstolen i mål C-76/97 *Tögel*, dom av den 24 september 1998.

⁵² Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, s. 183.

mot att svenska domstolar är dåliga på att begära förhandsavgöranden från EU-domstolen om tolkningen av upphandlingsreglerna. På grund av att det saknas utförliga förarbeten till direktiven är det viktigt, för att svenska domstolar ska kunna framställa vägledande praxis, att domstolarna utnyttjar möjligheten till att få tolkningsfrågor besvarade av EU-domstolen. Om inte möjligheten att begära förhandsavgöranden utnyttjas kvarstår osäkerhet kring upphandlingsreglerna och de svenska reglerna riskerar att mista sin koppling till EU-rätten. För att syftet med upphandlingsreglerna ska kunna uppfyllas är det av stor betydelse att den svenska rättstillämpningen står i överensstämmelse med EU-rätten.⁵³

⁵³ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 38.

4 Onormalt låga anbud

4.1 Inledning

I detta kapitel följer en kort beskrivning av processen för antagande av anbud vid offentliga upphandlingar. Därefter redogörs för regeln om onormalt låga anbud i artikel 55 i det klassiska direktivet, 12 kap. 3 § LOU och artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet. Slutligen följer en redogörelse över vad som har uttalats om innebörden av begreppet onormalt lågt anbud och bevisbördans placering.

För upphandlande myndigheter kan svårigheter med att göra en rättvis och objektiv prövning av anbuden uppstå, eftersom det kan vara svårt att bara utifrån anbuden bedöma kvaliteten på den offererade varan eller tjänsten. På grund härav blir många gånger priset avgörande för vilken anbudsgivare som tilldelas upphandlingskontraktet, vilket medför att prissättningen i anbud pressas nedåt. Alltför låga priser riskerar att leda till att anbudsgivaren inte överhuvudtaget klarar av att leverera eller att kvaliteten på det som levereras blir lägre.⁵⁴ Klarar inte anbudsgivaren av att leverera i enlighet med anbudet kan, som tidigare nämnts, den upphandlande myndigheten tvingas att genomföra en ny upphandling, vilket kan innebära ökade kostnader för såväl den upphandlande myndigheten som för skattebetalarna.⁵⁵

4.1.1 Något om upphandlingsförfarandet och möjligheten att förkasta anbud

Huvudregeln är att all anskaffning av upphandlande myndigheter ska ske genom offentlig upphandling.⁵⁶ Det finns olika upphandlingsförfaranden för upphandlande myndigheter att välja mellan och upphandlande myndigheter har även att välja mellan två olika tilldelningsgrunder. Enligt 12 kap. 1 § LOU ska det anbud antas som antingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller har det lägsta priset.⁵⁷ Gemensamt för samtliga upphandlingsförfaranden, oavsett tilldelningsgrund, är att förfarandet avslutas med en anbudsutvärdering och tilldelning av upphandlingskontraktet. De anbud som inte har uteslutits enligt någon av de obligatoriska uteslutningsgrunderna i 10 kap. 1 § LOU, enligt någon av de frivilliga uteslutningsgrunderna i 10 kap. 2 § LOU eller på grund av att anbudsgivaren inte har ansetts klara av att fullgöra kontraktet går vidare till anbudsprövningen. Under anbudsprövningen undersöks om anbuden uppfyller de skakrav som har ställts upp i förfrågningsunderlaget. Om ett anbud inte uppfyller skakraven måste den

⁵⁴ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 42.

⁵⁵ Alexandersson och Hultén, *Orimligt låga bud vid upphandlingar*, Ekonomisk debatt 2003, årg 31, nr 7, s. 7.

⁵⁶ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 24.

⁵⁷ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 53 och 111.

upphandlande myndigheten förkasta anbudet. Nästa steg i upphandlingsförfarandet är anbudsutvärderingen där det prövas vilket anbud som bäst tillgodoser målet med upphandlingen. Under anbudsutvärderingen finns en möjlighet för upphandlande myndigheter att förkasta onormalt låga anbud.⁵⁸

4.2 Artikel 55

Samtliga kvalificerade anbud, vilka uppfyller skakraven, ska utvärderas av den upphandlande myndigheten. I artikel 55 i det klassiska direktivet föreskrivs dock en möjlighet för upphandlande myndigheter att förkasta anbud som är onormalt låga i förhållande till varorna, byggentreprenaderna eller tjänsterna som upphandlas. I artikeln föreskrivs att den upphandlande myndigheten, innan anbud förkastas, skriftligen ska begära ”*sådana förtydliganden om anbudens innehåll som den anser sig behöva*”. En exemplifiering av vad förtydligandena kan avse finns uppställda i artikel 55. Exempelen rör bland annat ekonomiska kalkyler och valda tekniska lösningar avseende framställningen av varor och byggentreprenader eller tillhandahållandet av tjänster samt originaliteten i anbudsgivarens förslag. EU-domstolen har i praxis uttalat att uppräknningen av möjliga förklaringsgrunder inte är uttömmande och att anbudsgivare får lägga fram vilka relevanta förklaringar som helst.⁵⁹ Vidare har EU-domstolen i ett annat fall fastslagit att det inte är upp till upphandlande myndigheter att bestämma i vilka situationer det är nödvändigt att begära förklaringar.⁶⁰ Upphandlande myndigheter är, om de vill använda sig av möjligheten att förkasta ett anbud, skyldiga att alltid begära förklaringar om anbud förfaller onormalt låga. Den upphandlande myndigheten har även en skyldighet att granska innehållet i förtydligandena tillsammans med anbudsgivaren.⁶¹

EU-domstolen har därutöver fastslagit att det, för att upphandlande myndigheter ska kunna utnyttja möjligheten att förkasta onormalt låga anbud, krävs att det kontradiktoriska förfarandet tillämpas. Enligt domstolen består det kontradiktoriska förfarandet av fyra delar och innebär att den upphandlande myndigheten för det första ska identifiera misstänkt låga anbud. För det andra ska den upphandlande myndigheten begära förklaringar avseende anbuderna från de anbudsgivare som har lämnat de misstänkt låga anbuderna. För det tredje ska den upphandlande myndigheten bedöma om de lämnade förklaringarna är tillfredsställande

⁵⁸ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 100-102, 109, 111 och 114.

⁵⁹ EU-domstolen i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini och Mantovani*, dom av den 27 november 2001.

⁶⁰ EU-domstolen i mål 76/81 *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982.

⁶¹ Arrowsmith, Sue, *The law of Public and Utilities Procurement*, uppl. 2 (2005), Sweet & Maxwell, s. 533 f.

eller inte.⁶² Falk menar att det utöver att förklaringen ska vara otillfredsställande även krävs att den upphandlande myndigheten kan visa att anbudsgivaren inte kommer att klara av att leverera i enlighet med det offererade anbudet på grund av att det är för lågt.⁶³ För det fjärde ska den upphandlande myndigheten fatta ett beslut om huruvida anbudet ska förkastas eller inte.⁶⁴ Arrowsmith anser att det torde krävas att det kvarstår en beaktansvärd risk för att anbudsgivaren inte kommer att klara av att leverera i enlighet med kontraktet för att den upphandlande myndigheten ska få förkasta anbudet. I annat fall är myndigheten skyldig att anta anbudet om det innebär det ekonomiskt mest fördelaktiga eller lägsta pris, beroende på vilken kategori som valts.⁶⁵

Lundvall och Pedersen anser att syftet med artikel 55 både är att skydda anbudsgivare mot upphandlande myndigheters godtycke och att säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.⁶⁶ Enligt Arrowsmith syftar dock bestämmelsen om onormalt låga anbud till att säkerställa att upphandlande myndigheter inte förkastar anbud som verkar låga och som har lämnats från en anbudsgivare i en annan medlemsstat. Arrowsmith förtydligar att en anbudsgivare från en annan medlemsstat än den där upphandlingen äger rum kan ha möjlighet att lämna låga anbud, till exempel på grund av löneskillnader mellan medlemsstaterna. Det låga anbudet reflekterar i ett sådant fall kostnadsfördelar från den andra medlemsstaten och anbudsgivaren kommer därför sannolikt att klara av att leverera till det offererade priset.⁶⁷

4.3 12 kap. 3 § LOU

Den svenska bestämmelsen om förkastande av onormalt låga anbud återfinns i 12 kap. 3 § LOU, i vilken det föreskrivs att: *”En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt.”* Utformningen av bestämmelsen skiljer sig således något från hur bestämmelsen i artikel 55 i det klassiska direktivet är utformad, i vilken det stadgas att anbudet ska förefalla onormalt lågt i förhållande till det som upphandlas. Den svenska lagstiftaren har dock inte menat att åstadkomma någon ändring i sak.⁶⁸ Paragrafen medför en

⁶² EU-domstolen i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini och Mantovani*, dom av den 27 november 2001, p. 55.

⁶³ Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, uppl. 2 (2011), Jure Förlag AB, s. 405.

⁶⁴ EU-domstolen i de förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini och Mantovani*, dom av den 27 november 2001, p. 55.

⁶⁵ Arrowsmith, Sue, *The law of Public and Utilities Procurement*, s. 534.

⁶⁶ Lundvall och Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2011:1, s. 27.

⁶⁷ Arrowsmith, Sue, *The law of Public and Utilities Procurement*, s. 532.

⁶⁸ Prop. 2006/07:128, s. 407.

möjlighet för upphandlande myndigheter att förkasta onormalt låga anbud men den innebär ingen skyldighet att förkasta sådana anbud.⁶⁹

Precis som i artikel 55 i det klassiska direktivet uppställs i 12 kap 3 § LOU ett antal exempel på vad en förklaring av ett onormalt lågt anbud kan innefatta. Uppräkningen är inte uttömmande och exemplifieringen av godtagbara förklaringar innefattar bland annat att anbudsgivaren kan använda särskilt kostnadseffektiva metoder eller tekniska lösningar för fullgörande av kontraktet. En förklaring till det låga anbudet kan också vara att egenarten hos det som upphandlas gör att tillverkningskostnaden är låg.⁷⁰

Vidare är den upphandlande myndigheten skyldig att iaktta det kontradiktoriska förfarandet före det att ett anbud förkastas med stöd av 12 kap. 3 § LOU.⁷¹ Det framgår av paragrafens tredje stycke att den upphandlande myndigheten ska låta anbudsgivaren yttra sig om den upphandlande myndighetens skäl att förkasta ett onormalt lågt anbud. Det innebär att anbudsgivaren ges ytterligare en möjlighet att förklara sitt anbud innan den upphandlande myndigheten fattar det slutgiltiga beslutet om anbudet ska förkastas eller inte och därigenom fullgör det fjärde och sista steget i det kontradiktoriska förfarandet.⁷² Det har uttalats att bestämmelsen i 12 kap. 3 § LOU om onormalt låga anbud har dubbelt syfte. Den syftar dels till att skydda anbudsgivare mot upphandlande myndigheters godtycke, dels till att skydda upphandlande myndigheter från att tvingas anta anbud där det finns stor risk att anbudsgivaren inte kommer klara av att leverera till det offererade priset.⁷³ Konkurrensverket har i ett yttrande om tillämpningen av 12 kap. 3 § LOU avseende *Byggentreprenad-målen* dock uttalat att syftet med bestämmelsen om onormalt låga anbud inte är att skydda anbudsgivare mot upphandlande myndigheters godtycke utan att skydda upphandlande myndigheter från att behöva anta oseriösa anbud. Enligt Konkurrensverket skyddas istället anbudsgivare mot upphandlande myndigheters godtycke genom skyldigheten att iaktta det kontradiktoriska förfarandet.⁷⁴

⁶⁹ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 480.

⁷⁰ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 484.

⁷¹ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s. 5.

⁷² Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 480.

⁷³ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 482.

⁷⁴ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s. 3.

4.4 Artikel 69

I det nya upphandlingsdirektivet återfinns en bestämmelse om onormalt låga anbud i artikel 69. Bestämmelsen innebär strängare regler avseende onormalt låga anbud och har utformats för att bland annat säkerställa att arbetstagares rättigheter tillgodoses.⁷⁵ I artikel 69 stadgas att upphandlande myndigheter ska begära att anbudsgivare lämnar förklaringar till anbud som förefaller låga i förhållande till det som upphandlas. Artikeln innehåller även en exemplifiering av vad förklaringarna kan avse. Uppräkningen liknar den som finns i nuvarande artikel 55 i det klassiska direktivet. Den inkluderar bland annat besparingar i tillverkningsprocessen, tekniska lösningar, originaliteten i det som föreslås av anbudsgivaren samt efterlevnad av de social-, arbets- och miljörättsliga skyldigheter som har fastställts inom unionen. Vidare ska den upphandlande myndigheten efter att ha hört anbudsgivaren bedöma de lämnade förklaringarna. I bedömningen ska hänsyn tas till de uppräknade exemplen av vad förklaringarna kan avse. Den upphandlande myndigheten får bara förkasta anbud om ”*de ingivna bevisen*” inte ger en tillfredsställande förklaring till det låga anbudet.⁷⁶

Den största nyheten i artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet är att upphandlande myndigheter åläggs en skyldighet att förkasta anbud som är onormalt låga på grund av att anbudsgivaren inte uppfyller skyldigheterna i artikel 18.2. I artikel 18.2 stadgas att miljö-, social-, och arbetsrättsliga skyldigheter som har fastställts bland annat i nationell rätt eller inom EU måste iakttas vid fullgörandet av offentliga kontrakt.⁷⁷ Ett sådant fall skulle till exempel kunna vara att anbudsgivaren använder sig av arbetskraft i strid med EU-rätten och därför kan lämna ett onormalt lågt anbud. Det krävs dock att den upphandlande myndigheten kan fastställa att det är av den anledningen som anbudet är onormalt lågt.⁷⁸

4.5 Innebörden av begreppet onormalt lågt anbud

Vad som utgör ett onormalt lågt anbud är inte klarlagt. Det finns ingen definition av begreppet, varken i LOU, i det klassiska direktivet eller i det nya upphandlingsdirektivet. Istället måste en bedömning göras i varje enskilt fall, med utgångspunkt i vad som upphandlas i just det specifika fallet.⁷⁹ Konkurrensverket har uttalat att prövningen av huruvida ett anbud

⁷⁵ <http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1332482&t=d&l=en> Hämtad: 2014-02-12 kl. 09.15.

⁷⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, art. 69.

⁷⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, art. 69.

⁷⁸ Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, s. 489.

⁷⁹ Prop. 2006/07:128, s. 407.

