



Onormalt låga anbud och prisstyrning i offentlig upphandling

Priskravs förenlighet med regelverket på området för offentlig upphandling

Christel Liljebäck

Juridiska institutionen

Examensarbete 30 hp.

Ämnesinriktning: Offentlig rätt/Offentlig upphandling

Vårterminen 2023

Grupphandledare: Andrea Sundstrand

Engelsk titel: Abnormally Low Tenders and Price Requirements in Public Procurement

Abstract

The purpose of this essay is first and foremost to analyze a few rulings from the Swedish Supreme Administrative Court regarding price requirements in public procurement in relation to procurement legislation and EU law in order to create a deeper understanding of how price requirements may be used in public procurement. A second purpose is to investigate which discrepancies the Swedish legislator chose to make when implementing the directive provisions on abnormally low tenders to increase awareness of the significance of current discrepancies. To achieve the aim, a legal dogmatic method has been used.

The first result of this paper is that the contracting authorities always have an obligation to identify abnormally low tenders. What constitutes an abnormally low tender is decided in Sweden by the contracting authorities in each individual case. If no tender appears suspicious, the authorities do not need to investigate the tenders further. If, on the other hand, any tender raises suspicions regarding the reliability, the authority must investigate the tenders more closely before the tender is rejected. The purpose is to give the tenderer in question an opportunity to show that the tender is serious. The authority must assess all explanations before making its decision to either accept or reject the tender. According to Swedish law, abnormally low tenders must always be rejected, while the directives prescribe an option to reject tenders, except in a clearly expressed case. In the fields of defense and security and in procurements outside the direct scope of the directive, however, rejection is optional according to Swedish law.

The second result of this paper is that price requirements that are set with an absolute lower limit, below which tenders are intended to be rejected, the legal situation is clear. Such price requirements are to be handled in accordance with the provisions on abnormally low tenders and are not permitted either by the ECJ or the Swedish Supreme Administrative Court. Also, evaluation models which in practice mean that there is no point in offering lower prices are, according to the Swedish Supreme Administrative Court, comparable to such price requirements and are therefore prohibited, even if they do not lead to tenders being automatically rejected. As regards to other mathematical methods for automatic exclusion of tenders because of the price offered, there seems to be a discrepancy between the case law of the ECJ compared to the Swedish Supreme Administrative Court. Swedish law hence seems to allow price restrictions to a greater extent than EU law.

The last result of this paper is that regarding negative prices in tenders, a new order has possibly emerged after a ruling by the Swedish Supreme Administrative Court from the year 2023. According to the Court, it is permissible to prohibit

negative pricing in tenders if the purpose of the price requirement is to prevent unhealthy strategic bidding. The decision is difficult to reconcile partly with the case law of the ECJ and with the regulations on abnormally low tenders. The conclusion of the paper is that the field is still partly contradictory and under development. Hopefully, the legal situation will be clarified on the initiative of either the courts or the legislature.

Förkortningar

EU	Europeiska unionen
EUD	EU-domstolen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUD	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
LUF	Lag (2016:1146) om offentlig upphandling inom försörjningssektorerna
LUF-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG
LUFS	Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet
LUFS-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv (1009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG
LUK	Lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner

Innehåll

Abstract	3
Förkortningar	7
1 Inledning.....	13
1.1 Inledning.....	13
1.2 Syfte och frågeställningar	15
1.3 Metod.....	16
1.4 Avgränsningar	19
1.5 Disposition.....	19
2 Bakgrund	21
2.1 Något om begreppen.....	21
2.2 Onormalt låga anbud inom EU-rätten – en kort historik.....	23
2.3 Automatisk uteslutning på grund av pris – en kort historik.....	25
3 Onormalt låga anbud.....	27
3.1 Onormalt låga anbud på det direktivstyrda området.....	27
3.1.1 Möjligheten eller skyldigheten att identifiera låga anbud.....	28
3.1.2 Det kontradiktoriska förfarandet	33
3.1.3 Bedöma lämnade förklaringar	34
3.1.4 Möjligheten eller skyldigheten att godta eller förkasta anbud	35
3.1.5 Onormalt låga anbud på grund av statligt stöd	38
3.1.6 Onormalt låga anbud på LUFSS-området.....	40
3.2 Onormalt låga anbud på det icke-direktivstyrda området	41
3.3 Sammanfattning.....	44
4 Tak- och golvpriser.....	47
4.1 Golvpris och onormalt låga anbud.....	47
4.2 Undantag från det kontradiktoriska förfarandet	48
4.3 Relativa takpriser efter Takprisdomen.....	49
4.4 Tillåtna takpriser.....	52
4.5 Sammanfattning.....	54
5 Nollanbud och negativa priser	55
5.1 Nollanbud.....	55
5.2 Förbud mot negativa delpriser.....	56
5.3 Osund strategisk konkurrens – ett nytt undantag.....	57
5.4 Sammanfattning.....	60
6 Sammanfattande slutsatser.....	61
Källförteckning.....	63

1 Inledning

1.1 Inledning

Sedan EU:s tillkomst har ett mål inom unionen varit att skapa en gemensam marknad, att undanröja handelshinder för varor och att undanröja hinder för rörligheten av företag, arbetskraft och kapital mellan medlemsstaterna. Genom att undanröja sådana hinder antas EU som helhet, men också medlemsstaterna enskilt, åtnjuta större ekonomiskt välstånd och tillväxt. Olika förfaranden vid offentlig upphandling har identifierats som potentiella källor till handelshinder och snedvridning av konkurrensen.¹ EU har därför valt att reglera området för offentlig upphandling med målet att öppna upp marknaden för effektiv konkurrens och undanröja hinder för den fria rörligheten.² En effektiv konkurrens antas också bidra till en mer kostnadseffektiv och ändamålsenlig användning av offentliga medel. Med hänsyn till de betydande belopp och omfattningen av den marknad som den offentliga upphandlingen står för har regleringen påverkan på såväl företagen som hela samhällsekonomin.³

I dag finns en omfattande reglering inom EU på området för offentlig upphandling och området regleras i huvudsak genom direktiv och praxis från EUD.⁴ De nationella svenska upphandlingslagarna är ett resultat av implementering av EU-direktiv och EUD:s praxis.⁵ Upphandlingsprocessens olika delar regleras i skilda kapitel. Kap. 16 i LOU reglerar utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt. Även förfaranden vid tilldelning av kontrakt regleras alltså för att i huvudsak skydda leverantörerna genom att bland annat undanröja risken för diskriminering och att upphandlande myndigheter ska ta andra hänsyn än

¹ Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3 u., Sweet & Maxwell, 2014, s. 151.

² Se preambelerna till rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten samt rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.

³ Lindahl Toftegaard, Eva, *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen*, 3 u., Studentlitteratur, Lund, 2022, s. 21 och 23. Offentliga myndigheter inom EU spenderar motsvarande 14 procent av BNP eller omkring två biljoner euro per år på inköp enligt EU-kommissionens hemsida. Uppgift hämtad 2023-04-26 från https://single-market-economy.ec.europa.eu/single-market/public-procurement_en.

⁴ Lindahl Toftegaard, 2022, s. 26.

⁵ Prop. 2015/16:195, s. 1 samt skäl 2 i preambeln till Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

ekonomiska.⁶ Jaktan på det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet skulle däremot kunna leda till att myndigheter tvingas anta anbud som riskerar att äventyra projekten. Vad som äsytas är alltså anbud som är så låga att det finns risk för att leverantören inte kommer kunna prestera enligt villkoren, att leverantören inte förfar lagenligt, att det ska uppstå oförutsedda kostnader senare eller att leverantören erhåller otillåtna statsstöd.⁷ Med syfte att ge upphandlande myndigheter en möjlighet att avstå från att anta sådana anbud har det införts bestämmelser om hur myndigheterna ska förfara när den tar emot onormalt låga anbud.⁸ Det framgår redan av ordalydelsen i exempelvis artikel 69 i LOU-direktivet att myndigheten får förkasta ett sådant anbud men först efter att ha gett leverantören möjlighet att förklara sitt låga anbud. Reglerna har således ett dubbelt syfte, dels att skydda leverantörerna från myndigheternas godtycke, dels att skydda myndigheterna från att behöva anta anbud som inte är seriöst menade.

När den svenska lagstiftaren implementerade direktivbestämmelserna om onormalt låga anbud i nya LOU tycks avvikelser ha skett i förhållande till direktiven. Medan EU-lagstiftaren tycks ha avsett att ge myndigheterna en möjlighet att förkasta anbud som inte är seriösa valde den svenska lagstiftaren att gå längre och införa en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud.⁹ Det finns också praxis från EUD som innebär att det undersökningsförfarande som bestämmelserna kräver är en konsekvens av primärrätten varför undersökningsförfarandet vid onormalt låga anbud ska tillämpas vid alla upphandlingar som omfattas av primärrätten, oavsett vad nationell rätt föreskriver.¹⁰ Sverige har som bekant gjort de allmänna gemenskapsrättsliga principerna tillämpliga även utanför det direktivstyrda området. Betydelsen av ovan nämnda spörsmål är knapphändigt undersökta men reser frågor om den svenska regleringens förenlighet med EU-rätten.

Det har däremot stått klart sedan länge att bestämmelserna om onormalt låga anbud och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna har hindrat automatiskt förkastande av anbud enbart på grund av priset och med hjälp av summariska förfaranden.¹¹ HFD har för svenskt vidkommande bekräftat ordningen.¹² Frågan om golvprisernas, alltså ett krav på en lägsta prisnivå i upphandling, vara eller icke vara kunde därför uppfattas som mer eller mindre avslutad. Det var därför inte helt okontroversiellt när HFD efter år 2018 på nytt öppnade upp för automatiskt förkastande av anbud med hjälp av olika priskrav i upphandlingar.¹³

⁶ EU-domstolens dom av den 27 november 2001, Lombardini och Montavani, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640, p. 36.

⁷ Arrowsmith, s. 802.

⁸ En sådan bestämmelse finns exempelvis i 16 kap. 7 § LOU som har sin grund i artikel 69 i LOU-direktivet.

⁹ Prop. 2015/16:195, s. 794-795.

¹⁰ EU-domstolens dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso, C-147/06 och 148/06, EU:C:2008/277, p. 35.

¹¹ Se exempelvis EU-domstolens dom av den 10 februari 1982, Transporoute, C-76/81, EU:C:1982:49, EU-domstolens dom av den 22 juni 1989, Fratelli Costanzo, C-103/88, EU:C:1989:256 samt EU-domstolens dom av den 18 juni 1991, Donà Alfonso, C-295/89, EU:C:1991:255.

¹² HFD 2016 ref. 3 och HFD 2018 ref. 50.

¹³ HFD 2020 ref 24 och HFD 2023 ref 7. Kritik framförs exempelvis i Ågren, Robert, *Golv- och takpriser i offentlig upphandling*, UrT 2020 s. 47, passim samt i Kenneberg, Jenny & Johansson, Elin,

HFD:s avgöranden innebär att det finns priskrav som inte kommer i konflikt med upphandlingslagarna eller EU-rätten. Enligt HFD 2020 ref. 24 är leverantörernas rätt att prissätta sina anbud inte oinskränkt. I HFD 2023 ref. 7 vidareutvecklas HFD:s resonemang om prisbegränsningarnas tillåtlighet. Gemensamt för båda avgörandena tycks vara att priskraven uppställts i syfte att förhindra osund strategisk konkurrens.

Det har diskuterats hur HFD:s avgöranden förhåller sig till upphandlingslagstiftningen och hur de ska passas in i rättssystemet. Om det rör sig om ett nytt undantag uppstår grundläggande normhierarkiska frågor. Med hänsyn till EU:s primärrätt och den befintliga regleringen av onormalt låga anbud har det hävdats att avgörandena inte alls går att inordna under lagen och därmed strider mot högre rätt.¹⁴ Osäkerhet har alltså uppstått om det faktiskt är möjligt att ställa priskrav som är förenliga med bestämmelserna om onormalt låga anbud, primärrätten och EUD:s praxis och var gränserna i sådana fall går. Diskussionen fortlever därmed alltjämt. Frågorna är principiellt viktiga eftersom reglerna avser att skydda leverantörerna i syfte att uppnå EU:s mål på den gemensamma marknaden men också att se till att offentliga medel används effektivt. Frågorna har därför betydelse för såväl företagare som skattebetalare och hela samhällsekonomin.

1.2 Syfte och frågeställningar

Huvudsyftet med den här uppsatsen är att analysera HFD:s praxis avseende priskrav i offentliga upphandlingar i förhållande till upphandlingslagstiftningen och EU-rätten för att skapa en djupare förståelse för hur priskrav får ställas i upphandlingar. Ett underordnat och associerat syfte är vidare att undersöka vilka avvikelser som den svenska lagstiftaren valt att göra vid implementeringen av direktivbestämmelserna om onormalt låga anbud för att öka medvetenheten kring betydelsen av aktuella avvikelser. Inom syftena avses följande frågor besvaras:

- När är bestämmelserna om onormalt låga anbud tillämpliga och vilka skyldigheter och rättigheter innebär bestämmelserna för de upphandlande myndigheterna och enheterna samt leverantörerna?
- Under vilka förutsättningar får upphandlande myndigheter och enheter ställa priskrav i offentliga upphandlingar?
- Hur avviker HFD:s avgöranden från tidigare rättsläge och hur har rättsläget ändrats efter avgörandena?

Tillåtet att förbjuda prisposter – analys, 2023-02-21, analys på JP Infonet, ”<https://www.jpinfonet.se/kunskap/nyheter4/2023/mars/tillatet-att-forbjuda-negativa-prisposter/>”, lydelse 2023-03-14, sista stycket.

¹⁴ Se exempelvis Sundstrand, Andrea, *Negativa anbudspriser i offentlig upphandling*, 2023-04, expertkommentar på Lexnova, ”<https://www.lexnova.se/expertkommentarer/negativa-anbudspriser-i-offentlig-upphandling>”, lydelse 2023-04-31, passim.

1.3 Metod

För att uppnå uppsatsens syfte kommer den rättsdogmatiska metoden att användas. En rättsdogmatisk analys kan beskrivas som en analys av de olika elementen i rättskälleläran. Slutresultatet antas spegla gällande rätt.¹⁵ Rättsdogmatikens uppgift kan med ett annat uttryck sägas vara att tolka och systematisera gällande rätt.¹⁶ Förevarande uppsats behandlar skärningspunkten och överensstämmelsen mellan rättsregler och konkreta handlingssätt i offentliga upphandlingar. Gällande rätt utgör därmed själva forskningsobjektet varför metoden är lämplig.

Problemen ska undersökas med hjälp av rättsdogmatikens grundantagande att vissa rättskällor är bindande eller besitter auktoritet.¹⁷ I den följande argumentationen har därför lag och andra föreskrifter störst betydelse. I det avseendet har grundlag högst auktoritet, därefter i fallande ordning lag, förordningar och föreskrifter.¹⁹ Rättspraxis från HFD, i egenskap av prejudikatinstans, och lagförarbeten är underordnat lagstiftningen.²⁰ I Sverige har rättspraxis och lagförarbeten en särställning som rättskälla.²¹ Vad avser ställningen hos just lagförarbeten i form av propositionsuttalanden kan däremot diskuteras huruvida de ska tillmätas någon större formell auktoritet eller om de ska ges samma betydelse som doktrinen. Det hänger samman med den ordning med vilken uttalandena har tillkommit och det sammanhang de befinner sig i. Lagstiftaren har godkänt lagstiftningen men har inte formellt tagit ställning till förarbetsuttalandena.²²

I den här uppsatsen kommer lagförarbeten beaktas men de ska också vägas mot andra argument, i synnerhet sedan föremålet för uppsatsen har en tydlig EU-rättslig prägel och till övervägande del är styrt av EU-direktiv och praxis från EUD. Den lagstiftning som utgör huvudföremål för den här uppsatsen har tillkommit genom implementering av EU-direktiv. Vad som uttalats i regeringens namn ska därför iaktas men inte ges ensamt tolkningsföreträde vid bestämmandet av syftet och ändamålet med lagstiftningen.²³ Utöver det ovan sagda ska doktrinen tillsammans med olika slags institutionella rekommendationer, olika slags beslut, annat material som har samband med lagstiftning och i begränsad mån utländsk rätt beaktas som underordnat i förhållande till tidigare nämnt material.²⁴

Föremålet för den här uppsatsen har ett tydligt EU-rättsligt inslag vilket får betydelse framför allt vid hanteringen av rättskällorna. Unionsrätten har precis som svensk rätt en rättskällelära som hierarkiskt och grovt kan delas in i primärrätten, sekundärrätten och icke bindande normgivning. Källor ur primärrätten

¹⁵ Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, (red.), Juridisk metodlära, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018, s. 26.

¹⁶ Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, FT 1990 s. 41, s. 42.

¹⁷ Se Peczenik, s. 44.

¹⁹ von Essen, Ulrik, Bohlin, Alf & Warnling Conradson, Wiweka, *Förvaltningsrättens grunder*, 3 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018, s. 49.

²⁰ Se Peczenik, s. 47-48.

²¹ Strömholm, Stig, Lyles, Max & Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning: En lärobok i allmän rättslära*, 6 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2020, s. 358, 375 och 392-394.

²² Kleineman, s. 28-29.

²³ Se Kleineman, s. 29.