är onormalt lågt bör utgå från marknadspriset för den aktuella varan, tjänsten eller byggentreprenaden. Om anbudet ligger under marknadspris eller under produktionskostnaden kan anbudet anses som onormalt lågt.⁸⁰ Även Falk anser att ett anbud är onormalt lågt om det ligger väsentligt under marknadspriset eller under självkostnadspris för framställandet av det som upphandlas.⁸¹ Ledning för huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger kan också hämtas genom information från branschorganisationer eller genom att jämföra anbud i liknande upphandlingar och anbud i den aktuella upphandlingen menar Konkurrensverket.⁸² Ett anbud med mycket lågt pris är dock inte automatiskt att anse som onormalt lågt. För att det ska vara fråga om ett onormalt lågt anbud krävs, enligt Konkurrensverket, också att anbudet inte kan anses vara seriöst menat.⁸³ Arrowsmith menar att ett anbud som, på grund av sina förmånliga villkor, väcker misstanke om att anbudsgivaren inte kommer att klara av att leverera i enlighet med det offererade priset ska anses utgöra ett onormalt lågt anbud.⁸⁴

Det kan finnas olika skäl till varför anbudsgivare lämnar låga anbud eller till och med så kallade nollbud. Ett rationellt skäl kan till exempel vara att anbudsgivaren försöker etablera sig på en ny marknad. Enligt Falk kan ett sådant anbud inte förkastas om det är sannolikt att anbudsgivaren kommer att klara av att leverera i enlighet med anbudet.⁸⁵ Lundvall och Pedersen anser att det inte alltid är klandervärt att en anbudsgivare offererar till underpris. Om anbudsgivaren däremot inte har för avsikt att leverera i enlighet med det låga anbudet kan anbudsgivarens agerande klandras som icke affärsmässigt.⁸⁶

4.5.1 Bevisbördans placering

Det är inte bara oklarheter runt innebörden av begreppet onormalt lågt anbud som kan föranleda problem. Det råder även tveksamheter om vilken av parterna som har bevisbördan för huruvida ett anbud är onormalt lågt och därmed kan förkastas. Enligt Lundvall och Pedersen tyder EU-domstolens praxis på att det föreligger en presumtion att ett onormalt lågt anbud får förkastas och att det är upp till anbudsgivaren att visa motsatsen. För det första ska den upphandlande myndigheten visa att anbudet är onormalt lågt. Bevisbördan går sedan över

⁸⁰ Lundvall och Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2011:1, s. 30.

⁸¹ Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 406.

⁸² Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling, om lagöverträdelse som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 65 f.

⁸³ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. / Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s. 6.

⁸⁴ Arrowsmith, *The law of Public and Utilities Procurement*, s. 531 f.

⁸⁵ Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 406.

⁸⁶ Lundvall och Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2011:1, s. 43.

på anbudsgivaren som ska visa att anbudet är seriöst menat, att denne klarar av att leverera till det offererade priset och att anbudet därför inte är att betrakta som onormalt lågt. Lundvall och Pedersen menar således att EU-domstolen förefaller ha ansett bevisbördan vara delad mellan parterna.⁸⁷ Konkurrensverket har dock i ett yttrande påpekat att EU-domstolen aldrig har uttalat sig om hur bevisbördan ska placeras, utan att den endast har fastslagit att det kontradiktoriska förfarandet alltid måste tillämpas.⁸⁸

Vidare menar Lundvall och Pedersen att svenska domstolar, genom hur 12 kap. 3 § LOU har tillämpats, har ålagt upphandlande myndigheter bevisbördan för att ett onormalt lågt anbud föreligger. Lundvall och Pedersen anser att upphandlande myndigheter i praxis även har ålagts bevisbördan för att anbudsgivarens förklaring till det låga anbudet var otillfredsställande och att anbudsgivaren inte kommer att klara av att leverera i enlighet med anbudet.⁸⁹ Pedersen menar att de beviskrav som har ställts i svensk praxis är mycket höga och att upphandlande myndigheter därför endast i liten utsträckning använder sig av möjligheten att förkasta onormalt låga anbud.⁹⁰ Även Konkurrensverket anser att det, på grund av hur svenska domstolar placerat bevisbördan, är svårt för upphandlande myndigheter att använda sig av möjligheten att förkasta onormalt låga anbud. Konkurrensverket har därför föreslagit att bevisbördans placering ändras. Det föreslås att den part som har störst möjligheter att visa något bör åläggas bevisbördan för just det rättsfaktumet.⁹¹ Konkurrensverket anser att upphandlande myndigheter bör ha bevisbördan för att anbud är misstänkt låga, eftersom de bäst vet vilken prisnivå övriga anbud i upphandlingen ligger på. Upphandlande myndigheter bör också åläggas bevisbördan för att det kontradiktoriska förfarandet har tillämpats, att leverantörens förklaring av det låga anbudet inte var tillfredsställande och att det därför får förkastas.⁹² Slutligen föreslår Konkurrensverket att bevisbördan för att ett lågt anbud är

⁸⁷ Lundvall och Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2011:1, s. 68 f.

⁸⁸ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s. 10.

⁸⁹ Lundvall och Pedersen, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2011:1, s. 69.

⁹⁰ Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 114.

⁹¹ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s.13.

⁹² Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling, om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, s. 67 och 70.

seriöst menat ska placeras på anbudsgivaren, eftersom denne har information om produktionskostnader och dylikt.⁹³

I ett nyligen avgjort mål från Kammarätten i Göteborg gick domstolen på Konkurrensverkets linje och placerade bevisbördan för att ett lågt anbud var seriöst menat på anbudsgivaren.⁹⁴ Det är första gången i Sverige som anbudsgivaren har ålagts bevisbördan för anbudets seriositet. Domen har kallats banbrytande och har ansetts medföra att osäkerheten om när anbud får förkastas med stöd av 12 kap. 3 § LOU har försvunnit.⁹⁵ Genom att domstolen ålade anbudsgivaren bevisbördan för att anbudet var seriöst menat kan det diskuteras huruvida domstolen avsåg att bevisbördan skulle anses delad mellan parterna.omens betydelse för rättsläget och frågan om svenska domstolar kommer att justera bevisbördans placering till att vara delad mellan parterna behandlas vidare i avsnitt 6.3.

⁹³ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s. 14.

⁹⁴ Kammarätten i Göteborg mål nr 2598-2601-13, dom 2013-10-18, Göteborgs Stads Upphandlings AB mot Byggfram Entreprenad AB, Erlandsson Bygg i Väst AB, Rune Adielsson Byggnads AB och Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB.

⁹⁵ <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.541537/ett-osakerhetsmoment-mindre?queryText=banbrytande%20dom>
Hämtad: 2014-01-24 kl. 11:00.

5 Praxis

5.1 Inledning

För att kunna besvara problemformuleringen, särskilt frågorna om bevisbördans placering och innebörden av begreppet onormalt låga anbud, hämtas ledning främst från rättsfall. Här nedan följer därför referat av de rättsfall som bedöms ha betydelse för analysen. Först presenteras relevanta mål från EU-domstolen och sedan mål från svenska domstolar. Högsta förvaltningsdomstolen har inte prövat något fall om bevisbördans placering i mål om onormalt låga anbud.⁹⁶ Inte heller mål där vad som ska förstås med begreppet onormalt låga anbud behandlas har tagits upp till prövning av Högsta förvaltningsdomstolen, varför mål från kammarrätterna är vägledande och tillmäts således stor betydelse i analysen. Tyngden ligger därför vid att redogöra för kammarrätternas domskäl och domslut. Som tidigare har förklarats i metodavsnittet tillmäts även uttalanden från dåvarande länsrätterna och förvaltningsrätterna i vissa fall betydelse och i de aktuella rättsfallsreferaten redogörs därför också ingående för förstainstansernas domskäl och domslut.⁹⁷

5.2 EU-domstolen

5.2.1 *Transporoute*⁹⁸

Conseil d'État i storhertigdömet Luxemburg begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen bland annat avseende tolkningen av den då gällande artikel 29.5 om onormalt låga anbud i direktiv 71/305/EEG. Det belgiska företaget Transporoute hade lämnat det lägsta anbudet i en upphandling, vilket dock förkastades bland annat för att anbudet ansågs onormalt lågt. Istället antogs det anbud som ansågs vara det ekonomiskt mest fördelaktiga och som hade lämnats av ett konsortium av företag från Luxemburg. Transporoute väckte talan vid den nationella domstolen och menade att upphandlingsbeslutet skulle upphävas, eftersom det stred mot direktivet att förkasta anbudet. Den nationella domstolen ställde två frågor till EU-domstolen om tolkningen av de EU-rättsliga reglerna. Den ena frågan var huruvida en upphandlande myndighet var skyldig att begära förklaring av en anbudsgivare om den upphandlande myndigheten ansåg att anbudet uppenbart var onormalt lågt eller om den

⁹⁶ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. ./.. Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s. 11.

⁹⁷ Se avsnitt 1.4.

⁹⁸ EU-domstolen i mål 76/81 *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982.

upphandlande myndigheten hade rätt att själv välja om det var nödvändigt att begära förklaring.

EU-domstolen påpekade att artikel 29.5 om onormalt låga anbud i direktiv 71/305/EEG syftade till att ge anbudsgivare ett skydd mot den upphandlande myndighetens godtycke. Bestämmelsen i artikel 29.5 innebar visserligen att den upphandlande myndigheten själv fick besluta om de förklaringar som anbudsgivaren hade lämnat var godtagbara eller inte. Bestämmelsen innebar däremot inte att den upphandlande myndigheten hade rätt att förkasta ett anbud utan att först ha begärt en förklaring från anbudsgivaren. Om det skulle ha varit upp till den upphandlande myndigheten att bestämma om det var nödvändigt att begära förklaringar innan ett anbud förkastades skulle inte syftet med artikel 29.5 ha kunnat uppnås, framhöll EU-domstolen.⁹⁹

I målet fastslog EU-domstolen grundregeln att en upphandlande myndighet är skyldig att begära förklaringar från anbudsgivaren avseende dennes anbud, i de fall den upphandlande myndigheten anser att anbudet är onormalt lågt i förhållande till den tjänst som upphandlingen avser. Förklaringarna ska begäras före det att ett tilldelningsbeslut fattas och anbudsgivaren ska också ges en skälig tid för att lämna sina förklaringar till det låga anbudet.¹⁰⁰

5.2.2 Fratelli Costanzo¹⁰¹

Twisten vid den nationella domstolen hade sin grund i att Milano kommun genomförde en upphandling av bygg- och anläggningsarbeten av ett fotbollsstadion inför VM 1990. I de italienska bestämmelserna om onormalt låga anbud föreskrevs att ett anbud med en procentuell rabatt som överskred genomsnittet av de tillåtna anbud, utökat med en procentsats som skulle anges i meddelandet om upphandling, ansågs som onormalt låga. I den aktuella upphandlingen angavs att *”anbud som överskred det grundbelopp som fastställts som pris för arbetena med en procentsats som i förhållande till detta grundbelopp låg mer än 10 procent under den genomsnittliga procentsats med vilken de tillåtna anbuden överskred nämnda belopp”*¹⁰² De anbud som inte översteg grundbeloppet och var lägre än tio procent av den genomsnittliga procentsats som de tillåtna anbuden översteg grundbeloppet med skulle alltså automatiskt förkastas. Fratelli Costanzos anbud var lägre än grundbeloppet, varför det

⁹⁹ EU-domstolen i mål 76/81 *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982, p. 17.

¹⁰⁰ EU-domstolen i mål 76/81 *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982, p. 18.

¹⁰¹ EU-domstolen i mål 103/88 *Fratelli Costanzo*, av den 22 juni 1989.

¹⁰² EU-domstolen i mål 103/88 *Fratelli Costanzo*, av den 22 juni 1989, p. 9.

förkastades och upphandlingskontraktet tilldelades den leverantör som hade lämnat det lägsta anbudet av de anbud som uppfyllde de villkor som föreskrevs i meddelandet om upphandlingen. Fratelli Costanzo väckte talan vid nationell domstol eftersom det ansåg att de italienska reglerna stod i strid med artikel 29.5 i direktivet. En av frågorna som den nationella domstolen ställde till EU-domstolen var om de italienska reglerna som innebar att anbud automatiskt förkastades utifrån matematiska kriterier var förenliga med artikel 29.5 i direktivet eller om det i de nationella reglerna skulle anges att upphandlande myndigheter var skyldiga att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet.

EU-domstolen påpekade att syftet med direktivet var att främja effektiv konkurrens. Vidare framhöll domstolen att syftet med artikel 29.5 var att ge anbudsgivare en chans att förklara seriositeten i låga anbud. Detta syfte skulle inte uppnås om tillämpningen av ett matematiskt uteslutningskriterium tilläts, eftersom det innebar att anbudsgivare inte fick möjlighet att förklara sina låga anbud.¹⁰³ Därutöver fastslog EU-domstolen att medlemsstaterna fick föreskriva att undersökning ska göras även av anbud som är onormalt låga. Anbudsgivare ska alltid ges en möjlighet att förklara sina anbud om den upphandlande myndigheten har för avsikt att förkasta anbud på grund av att de är onormalt låga. Domstolen slog därmed fast att det kontradiktoriska förfarandet inte bara ska tillämpas när anbud är uppenbart onormalt låga, utan även när den upphandlande myndigheten har för avsikt att förkasta anbud på grund av att de är onormalt låga.¹⁰⁴

5.2.3 Lombardini och Mantovani¹⁰⁵

De två italienska bolagen Lombardini och Mantovani hade lämnat anbud i två upphandlingar avseende arbeten på italienska motorvägar. I italiensk lag föreskrevs att upphandlande myndigheter hade en skyldighet att kontrollera anbud som ansågs onormalt låga. Det var vanligt att anbud lämnades i form av en rabattsats av ett i förväg fastställt grundvärde. Anbud som var större än en särskilt framräknad rabattsats ansågs som onormalt låga. Hur den särskilda rabattsatsen skulle framräknas enligt italiensk lag innebar att det inte på förhand gick att veta var gränsen för onormalt låga anbud skulle gå. I förfrågningsunderlaget till de två upphandlingarna framgick att anbudsgivare, i samband med anbudslämnandet, i ett separat kuvert skulle lämna förklaringar till det offererade priset motsvarande minst 75 % av

¹⁰³ Sundstrand, Andrea, *EG-domstolens domar om offentlig upphandling*, uppl. 1 (2006), Norstedts Juridik AB, s. 89.

¹⁰⁴ EU-domstolen i mål 103/88 *Fratelli Costanzo*, dom av den 22 juni 1989, p. 26-27.

¹⁰⁵ EU-domstolen i de förenade målen C-285/99 och 286/99 *Lombardini och Mantovani*, dom av den 27 november 2001.

grundbeloppet av upphandlingen. Endast för de anbud som understeg gränsen för vad som ansågs som onormalt låga anbud skulle kuverten med förklaringarna öppnas och kontrolleras av den upphandlande myndigheten. Den italienska upphandlande myndigheten förkastade både Lombardinis och Mantovanis anbud och angav att anbuden var onormalt låga samt att de bifogade förklaringarna som bolagen hade lämnat var otillräckliga. Inget av bolagen gavs tillfälle att i efterhand lämna ytterligare förklaring till de lämnade anbuden. Både Lombardini och Mantovani ansåg att den upphandlande myndigheten hade brutit mot den då gällande artikel 30.4 i direktiv 93/37/EEG och överklagade upphandlingsbesluten. Den nationella domstolen ställde ett antal tolkningsfrågor till EU-domstolen. Frågorna rörde bland annat om de italienska bestämmelserna, vilka inte tillät att anbudsgivare förklarade sitt anbud efter det att anbudet hade öppnats och där anbudsgivarna inte på förhand kände till tröskelvärdet för vad som skulle anses vara onormalt lågt, stod i strid med direktivet.

EU-domstolen påpekade som utgångspunkt att direktiv 93/37/EEG syftade till att samordna förfaranden vid offentlig upphandling men att medlemsstaterna fick ha egna administrativa regler om onormalt låga anbud eftersom det saknades sådana bestämmelser i direktivet. Det ställdes således inget krav på ett fullständigt system av gemensamma upphandlingsregler inom EU så länge medlemsstaternas nationella bestämmelser medförde att bestämmelserna i direktivet iaktogs. Vidare uttalade domstolen att syftet med direktivet var att skapa effektiv konkurrens, att motverka hinder för etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt att förhindra att inhemska anbudsgivare gavs företräde vid tilldelning av upphandlingskontrakt. För att uppnå dessa syften var upphandlande myndigheter skyldiga att iaktta likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen och öppenhetsprincipen under upphandlingsförfaranden.¹⁰⁶

EU-domstolen gick sedan vidare till att påpeka att det följde av domstolens egen praxis, *Transporoute*, att anbudsgivarna alltid måste ges tillfälle att förklara sitt anbud innan det förkastas på grund av att det är onormalt lågt. Därefter hänvisade domstolen till målet *Fratelli Costanzo* och menade att nationella bestämmelser om matematiska uteslutningskriterier som innebär att anbud automatiskt förkastas står i strid med direktivet.¹⁰⁷ Vidare ansåg domstolen att, som de italienska reglerna föreskrev, kräva att anbudsgivare redan vid anbudslämnandet skulle lämna förklaringar motsvarande åtminstone 75 % av grundbeloppet av upphandlingen

¹⁰⁶ EU-domstolen i de förenade målen C-285/99 och 286/99 *Lombardini och Mantovani*, dom av den 27 november 2001, p. 33-38.

¹⁰⁷ EU-domstolen i de förenade målen C-285/99 och 286/99 *Lombardini och Mantovani*, dom av den 27 november 2001, p. 43-45.

var godtagbart. Det ansågs däremot strida mot direktivet att förkasta onormalt låga anbud genom att endast beakta de förklaringar som hade lämnats i samband med anbudet. Slutligen påpekade domstolen även att det var tillåtet att beräkna tröskelvärdet för vad som ska anses vara onormalt låga anbud genom att använda det genomsnittliga värdet av de anbud som hade lämnats, trots att anbudsgivarna i förväg inte kunde känna till tröskelvärdet. För att en sådan beräkningsmodell skulle vara tillåten krävdes dock att anbudsgivare gavs möjlighet att, innan tilldelningsbeslutet fattades, lämna ytterligare förklaringar till sina anbud. Sammanfattningsvis fastställde således EU-domstolen att upphandlande myndigheter är skyldiga att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet på de anbud som misstänks vara onormalt låga.¹⁰⁸

5.2.4 SECAP¹⁰⁹

Målen rörde upphandlingar av byggtreprenader i Italien, där värdet av upphandlingarna var lägre än tröskelvärdet och upphandlingarna låg därför utanför det direktivstyrda området. I italiensk lag fanns, för sådana förfaranden, en bestämmelse som innebar att onormalt låga anbud automatiskt skulle uteslutas. I de aktuella fallen hade dock den upphandlande myndigheten frångått bestämmelsen och angivit att onormalt låga anbud skulle kontrolleras men inte automatiskt förkastas. Två bolags anbud hade rankats högst i respektive upphandling men förkastades sedan den upphandlande myndigheten hade kontrollerat de onormalt låga anbuden. Bolagen menade att den upphandlande myndigheten, i enlighet med den italienska bestämmelsen, inte hade rätt att tillämpa ett kontradiktoriskt förfarande utan hade en skyldighet att automatiskt förkasta onormalt låga anbud. Den italienska domstolen menade dock att upphandlande myndigheter hade rätt att välja huruvida onormalt låga anbud skulle kontrolleras eller automatiskt förkastas, även vad gällde upphandlingar utanför det direktivstyrda området.

Den nationella domstolen framhöll att det följde av EU-domstolens praxis att upphandlande myndigheter är skyldiga att följa grundläggande regler i fördragen, särskilt principen om icke-diskriminering och att denna skyldighet gäller även i upphandlingar utanför det direktivstyrda området. I en av tolkningsfrågorna undrade den italienska domstolen huruvida det kontradiktoriska förfarandet som föreskrevs i direktivet kunde anses vara en grundläggande EU-rättslig princip. EU-domstolen ansåg att den nationella domstolens frågor rörde huruvida

¹⁰⁸ EU-domstolen i de förenade målen C-285/99 och 286/99 *Lombardini och Mantovani*, dom av den 27 november 2001, p.51, 58, 66 och 73.

¹⁰⁹ EU-domstolen i de förenade målen C-147/06 och C-148/06 *SECAP*, dom av den 15 maj 2008.

grundläggande EU-rättsliga principer inom offentlig upphandling var tillämpliga även för upphandlingar som understeg tröskelvärdet. Till att börja med konstaterades att de detaljreglerade bestämmelserna i direktiven inte var tillämpliga vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området. Fördragets grundläggande regler, framförallt principen om icke-diskriminering, skulle dock ändå tillämpas vid tilldelning av upphandlingskontrakt som var av gränsöverskridande intresse. Den italienska bestämmelsen som innebar att onormalt låga anbud automatiskt förkastades medförde att anbudsgivare inte fick tillfälle att förklara sina anbud och därmed visa att de är seriösa. EU-domstolen menade att anbudsgivare från en annan medlemsstat skulle kunna ha rationella skäl till att lämna låga anbud men dessa skäl inte skulle kunna beaktas av den upphandlande myndigheten på grund av att den italienska bestämmelsen föreskrev att onormalt låga anbud automatiskt skulle förkastas. Den italienska bestämmelsen skulle kunna leda till att anbudsgivare från andra medlemsstater missgynnades, även om bestämmelsen inte var diskriminerande i sig, ansåg EU-domstolen. Den nationella bestämmelsen ansågs också kunna komma att leda till snedvriden konkurrens och svårigheter för anbudsgivare från andra medlemsstater att ta sig in på marknaden, vilket i sin tur kunde strida mot etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster. EU-domstolen påpekade dock att en regel, om att onormalt låga anbud automatiskt skulle uteslutas, kunde godtas om antalet anbud som skulle kontrolleras var så stort att det vore oskäligt betungande för den upphandlande myndigheten att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet.¹¹⁰

5.2.5 SAG¹¹¹

Målet i den nationella domstolen rörde upphandling i Slovakien avseende uppförande av väggtullar. De slovakiska bestämmelserna föreskrev att onormalt låga anbud skulle kontrolleras genom att upphandlande myndighet skulle begära förklaringar av anbudsgivarna. Anbud där förklaringar inte hade inkommit till myndigheten inom tre dagar eller där förklaringarna var otillfredsställande skulle förkastas. Under upphandlingen begärde den upphandlande myndigheten förtydliganden av anbud från två företagskonsortier avseende dels tekniska specifikationer, dels anbudens onormalt låga pris. Konsortierna lämnade förklaringar därom men anbudet förkastades av den upphandlande myndigheten bland annat på grund av att förklaringarna inte ansågs tillfredsställande och att bolagen inte hade uppfyllt alla villkor i förfrågningsunderlaget. Tolkningsfrågorna som den nationella domstolen ställde till EU-

¹¹⁰ EU-domstolen i de förenade målen C-147/06 och C-148/06 *SECAP*, dom av den 15 maj 2008, p. 16, 19-21, 24-28 och 32.

¹¹¹ EU-domstolen i mål C-599/10 *SAG*, dom av den 29 mars 2012.

domstolen rörde främst huruvida den upphandlande myndighetens beslut att förkasta anbudet kunde anses förenligt med icke-diskrimineringsprincipen och offentlighetsprincipen.

EU-domstolen ansåg att den slovakiska domstolen sökte svar på i vilken omfattning upphandlande myndigheter fick eller var skyldiga att begära att anbudsgivare lämnade förklaringar till anbud som ansågs onormalt låga, otydliga eller inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget. Det konstaterades att de unionsrättsliga reglerna om offentlig upphandling har dubbelt syfte. Reglerna i direktiv 2004/18/EG ska garantera fri rörlighet för tjänster och upprätthålla effektiv konkurrens i medlemsstaterna. För att uppnå dessa ändamål krävs att upphandlande myndigheter iakttar likabehandlingsprincipen och öppenhetsprincipen. Vad gäller frågan om upphandlande myndigheters skyldighet att begära förklaringar från anbudsgivare som lämnat onormalt låga anbud uttalade EU-domstolen att det kontradiktoriska förfarandet som föreskrivs i artikel 55 är tvingande. För att motverka godtycke från den upphandlande myndighetens sida har således upphandlande myndigheter en skyldighet att begära förklaringar av onormalt låga anbud. EU-domstolen behandlade även frågan om bevisbördans placering och uttalade att det är anbudsgivaren som har att visa att anbudet är seriöst menat. För att anbudsgivaren ska ha möjlighet att visa detta krävs att den upphandlande myndigheten tydligt anger vad i anbudet som är oklart och därför måste förklaras. Avslutningsvis fastslogs att artikel 55 i direktiv 2004/18/EG innebär ett krav på att det i medlemsstaternas nationella lagstiftning införs en bestämmelse om att upphandlande myndigheter är skyldiga att begära förklaringar från anbudsgivare som har lämnat onormalt låga anbud.¹¹²

5.3 Svenska domstolar

5.3.1 *Killbergs-målet*¹¹³

VHS genomförde en upphandling av kontorsmaterial. Upphandlingen avsåg ett ramavtal och tre leverantörer, med de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, antogs. Anbudet från Killbergs Kontorsvaruhus AB (nedan kallat Killbergs) förkastades av VHS på grund av att det ansågs onormalt lågt. Killbergs begärde att upphandlingsbeslutet skulle upphävas och angav bland annat att bolagets anbud felaktigt hade förkastats. Som grund för sin talan anförde Killbergs att det stred mot likabehandlingsprincipen och det dåvarande kravet på affärsmässighet, vilket stadgades i 1 kap. 4 § ÄLOU, att förkasta anbudet. Killbergs menade

¹¹² EU-domstolen i mål C-599/10 *SAG*, dom av den 29 mars 2012, p.24-25, 28-29, 31 och 45.

¹¹³ Kammarrätten i Stockholm mål nr 236-07, dom 2007-04-05, Verket för högskoleservice mot Killbergs Kontorsvaruhus AB.

att objektivt godtagbara förklaringar till det låga anbudet hade lämnats efter att VHS hade begärt det. Därutöver ansåg Killbergs att upphandlande myndighet var skyldig att samråda med anbudsgivaren innan det slutgiltiga beslutet om att förkasta anbud fattades men att Killbergs inte hade givits denna möjlighet. Vidare hänvisade Killbergs till en rapport av Mikael Slavicek och en artikel skriven av Hans Sylvén och hävdade att det endast är anbudsgivarens förmåga att leverera till det offererade priset som får tillmätas betydelse vid bedömningen av om ett anbud är onormalt lågt. Bolaget påpekade även att det i Eskil Nords kommentar i Karnov till 1 kap. 23 § ÄLOU återfanns stöd för den uppfattningen. Enligt Killbergs förelåg det ingen risk för att leverans inte skulle kunna ske i enlighet med anbudet och således hade VHS inte haft rätt att förkasta anbudet.

VHS invände att någon långtgående samrådsskyldighet inte förelåg och att det slutgiltiga beslutet om förkastande av anbud låg hos VHS. Upphandlande myndigheter är endast skyldiga att ställa frågor till anbudsgivaren så länge det finns oklarheter i anbudet, menade VHS. Det bestreds också att det bara skulle vara leveransförmågan som fick tillmätas betydelse vid bedömningen av huruvida ett anbud är onormalt lågt. VHS framhöll att de priser som Killbergs hade lämnat i anbudet var mycket lägre än både marknadspris och de övriga anbud som hade lämnats i upphandlingen. Dessutom var anbudspriserna mycket lägre än de ordinarie priser som framgick ur bolagets varukatalog. VHS tvivlade därför på om anbudet var seriöst och begärde således förklaringar från Killbergs avseende anledningen till den låga prissättningen. De förklaringar som lämnades var inte tillfredsställande och VHS ansåg därför att det skulle ha stridit mot kravet på affärsmässighet att inte ha förkastat Killbergs anbud.

Länsrätten fann att anbudet var misstänkt lågt men att Killbergs hade visat att det var troligt att bolaget skulle ha klarat av att leverera i enlighet med de offererade priserna. Sammantaget fann länsrätten att Killbergs anbud inte kunde anses onormalt lågt, eftersom förklaringarna var att anse som tillfredsställande och att VHS således inte hade haft rätt att förkasta anbudet.

VHS överklagade länsrättens dom och menade att länsrättens tolkning av regeln om förkastande av onormalt låga anbud inte var ändamålsenlig. Länsrätten hade ansett att det inte var osannolikt att bolaget skulle klara av att leverera till de priser som hade angivits och att Killbergs anbud därför inte var onormalt lågt. I kammarrätten anförde VHS att bedömningen av huruvida ett anbud får förkastas inte bara kan göras utifrån anbudsgivarens leveransförmåga, även om det är en faktor som ska beaktas. Därutöver framhöll VHS att syftet med reglerna om offentlig upphandling, enligt EU-domstolen, är att upprätthålla en

effektiv konkurrens och att anbudsgivare dumpar priserna för att tilldelas ett kontrakt därför inte kan godtas, eftersom det i slutändan drabbar både konkurrenter och köpare. Vidare anförde VHS att de priser som Killbergs angav i anbudet skiljde sig över 2 000 % från medelpriset av övriga anbud i upphandlingen. Killbergs menade att de hade stordriftsfördelar och andra rationella skäl att lämna låga priser men VHS ansåg att det även fanns andra anbudsgivare som var stora aktörer på marknaden och därmed också borde ha haft möjlighet att åtnjuta stordriftsfördelar och kunnat lämna lika låga anbud. Killbergs invände att det inte är anledningen till varför anbudsgivaren har möjlighet att lämna ett lågt anbud som ska tillmätas betydelse vid bedömningen av huruvida ett anbud är att anse som onormalt lågt, utan endast anbudsgivarens leveransförmåga. Killbergs anförde också att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att anbudsgivaren inte kommer att klara av att leverera till det offererade priset, vilket Killbergs menade att VHS inte hade visat.