²⁴ Se Peczenik, s. 47-48.

som har relevans för den här uppsatsen är FEU, FEUF och rättighetsstadgan men också de allmänna gemenskapsrättsliga principerna. Till sekundärrätten hör sådana rättsakter som härleds ur primärrätten, såsom förordningar, direktiv, beslut, delegerade akter och genomförandeakter. Till den icke bindande normgivningen hör rekommendationer, yttranden, tillkännagivanden, meddelanden och riktlinjer.²⁵

Att de svenska lagbestämmelser som utgör huvudföremål för den här uppsatsen genomför EU-direktiv har betydelse. EU-direktiven syftar till att harmonisera lagstiftningen i de olika medlemsstaterna för att undanröja hinder på den inte marknaden och öppna upp för konkurrens.²⁶ För att ge EU-rätten genomslag är såväl nationella domstolar som myndigheter skyldiga att tillämpa direktivkonform tolkning.²⁷ Den nationella rätten ska, så långt möjligt, tolkas så att den överensstämmer med direktiven. På EU-rättens område saknas vidare i stort sett förarbeten på det sätt som förekommer i Sverige. Den preambel eller ingress som inleder direktiven används däremot i uppsatsen som en tolkningshjälp och en allmän vägledning för att utreda direktivens syfte. Laghistoriken på området ges också betydelse för vad som varit syftet med bestämmelserna som är föremål för uppsatsen.²⁸ Förståelsen för och tillämpningen av EU-rätten är också avhängig ett antal grundläggande rättsprinciper. En del av dem framgår av fördragsverket, andra har utbildats i praxis men har likväl ställning som primärrätt.²⁹ Fördragen, allmänna rättsprinciper och aktuella direktiv kommer, av ovan angiven anledning, utgöra centrala rättskällor i uppsatsens analys.

En ytterligare fråga är hur EUD:s avgörande ska beaktas. Formellt sätt är avgörandena bara bindande i det konkreta fallet men EUD fyller ändå en rättsskapande funktion och fyller ut luckor i det EU-rättsliga systemet. EUD frångår sällan sin egen praxis och motiverar sina avgöranden och bygger vidare på rättsutvecklingen med hjälp av sina tidigare avgöranden. I praktiken är EUD:s tolkningar av unionsrätten prejudicerande när nationella myndigheter och domstolar tolkar EU-rätten. I sista instans i de nationella domstolarna finns en skyldighet att begära förhandsavgörande från EUD om en rättsfråga inte är helt klar. I den här uppsatsen kommer avgöranden från EUD analyseras och användas i argumentationen. I första hand för att de direktivbestämmelser som är huvudföremål för den här uppsatsen har formats och tolkats av EUD. Därutöver utgör en av konfliktpunkterna för uppsatsen, den mellan EU-bestämmelsernas innehåll och svensk rättspraxis, i viss mån en konflikt mellan EUD:s och HFD:s rättspraxis. För att kunna avgöra gällande rätt är det därför ett avgörande konstaterande att vare sig nationell rätt eller nationella myndigheter och domstolars beslut får stå i strid med EU-rätten eller EUD:s avgöranden. EUD:s avgöranden kommer att

²⁵ Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod: Teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011, s. 40 ff. samt Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka & Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt: Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 13 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2014, s. 65-68.

²⁶ Lombardini och Montavani, p. 34-36 samt Bernitz, s. 67.

²⁷ Hettne & Otken Eriksson, s. 188.

²⁸ Strömholm, Lyles, & Valguarnera, s. 282.

²⁹ Hettne & Otken Eriksson, s. 40, 66 och 75-76.

användas som en central tolkningskälla när EU-rättens innehåll på området ska avgöras.³⁰

Den juridiska argumentationen styrs av argumentationsnormer, exempelvis hur analogier och motsatsslut får användas.³¹ Vad avser tolkningsresultat kommer framför allt HFD:s avgöranden analyseras närmare i det här avseendet för att utröna vad som utgör nyheter i förhållande till tidigare rättsläge och hur HFD har resonerat sig fram till lösningen. En svårighet i uppsatsen har varit att hantera den diskrepans som uppstått mellan EU-rätten och svensk rätt på grund av HFD:s nya praxis och hur HFD:s avgöranden ska inordnas i systemet. Det hänger samman med att det inte lättvindigt kan påstås att HFD:s avgöranden är rent felaktiga.³² I uppsatsen fyller argumentationsnormerna och tolkningsresultaten en viktig roll i förståelsen för rättsläget exempelvis genom konstaterandet att undantag från aktuella regler ska tolkas restriktivt och att ytterligare undantag inte är tillåtna utan uttryckligt stöd i EU-rätten. Hur HFD då har resonerat sig fram till sina lösningar är avgörande för hur de ska ses i förhållande till systemet som helhet.

Vad avser tolkningsprinciper är det i princip ingen skillnad mellan svensk rätt och EU-rätt. De fyra centrala tolkningsprinciperna på båda områdena är logisk-grammatisk tolkning, systematisk tolkning, syftestolkning och teleologisk tolkning.³³ Den logisk-grammatiska tolkningen utgår från bestämmelsens ordalydelse och tar hänsyn till grammatiken och satsstrukturen. I den följande undersökningen kommer såväl aktuella lagregler som direktivbestämmelser och domstolsavgöranden initialt undersökas med en sådan metod. Den systematiska tolkningen utgår från det sammanhang en bestämmelse befinner sig i, exempelvis dess placering, utformning eller relation till andra regler. För den här uppsatsens del är det exempelvis relevant att förstå under vilket avsnitt i lagen eller direktiven bestämmelserna befinner sig och relationen till regler om tilldelning och utvärdering av kontrakt. Syftestolkningen görs mot bakgrund av bestämmelsens syfte och tillkomsthistoria. I uppsatsen sker det exempelvis genom iakttagande av uttalanden i direktivens ingresser, av EUD och HFD samt i förarbeten men också genom en historisk tillbakablick på området. Den teleologiska tolkningen tar hänsyn till bestämmelsens funktion och effekter. Utgångspunkten är att bestämmelsen är avsedd att fylla en effektiv funktion och ha en ändamålsenlig verkan. På det nu aktuella området är det exempelvis relevant att kunna bedöma bestämmelserna och rättsutvecklingen i HFD utifrån ändamål som att undanröja hinder för fri rörlighet, öppna upp för konkurrens samt skydda leverantörerna.

Utöver de ovan fyra centrala principerna kan anges en tolkningsprincip som är relevant för just EU-rätten. EU-rätten ska tolkas autonomt eller med ett annat ord självständigt. EUD utgår från att unionsrätten är en egen rättsordning med en egen begreppsbildning. Det går därför inte att utgå från att samma begrepp i svensk nationell rätt är densamma som i unionsrätten.³⁴ I uppsatsen hanteras

³⁰ Strömholm, Lyles & Valguarnera, s. 394-395 samt Bernitz, s. 32.

³¹ Peczenik, s. 44.

³² Se Strömholm, Lyles & Valguarnera, s. 408.

³³ Hettne & Otken Eriksson, s. 159-161 och 167-170 samt Bernitz, s. 75.

³⁴ Hettne & Otken Eriksson, s. 161-162.

exempelvis bestämmelser om onormalt låga anbud som beror på statligt stöd. I sammanhanget är det nödvändigt att förstå att vad som avses är statligt stöd i EU-rättslig mening.

1.4 Avgränsningar

Av utrymmesskäl avser den här uppsatsen inte att ge en helhetsbild av regleringen på området för offentlig upphandling där det inte har direkt relevans för analysen i uppsatsen, så som den har avgränsats i avsnitt 1.2. Läsaren hänvisas därför i vissa fall till andra verk när frågor uppstår om exempelvis begrepp eller företeelser som väcker intresse. Ett sådant exempel är vad som menas med begreppet ”bestämt gränsöverskridande intresse”. Begreppet har förvisso relevans i sammanhanget, såsom många andra begrepp, men med hänsyn till att begreppet skulle kunna utgöra en uppsats för sig är det inte motiverat att försöka fastställa innebörden av begreppet inom ramen för den här uppsatsen.

I kapitel 3 som behandlar regleringen av onormalt låga anbud lyfts vissa avvikelser i den svenska lagregleringen i förhållande till EU:s förfarandedirektiv på området för offentlig upphandling. Med hänsyn till uppsatsen syfte att öka medvetenheten kring betydelsen av avvikelserna görs inga anspråk på att fullt ut utreda innebörden av Sveriges beslut att avvika från direktiven. Att till fullo utreda förenligheten med EU-rätten i nu nämnt avseende angränsar närmast till forskarnivå och går utöver uppsatsen omfattning.

1.5 Disposition

I bakgrunden i kapitel 2 görs inledningsvis en kort förklaring av vissa grundläggande begrepp som har direkt relevans för den vidare läsningen. För att kunna besvara uppsatsen huvudsyfte, att skapa en djupare förståelse för hur priskrav får ställas i offentliga upphandlingar, men också för att kunna besvara det underordnade syftet krävs en djupare insikt i regleringen av onormalt låga anbud samt vilka syften och principer den vilar på. I bakgrunden i kapitel 2 ges därför en kort historik över regleringens tillkomsthistoria och hur priskrav historiskt har hantearats inom EU-rätten. I kapitel 3 görs därefter ett djupare nedslag i den svenska regleringen av onormalt låga anbud som också ställs mot bakgrund av direktivbestämmelserna och EU-rätten. Slutsatserna av undersökningen ges i en kort sammanfattning.

I kapitel 4 görs en analys, mot bakgrund av kapitel 2 och 3, av förenligheten mellan golv- och takpriser i upphandlingar och bestämmelserna om onormalt låga anbud och EU-rätten i övrigt. Här lyfts också vilka undantag från bestämmelserna om onormalt låga anbud som är tillåtna med hjälp av golvpriser. Slutsatserna summeras i en kort sammanfattning. I kapitel 5 görs en vidare analys, mot bakgrund av de tidigare kapitlen, av möjligheten att förbjuda nollanbud och negativa priser i upphandlingar. Anledningen till att den typen av anbud ges ett

eget kapitel hänger samman med att det delvis tycks finnas en annan syn på anbud som innebär att myndigheterna inte behöver leverera en motprestation i pengar. Slutsatser sammanfattas sedan i ett kort avsnitt. I kapitel 6 görs sedan en avslutande kommentar.

2 Bakgrund

2.1 Något om begreppen

För den här uppsatsens del finns fem begrepp som här kort ska förklaras för att underlätta den vidare läsningen. Begreppen är ”onormalt låga anbud”, ”golvpris”, ”takpris”, ”nollanbud” samt ”negativa priser”. Initialt kan sägas att endast det första begreppet förekommer i lag. Här ska endast kort redogöras för vad vi talar om. En mer utförlig undersökning av regleringen av onormalt låga anbud görs sedan i kapitel 3 som en del av syftet med den här uppsatsen. De fyra övriga begreppen förekommer i praxis och bland verksamma på området för offentlig upphandling.

Begreppet ”onormalt låga anbud” har sin grund på EU-nivå på området för offentlig upphandling och har tagit sig in svensk lagstiftning genom EU-direktiv.³⁵ Begreppet i sig definieras varken i lag eller i unionsrätten. Gränserna för begreppet har däremot definierats av EUD i samband med tolkningen av olika direktiv på området.³⁶ Vid offentlig upphandling är tanken att leverantörerna ska konkurrera med varandra om att erbjuda det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för myndigheten och på så vis vinna offentliga kontrakt. I konkurrensen kan anbudspriserna ibland pressas uppseendeväckande lågt. Bestämmelserna om onormalt låga anbud ger den upphandlande myndigheten en möjlighet att förkasta ett anbud som den finner vara onormalt lågt under förutsättning att leverantören givits tillfälle att förklara det låga anbudet.³⁷

Lagstiftaren förutsätter alltså att anbud, som vid första anblick förefaller vara onormalt låga, vid en närmare undersökning kan visa sig vara seriöst menade och ha godtagbara förklaringar. Ett sådant anbud ska i så fall inte förkastas som onormalt lågt. En leverantör kan exempelvis vara villig att pressa sina vinstmarginaler för att ta sig in på en viss marknad. Ett annat exempel är att leverantören har tillgång till särskilt kostnadseffektiva metoder. Å andra sidan kan ett anbud som förefaller vara onormalt lågt bero på att leverantörens verksamhet faktiskt är tveksam i något avseende. Leverantören kanske erbjuder sina anställda undermåliga anställnings- och arbetsvillkor eller försummar att följa vissa miljökrav. Vad som är ett onormalt lågt anbud går däremot inte att avgöra generellt då begreppet saknar en definition. I Sverige är det alltså upp till den upphandlande myndigheten att avgöra vad som är onormalt lågt i varje enskilt fall.³⁸

³⁵ För en närmare redogörelse hänvisas till uppsatsens tredje kapitel.

³⁶ EU-domstolens dom av den 15 september 2022, Veridos, C-669/20, EU:C:2022:684, p. 33.

³⁷ Se exempelvis 16 kap. 7 § LOU.

³⁸ Se exempelvis Lombardini och Montavani, p. 67 samt EU-domstolens dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, C-599/10, EU:C:2012/191, p. 30-31.

Golvpris är kort uttryckt ett krav som en upphandlande myndighet ställer i sin upphandling på ett lägsta pris för anbud. Anbud under golvpriset avses förkastas. Metoden används av upphandlande myndigheter på olika sätt och av olika anledningar. Det kan framstå som underligt att en upphandlande myndighet inte vill ha så låga anbud som möjligt. I de fall golvpriset avser att ta sikte på onormalt låga anbud är förfarandet möjligen förståeligt.³⁹ Den upphandlande myndigheten vill i ett sådant fall kanske utesluta anbud som myndigheten uppfattar som så låga att de riskerar projektets genomförande. Golvpriser kan däremot användas även av andra orsaker, exempelvis för att undvika manipulering av den valda utvärderingsmodellen och strategisk anbudsgivning.⁴⁰ Leverantörer kan tänkas erbjuda låga priser på poster där den bedömer att avrop inte kommer ske i någon större utsträckning och på så sätt lyckas får ner priset. Den upphandlande myndigheten ”läker” så att säga sina egna brister i upphandlingen genom att försöka förhindra vissa anbud.⁴¹

Takpris är ett uttryckt krav som en upphandlande myndighet ställer i sin upphandling på ett högsta pris för anbud. Anbud över takpriset avses förkastas. Även här används metoden av upphandlande myndigheter på olika sätt och av olika anledningar. Den upphandlande myndigheten kan exempelvis med hjälp av takpriset ange hur mycket den är villig att betala. Ett annat exempel är, precis som i fallet med golvpriser, att undvika strategisk anbudsgivning.⁴²

Nollanbud är ett anbud som erbjuder leverans utan betalning. Förbud mot nollanbud innebär alltså egentligen ett golvpris med den skillnaden att ingen pekuniär motprestation krävs från myndigheten.⁴³ Negativa priser är vidare anbudspriser som understiger noll kronor. Det innebär i själva verket att leverantören är villig att betala för att få utföra leveransen. Precis som i fallen med golv- och takpriser är det kanske svårt vid en första anblick att förstå varför en upphandlande myndighet skulle tacka nej till nollanbud och negativa priser. Även här aktualiseras däremot strategisk anbudsgivning varför upphandlande myndigheter kan frestas att förbjuda sådan prissättning i upphandlingen.⁴⁴ Det kan däremot finnas godtagbara förklaringar till att leverantörer vill och kan erbjuda sådana villor.⁴⁵

³⁹ Vad avser tillåtligheten av golvpriser behandlas det i uppsatsen fjärde kapitel.

⁴⁰ Se exempelvis HFD 2020 ref. 24, p. 9.

⁴¹ Karlsson, Per, *Konkurrensrättens inverkan på offentliga upphandlingar*, UrT 2018 s. 107, s. 113 och Ågren, s. 65.

⁴² Avgörandet HFD 2020 ref. 24 är just ett sådant exempel.

⁴³ Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Hallberg, Olof, Norlén, Hugo, Näslund, Johanna, Piper, Chatarina & Willquist, Henrik, *Lagen om offentlig upphandling : En kommentar*, 3 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2020, s. 759.

⁴⁴ Så skedde i HFD 2023 ref. 7.

⁴⁵ Se exempelvis HFD 2016 ref. 3 (II), s 3 och 9 där HFD godtog leverantörens förklaringar som affärsmässiga och allvarligt menade.

2.2 Onormalt låga anbud inom EU-rätten – en kort historik

Det första förfarandedirektivet som antogs på området för offentlig upphandling trädde i kraft år 1971.⁴⁶ Redan då hade lagstiftaren uppmärksammat frågan om onormalt låga anbud. Det hade därför införts en bestämmelse i artikel 29.5 som gav de upphandlande myndigheterna en möjlighet att utesluta sådana anbud. Artikel 29.5 innebar en skyldighet för de upphandlande myndigheterna att gå igenom anbud i detalj om myndigheten avsåg att förkasta dem för att de ansågs var onormalt låga. I detaljgranskningen skulle myndigheten också begära nödvändiga förklaringar av aktuella leverantörer. Det var alltså inte tillåtet att förkasta anbud enbart på grund av att de ansågs onormalt låga utan att först granska anbuden. Först efter granskningen hade myndigheten rätt att fatta beslut om att eventuellt förkasta anbudet. Syftet med regeln var att skydda leverantörerna från godtycke.⁴⁷ Om tilldelningen skulle ske med lägsta pris krävdes enligt artikel 29.5 dessutom att myndigheten motiverade sitt beslut att förkasta anbudet inför en rådgivande kommitté. Samma bestämmelse togs senare in i ett nytt förfarandedirektiv från år 1976 avseende upphandling av varor.⁴⁸

I det första förfarandedirektivet inom försörjningssektorerna år 1990 infördes en ny skrivning i bestämmelsen⁴⁹ som innebar att om ett anbud förefaller vara onormalt lågt i förhållande till tjänsterna ska den upphandlande enheten, ”innan den får förkasta dessa anbud, skriftligen begära detaljupplysningar [...]”. I den engelska versionen uttrycktes det med ordalydelsen ”before it may reject those tenders”. Den här skrivelsen fördes senare också in i de direkta föregångarna till 2004 års LOU-direktiv.⁵⁰ Syftet med bestämmelsen var dels att säkerställa att de upphandlande myndigheterna hade en möjlighet att förkasta låga anbud om de utgjorde en risk för kontraktets fullgörande eller om de berodde på olagliga statsstöd. Dels var syftet att säkerställa att anbud inte skulle förkastas om det fanns en godtagbar förklaring till att anbudet var lågt. I annat fall fanns risk för diskriminering av medlemsstater som kunde dra fördelar av lägre kostnader.⁵¹

Formuleringen innebar att det inte ställdes några krav på att de upphandlande myndigheterna skulle detaljgranska låga anbud om de inte önskade förkasta anbudet.⁵² Detaljgranskningen var enbart en förutsättning för att överhuvudtaget få förkasta anbud på grund av priset. Formuleringen har sedan följt med fram till dagens gällande förfarandedirektiv, med vissa justeringar.⁵³ EUD har tolkat bestämmelserna om onormalt låga anbud i ett antal avgöranden de senaste

⁴⁶ Rådets direktiv 71/305/EEG.