Kammarrätten började med att hänvisa till EU-domstolens uttalande i *Transporoute* och konstaterade att ändamålet med regeln om förkastande av onormalt låga anbud är att skydda anbudsgivare mot godtycklighet från upphandlande myndigheters sida. Därefter uttalades att det saknas en definition av begreppet onormalt lågt anbud och att en bedömning därför måste göras i varje enskilt fall, med hänsyn till vad upphandlingen avser. I bedömningen ska anbudsgivarens möjlighet att leverera i enlighet med anbudet tillmätas betydelse. Kammarrätten fastslog att den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att de förklaringar som anbudsgivaren lämnat inte är tillfredsställande. Det påpekades att det strider mot kravet på affärsmässighet att förkasta ett anbud utan att den upphandlande myndigheten kan visa att anbudsgivarens förklaring var otillfredsställande. Vad gäller Killbergs anbud ansåg kammarrätten inte att VHS hade lyckats visa att anbudet var oseriöst menat eller att Killbergs inte skulle ha klarat av att leverera i enlighet med anbudet. Kammarrätten bedömde att de förklaringar som Killbergs hade lämnat var tillfredsställande, varför anbudet inte kunde anses som onormalt lågt och VHS hade således inte haft rätt att förkasta anbudet.

5.3.2 Ramböll-målet¹¹⁴

Två kommuner skulle upphandla ramavtal för tekniska konsulter för ett antal olika verksamhetsområden. Tre anbudsgivare ansökte om överprövning av den upphandlande myndighetens beslut eftersom deras anbud hade uteslutits från anbudsutvärderingen. Ett av bolagen, Ramböll i Sverige AB (nedan kallat Ramböll), hade lämnat anbud på 25

¹¹⁴ Kammarrätten i Göteborg mål nr 3356-09, dom 2009-11-04, Ramböll Sverige AB mot Hammarö kommun och Karlstads kommun.

kronor/timme för administrativa tjänster inom nio olika verksamhetsområden. Kommunerna begärde förklaring avseende prissättningen av kategorin administration och Ramböll lämnade en sådan förklaring. Kommunerna förkastade därefter Rambölls anbud på grund av att anbudet ansågs onormalt lågt.

Ramböll menade att anbudsgivaren själv måste få tillämpa vilka priser denne vill och att det är vanligt att leverantörer använder sig av rabatterade priser för att kunna lämna ett attraktivt anbud i offentliga upphandlingar. Vidare framhölls att bestämmelserna om onormalt låga anbud tar sikte på det samlade anbudet, inte på enskilda timpriser. Det måste därför vara tillåtet att lämna olika timpriser för olika kategorier av tjänster för att anbudet sammantaget ska vara konkurrenskraftigt. I upphandlingen hade låga anbud, som inte kunde anses vara marknadsmässiga, lämnats även av andra anbudsgivare men dessa anbud förkastades inte av kommunerna. Ramböll ansåg därför att bolaget hade missgynnats av kommunerna. Slutligen hävdade Ramböll att bolagets interna rutiner medförde att det kunde leverera till det offererade priset och att rabatten därför kunde lämnas utan att det medförde att anbudet skulle betraktas som onormalt lågt.

Kommunerna framhöll att den förklaring som hade erhållits från Ramböll inte var tillfredsställande och att det stod klart att bolaget på ett otillbörligt sätt hade velat skaffa sig fördelar framför andra anbudsgivare genom att lämna ett lågt timpris. Andra anbudsgivare hade offererat timpriser om 95-115 kronor för administrativa tjänster, vilket kommunerna menade kunde förekomma på arbetsmarknaden. 25 kronor/timme ansåg kommunerna dock inte vara en realistisk prisnivå. Det framhölls att det fanns en risk att kostnaderna skulle bli högre för kommunerna än vad Ramböll angett i sitt anbud eftersom vissa konsulter, med högre timlön, skulle komma att utföra även administrativa uppgifter.

Länsrätten fastslog att upphandlande myndigheter har en möjlighet att förkasta onormalt låga anbud sedan förklaring har begärts av anbudsgivaren. Kommunerna ansågs ha fullgjort kravet på att ge Ramböll tillfälle att förklara sitt anbud innan det förkastades. Länsrätten ansåg inte att det framgick av LOU att anbudet skulle betraktas i sin helhet och således kan enskilda timpriser som är onormalt låga föranleda att anbud förkastas. Vidare konstaterades att Rambölls anbud om 25 kronor/timme i kategorin administration var marknadsmässigt onormalt lågt. Det ansågs dock inte visat att anbudet i samma kategori på 95-115 kronor/timme inte skulle kunna förekomma på marknaden eller att de skulle vara onormalt

låga. Länsrätten menade därför att kommunerna inte hade varit skyldiga att förkasta dessa anbud och att kommunerna således inte hade brutit mot LOU.

I kammarrätten anförde Ramböll att det inte finns några bestämmelser i LOU som hindrar att anbudsgivare lämnar anbud som inte kommer att leda till någon vinst. Anbudsgivare kan till och med lämna anbud som medför förlust. Ramböll menade att kommunerna inte hade visat att bolaget inte skulle ha klarat av att leverera i enlighet med det offererade timpriset. Kommunerna invände att timpriset var orealistiskt och att det var viktigt att kunna räkna med att det offererade priset skulle komma att användas i fullföljandet av kontraktet. Kammarrätten konstaterade att kommunerna hade begärt en förklaring av anbudet men att förklaringen inte hade ansetts tillfredsställande. Ramböll hade dock inte fått möjlighet att yttra sig över kommunernas beslut att förkasta anbudet. Vidare ansåg kammarrätten att kommunerna inte hade visat att Ramböll inte skulle ha klarat av att leverera i enlighet med anbudet. Kommunernas förkastande av anbudet riskerade således att orsaka skada för Ramböll och kammarrätten beslutade därför att upphandlingen skulle göras om.

5.3.3 HVB-målen¹¹⁵

Jämtlands kommun avsåg att företa en gemensam upphandling av ramavtal för ett så kallat HVB-hem för vuxna och ett HVB-hem för barn och ungdomar. I förfrågningsunderlaget angavs att anbud skulle lämnas i form av ett dygnspris där priset för behandling av läkare och psykolog skulle exkluderas. Utöver det skulle samtliga priser specificeras, även för behandling av läkare och psykolog. Uppdelningen hade valts av kommunen för att anbud lättare skulle kunna jämföras med varandra, eftersom det annars varierar mellan olika anbudsgivare huruvida priset för behandling av läkare och psykologer räknas med i dygnspriset. Vidare angavs i förfrågningsunderlaget att kommunen skulle anta de anbud med lägst pris. Två bolag, VAL-BO AB (nedan kallat VAL-BO) och Korpbergets Behandlingscenter AB (nedan kallat Korpberget), hade lämnat timpriset noll kronor för tjänsterna behandling av läkare respektive psykolog. Kommunen menade att bolagen inte uppfyllde kraven i förfrågningsunderlaget, eftersom priserna för behandling av läkare och psykolog inte hade exkluderats från det totala dygnspriset. Anbudet uteslöts därför från prövning i upphandlingen. VAL-BO och Korpberget ansåg att deras anbud felaktigt hade uteslutits från anbudsutvärderingen och begärde överprövning i länsrätten.

¹¹⁵ Kammarrätten i Sundsvall mål nr 267-268-09, dom 2009-12-15, VAL-BO AB och Korpbergets Behandlingscenter AB mot Kommunförbundet Jämtlands län.

Länsrätten började med att konstatera att upphandlande myndigheter måste iaktta de grundläggande principer som stadgas i 1 kap. 9 § LOU. Domstolen ansåg att den prissättningsmodell, på vilket sätt anbud skulle anges, som kommunen hade föreskrivit i förfrågningsunderlaget uppfyllde lagens krav på transparens och likabehandling. Bolagens talan lämnades således utan bifall och överprövningen avslogs. VAL-BO och Korpberget överklagade länsrättens domar och menade att de i sina anbud hade exkluderat priser för behandling av läkare. De hävdade att de inte hade några kostnader för läkare och psykologer och att de därför inte hade kunnat ange något annat pris än noll kronor.

Frågan som kammarrätten hade att besvara var om VAL-BO och Korpberget skulle anses ha uppfyllt skakraven i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten påpekade att syftet med upphandlingsreglerna är att möjliggöra konkurrens och att bidra till en effektiv användning av skattemedel. Förfrågningsunderlagets utformning ansågs inte utgöra något hinder mot att lägga nollbud avseende priserna för behandling av läkare och psykolog. Eftersom VAL-BO och Korpberget hävdade att kostnaden för behandling av läkare och psykolog inte hade inkluderats i det angivna dygnspriset ansåg kammarrätten att de hade uppfyllt skakraven i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten beslutade därför att en rättelse av upphandlingen skulle ske genom att en ny utvärdering skulle ske, där bolagens anbud skulle ingå.

Den slutfråga som prövades i kammarrätten var alltså huruvida bolagen hade uppfyllt skakraven i förfrågningsunderlaget och inte huruvida anbuden var onormalt låga. Rättsfallet kan ändå vara till ledning i besvarandet av frågorna i denna uppsats, varför målet har ansetts vara av betydelse för den fortsatta framställningen.¹¹⁶

5.3.4 Byggentreprenad-målen¹¹⁷

En upphandling av ramavtal avseende byggentreprenadarbeten genomfördes av Göteborgs Stad Upphandlings AB (nedan kallat Upphandlingsbolaget). I förfrågningsunderlaget angavs att anbudsgivare skulle bifoga en förklaring till anbud som understeg 300 kronor/timme. Fem anbudsgivare uteslöts från upphandlingen på grund av att de ansågs ha lämnat onormalt låga anbud. Fyra av dessa bolag begärde överprövning av Upphandlingsbolagets beslut att förkasta deras anbud.

¹¹⁶ Se avsnitt 6.3.2.

¹¹⁷ Kammarätten i Göteborg mål nr 2598-2601-13, dom 2013-10-18, Göteborgs Stads Upphandlings AB mot Byggfram Entreprenad AB, Erlandsson Bygg i Väst AB, Rune Adielsson Byggnads AB och Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB.

Det första bolaget, Byggfram Entreprenad AB (nedan kallat Byggfram), hade lämnat ett anbud på 290 kronor/timme och anförde att Upphandlingsbolaget inte hade haft rätt att förkasta anbudet, eftersom Upphandlingsbolaget inte hade angivit i vilket avseende låga anbud skulle förklaras. Byggfram menade att det är den upphandlande myndigheten som har att visa att anbudsgivaren saknar leveransförmåga. Byggfram framhöll också att bolaget hade möjlighet att leverera i enlighet med sitt anbud, även på lång sikt. Det andra bolaget, Erlandsson Bygg i Väst AB (nedan kallat Erlandsson), hade lämnat ett anbud med timpriset 293 kronor och angav i den bifogade förklaringen att det låga anbudet lämnades i syfte att ta nya marknadsandelar. Erlandsson anförde att Upphandlingsbolaget inte hade påstått eller ens visat att bolaget inte skulle klara av att leverera till priset som hade angivits i anbudet. Det tredje bolaget, Rune Adielsson Byggnads AB (nedan kallat RA), hade lämnat ett anbud om 285 kronor/timme och samtidigt bifogat en förklaring, innehållande bland annat kostnadskalkyler. RA menade att Upphandlingsbolaget varken hade visat att anbudet var oseriöst menat eller att bolaget saknade leveransförmåga. Det fjärde bolaget, Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB (nedan kallat Gebab), hade lämnat ett anbud med timpriset 297 kronor. Gebab anförde att bolaget åtnjuter skalfördelar och kostnadseffektivisering genom att teckna avtal som medför stora volymer och att det därför hade möjlighet att lämna ett lågt anbud. Vidare påpekades att Upphandlingsbolaget inte hade visat att Gebab inte skulle klara av att leverera i enlighet med priset i anbudet. Upphandlingsbolaget menade att de fyra bolagens anbud var onormalt låga och att de förklaringar som hade bifogats inte var tillfredsställande. Upphandlingsbolaget ansåg att det var rätt att förkasta anbuderna, eftersom ett antagande av dem skulle ha varit otillbörligt och skulle ha motverkat effektiv konkurrens.

Förvaltningsrätten inhämtade ett yttrande från Konkurrensverket, i vilket främst bevisbördans placering diskuterades. Konkurrensverket konstaterade till en början att det inte föreligger någon skyldighet för upphandlande myndigheter att förkasta onormalt låga anbud. Vidare uttalade Konkurrensverket att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett anbud är att anse som lågt och även att anbudsgivaren har fått tillfälle att lämna förklaringar till det låga anbudet. Bevisbördan för att anbudet, trots det låga priset, är seriöst menat och således inte onormalt lågt ansågs dock åvila anbudsgivaren.¹¹⁸

Förvaltningsrätten anförde att det enligt praxis från EU-domstolen krävs att det kontradiktoriska förfarandet tillämpas innan anbud förkastas, vilket Upphandlingsbolaget

¹¹⁸ Konkurrensverkets yttrande, Byggfram Entreprenad AB m.fl. ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, 2013-03-04, Dnr 83/2013, s. 15 och 19.

ansågs ha fullgjort. Förvaltningsrätten övergick sedan till att pröva frågan huruvida anbudet var onormalt lågt. Domstolen fastslog att det för att ett anbud ska vara onormalt lågt både krävs att priset är mycket lågt och att anbudet är oseriöst menat. Därutöver krävs också att det inte kan anses troligt att anbudsgivaren kommer att leverera i enlighet med anbudet. Förvaltningsrätten fann att det rådde hård konkurrens för att tilldelas det aktuella upphandlingskontraktet och att det hade lett till att låga anbud lämnades. De anbud som förkastades var inte avsevärt lägre än övriga anbud som inkommit i upphandlingen eller den prisnivå som rådde på marknaden i övrigt. Vidare bedömde förvaltningsrätten inte att det fanns anledning att tro att anbudsgivarna saknade leveransförmåga, eftersom bolagen tidigare hade haft ramavtal med Upphandlingsbolaget där priserna hade legat på samma nivå som priserna i anbudet. Anbudet kunde således inte anses onormalt lågt och Upphandlingsbolaget hade därför inte haft rätt att förkasta dem.

Upphandlingsbolaget överklagade förvaltningsrättens dom och hänvisade till att Konkurrensverket, i sitt yttrande i målet, hade fastslagit att syftet med 12 kap. 3 § LOU är att skydda upphandlande myndigheter mot att behöva anta oseriösa anbud. Den fråga som först prövades av kammarrätten var huruvida det fanns anledning att betrakta anbud under 300 kronor/timme som oseriösa. Domstolen ansåg att Upphandlingsbolaget hade visat att det fanns anledning att begära förklaringar av anbudsgivare som lämnat anbud som understeg 300 kronor/timme. Kammarrätten gick sedan vidare till att pröva huruvida bolagen, genom de lämnade förklaringarna, hade lyckats visa att anbudet var seriöst menat. Det konstaterades att det är den upphandlande myndigheten som har att besluta om förklaringarna är tillfredsställande eller inte. Enligt kammarrätten fanns det mycket i fallen som talade för att förklaringarna inte skulle anses tillfredsställande och bolagen hade således inte visat att anbudet var seriöst menat. Därutöver bedömdes Upphandlingsbolaget ha fullgjort kravet på tillämpning av det kontradiktoriska förfarandet och ansågs inte ha brutit mot någon av de grundläggande principerna, varför Upphandlingsbolaget hade haft fog för att förkasta anbudet.

5.3.5 LHI-målet¹¹⁹

Göteborgs Stads Upphandlings AB (nedan kallat Upphandlingsbolaget) genomförde en upphandling avseende ramavtal för tekniska konsulter. Ramavtalet skulle tecknas med nio anbudsgivare och Lennart Henriksson Ingenjörbyrå AB (nedan kallat LHI) rankades som

¹¹⁹ Kammarrätten i Göteborg mål nr 4719-13, dom 2013-11-08, Göteborgs Stads Upphandlings AB mot Lennart Henriksson Ingenjörbyrå AB.

nummer tre i anbudsutvärderingen. I förfrågningsunderlaget angavs att anbudspriser som understeg 650 kronor/timme skulle komma att anses som onormalt låga och att upphandlande myndigheter, enligt 12 kap. 3 § LOU har rätt att förkasta onormalt låga anbud. De bolag som rankades som nummer ett och två i anbudsutvärderingen hade båda lämnat anbud med timpriser som var lägre än 650 kronor. LHI begärde överprövning av tilldelningsbeslutet och menade att Upphandlingsbolaget hade brutit mot transparensprincipen. LHI ansåg att förfrågningsunderlaget hade utformats så att det gav sken av att anbud som understeg 650 kronor/timme skulle förkastas av Upphandlingsbolaget och att bolaget därför inte hade lämnat ett lägre anbud. Hade LHI vetat att anbud med timpriser under 650 kronor inte skulle förkastas hade bolaget lämnat ett lägre anbud och det hade då rankats högre i anbudsutvärderingen. Upphandlingsbolaget menade att förfrågningsunderlaget inte var otydligt utformat och således inte stred mot de grundläggande principerna. Bolagen som rankades som ett respektive två i anbudsutvärderingen hade förklarat sina anbud och de förklaringar som hade inkommit ansåg Upphandlingsbolaget visa att anbuden var seriösa och rimliga.

Frågan som prövades av förvaltningsrätten var huruvida Upphandlingsbolaget hade brutit mot transparensprincipen genom utformningen av förfrågningsunderlaget. Så som förfrågningsunderlaget var utformat hade nivån för vad som skulle anses utgöra ett onormalt lågt anbud redan på förhand bestämts. Förvaltningsrätten menade att det gav sken av att anbud som understeg 650 kronor/timme skulle förkastas och att det var rimligt att anbudsgivare hade uppfattningen att det var en risk att lämna anbud lägre än den nivån. Därutöver hade flera av anbudsgivarna just angett timpriset 650 kronor, vilket förvaltningsrätten ansåg gav ytterligare stöd för att formuleringen var otydlig. Vidare uttalade förvaltningsrätten att ett anbud som i betydande omfattning understiger övriga anbud i upphandlingen eller sedvanliga priser i branschen torde vara att betrakta som onormalt lågt. Den förutbestämda nivån för vad som skulle anses utgöra onormalt låga anbud ansågs i det aktuella fallet var för hög, eftersom mer än hälften av anbudsgivarna hade lämnat anbud som låg under 650 kronor/timme. Förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om på grund av att förfrågningsunderlaget stred mot transparensprincipen.

Upphandlingsbolaget överklagade förvaltningsrättens dom och framhöll i kammarrätten att det till förfrågningsunderlaget hade bifogats en bilaga och att det tydligt angivits att anbud som understeg 650 kronor/timme skulle förklaras i bilagan. Upphandlingsbolaget menade att förfrågningsunderlaget därför inte kunde anses ha vilselett anbudsgivarna och att

transparensprincipen hade iakttagits. Därutöver förklarade Upphandlingsbolaget att den nivå på 650 kronor/timme som hade angivits i förfrågningsunderlaget sattes utifrån ett möte med branschorganisationer. Kammarrätten konstaterade till en början att inget anbud hade förkastats på grund av att det hade ansetts onormalt lågt. Förfrågningsunderlaget bedömdes också vara tydligt utformat och gav anbudsgivare möjlighet att förklara låga anbud. Kammarrätten ansåg dessutom att 650 kronor/timme vara att betrakta som rimligt och fann således att transparensprincipen hade iakttagits. Förvaltningsrättens dom upphävdes eftersom LHI inte hade visat att skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU var uppfyllt.

6 Analys

6.1 Inledning

I det följande analyskapitlet diskuteras de problemformuleringsfrågor som presenterades i avsnitt 1.2. Analyskapitlet är uppdelat i tre delar, i vilka problemformuleringsfrågorna behandlas i tur och ordning. Frågorna besvaras med utgångspunkt i informationen om offentlig upphandling och onormalt låga anbud samt de rättsfall som har presenterats i tidigare kapitel.

6.2 Begreppets innebörd

Ett grundläggande syfte bakom reglerna om offentlig upphandling är som tidigare nämnts att främja effektiv konkurrens. På en marknad där det råder effektiv konkurrens strävar leverantörer bland annat efter att minska sina produktionskostnader. Genom lägre tillverkningskostnader kan de lämna lägre anbud i offentliga upphandlingar, vilket resulterar i en mer effektiv användning av skattemedel. Det finns dock en risk att anbud som anbudsgivaren inte kan leva upp till antas. Antas sådana anbud från oseriösa anbudsgivare kan det leda till att seriösa anbudsgivare konkurreras ut från marknaden eller slutar att delta i upphandlingar. Råder inte effektiv konkurrens drabbas både upphandlande myndigheter och skattebetalare, eftersom utbudet blir sämre och priserna högre.

Upphandlande myndigheters möjlighet att förkasta onormalt låga anbud är ett sätt att undvika att kvalitet eftersätts och att samtidigt främja effektiv konkurrens. Det finns dock en osäkerhet kring vad som ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud, vilket kan medföra att upphandlande myndigheter inte använder sig av möjligheten att förkasta anbud som är onormalt låga. Därutöver finns även en risk att det anses som konkurrensbegränsande om upphandlande myndigheter förkastar ett lågt anbud som skulle ha kunna godtagits, vilket gör att upphandlande myndigheter är försiktiga med att utnyttja möjligheten i 12 kap. 3 § LOU.

Samtidigt vill upphandlande myndigheter undvika att anta anbud som är så låga att kvaliteten riskerar att bli lidande, eftersom det kan leda till ökade kostnader i längden både för den upphandlande myndigheten och för skattebetalarna. Det finns således svårigheter med att fastställa var gränsen går mellan ett lågt anbud och ett onormalt lågt anbud som får förkastas med stöd av 12 kap. 3 § LOU.

För att tydliggöra var gränsen går och för att bidra till att ändamålen bakom upphandlingsreglerna infrias är det av betydelse att begreppet onormalt lågt anbud tydliggörs. Det är dock svårt att bestämma en generell nivå för var gränsen för onormalt låga anbud ska dras. Varje upphandling och varje anbudsgivare skiljer sig åt och vad som är ett lågt anbud för en anbudsgivare kan vara högt för en annan och vice versa. På grund härav får bedömningen av vad som ska betraktas som ett onormalt lågt anbud göras från fall till fall. Min målsättning är således inte att presentera en generell definition av begreppet utan att istället ta fram faktorer som kan indikera att ett anbud som kan vara att anse som onormalt lågt och därmed kan förkastas föreligger.

6.2.1 Anbudsgivarens leveransförmåga

I doktrin har flera författare uttryckt att huruvida ett anbud får förkastas på grund av att det är att betrakta som onormalt lågt ska bedömas med hänsyn till anbudsgivarens leveransförmåga. Vidare har det uttryckts att upphandlande myndigheter inte får förkasta anbud på grund av att de är onormalt låga om det inte föreligger en beaktansvärd risk för att anbudsgivaren inte kommer att klara av att leverera i enlighet med anbudet.¹²⁰ Vid en motsatstolkning medför det att ett anbud inte kan betraktas som onormalt låga om anbudsgivaren har förmåga att leverera i enlighet med anbudet.

Även i praxis återfinns stöd för uppfattningen att bedömningen av huruvida ett anbud är att betrakta som onormalt lågt ska göras med hänsyn till anbudsgivarens förmåga att leverera till det offererade priset. Kammarrätterna uttalade både i *Killbergs-målet* och i *Ramböll-målet* att anbudsgivarens leveransförmåga är av central betydelse för huruvida det föreligger ett onormalt lågt anbud.¹²¹ I *Killbergs-målet* anförde även Killbergs själva argument, hämtade från doktrin, i linje med vad kammarrätten senare konstaterade i domskälen. Trots att vad en enskild part i ett mål har anfört som stöd för sin talan inte är en rättskälla torde viss betydelse kunna tillmätas den doktrin som Killbergs hänvisade till. Argumenten torde i vart fall kunna användas för att belysa att anbudsgivarens leveransförmåga har ansetts betydelsefull vid bedömningen av huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger.

Som har beskrivits ovan återfinns det således både i doktrin och i praxis stöd för att det är anbudsgivarens förmåga att leverera i enlighet med anbudet som är det centrala i bedömningen av om ett anbud ska anses som onormalt lågt eller inte. I vissa fall anses

¹²⁰ Se avsnitt 4.2 och 4.5.

¹²¹ Se avsnitt 5.3.1 och 5.3.2.

anbudsgivarens leveransförmåga till och med vara det enda kriteriet som får tillmätas betydelse vid bedömningen. En sådan ordning innebär att ett anbud endast kan förkastas med stöd av 12 kap. 3 § LOU om det finns en risk att anbudsgivaren saknar leveransförmåga. Härav följer att anbud där det inte föreligger någon risk för att anbudsgivaren skulle sakna leveransförmåga måste antas, även om de är misstänkt låga. Ändamålsenligheten av en sådan tolkning kan diskuteras. Det är svårt för den upphandlande myndigheten att i förväg avgöra huruvida anbudsgivaren kommer att klara av att leverera i enlighet med anbudet. Den bedömning som den upphandlande myndigheten gör blir således hypotetisk och det finns risk att den inte återspeglar verkligheten. Det kan senare visa sig att leverantören saknar leveransförmåga, vilket medför att den upphandlande myndigheten riskerar ökade kostnader då den får försöka anskaffa det som var föremål för upphandlingen på annat håll. Därutöver har den upphandlande myndigheten inte samma insyn i anbudsgivarens verksamhet som anbudsgivaren själv, vilket medför bevissvårigheter. Det finns således en risk att upphandlande myndigheter inte utnyttjar möjligheten att förkasta onormalt låga anbud, eftersom det är svårt att visa att anbudsgivaren saknar leveransförmåga. Det nyss sagda är således ett argument för att anbudsgivarens förmåga att leverera inte bör vara det enda kriteriet som tillmäts betydelse vid bedömningen.

Ytterligare argument för varför leveransförmågan inte bör vara det enda kriteriet som tillmäts betydelse vid bedömningen av huruvida det föreligger ett onormalt lågt anbud är att det finns risk att effektiv konkurrens motverkas. Lämnar en anbudsgivare ett så lågt anbud att kostnaderna för utförandet av tjänsten eller producerandet av varan inte täcks kan anbudsgivaren anses göra sig skyldig till en otillbörlig konkurrensåtgärd. Det är visserligen inte otillåtet att lämna anbud som inte medför någon vinst för anbudsgivaren, till exempel för att ta sig in på en ny marknad. Tillämpas underprissättning däremot i syfte att utestänga konkurrenter från marknaden eller för att slå ut de som redan finns där kan det dock utgöra missbruk av dominerande ställning. Skulle anbudsgivarens leveransförmåga ensamt vara avgörande för huruvida anbud kan förkastas skulle ett sådant otillbörligt beteende kunna rättfärdigas på grund av att anbudsgivaren har förmåga att leverera till underpris, vilket skulle motverka effektiv konkurrens.

Sammanfattningsvis bör, för att det grundläggande syftet med upphandlingsreglerna ska upprätthållas, bedömningen av huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger inte göras endast med hänsyn till anbudsgivarens leveransförmåga. Det bör således inte ställas krav på att anbud där det finns risk att anbudsgivaren saknar leveransförmåga alltid måste förkastas. Inte

heller bör det krävas att låga anbud där anbudsgivaren klarar av att leverera i enlighet med anbudet alltid måste antas. Anbudsgivarens leveransförmåga bör dock tillmätas viss betydelse vid bedömningen eftersom det annars finns risk att kvaliteten blir eftersatt, att leverantören behöver bytas ut eller att andra åtgärder behöver vidtas som medför ökade kostnader för både den upphandlande myndigheten och skattebetalarna.

6.2.2 Marknadspris och nivån på övriga anbud i den aktuella upphandlingen

Två andra faktorer som i doktrin har ansetts vara avgörande för bedömningen av huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger är marknadspris och nivån på övriga anbud i den aktuella upphandlingen. Konkurrensverket har uttalat att bedömningen inte bara kan göras med hänsyn till marknadspriset för det som upphandlas. På grund av att anbudsgivare kan ha rationella skäl till att lämna mycket låga anbud i en upphandling, till exempel för att ta sig in på en ny marknad, menar Konkurrensverket att anbudet också måste vara oseriöst menat för att betraktas som onormalt lågt. Vidare har det föreslagits att ledning till vad som utgör ett onormalt lågt anbud även kan hämtas från branschorganisationer, anbud i jämförbara upphandlingar och anbud i den aktuella upphandlingen.¹²²

Även av domar framgår att bedömningen av om ett anbud är att betrakta som onormalt lågt kan göras utifrån marknadspris och andra anbud i den aktuella upphandlingen. I *Ramböll-målet* gjorde länsrätten en bedömning av huruvida anbud skulle anses som onormalt låga genom en jämförelse med andra anbud i upphandlingen.¹²³ Kammarrätten uttalade dock ingenting om huruvida bedömningen kunde göras på det sättet. I *LHI-målet* tog förvaltningsrätten hänsyn både till nivån av andra anbud i upphandlingen och till marknadspris. Förvaltningsrätten uttalade i rättsfallet att ett anbud är onormalt lågt om det avsevärt underskrider vad som är normala priser för branschen och nivån på övriga anbud som lämnats i upphandlingen.¹²⁴ Inte heller i *LHI-målet* gjorde kammarrätten något uttalande om huruvida dessa faktorer kunde vägas in i bedömningen. Även om kammarrätterna inte i något av fallen befäste vad förstainstanserna hade uttalat gick de heller inte emot vad förstainstanserna hade uttalat och således kan dessa uttalanden tillmätas viss betydelse.

Det finns dock vissa problem med att endast ta hänsyn till marknadspris och nivån på övriga anbud i den aktuella upphandlingen vid bedömningen av huruvida ett anbud utgör ett onormalt lågt anbud. Inom vissa branscher råder hög konkurrens, vilket leder till att priserna

¹²² Se avsnitt 4.5.

¹²³ Se avsnitt 5.3.2.