⁴⁷ *Transportroute*, p. 17-18.

⁴⁸ Artikel 25.5-25.7 i rådets direktiv 77/62/EEG.

⁴⁹ Artikel 26.5 i rådets direktiv 90/531 av den 17 september 1990 om samordning av upphandlingsförfaranden för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport och telekommunikationssektorerna.

⁵⁰ Se exempelvis artikel 37 i rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.

⁵¹ Arrowsmith, s. 803-804.

⁵² Arrowsmith, s. 803-804.

⁵³ Mer härom diskuteras i kapitel 3.

decennierna och domstolen hänvisar fortfarande till vad som gällde på 70- och 80-talet.⁵⁴ EUD:s tolkningar av bestämmelsen i ett direktiv kan i princip överföras på de övriga direktiven då de i det närmaste är identiska.⁵⁵ Vidare har bestämmelserna getts direkt effekt. Nationella regler i strid med bestämmelserna får alltså inte tillämpas av vare sig nationella domstolar eller myndigheter.⁵⁶

Syftet är alltså att skydda leverantörerna och främja konkurrensen. Det ska dock noteras att målet för hela området för offentlig upphandling utvecklats med tiden vilket också fått betydelse för reglerna om onormalt låga anbud. Upphandlingsregelverket som helhet har gått mot att bli ett verktyg för att bland annat förverkliga sociala och politiska mål inom unionen.⁵⁷ Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn har till följd härav fått större betydelse i direktiven. Det framgår exempelvis av artikel 18.2 samt skäl 2, 36-37 och 40 i preamblen till LOU-direktivet. Vad avser artikel 69 i LOU-direktivet har det inneburit att en myndighet numera ”ska förkasta anbudet när den har fastställt att anbudet är onormalt lågt på grund av att det inte uppfyller de tillämpliga skyldigheterna som avses i artikel 18.2”. I artikel 55 i 2004 års LOU-direktiv förekom inte ordet ”ska” i förhållande till någon förklaring till anbudets låga pris.

Fram till år 2014 rådde med andra ord en ordning som innebar att myndigheterna inte hade någon skyldighet alls att utesluta anbud av någon orsak och heller ingen möjlighet att utesluta anbud om inte förklaringarna hänförde sig till förmågan att fullgöra kontraktet.⁵⁸ Enligt 2014 års LOU-direktiv finns det numera alltså en uttrycklig skyldighet att förkasta anbud vid bristande efterlevnad av viss lagstiftning. Med hänsyn till att lagstiftaren gjort en tydlig skillnad i ordalydelsen i just de här fallen jämfört med övriga förklaringar till låga anbud så antas det fortfarande saknas en skyldighet att förkasta anbud i övriga fall. Tolkningen har också stöd i skäl 103 i preamblen till 2014 års LOU-direktiv. Där uttrycks att myndigheterna ”bör [...] ha rätt att förkasta anbudet” om anbudsgivaren inte kunnat lämna en tillfredsställande förklaring till priset. I den engelska versionen uttrycks att den upphandlande myndigheten ”should be entitled to reject the tender”. Vad däremot avser social-, arbets- och miljöområdet anges i stället att förkastande i de fallen ”bör vara obligatoriskt” om myndigheten konstaterat att priset eller kostnaden beror på brister i efterlevnaden av sådana skyldigheter.⁵⁹ På engelska anges för de här fallen att ”[r]ejection should be mandatory”.

⁵⁴ Transporoute och Fratelli Costanzo hänvisas fortfarande till i senare avgörande hos såväl EUD som HFD. Se exempelvis i Lombardini och Montavani och Veridos samt HFD 2016 ref 3 I och II.

⁵⁵ Se exempelvis Veridos, p. 31.

⁵⁶ Fratelli Costanzo, p. 32-33.

⁵⁷ Olovsson, Sara-Li, *CSR-krav i offentlig upphandling*, UrT 2017 s. 179, s. 179-180.

⁵⁸ Arrowsmith, s. 809-811. Jfr dock SAG ELV Slovensko som kunde tolkas så att EUD ålade myndigheterna att alltid undersöka onormalt låga anbud. Ordalydelsen, historiken och syftena till bestämmelserna talade däremot emot en sådan skyldighet. Vilka slutsatser som skulle dras av EUD:s formuleringar var därför inte helt självklart. För en närmare genomgång se Arrowsmith, 2014, s. 802 ff.

⁵⁹ Arrowsmith, s. 813-815. Se också kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 0896 slutlig). Förslaget om obligatorisk uteslutning i aktuella fall förekommer där under rubriken *Sanktionering av överträdelse av tvångande bestämmelser i*

Vad som faktiskt gäller i dag avseende möjligheten eller skyldigheten att identifiera och förkasta onormalt låga anbud tycks däremot vara till viss del omdiskuterat, vilket kommer framgå tydligare i kapitel 3 och särskilt avsnitt 3.1.1 och 3.1.4. Det synes däremot som intentionen från EU-lagstiftaren historiskt varit att ge myndigheterna en möjlighet att förkasta anbud och inte en skyldighet.⁶⁰

2.3 Automatisk uteslutning på grund av pris – en kort historik

Redan i början av 80-talet stod det klart att det inte var valbart att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet som föreskrevs i bestämmelsen om onormalt låga anbud. En närmare undersökning av sådana anbud skulle göras i alla de fall en myndighet avsåg förkasta ett anbud på grund av priset och innan beslutet fattades. Syftet med bestämmelsen, att skydda leverantörerna från godtycke, gick inte att uppnå annars.⁶¹

I slutet av 80-talet tog EUD upp frågan om automatisk uteslutning av anbud med hjälp av matematiska metoder.⁶² I stora drag gick uteslutningen ut på att alla anbud under en viss prisnivå, som fastställts med hjälp av en given metod i kombination med priserna för alla inlämnade anbud, skulle betraktas som onormalt låga och uteslutas automatiskt.⁶³ Allmänt kunde kanske en sådan ordning framstå som effektiv och rättssäker. Enligt EUD stred däremot förfarandet mot syftet med direktiv 71/305/EEG⁶⁴, att främja utvecklingen av effektiv konkurrens. Ett matematiskt kriterium för automatisk uteslutning förtog ju leverantörer deras möjligheten att visa att anbuden var seriösa trots det låga priset. Bestämmelsen om onormalt låga anbud förbjöd alltså nationella bestämmelser med sådan verkan. I stället skulle det kontradiktoriska undersökningsförfarandet som föreskrevs i artikel 29.5⁶⁵ användas.⁶⁶ Avgörandet är principiellt viktigt av flera skäl av vilka ett par ska nämnas. Dels slår EUD fast att summarisk uteslutning enbart på grund av priset förbjuds av artikeln om onormalt låga anbud. Dels slår EUD fast att nationella avvikelser i strid med artikeln inte är tillåtna.

De två nu nämnda avgörandena från 80-talet innebar en startpunkt för årtionden av praxis på samma tema där upphandlande myndigheter och medlemsstater, med olika lösningar och förklaringar, kringskurit bestämmelserna om onormalt

social-, arbets- eller miljö rätt. Det kan anas att uppfattning var att sådana anbud inte skulle åtnjuta samma skydd som övriga anbud.

⁶⁰ För en djupare inläsning på ämnet kan hänvisas till Arrowsmith, 2014, s. 802 ff.

⁶¹ Transporoute, p. 17-18.

⁶² Se avgörandet Fratelli Costanzo.

⁶³ Fratelli Costanzo, p. 6 och 9-10.

⁶⁴ Direktivet var det första förfarandedirektiv som antogs på området för offentlig upphandling, se ovan i avsnitt 2.2.