¹²⁴ Se avsnitt 5.3.5.

pressas nedåt. På en sådan marknad är marknadspriset av naturliga skäl lägre och detta prisläge kommer att återspeglas även i upphandlingar på de områdena. Därutöver kan det förekomma att flera anbudsgivare samarbetar och lämnar mycket låga anbud i syfte att förhindra att en konkurrent tilldelas upphandlingskontraktet. Det är inte osannolikt att anbudsgivarna i en sådan situation varken kan eller vill leverera i enlighet med det lämnade anbudet. Om vi bortser från att en sådan överenskommelse mellan anbudsgivare kan komma att strida mot konkurrenslagen, finns det i ett sådant fall risk att den upphandlande myndigheten kan komma att anta ett anbud som egentligen bör betraktas som onormalt lågt eftersom prisnivån på flera av anbuden i den aktuella upphandlingen är låg. I slutändan riskerar således den upphandlande myndigheten att överenskommelsen med leverantören inte fungerar.

Det är emellertid inte heller lämpligt att helt bortse från marknadspris och nivån på övriga anbud i den aktuella upphandlingen vid bedömningen. Dessa faktorer kan ge viss indikation på att ett misstänkt lågt anbud föreligger som den upphandlande myndigheten närmare borde undersöka för att förhindra att ett onormalt lågt anbud antas.

6.2.3 Sammantagen bedömning

Utifrån vad som har diskuterats ovan kan det konstateras att det finns risker eller problem med att göra bedömningen av huruvida det föreligger ett onormalt lågt anbud utifrån ett kriterium i taget. Beaktande av de olika faktorerna medför dock även vissa positiva effekter, varför de inte helt kan bortses från. På grund härav bör en samlad bedömning göras där hänsyn tas till samtliga de faktorer som har nämnts ovan. Förvaltningsrätten i *Byggentreprenad-målen* gjorde just en sådan samlad bedömning och uttalade att det krävs att priset är mycket lågt, att anbudet inte är seriöst menat och att anbudsgivaren saknar leveransförmåga för att ett anbud ska betraktas som onormalt lågt. Vidare ansåg förvaltningsrätten att huruvida priset är mycket lågt kan bedömas genom att jämföra anbudet med övriga anbud i den aktuella upphandlingen och marknadspris.¹²⁵

Sammanfattningsvis kan det vara problematiskt för upphandlande myndigheter att visa att ett förkastande med stöd av 12 kap. 3 § LOU är tillåtet. De faktorer som har presenterats kan dock utgöra indikationer på att ett onormalt lågt anbud föreligger. Det bör också påminnas om att ett anbud som förefaller mycket lågt inte automatiskt får förkastas utan att det kontradiktoriska förfarandet först har tillämpats. Efter det kontradiktoriska förfarandet ska det

¹²⁵ Se avsnitt 5.3.4.

stå klart för den upphandlande myndigheten om det misstänkt låga anbudet också är att anse som onormalt lågt. Genom att flera faktorer beaktas i bedömningen torde det tydligare framgå huruvida det föreligger ett onormalt lågt anbud. Tyder flera eller alla faktorer på att det är ett onormalt lågt anbud innebär det dessutom att anbudsgivaren har flera aspekter att förklara, vilket ställer högre krav på anbudsgivarens bevisning. Det kan tänkas att anbudsgivaren inte kan lämna tillfredsställande förklaringar avseende alla aspekterna och i en sådan situation får anbudet förkastas. En samlad bedömning av anbudsgivarens leveransförmåga, nivån på övriga anbud i den aktuella upphandlingen, marknadspris och anbudets seriositet torde således även möjliggöra för upphandlande myndigheter att oftare utnyttja möjligheten att förkasta onormalt låga anbud.

6.3 Bevisbördans placering

Varken i LOU, i det klassiska direktivet eller i det nya upphandlingsdirektivet framgår det vilken av parterna som har att visa att det föreligger ett onormalt lågt anbud som får förkastas. I doktrin har det uttalats att det föreligger skillnader mellan hur bevisbördan har placerats av EU-domstolen och av svenska domstolar.¹²⁶ Osäkerheten om vilken part, som i en eventuell process, åläggs bevisbördan och i så fall för vilka omständigheter kan ha negativa effekter både för upphandlande myndigheter och anbudsgivare. För upphandlande myndigheters del kan osäkerheten innebära att möjligheten att förkasta onormalt låga anbud inte utnyttjas i lika stor grad som den skulle kunna, eftersom det är oklart hur omfattande bevisbördan är för att anbud ska kunna förkastas. Oklarheten kan även innebära att anbudsgivare drar sig för att begära överprövning av ett upphandlingsbeslut, eftersom anbudsgivaren inte vet hur långt dennes bevisbörda sträcker sig. Om anbudsgivaren inte begär omprövning av upphandlingsbeslutet tas målet aldrig upp till prövning i domstol, vilket innebär att upphandlingsbeslutet kommer att kvarstå och således kan osäkerheten om bevisbördans placering innebära att anbudsgivare går miste om att tilldelas kontrakt. En diskussion om hur bevisbördan har placerats i praxis från EU-domstolen respektive i praxis från svenska domstolar samt hur bevisbördan bör placeras kan därför vara till ledning både för upphandlande myndigheter och anbudsgivare.

6.3.1 Bevisbördans placering i praxis från EU-domstolen

Lundvall och Pedersen menar att praxis från EU-domstolen tyder på att det föreligger en presumtion för att onormalt låga anbud får förkastas om inte anbudsgivaren visar

¹²⁶ Se avsnitt 4.5.1.

motsatsen.¹²⁷ En sådan tolkning innebär att upphandlande myndigheter först har att visa att omständigheter föreligger som gör att ett anbud är att betrakta som onormalt lågt och att anbudsgivaren sedan ska visa att anbudet inte alls är onormalt lågt. Utifrån en sådan argumentation har, i praxis från EU-domstolen, bevisbördan således ansetts delad mellan parterna. Stöd för denna uppfattning går även att finna i rättsfallet *SAG*, där EU-domstolen uttalade att det är anbudsgivaren som har att "bevisa" att anbudet trots allt är seriöst menat.¹²⁸

Det råder dock delade meningar om huruvida EU-domstolen de facto har uttalat sig om placeringen av bevisbördan vad gäller förkastande av onormalt låga anbud. Konkurrensverket menar i ett yttrande att det saknas vägledning från EU-domstolen avseende bevisbördans placering. Vad gäller EU-domstolens uttalande i rättsfallet *SAG* påpekade Konkurrensverket att uttalandet endast rörde det faktum att det kontradiktoriska förfarandet måste tillämpas.¹²⁹ Det kan därför ifrågasättas om EU-domstolen egentligen någonsin har uttalat sig om vilken av parterna som har bevisbördan och i så fall för vilka omständigheter, vid tillämpning av reglerna om onormalt låga anbud.

Det bör påpekas att EU-domstolen inte i något av de fall som har refererats ovan i avsnitt 5.2 har gjort något konkret uttalande om vilken av parterna som har bevisbördan för en viss omständighet. Däremot har domstolen flertalet gånger fastslagit att det kontradiktoriska förfarandet alltid måste tillämpas innan en upphandlande myndighet fattar det slutgiltiga beslutet att förkasta ett onormalt lågt anbud. I rättsfallen *Transporoute* och *Lombardini och Mantovani* påpekade EU-domstolen att det kontradiktoriska förfarandet ska tillämpas för att anbudsgivaren ska ha en möjlighet att förklara sitt anbud.¹³⁰ Även i rättsfallet *Fratelli Costanzo* konstaterade domstolen att anbudsgivare alltid ska ha en möjlighet att förklara sitt anbud då den upphandlande myndigheten har för avsikt att förkasta det på grund av att anbudet anses onormalt lågt. Dessutom påpekade EU-domstolen att bestämmelsen om förkastande av onormalt låga anbud syftar till att ge anbudsgivare en möjlighet att förklara seriositeten i sitt anbud.¹³¹ Resonemanget i *Fratelli Costanzo* kan tolkas som att EU-domstolen har ansett att det är anbudsgivaren som har att visa att anbudet är seriöst menat.

Även vid upphandlingar utanför det direktivstyrda området har EU-domstolen framhållit vikten av att tillse tillämpningen av det kontradiktoriska förfarandet. I rättsfallet *SECAP*

¹²⁷ Se avsnitt 4.5.1.

¹²⁸ Se avsnitt 5.2.5.

¹²⁹ Se avsnitt 4.5.1.

¹³⁰ Se avsnitt 5.2.1 och 5.2.3.

¹³¹ Se avsnitt 5.2.2.

uttalades att det strider mot grundläggande EU-rättsliga principer, särskilt principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet, att föreskriva regler som automatiskt utesluter anbud under en viss nivå. EU-domstolen påpekade att inte möjliggöra tillämpning av det kontradiktoriska förfarandet kan medföra att anbudsgivare från andra medlemsstater utesluts fast de har rationella skäl till att lämna låga anbud, till exempel på grund av att kostnaderna i den medlemsstaten är lägre överlag.¹³² Upphandlande myndigheter är vidare skyldiga att beakta anbudsgivarens förklaring innan anbudet slutgiltigt förkastas, varför förklaringen kan medföra att anbudet inte längre ska anses som onormalt lågt. Det innebär att för det fall anbudsgivaren, genom sin förklaring, visar att anbudet inte är onormalt lågt kan anbudet inte längre förkastas av den anledningen.

Sammantaget bör EU-domstolen, genom att gång på gång betona vikten av att det kontradiktoriska förfarandet tillämpas, även utanför det direktivstyrda området, anses ha ålagt anbudsgivaren bevisbördan för anbudets seriositet. Härav följer att praxis från EU-domstolen tyder på att bevisbördan för huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger anses vara delad mellan parterna.

6.3.2 Bevisbördans placering i praxis från svenska domstolar

Vad gäller praxis från svenska domstolar förefaller bevisbördan till stor del ha placerats på upphandlande myndigheter. I *Killbergs-målet* påpekade kammarrätten att det skulle strida mot affärsmässighetsprincipen att förkasta ett onormalt lågt anbud utan att den upphandlande myndigheten har visat att de förklaringar som anbudsgivaren har lämnat är otillfredsställande.¹³³ I *Ramböll-målet* ansåg kammarrätten inte att de upphandlande myndigheterna hade visat att anbudsgivaren saknade leveransförmåga och att anbudet därför inte fick förkastas.¹³⁴ I *HVB-målen* var visserligen den fråga som kammarrätten slutligen hade att pröva huruvida anbudsgivaren hade uppfyllt skakraven i förfrågningsunderlaget.¹³⁵ Trots det torde viss ledning ändå kunna dras från domen avseende bevisbördans placering. Kammarrätten uttalade att "*klagandena, som uttryckligen förklarat att någon kostnad för läkare respektive psykolog/psykoterapeut inte inkluderats i dygnspriset*" fick anses ha uppfyllt skakraven. På grund av att anbudsgivarna hade angett att de inte hade inkluderat kostnaden i dygnspriset fick det anses utrett att de inte hade gjort det. Vid en motsatstolkning

¹³² Se avsnitt 5.2.4.

¹³³ Se avsnitt 5.3 1.

¹³⁴ Se avsnitt 5.3.2.

¹³⁵ Se avsnitt 5.3.3.

torde det innebära att den upphandlande myndigheten inte hade lyckats visa att anbudsgivarna hade inkluderat kostnaden för läkare och psykolog i de angivna dygnspriserna.

I svensk praxis har således upphandlande myndigheter ålagts bevisbördan för att de lämnade förklaringarna inte är tillfredsställande, att anbudsgivaren inte kommer klara av att leverera i enlighet med anbudet och att anbudet får förkastas. Om den upphandlande myndigheten inte lyckas visa det kan inte anbudet förkastas med stöd av 12 kap. 3 § LOU. I och med att anbudsgivare, av svenska domstolar, inte har ålagts någon del av bevisbördan kan hela bevisbördan för att ett anbud är onormalt lågt anses ha placerats hos upphandlande myndigheter.

Den placering av bevisbördan för förkastande av onormalt lågt anbud som har varit gällande i svenska domstolar kan komma att ändras i och med en relativt ny dom från Kammarrätten i Göteborg. I *Byggentreprenad-målen* ansågs nämligen bevisbördan, för första gången i svensk praxis, vara delad mellan parterna. Kammarrätten ålade den upphandlande myndigheten bevisbördan för att anbudet var misstänkt lågt och att det därför fanns anledning att begära förklaringar från anbudsgivarna. Vidare påpekades att det sedan är upp till den upphandlande myndigheten att bedöma huruvida förklaringarna är tillfredsställande. Kammarrätten ålade dock bevisbördan för att anbudet är seriöst menat på anbudsgivaren.¹³⁶ Vilken betydelse domen kommer att ha för rättsläget är ännu oklart. Domen överklagades inte till HFD. Inte heller har några senare mål avgjorts där andra förvaltningsdomstolar bekräftar eller går emot Kammarrätten i Göteborgs placering av bevisbördan. På grund av Konkurrensverkets förslag, att den part som har störst möjlighet att visa något åläggs bevisbördan för just den omständigheten,¹³⁷ och Kammarrätten i Göteborgs dom är det troligt att bevisbördan för huruvida det föreligger ett onormalt lågt anbud som kan förkastas, även i svensk rätt, kommer att vara delad mellan parterna. Det finns därför anledning att diskutera hur bevisbördan bör vara placerad och huruvida en delad bevisbörda är mest ändamålsenlig.

6.3.3 Hur bör bevisbördan vara placerad?

I doktrin har det uttalats att de beviskrav som svenska domstolar ställer på upphandlande myndigheter är mycket höga och att det därför är svårt för upphandlande myndigheter att utnyttja möjligheten att förkasta onormalt låga anbud.¹³⁸ Att det ställs höga krav på upphandlande myndigheter att visa att möjligheten i 12 kap. 3 § LOU får utnyttjas är till viss

¹³⁶ Se avsnitt 5.3.4.

¹³⁷ Se avsnitt 4.5.1.

¹³⁸ Se avsnitt 4.5.1.

del ändamålsenligt, eftersom syftet att upprätthålla effektiv konkurrens inte kan tillgodoses om anbud förkastas som skulle kunna ha godtagits. Samtidigt kan en sådan ordning leda till att anbud måste antas trots att de på lång sikt kan leda till ökade extrakostnader för den upphandlande myndigheten. Risken att anbud som kommer att medföra högre kostnader i slutändan kommer att antas är stor om hela bevisbördan placeras hos den upphandlande myndigheten, då det är svårt för upphandlande myndigheter att bevisa att anbudsgivare är oseriösa. I ett sådant fall används inte skattemedel på ett effektivt sätt, vilket innebär att ett av syftena med upphandlingsreglerna förbises. Den ändring av bevisbördans placering, där den part som har störst möjlighet att visa en viss omständighet åläggs bevisbördan för just den omständigheten, som Konkurrensverket har föreslagit torde leda till att upphandlande myndigheter oftare har möjlighet att förkasta anbud med stöd av 12 kap. 3 § LOU, eftersom beviskraven blir färre.

Konkurrensverket föreslog att upphandlande myndigheter bör åläggas bevisbördan för att ett anbud är misstänkt lågt, att det kontradiktoriska förfarandet har tillämpats och att anbudsgivaren inte har lämnat en tillfredsställande förklaring till det låga anbudet. Upphandlande myndigheter har störst möjlighet att visa dessa omständigheter, eftersom det är den upphandlande myndigheten som har störst kännedom om övriga anbud och de eventuella förklaringar som har lämnats av andra anbudsgivare i den aktuella upphandlingen.¹³⁹

Det kan tyckas att även i Konkurrensverkets föreslag om bevisbördans placering ställs höga beviskrav på upphandlande myndigheter. Det bör dock framhållas att EU-domstolen vid flertalet tillfällen har uttalat att ett av de grundläggande syftena med regeln om förkastande av onormalt låga anbud är att skydda anbudsgivare mot upphandlande myndigheters godtycklighet.¹⁴⁰ Det är således av mycket stor vikt att detta syfte upprätthålls. Genom att upphandlande myndigheter åläggs bevisbördan för att ett anbud är misstänkt lågt och för att det kontradiktoriska förfarandet har tillämpats minskar risken att anbud godtyckligt förkastas. En sådan fördelning av bevisbördan torde därför även leda till att huvudsyftet med regeln uppnås och fördelningen är således, i detta hänseende, ändamålsenlig.

Vidare föreslog Konkurrensverket att anbudsgivaren skulle åläggas bevisbördan för att anbudet var seriöst menat. En anledning till att anbudsgivaren anses ha lättast att visa denna omständighet är att anbudsgivaren har bäst insyn i verksamheten. Anbudsgivaren har till

¹³⁹ Se avsnitt 4.5.1.

¹⁴⁰ Se avsnitt 5.2.1, 5.2.3 och 5.2.5.

exempel kunskap om huruvida några kostnadseffektiva produktionsmetoder används som gör att de har möjlighet att lämna låga men likväl seriösa anbud.¹⁴¹ Härav följer att det är mer lämpligt att placera bevisbördan för anbudets seriositet på anbudsgivaren än på den upphandlande myndigheten.

Möjligheten att förkasta onormalt låga anbud har inte bara ansetts syfta till att skydda anbudsgivare från upphandlande myndigheters godtycke, utan även till att skydda upphandlande myndigheter från att behöva anta anbud som är onormalt låga.¹⁴² Om upphandlande myndigheter åläggs bevisbördan även för anbudets seriositet kommer möjligheten att förkasta anbud sällan att kunna utnyttjas. En sådan ordning kan medföra att upphandlande myndigheter kan komma att behöva anta oseriösa anbud, vilket i sin tur innebär en risk att syftet bakom regeln om förkastande av onormalt låga anbud inte tillgodoses.

Sammanfattningsvis bör bevisbördan för huruvida ett onormalt lågt anbud som kan förkastas föreligger vara delad mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren. Om den upphandlande myndigheten åläggs hela bevisbördan riskerar det dubbla syftet med regeln om förkastande av onormalt låga anbud att inte tillgodoses. Det torde därför, enligt min mening, vara mer ändamålsenligt att parterna delar på bevisbördan då risken minskar för att anbudsgivare drabbas av upphandlande myndigheters godtycke, samtidigt som upphandlande myndigheter skyddas mot att behöva anta anbud som är onormalt låga.

6.3.4 Har svenska domstolar förbisett primärrätten?

Efter att det ovan har framkommit att svenska domstolar, åtminstone före *Byggentreprenad-målen*, har placerat hela bevisbördan hos den upphandlande myndigheten ska nu frågan huruvida svenska domstolar har förbisett primärrätten diskuteras. Genom medlemskapet i EU har Sverige en skyldighet att genomföra och tillämpa EU-rätten. Skyldigheten kallas lojalitetsplikten och framgår av artikel 4.3 FEU. Lojalitetsplikten innebär även att medlemsstaterna ska ta hänsyn till allmänna EU-rättsliga principer. En sådan princip är principen om EU-rättens företräde, vilken innebär att för de fall det finns en nationell bestämmelse som står i strid med EU-rätten får den nationella bestämmelsen inte tillämpas. Företrädesprincipen innebär också att domstolar inte får besluta något som strider mot EU-rätten.¹⁴³

¹⁴¹ Se avsnitt 4.5.1.

¹⁴² Se avsnitt 4.3.

¹⁴³ Se avsnitt 3.5.

Det följer av företrädesprincipen att svenska domstolar inte får besluta i strid med vad EU-domstolen har uttalat. Principen om EU-rättens företräde har utformats i praxis från EU-domstolen och utgör därmed sekundärrätt. Genom att svenska domstolar, bortsett från i *Byggentreprenad-målen*, har placerat hela bevisbördan hos den upphandlande myndigheten torde de således anses ha brutit mot företrädesprincipen. Därutöver kan det hävdas att svenska domstolar även brutit mot det klassiska direktivet, vilket också utgör sekundärrätt, eftersom EU-domstolen i praxis har fastslagit att artikel 55 i direktivet medför att bevisbördan är delad mellan parterna. På grund härav torde svenska domstolar anses ha förbisett sekundärrätten.

Frågan som ska besvaras rör dock huruvida svenska domstolar kan anses ha förbisett primärrätten, det vill säga brutit mot Lissabonfördraget. Som framgått ovan har EU-domstolen ansett bevisbördan vara delad mellan parterna medan svenska domstolar inte har ålagt anbudsgivaren någon del av bevisbördan. Genom att inte tillämpa EU-rätten på det vis som EU-domstolen har uttalat att regeln om onormalt låga anbud ska förstås torde svenska domstolar anses ha brutit mot lojalitetsplikten i artikel 4.3 FEU och därmed förbisett primärrätten.

6.4 Effekter av det nya upphandlingsdirektivet

Det nya upphandlingsdirektivet har tillkommit efter att kritik riktades mot att de gamla reglerna var oförutsebara och krångliga. Ytterligare anledningar till att upphandlingsdirektivet sågs över var att säkerställa en mer effektiv användning av offentliga medel och för att främja effektiv konkurrens.¹⁴⁴ I och med det nya upphandlingsdirektivet har bland annat regeln om förkastande av onormalt låga anbud ändrats. Huruvida den nya regeln i artikel 69 kan tänkas leda till ökad effektivitet i upphandlingsförfaranden och större förutsebarhet ska därför diskuteras här nedan.

6.4.1 Kommer artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet att leda till att syftena bakom upphandlingsreglerna tillgodoses?

Den största skillnaden mellan regeln om onormalt låga anbud i artikel 55 i det klassiska direktivet och artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet är att upphandlande myndigheter i vissa situationer nu åläggs en skyldighet att förkasta anbud. Tidigare har upphandlande myndigheter endast haft en möjlighet att förkasta onormalt låga anbud, inte en skyldighet att göra det. Skyldigheten som föreskrivs i artikel 69 inträder då anbudsgivare har brutit mot miljö-, social-, eller arbetsrättslig reglering. Denna skyldighet har tillkommit för säkerställa

¹⁴⁴ Se avsnitt 3.3.1.

att anbudsgivare tar hänsyn till bland annat arbetstagares rättigheter.¹⁴⁵ Utformningen av artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet torde bättre tillgodose ändamålet att garantera efterlevnad av reglering om de grundläggande skyldigheterna eftersom upphandlande myndigheter inte tidigare var skyldiga att förkasta anbud, oavsett orsaken till att de var onormalt låga.

Ett annat ändamål som ska tillgodoses genom regeln i artikel 69 är att främja effektiv konkurrens. En grundläggande förutsättning för effektiv konkurrens är att aktörerna konkurrerar på lika villkor. Om en anbudsgivare kan lämna lägre anbud än övriga på grund av att denne bryter mot sådan reglering avseende de grundläggande skyldigheterna som denne är skyldig att följa föreligger inte lika villkor. I ett sådant fall råder således inte effektiv konkurrens. Genom att upphandlande myndigheter åläggs en skyldighet att förkasta sådana anbud där anbudsgivaren inte till exempel iakttar arbetsrättslig lagstiftning säkerställs att lika villkor föreligger, åtminstone vad gäller sådana grundläggande skyldigheter. Härav följer att regeln i artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet torde bidra till att främja effektiv konkurrens och huvudsyftet med det nya upphandlingsdirektivet torde därför bättre komma att tillgodoses.

Det är dock av mycket stor vikt att anbud som skulle kunna godkännas inte förkastas eftersom det i ett sådant fall inte råder effektiv konkurrens. I artikel 69 stadgas att *”den upphandlande myndigheten ska förkasta anbudet när den fastställt”* att anledningen till att anbudet är onormalt lågt är att de grundläggande skyldigheterna inte iaktas. Utformningen tyder på att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att anbudsgivaren har brutit mot miljö-, social-, eller arbetsrättslig reglering. Kan inte den upphandlande myndigheten lägga fram bevisning som stödjer det får anbudet inte förkastas. I och med utformningen av artikel 69 torde risken att anbud som skulle kunna godkännas förkastas med stöd av att anbudsgivaren anses ha brutit mot grundläggande skyldigheter därmed inte vara särskilt stor. Genom att ålägga upphandlande myndigheter bevisbördan för att anbudsgivare inte iakttar de grundläggande skyldigheterna minskar även risken att anbudsgivare drabbas av upphandlande myndigheters godtycklighet. På grund härav är det lämpligt att placera bevisbördan för att anbudet är onormalt lågt på grund av att de grundläggande skyldigheterna inte iaktas hos den upphandlande myndigheten.

¹⁴⁵ Se avsnitt 4.4.

Vad gäller effekterna förenkling av reglerna och ökad förutsebarhet som det nya upphandlingsdirektivet förväntas medföra kan det diskuteras huruvida artikel 69 kommer att bidra till att uppnå dessa effekter. I artikeln stadgas att upphandlande myndigheter ska begära förklaringar av anbud som förefaller onormalt låga med hänsyn till det som upphandlas.¹⁴⁶ Artikel 55 i det klassiska direktivet är utformad på ett liknande sätt.¹⁴⁷ Varken i det klassiska direktivet eller i det nya upphandlingsdirektivet framgår det således vad som utgör ett onormalt lågt anbud eller vilka faktorer som kan tillmätas betydelse vid bedömningen. Artikel 69 torde därför inte medföra större förutsebarhet än artikel 55 i det klassiska direktivet vad gäller huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger och därmed kan förkastas, såvida det inte rör sig om att anbudet inte uppfyller de grundläggande skyldigheter som har presenterats ovan.

Regeln om förkastande av onormalt låga anbud i det nya upphandlingsdirektivet torde dock kunna anses bidra till ökad förutsebarhet i ett annat hänseende. Till skillnad mot artikel 55 i det klassiska direktivet stadgas det i artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet att anbud bara får förkastas *”när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar”* det låga anbudet. Utformningen av artikeln tyder på att det är de bevis som anbudsgivaren lämnar som ska ligga till grund för om anbudet är seriöst menat eller inte. Det torde innebära att anbudsgivaren åläggs bevisbördan för anbudets seriositet. På grund härav kan utformningen av artikel 69 i det nya upphandlingsdirektivet anses bidra till ökad förutsebarhet, vad gäller bevisbördans placering, eftersom det tydliggörs att anbudsgivaren åläggs en del av bevisbördan.

Under arbetet med det nya upphandlingsdirektivet lade kommissionen fram ett förslag till det nya upphandlingsdirektivet. Förslaget har sedan reviderats och förändringar har skett även vad gäller artikel 69.¹⁴⁸ I förslaget föreskrevs, precis som i det antagna direktivet, att upphandlande myndigheter var skyldiga att förkasta anbud som var onormalt låga på grund av att miljö-, social-, eller arbetsrättslig reglering inte iaktogs av anbudsgivaren. Avseende att säkerställa efterlevnad av de grundläggande skyldigheterna föreligger således inga skillnader mellan förslaget och direktivets slutgiltiga utformning.

En skillnad föreligger dock beträffande i vilka situationer upphandlande myndigheter är skyldiga att begära förklaringar av anbudsgivare avseende misstänkt låga anbud. I

¹⁴⁶ Se avsnitt 4.4.

¹⁴⁷ Se avsnitt 4.2.

¹⁴⁸ Se avsnitt 3.3.1.

kommissionens ursprungliga förslag angavs, istället för att förklaring ska begäras när anbudet förefaller onormalt lågt i förhållande till det som upphandlas, att upphandlande myndigheter skulle vara skyldiga att begära förklaringar om tre villkor var uppfyllda. Skyldigheten föreslogs uppkomma om anbudet var minst 50 procent lägre än genomsnittet av övriga anbud som hade lämnats i upphandlingen, om anbudet var minst 20 procent lägre än det näst lägsta anbudet och om minst fem anbudsgivare hade lämnat anbud i upphandlingen. Samtliga tre villkor var tvungna att vara uppfyllda för att skyldigheten att begära förklaringar skulle inträda. Förslaget tycks således ha inneburit att en jämförelse skulle göras mellan de olika anbuden i den aktuella upphandlingen för att få ledning i huruvida det föreligger ett onormalt lågt anbud som kan förkastas. Utöver kravet på att förklaring skulle begäras om de tre villkoren var uppfyllda föreslogs också att den upphandlande myndigheten skulle ha en möjlighet, men inte en skyldighet, att begära förklaringar i de fall ett anbud av andra skäl föreföll onormalt lågt.

Det kan ifrågasättas om den revidering som har gjorts av artikel 69 kommer att leda till att ändamålen med det nya upphandlingsdirektivet lättare uppnås eller om kommissionens ursprungliga förslag bättre hade tillgodosett syftena bakom upphandlingsreglerna. Genom de tre villkoren som angavs i förslaget presenterades faktorer som kan indikera att det föreligger ett onormalt lågt anbud, vilket såväl anbudsgivare som upphandlande myndigheter hade kunnat ta ledning av. Kommissionens ursprungliga förslag torde således ha inneburit ett förtydligande av regeln om förkastande av onormalt låga anbud. Genom att de tre villkoren har tagits bort i det antagna direktivet kan det å ena sidan hävdas att det, i den antagna artikel 69, saknas en utgångspunkt för vad som kan bedömas som ett onormalt lågt anbud. Det finns därför en risk att den oförutsebarhet som råder vad gäller vad som ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud kvarstår. Å andra sidan, vilket har framhållits ovan i avsnitt 6.2, bör inte bedömningen av huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger endast göras med utgångspunkt i en jämförelse mellan anbuden i den aktuella upphandlingen.

Vidare kan det genom att, som i förslaget, ange villkor som ska vara uppfyllda för att en skyldighet att begära förklaringar ska inträda finnas en risk att villkoren uppfattas som en definition av begreppet onormalt låga anbud. Det skulle kunna leda till uppfattningen att alla anbud som uppfyller de tre villkoren är att betrakta som onormalt låga och därmed ska förkastas. I förslaget angavs dock att uppfyllelse av de tre villkoren inte skulle medföra en skyldighet att förkasta anbudet, utan endast en skyldighet att begära förklaring av anbudet.