⁶⁵ Föregångaren till nuvarande artikel 69 i LOU-direktivet.

⁶⁶ Fratelli Costanzo, p. 18-19.

låga anbud.⁶⁷ Även om senare praxis har tillkommit och utvecklat området ytterligare står slutsatserna från 80-talet alltjämt fast; automatisk uteslutning av anbud på grund av priset med hjälp av summariska metoder är inte tillåtna enligt EU-rätten. Undantag på nationell nivå som innebär att det kontradiktoriska förfarandet inte behöver tillämpas när anbud avses förkastas är inte möjliga.⁶⁸

⁶⁷ Se exempelvis *Donà Alfonso, Lombardini och Montavani* och EU-domstolens dom av den 10 september 2020, *Tax-Fin-Lex*, C-367/19, EU:C:2020:685.

⁶⁸ *Transporoute*, p. 18 och EU-domstolens dom av den 16 oktober 1997, *Hera*, C-304/96, EU:C:1997:486, p. 16.

3 Onormalt låga anbud

3.1 Onormalt låga anbud på det direktivstyrda området

Bestämmelser som reglerar de upphandlande myndigheternas hanterande av onormalt låga anbud förekommer på flera ställen i upphandlingslagstiftningen. Fortsättningsvis görs beskrivningen huvudsakligen med utgångspunkt i LOU. Att utgångspunkten är LOU är rent framställningstekniskt. Bestämmelserna är i praktiken desamma och tolkningen av dem ska också göras konformt. Vad som nedan sägs om bestämmelsernas innehåll i LOU kan därför också anses omfatta motsvarande bestämmelser i övriga upphandlingslagar. I vissa fall görs däremot särskilda anmärkningar. Bestämmelserna om onormalt låga anbud på det direktivstyrda området i LOU återfinns i 16 kap. 7 och 8 §§. Kapitel 16 omfattar regler om utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt. Motsvarande bestämmelser återfinns i 15 kap. 7 § och 8 §§ LUF.⁶⁹ LUK saknar motsvarande bestämmelser helt och vad avser LUFs görs vissa särskilda anmärkningar nedan i avsnitt 3.1.6.

Av 16 kap. 7 § LOU framgår att

Om ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden. En sådan begäran om förklaring kan gälla

1. om leverantören kan utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder för att fullgöra kontraktet,
2. om leverantören kan utnyttja tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet,
3. egenarten hos de varor, tjänster eller byggtreprenader som föreslås av leverantören,
4. hur leverantören avser att fullgöra kontraktet med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter,
5. om leverantören kan få statligt stöd, eller
6. skyldigheterna som avses i 17 kap. 6 eller 7 §.

Myndigheten ska förkasta anbudet om leverantören inte på ett tillfredsställande sätt har förklarat det låga priset eller kostnaden.

En upphandlande myndighet ska också förkasta en leverantörs anbud om den finner att det onormalt låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

⁶⁹ Prop. 2015/16:195, s. 1270.

Bestämmelsen genomför artikel 69.1 och 69.2 a-c, e och f samt artikel 69.3 första och andra styckena i LOU-direktivet.⁷⁰ Bestämmelsen om onormalt låga anbud i den svenska lagstiftningen på det direktivsstyrda området är obligatorisk.⁷¹ Den upphandlande myndigheten ska alltså förkasta ett anbud som inte givits en tillfredsställande förklaring. Att anbudet ska förkastas innebär att anbudet inte ska tas med i den slutliga utvärderingen.⁷² Redan här kan noteras att den svenska lagstiftaren valt att frångå LOU-direktivets ordalydelse. Som nämnts i bakgrunden är artikel 69 sannolikt inte obligatorisk utan avsedd att aktiveras först när myndigheten vill förkasta ett anbud på grund av priset. Vidare uttrycker direktivet att anbud ”får” förkastas utom i ett särskilt fall där anbud ”ska” förkastas, se avsnitt 2.2. Vad det har för betydelse kommer behandlas vidare nedan i avsnitt 3.1.4.

Bestämmelsens syfte är att skydda leverantörerna från godtycke genom att tvinga de upphandlande myndigheterna att inleda ett kontradiktoriskt förfarande så att leverantörerna får tillfälle att förklara sina låga anbud innan anbuden förkastas.⁷³ Sammanfattat innebär bestämmelsen alltså att den upphandlande myndigheten för det första har att identifiera misstänkta anbud. För det andra ska aktuell leverantör ges tillfälle att visa att anbudet är seriöst menat genom att myndigheten begär förklaringar till det låga anbudet. För det tredje ska myndigheten bedöma relevansen av de lämnade förklaringarna. För det fjärde och sista ska myndigheten fatta ett beslut om att godta eller förkasta anbudet. Kraven enligt bestämmelsen är uppfyllda först sedan den upphandlande myndigheten iakttagit alla stegen i tur och ordning.⁷⁴ Vad avser den närmare innebörden av de olika stegen och som anger omfattningen av myndigheternas skyldigheter så görs nu en närmare undersökning.

3.1.1 Möjligheten eller skyldigheten att identifiera låga anbud

Begreppet “onormalt låga anbud” saknar, som nämnts i bakgrunden, en definition. HFD har avgjort att bestämmelsen bara omfattar priser som ska utgöra avtalsvillkor.⁷⁵ Begreppets gränser har vidare definierats av EUD genom tolkning av olika direktiv på området för offentlig upphandling. Med bestämmelsen i 16 kap. 7 § anses EU-domstolens praxis ha kodifierats i svensk rätt.⁷⁶ Av artikel 69.1 i LOU-direktivet framgår att anbudet ska förefalla vara onormalt lågt i förhållande till byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna. Huruvida ett anbud är att anse som onormalt lågt ska alltså bedömas i förhållande till den aktuella

⁷⁰ Prop. 2015/16:195, s. 1114.

⁷¹ Ulfsdotter, Anna, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 16 kap. 7 §, avsnitt 2.2.1 Vad gäller för onormalt låga anbud?*, Lexino 2020-12-15 (JUNO).

⁷² Lindahl Toftsgaard, s. 151.

⁷³ Prop. 2015/16:195, s. 1114 och Transporoute, p. 17.

⁷⁴ Den angivna ordningen har fastställts av EUD i Lombardini och Montavani, p. 55 och har bekräftats senare i Veridos, p. 36 och i HFD 2016 ref. 3 (I) s. 5.

⁷⁵ HFD 2019 ref. 39, p. 19.

⁷⁶ Rosén, s. 751.

prestationen och föremålet för upphandlingen. Alla relevanta faktorer och omständigheter ska då beaktas.⁷⁷ Någon metod för att beräkna eller fastställa en tröskel för vad som ska anses vara onormalt lågt anges däremot inte av EU-rätten. EU-kommissionen gjorde ett försök att definiera onormalt låga anbud med hjälp av en procentuell tröskel. I sitt förslag till direktiv uttryckte EU-kommissionen att undersökningar ska göras om en anbudsgivares anbud ”betydligt underskrider” andra anbudsgivares anbud. Kommissionen ställde sedan upp en metod med omständigheter som, om de alla var uppfyllda, alltid skulle innebära en skyldighet att undersöka anbuderna närmare.⁷⁸ Definitionen antogs däremot inte. Det ankommer därför på medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna själva att bestämma en metod för att identifiera onormalt låga anbud.⁷⁹ För Sveriges del är det upp till de upphandlande myndigheterna själva att avgöra vad som förefaller vara onormalt lågt. Den svenska lagregeln säger nämligen heller ingenting om hur en sådan tröskel ska fastställas.⁸⁰

En metod för att avgöra en tröskel för vad som ska anses vara onormalt lågt måste vara objektiv och icke-diskriminerande.⁸¹ I förarbetena uttrycks att i de mer uppenbara fallen torde myndigheten kunna hänvisa till vad som är onormalt lågt utifrån det aktuella kontrakt föremålet eller den aktuella branschen.⁸² Även tidigare erfarenheter har givits betydelse i underrättspraxis och i EUD.⁸³ En jämförelse med konkurrerande anbud kan också göras men får i så fall inte vara det enda kriteriet som den upphandlande myndigheten använder sig av.⁸⁴ Det ställs härutöver inget krav på att ett eventuellt tröskelvärde måste vara känt från början. En vald metod kan exempelvis ta hänsyn till nivån på alla inkomna anbud innan tröskeln fastställs. Snarare bör myndigheterna ha i åtanke att leverantörerna kan komma att försöka anpassa sina anbud till den valda metoden eller tröskeln i stället för att lämna genuint konkurrerande anbud. Det måste därför finnas utrymme att frångå resultatet av den valda metoden.⁸⁵ Myndigheten måste också vara beredd på att kunna förklara för leverantörerna på vilket sätt ett anbud väckt frågor vilket kräver att myndigheten kan motivera sin ståndpunkt närmare.⁸⁶

EU-rätten hindrar alltså inte per se användningen av nationella bestämmelser som definierar en särskild metod för att identifiera onormalt låga anbud.⁸⁷ Det är alltså tillåtet att använda sig av matematiska kriterier för att identifiera vilka anbud som förefaller vara onormalt låga. Förutsättningen är att resultatet av

⁷⁷ Veridos, p. 34-35.

⁷⁸ Skäl 42, s. 24 samt artikel 69.1, s. 94 i kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 0896 slutlig).

⁷⁹ Lombardini och Montavani, p. 67.

⁸⁰ Prop. 2015/16:195, s. 1114.

⁸¹ Veridos, p. 34 och Lombardini, p. 69.

⁸² Prop. 2015/16:195, s. 1114.

⁸³ Exempelvis Kammarrätten i Göteborgs dom av den 18 oktober 2013 (mål nr 2598-2601-13), s. 12 samt Lombardini och Montavani, p. 72.

⁸⁴ Veridos, p. 37.

⁸⁵ Lombardini och Montavani, p. 70 och 72 samt Arrowsmith, s. 812.

⁸⁶ Se Rosén, s. 758.

⁸⁷ Veridos, p. 38 och Linder, Jesper, *Golprisens tillåtlighet vid offentlig upphandling*, UrT 2019 s. 95, s. 99.

tillämpningen av ett sådant kriterium inte är omöjligt att frångå och att kraven på det kontradiktoriska förfarandet fortfarande uppfylls.⁸⁸ Det kan också uttryckas så att ett matematiskt kriterium med hjälp av exempelvis procentuella parametrar inte får vara det enda kriteriet för att fastställa vad som är onormalt lågt. Samtliga omständigheter ska beaktas.⁸⁹ I Sverige tycks rättsläget, till viss del i motsats till det ovan beskrivna, vara att det är accepterat att de upphandlande myndigheterna i upphandlingsdokumenten anger att priser under en viss nivå kommer att kräva en förklaring.⁹⁰ Ett sådant förfarande är sannolikt inte förbjudet per se enligt EU-rätten men det beror på hur myndigheten hanterar identifieringen och bedömningen av anbud i övrigt.

Vad avser hur långt skyldigheten att identifiera onormalt låga anbud sträcker sig verkar det finnas skillnader mellan den svenska lagregeln i 16 kap. 7 § LOU och LOU-direktivet. Nedan görs avstamp i direktivet och rättsläget för svensk del undersöks därefter. Det har uppstått viss osäkerhet om rättsläget även på EU-nivå efter praxis från EUD och efter införandet av 2014 års direktiv. År 2012 kom avgörandet SAG ELV Slovensko som kunde tolkas så att myndigheten alltid har en skyldighet att närmare undersöka onormalt låga anbud.⁹¹ Det framgick däremot av ordalydelsen av 2004 års direktiv, som då var tillämpligt, att bestämmelsen var avsedd att tillämpas först när en myndighet ville förkasta ett anbud.⁹² Det uttrycktes med att "om det [...] finns ett anbud som förefaller vara onormalt lågt [...] skall den upphandlande myndigheten, innan anbudet förkastas, skriftligen begära [...] förtydliganden"⁹³. Ordningen var än tydligare i de tidigare direktiven, se bakgrunden i avsnitt 2.2. Innan SAG ELV Slovensko var rättsläget sannolikt sådant att om myndigheten inte önskade förkasta några anbud på grund av priset så aktualiserades inte bestämmelsen. Unionslagstiftaren tycks däremot i 2014 års direktiv ha förstärkt EUD:s praxis.⁹⁴ Det innebär i så fall att de upphandlande myndigheterna alltid ska undersöka anbud som förefaller vara onormalt låga oavsett om myndigheten önskar förkasta några anbud eller ej. Tolkningen av rättsfallet och bestämmelsens ordalydelse är däremot inte given och inte den enda.

EUD tycks på senare tid ha förtydligat innebörden av den här skyldigheten i avgörandet Veridos som kom år 2022. EUD uttalar där att den upphandlande myndigheten "ska [...] identifiera anbud som förefaller misstänkta". EUD säger vidare att det endast är om det "i princip framstår som tveksamt om ett anbud är tillförlitligt som den upphandlande myndigheten måste fullgöra sina skyldigheter [enligt artiklarna]"⁹⁵. Om ett anbud inte reser några misstankar behöver alltså inte myndigheten undersöka det närmare men det verkar också som att ett misstänkt

⁸⁸ Lombardini och Montavani, p. 73.

⁸⁹ Se förslag till avgörande av generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona föredraget den 24 februari 2022 i mål C-669/20, Veridos, p. 37-43.

⁹⁰ Rosén, s. 758.

⁹¹ SAG ELV Slovensko, p. 28 och 45 samt Arrowsmit, s. 804.

⁹² Se också avsnitt 2 om bakgrunden till reglerna om onormalt låga anbud.

⁹³ Artikel 55.1 i direktiv 2004/18/EG.

⁹⁴ Arrowsmith, s. 803-805.

⁹⁵ Veridos, p. 36-37.

anbud alltid ska undersökas. EUD hänvisar i sitt avgörande till generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona som uttrycker saken tydligare. Unionsrätten anses ålägga de upphandlande myndigheterna en skyldighet att kontrollera om något anbud är misstänkt. Samtliga anbud ska alltså kontrolleras under alla förhållande för att undersöka om det finns anbud som vid en första anblick förefaller vara onormalt låg.⁹⁶ Det tycks därmed som att EUD gjort den skrivelse i direktivet som tidigare avgjorde när bestämmelsen skulle tillämpas överflödig. Det verkar som att bestämmelsen numera alltid aktualiseras.

Ett argument för en ordning som innebär att de upphandlande myndigheterna alltid har en skyldighet att undersöka onormalt låga anbud skulle kunna hämtas från likabehandlingsprincipen.⁹⁷ Att underlåta att undersöka och förkasta ett anbud som innebär en risk för utebliven leverans eller som beror på olagligt statligt stöd och som inte skulle ha blivit antaget på en rättvis marknad skulle kunna anses strida mot likabehandlingsprincipen. Anbudet skulle i så fall behandlas på samma sätt som andra, seriösa anbud och som inte är i konflikt med direktivens syften.⁹⁸ Ett ytterligare argument skulle med anknytning här till kunna hämtas ur SAG ELV Slovensko där EUD uttrycker att ett kontradiktoriskt förfarande inte bara är ett krav för att undvika godtycke men också för att ”säkerställa en sund konkurrens mellan företagen”.⁹⁹ Ett ytterligare argument för att misstänkta anbud alltid ska undersökas är att det följer deduktivt av det obligatoriska kravet i artikel 69.3 andra stycket att förkasta anbud som beror på att leverantörerna inte uppfyller vissa skyldigheter enligt artikel 18.2 i LOU-direktivet, se mer härom i avsnitt 3.1.4). Det obligatoriska kravet att alltid förkasta vissa anbud kan anses kräva att alla misstänkta anbud också undersöks.¹⁰⁰

Sammanfattningsvis kan således två tolkningar anläggas. Antingen ställer EU-rätten krav på att alla misstänkta anbud ska undersökas. Det har stöd framför allt i EUD:s praxis tillsammans med likabehandlingsprincipen, kodifieringen av rättspraxis i 2014 års direktiv samt det nya obligatoriska kravet på förkastande av vissa anbud. Eller så ställs inget krav på att alltid identifiera onormalt låga anbud. Det har stöd framför allt i direktivtextens ordalydelse samt bakgrunden och syftet till bestämmelserna. Det kommer inte vara möjligt att inom ramen för den här uppsatsen ge ett fullständigt svar. Övervägande skäl talar däremot för att det alltid finns en skyldighet att undersöka misstänkta anbud enligt EU-rätten, oavsett om myndigheten önskar förkasta anbud eller ej efter avgörandet Veridos.¹⁰¹ Det är å

⁹⁶ Generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona, p. 32-38.

⁹⁷ Ett sådant argument lyfts exempelvis av generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona i p. 42 tillsammans med principen om öppenhet och icke-diskriminering.

⁹⁸ Arrowsmith, s. 804-805. Se för ett liknande resonemang också Rosén, s. 760.

⁹⁹ P. 29 i avgörandet.

¹⁰⁰ Arrowsmith, s. 814.