Anbudsgivaren skulle således fortfarande ha en möjlighet att lämna en tillfredsställande förklaring, vilken skulle medföra att anbudet inte fick förkastas.

Sammanfattningsvis torde de tre villkoren som föreskrevs i kommissionens ursprungliga förslag ha medfört ett förtydligande av begreppet onormalt lågt anbud och en ökad förutsebarhet. På grund härav hade det varit mer ändamålsenligt att de tre villkoren hade behållits i det antagna direktivet. Den slutgiltiga utformningen av artikel 69 torde dock främja effektiv konkurrens och leda till ökad förutsebarhet vad gäller bevisbördans placering. Artikel 69 kan således förväntas medföra att syftena bakom upphandlingsreglerna till viss del bättre tillgodoses.

6.4.2 Varför föreskrivs inte ännu strängare regler för onormalt låga anbud i det nya upphandlingsdirektivet?

Slutligen kan det ifrågasättas varför det nya upphandlingsdirektivet inte går längre och föreskriver ännu strängare regler för onormalt låga anbud. EU-parlamentets föredragande Marc Tarabella har uttalat att de nya reglerna kommer att sätta stopp för onormalt låga anbud.¹⁴⁹ Frågan är om det kommer att bli effekten av artikel 69 och om det är en effekt man överhuvudtaget vill uppnå.

Inom offentlig upphandling eftersträvas både främjande av effektiv konkurrens och en effektiv användning av offentliga medel. En effektiv användning av offentliga medel innebär bland annat att upphandlande myndigheter strävar efter mesta möjliga valuta och således efter att undvika ekonomiska förluster. Båda dessa intressen ska alltså tillgodoses i upphandlingsförfaranden, vilket innebär att priserna inte kan pressas nedåt hur långt som helst. Samtidigt torde ett absolut stopp för låga anbud inte heller vara lämpligt, eftersom låga anbud är eftersträvansvärda för upphandlande myndigheter. Upphandlande myndigheter måste således göra en bedömning av huruvida ett lågt anbud är ekonomiskt försvarbart att anta. Gränsen mellan vad som är ett onormalt lågt anbud och vad som utgör ett lågt anbud där mesta möjliga valuta uppnås kan emellertid i många fall vara svårdragen.

Att tillämpa en generell definition av vad som utgör ett onormalt lågt anbud skulle dock inte vara ändamålsenligt, eftersom ingen anbudsgivare och ingen upphandling är den andra lik. Även om det finns definitionsproblem torde det emellertid vara lämpligt att ange vissa faktorer som kan indikera att ett onormalt lågt anbud föreligger, vilka upphandlande

¹⁴⁹ Se avsnitt 3.3.1.

myndigheter kan använda i sin prövning av huruvida anbud bör förkastas.¹⁵⁰ Skulle det nya upphandlingsdirektivet däremot ha gått ännu längre och föreskrivit en regel där samtliga anbud under en viss nivå skulle betraktas som onormalt låga och automatiskt förkastas skulle anbudsgivare inte ha möjlighet att förklara sina anbud och därmed omkullkasta presumtionen att de är onormalt låga. En sådan situation skulle innebära att det kontradiktoriska förfarandet inte skulle tillämpas vilket riskerar att strida mot de grundläggande EU-rättsliga principerna, särskilt likabehandlingsprincipen.

¹⁵⁰ Se avsnitt 6.2.

7 Slutsats

Till att börja med kan det konstateras att det inte är lämpligt att försöka fastställa en generell definition, som är tillämplig i alla typer av upphandlingar, av begreppet onormalt lågt anbud. För att underlätta för upphandlande myndigheter att identifiera anbud som riskerar att vara onormalt låga är det istället mer ändamålsenligt att göra en bedömning i varje enskilt fall.

En första faktor att ta hänsyn till vid bedömningen av huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger är anbudsgivarens leveransförmåga. Genom att redan innan anbudet antas försöka fastställa om anbudsgivaren kommer att klara av att leverera till det offererade priset eller inte kan den upphandlande myndigheten minska risken att leveransen sker till högre kostnad eller till lägre kvalitet än förväntat. Det kan dock vara svårt att på förhand bedöma anbudsgivarens leveransförmåga, eftersom den upphandlande myndigheten saknar insyn i anbudsgivarens verksamhet. Det finns därför risk att den hypotetiska bedömningen inte överensstämmer med verkligheten. Bristen på insyn kan även innebära svårigheter för den upphandlande myndigheten att visa att ett onormalt lågt anbud föreligger och att det kan förkastas. Skulle hänsyn endast tas till anbudsgivarens leveransförmåga riskerar dessutom otillbörliga konkurrensåtgärder att kunna rättfärdigas med att anbudsgivaren klarar av att leverera till underpris, vilket i sin tur motverkar syftet med upphandlingsreglerna att främja effektiv konkurrens.

Andra faktorer att beakta vid bedömningen är marknadspris och nivån på övriga anbud i den aktuella upphandlingen. Dessa två faktorer kan vara en indikation på att ett misstänkt lågt anbud föreligger men samtidigt finns en risk att marknadspris och nivån på övriga anbud inte återspeglar prisbilden i verkligheten. Inom vissa branscher råder hög konkurrens, vilket innebär att priserna naturligt kommer att vara låga. Därutöver kan det hända att flera anbudsgivare lämnar låga anbud utan att ha för avsikt att leverera till det offererade priset, vilket medför att prisnivån i den aktuella upphandlingen kommer att vara låg. På grund härav är det lämpligt att även beakta anbudens seriositet vid bedömningen av huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger.

Sammanfattningsvis torde en sammantagen bedömning leda till att ett misstänkt lågt anbud lättare kan identifieras samt att det tydligare torde framgå huruvida det misstänkt låga anbudet även är att betrakta som onormalt lågt. I bedömningen bör hänsyn tas till anbudsgivarens leveransförmåga, marknadspris, nivån på övriga anbud i den aktuella upphandlingen och anbudets seriositet. Genom att flera olika faktorer beaktas ställs också större beviskrav på

anbudsgivaren, vilket kan medföra att möjligheten för upphandlande myndigheter att förkasta onormalt låga anbud kan öka.

Vad gäller frågan om bevisbördans placering vid förkastande av onormalt låga anbud kan det konstateras att EU-domstolen flertalet gånger har uttalat sig om vikten av att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet. Den främsta anledningen till förfarandet är att ge anbudsgivaren möjlighet att förklara sitt anbud och EU-domstolens uttalanden kan således tolkas som ett uttryck för att bevisbördan ska vara delad mellan parterna. Svenska domstolar har däremot ansett att upphandlande myndigheter har bevisbördan för att anbudsgivaren saknar leveransförmåga, att någon tillfredsställande förklaring inte har lämnats och att förkastande av anbud får ske. Svensk praxis tyder således på att upphandlande myndigheter har ålagts hela bevisbördan för att ett onormalt lågt anbud föreligger. För att bättre tillgodose det dubbla syftet med regeln om förkastande av onormalt låga anbud bör, enligt min mening, bevisbördan ändras till att vara delad mellan parterna. Regeln syftar både till att skydda upphandlande myndigheter från att behöva anta onormalt låga anbud och till att skydda anbudsgivare mot godtycklighet från den upphandlande myndighetens sida. En lämplig fördelning av bevisbördan torde vara att den part som har lättast att visa en viss omständighet åläggs bevisbördan för just den omständigheten.

Svenska domstolar har inte, bortsett från i *Byggentreprenad-målen*, placerat någon del av bevisbördan för huruvida ett onormalt lågt anbud föreligger hos anbudsgivaren. Enligt företrädesprincipen får inte svenska domstolar besluta i strid med EU-domstolen. Härutöver är svenska domstolar, enligt lojalitetsplikten i artikel 4.3 FEU, skyldiga att genomföra och tillämpa EU-rätten. Genom att svenska domstolar, till skillnad mot EU-domstolen, inte har ansett bevisbördan vara delad mellan parterna kan det således hävdas att de har förbisett såväl sekundärrätten som primärrätten.

Beträffande effekterna av det nya upphandlingsdirektivet finns det anledning att anta att flertalet av de bakomliggande syftena med reglerna om offentlig upphandling kommer att tillgodoses. Skyldigheten att i vissa fall förkasta anbud som föreskrivs i artikel 69 torde leda till att huvudsyftet med upphandlingsreglerna, att främja effektiv konkurrens, bättre tillgodoses eftersom det nya upphandlingsdirektivet säkerställer lika villkor mellan anbudsgivarna, åtminstone vad gäller efterlevnad av de grundläggande skyldigheterna.

Utöver förtydligandet att förkastande ska ske om ett anbud är onormalt lågt på grund av försummelse av de grundläggande skyldigheterna, kan det dock ifrågasättas huruvida det nya

upphandlingsdirektivet kommer att leda till större förutsebarhet vad gäller vad som ska förstås med begreppet onormalt lågt anbud eller vilka faktorer som bör tillmätas betydelse vid bedömningen. Däremot torde de tre villkor som angavs i kommissionens ursprungliga förslag ha bidragit till ökad förutsebarhet och till ett förtydligande av begreppet onormalt lågt anbud, varför de med fördel kunde ha behållits i det antagna direktivet. Det finns dock anledning att anta att det nya upphandlingsdirektivet kommer att medföra en ökad förutsebarhet vad gäller bevisbördans placering, eftersom det i artikel 69 tydliggörs att anbudsgivaren har bevisbördan för att anbudet är seriöst menat.

Slutligen är den slutsats som kan dras avseende varför det i det nya upphandlingsdirektivet inte föreskrivs ännu strängare regler för onormalt låga anbud att det inte torde vara lämpligt att införa ett absolut krav på ett automatiskt förkastande av onormalt låga anbud. För det fall en regel hade införts som innebar att onormalt låga anbud automatiskt förkastades skulle anbudsgivarna fråntas möjligheten att förklara sitt anbud och därigenom visa att det var seriöst menat. Det skulle även innebära att det kontradiktoriska förfarandet inte skulle tillämpas, vilket skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

8 Källförteckning

Offentligt tryck

EU-direktiv

Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts

Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts

Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten

Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor

Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM (2011) 896 slutlig, 2011-12-20

Propositioner

Prop. 1992/93:88 *om offentlig upphandling*

Prop. 2006:07/128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*

SOU

SOU 2001:31 *Mera värde för pengarna*

SOU 2011:73 *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen*

SOU 2013:12 *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*

Rättsfall

EU-domstolen

Mål 6/64 *Costa mot ENEL*, dom av den 15 juli 1964

Mål 76/81 *Transporoute*, dom av den 10 februari 1982

Mål 103/88 *Fratelli Costanzo*, dom av den 22 juni 1989

Mål C-76/97 *Tögel*, dom av den 24 september 1998

De förenade målen C-285/99 och 286/99 *Lombardini och Mantovani*, dom av den 27 november 2001

Mål C-513/99 *Concordia Bus Finland*, dom av den 17 september 2002

Mål C-19/00 *SIAC Construction*, dom av den 18 oktober 2001

Mål C-92/00 *Hospital Ingenieure*, dom av den 18 juni 2002

De förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, dom av den 3 mars 2005

De förenade målen C-147/06 och C-148/06 *SECAP*, dom av den 15 maj 2008

Mål C-599/10 *SAG*, dom av den 29 mars 2012

Svenska domstolar

Kammarrätten i Stockholm mål nr 236-07, dom 2007-04-05, Verket för högskoleservice mot Killbergs Kontorsvaruhus AB

Kammarrätten i Göteborg mål nr 3356-09, dom 2009-11-04, Ramböll Sverige AB mot Hammarö kommun och Karlstads kommun

Kammarrätten i Sundsvall mål nr 267-268-09, dom 2009-12-15, VAL-BO AB och Korpbergets Behandlingscenter AB mot Kommunförbundet Jämtlands län

Kammarrätten i Stockholm mål nr 740-11, dom 2011-06-28, Berendsen Textil Service AB mot Stockholms läns landsting

Kammarrätten i Göteborg mål nr 2598-2601-13, dom 2013-10-18, Göteborgs Stads Upphandlings AB mot Byggfram Entreprenad AB, Erlandsson Bygg i Väst AB, Rune Adielsson Byggnads AB och Gustav Ericssons Byggnads i Vallda AB

Kammarrätten i Göteborg mål nr 4719-13, dom 2013-11-08, Göteborgs Stads Upphandlings AB mot Lennart Henriksson Ingenjörbyrå AB

Litteratur

Böcker

Arrowsmith, Sue, *The law of Public and Utilities Procurement*, uppl. 2 (2005), Sweet & Maxwell

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, uppl. 4 (2010), Norstedts Juridik AB

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, uppl. 2 (2011), Jure Förlag AB

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, uppl. 2 (2011), Norstedts Juridik AB

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, uppl. 3 (2013), Jure Förlag AB

Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, uppl. 1:1 (2013), Norstedts Juridik AB

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare: ämne, material, metod och argumentation*, uppl. 2 (2007), Norstedts Juridik AB

Sundstrand, Andrea, *EG-domstolens domar om offentlig upphandling*, uppl. 1 (2006), Norstedts Juridik AB

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, (2012), Jure Förlag AB

Artiklar

Alexandersson, Gunnar och Hultén, Staffan, *Orimligt låga bud vid upphandlingar*, Ekonomisk debatt 2003, årg 31, nr 7

Eriksson, Per, *EU-stopp för onormalt låga anbud*, Upphandling24, 2013-07-02 (2013-12-18), <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.515005/eu-stopp-for-onormalt-laga-anbud?queryText=Marc%20Tarabella>

Eriksson, Per, *Ett osäkerhetsmoment mindre*, Upphandling24, 2014-01-10 (2014-01-24), <http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.541537/ett-osakerhetsmoment-mindre?queryText=banbrytande%20dom>

Konkurrensverket, *EU-regler styr många offentliga upphandlingar*, Konkurrensverket, 2013-12-05 (2013-12-16), http://konkurrensverket.se/t/NewsPage___9499.aspx

Wolters, Staffan, *Nollbud blir allt vanligare*, Uppsala Nya Tidning, 2011-02-23 (2013-11-21), <http://www.unt.se/ekonomi/nollbud-blir-allt-vanligare-1259419.aspx>

Rapporter

Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling, om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:6, Konkurrensverket 2013

Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling, statistik om upphandlingar som genomförts under 2012*, Konkurrensverkets rapportserie 2013:9, Konkurrensverket 2013

Lundvall, Karl och Pedersen, Kristian, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2011:1, Konkurrensverket 2011

Övriga källor

Europeiska kommissionen, Sverige i EU, 2011-11-17 (2013-12-05),
http://ec.europa.eu/sverige/eu_facts/sweden_in_eu/index_sv.htm

European Parliament, Legislative Observatory, 2014-02-11 (2014-02-12),
<http://www.europarl.europa.eu/oeil/popups/summary.do?id=1332482&t=d&l=en>

Konkurrensverket, Byggfram Entreprenad AB m.fl. ./ Göteborgs Stads Upphandlings AB
angående överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
Konkurrensverkets yttrande, Dnr 83/2013, 2013-03-04