¹⁰¹ En annan sak är att faktumet att skyldigheten kan anses sprungen ur likabehandlingsprincipen och inte direkt ur artikel 69 öppnar upp möjligheten för analogier. Till exempel kan ifrågasättas om den fakultativa ordningen i lag som gäller för det icke-direktivstyrda området och LUFSS är i överensstämmelse med EU-rätten. Om det däremot inte föreligger någon skyldighet att alltid identifiera onormalt låga anbud uppstår i stället gränsdragningsfrågor som när en sådan skyldighet då uppstår eller vilket utrymme för skönsmässig bedömning som myndigheterna äger för att bedöma saken. Se Arrowsmith, s. 806.

andra sidan fortfarande upp till myndigheterna att bedöma om ett anbud är onormalt lågt. Görs bedömningen att inget anbud reser misstankar uppstår ingen skyldighet att begära förklaringar eller förkasta anbud.¹⁰²

För svenskt vidkommande framgår redan av lagtexten att något utrymme inte finns enligt 16 kap. 7 § LOU för myndigheten att välja om den behöver identifiera anbud eller ej. Bestämmelsen har som nämnts gjorts obligatorisk från att tidigare ha varit fakultativ.¹⁰³ I dag innebär regeln att ”[o]m ett anbud förefaller vara onormalt lågt, ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden”. Någon hänvisning till viljan att förkasta ett anbud finns inte och regeln skiljer sig därmed från LOU-direktivet. Inom ramen för den här uppsatsen konstateras endast att det enligt svensk rätt förhåller sig så här. Betydelsen av att den svenska lagregeln avviker i nu nämnt avseende är svårt att ignorera. Huruvida det faktiskt också innebär att regeln står i strid med EU-rätten är däremot en fråga alltför omfattande för att reda ut inom ramen för den här uppsatsen, i synnerhet mot bakgrund av den delvis oklara ordning som råder på EU-nivå.

Bestämmelserna på det icke-direktivstyrda området och på LUFSS-området är däremot fortfarande fakultativa, vilket framgår nedan i avsnitten 3.1.6 och 3.2. Myndigheterna kan alltså välja att inte tillämpa reglerna om de inte vill förkasta några anbud. Det ska här dock noteras att EUD i avgörandet Veridos tolkade artikel 49 i LUFSS-direktivet och poängterade att tolkningen kan överföras på 2014 års LOU-direktiv eftersom de i huvudsak är identiska.¹⁰⁴ Det tycks med andra ord som att skyldigheterna enligt de olika förfarandedirektiven är desamma och att det enligt LUFSS-direktivet alltså föreligger en skyldighet att alltid identifiera misstänkta anbud. Det skulle i så fall kunna innebära att den fakultativa ordning som gäller enligt 13 kap. 3 § LUFSS står i strid med EU-rätten. Det går förvisso att förena skyldigheten att identifiera anbud med en möjlighet att förkasta anbud, precis på samma sätt som tycks gälla enligt direktiven.

En liknande fråga uppstår också på det icke-direktivstyrda området i 19 kap. 18 § LOU som ju ska överensstämma med de allmänna gemenskapsrättsliga principerna enligt 19 kap. 2 § LOU. Om syftet med skyldigheten att kontrollera alla anbud är att säkerställa att principerna iakttas¹⁰⁵ måste ju syftet också utgöra ett argument som har bäring på upphandlingar enligt 19 kap. LOU. Utöver att frågan inte ska behandlas närmare i förevarande kapitel så kräver den en närmare undersökning som ligger utanför uppsatsens primära syfte.

Sammanfattningsvis gäller enligt svensk rätt att de upphandlande myndigheterna vid upphandlingar över tröskelvärdena ska identifiera onormalt låga anbud för att bedöma vilka anbud som ska undersökas närmare. Det tycks stämma med den ordning som numera troligen gäller enligt EU-rätten. Vad gäller LUFSS och upphandlingar enligt 19 kap. LOU tycks svensk rätt inte ställa samma krav på att identifiera samtliga fall. Det är däremot möjligt att den ordningen inte har stöd i

¹⁰² Konkurrensverket, *Korruption och osund konkurrens i offentlig upphandling*, rapport 2020:1, s. 42.

¹⁰³ Rosén, s. 760.

¹⁰⁴ Veridos, p. 31.

¹⁰⁵ Argumentet lyftes av generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona, p. 42 med vilken EUD i stort anslöt sig till även om EUD inte uttalar någonting själv härom.

EU-rätten. Med hänsyn till att begreppet onormalt låga anbud saknar en allmängiltig definition är det däremot upp till de upphandlande myndigheterna själva att avgöra vad som ska anses vara ett misstänkt anbud, med hjälp av de uttalanden som gjorts i praxis.¹⁰⁶

3.1.2 Det kontradiktoriska förfarandet

När myndigheten väl har identifierat ett anbud som förefaller vara onormalt lågt ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören förklarar det låga priset eller kostnaden enligt 16 kap. 7 § LOU. Enligt förarbetena avser bestämmelsen att säkerställa att leverantörerna ges tillfälle att förklara det låga priset innan anbudet förkastas.¹⁰⁷ Kravet på ett kontradiktoriskt förfarande vid onormalt låga anbud är tvingande och får inte förbises av myndigheterna. Syftet med bestämmelserna om onormalt låga anbud är bland annat att skydda anbudsgivarna från godtycke. Det skulle därför stå i strid med syftet att överlåta bedömningen, huruvida det alls är nödvändigt att begära en förklaring av priset, på de upphandlande myndigheterna.¹⁰⁸

Det framgår redan av ordalydelsen i såväl de svenska lagbestämmelserna som i direktiven att listan på de möjliga förklaringar som en begäran kan avse inte är uttömmande. Den upphandlande myndigheten får alltså begära alla de förklaringar som den anser relevanta i det enskilda fallet.¹⁰⁹ Myndigheten har en skyldighet att tydligt formulera sin begäran till aktuell leverantör så att vederbörande har möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara varför anbudet är allvarligt menat. Leverantörerna har i det avseendet rätt att få veta i vilka delar som anbudet har gett upphov till frågor. Bestämmelsen ger däremot inte myndigheten rätt att ensam bestämma vilka faktorer som är relevanta och som ska beaktas.¹¹⁰ För att kunna uppnå en effektiv konkurrens måste nämligen leverantörernas rätt att få göra sin ståndpunkt gällande vara så omfattande och fullständig som möjligt och får därmed inte begränsas på något sätt. Myndigheterna är därför skyldiga att också beakta alla de förklaringar som leverantörerna själva lämnar och anser vara relevanta.¹¹¹

Tidigare framgick av såväl de svenska bestämmelserna som direktiven att en begäran om förklaringar ska vara skriftlig.¹¹² Det framgår också fortfarande av 13 kap. 3 § i LUF. Skrivelsen togs bort i 2014 års LOU-direktiv och 2016 års LOU och LUF. Reglerna för kommunikation och dokumentation som framgår av 12

¹⁰⁶ Att det skulle föreligga en obligatorisk skyldighet skulle innebära att det då vore möjligt att överpröva ett beslut att tilldela kontraktet till en leverantör som borde ha uteslutits på grund av att anbudet var onormalt lågt. Se Veridos, p. 48. Det ska också noteras att det är möjligt att EUD infört en ordning som innebär att vissa anbud alltid är att betrakta som onormalt låga, se nedan i avsnitt 5.1 angående nollanbud.

¹⁰⁷ Prop. 2015/16:195, s. 1114.

¹⁰⁸ Transporoute, p. 17-18.

¹⁰⁹ Prop. 2015/16:195, s. 1115.

¹¹⁰ SAG ELV Slovensko, p. 30-31 och Lombardini och Montavani, p. 53.

¹¹¹ Lombardini och Montavani, p. 81-84.

¹¹² Se exempelvis 12 kap. 3 § LOU och artikel 55.1 i 2004 års LOU-direktiv.

kap. i 2016 års LOU och LUF är däremot generellt tillämpliga.¹¹³ Det har tolkats som att kravet fortfarande är att en begäran ska göras skriftligen.¹¹⁴ Vidare anses LOU-direktivets hänvisning i artikel 69.3, till att myndigheten ska ”ha hört anbudsgivaren”, avse sedvanlig skriftväxling.¹¹⁵ Att inleda en muntlig dialog med anbudsgivare under pågående anbudsgivning skulle också kunna ifrågasättas utifrån transparens- och likabehandlingsprincipen.¹¹⁶ Det är vidare nödvändigt att den upphandlande myndigheten kan visa att beslutet att förkasta eller anta ett anbud har gjorts på korrekt grund.¹¹⁷ Kravet på skriftlighet får härav fortfarande anses gälla trots att det inte framgår direkt av vare sig lagtexten eller direktivet.¹¹⁸

Efter att den upphandlande myndigheten begärt förklaringar till anbudet ska anbudsgivaren ges en rimlig tidsfrist för att ge kompletterande upplysningar.¹¹⁹ Enligt förarbetena får en tidsfrist bestämmas utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.¹²⁰ I det sammanhanget skulle upphandlingens art och omfattning kunna ha betydelse. Det kan också tänkas att tidsfristen skulle kunna kortas om myndigheten redan i upphandlingsdokumenten angett att vissa prisnivåer kommer betraktas som misstänkt låga. Myndigheten skulle då kunna utgå från att aktuella leverantörer förberett sådan utredning.¹²¹ Det är sannolikt också så att myndighet ska beakta även för sent inkomna förklaringar om myndigheten ännu inte hunnit fatta sitt beslut.¹²²

Det är däremot inte tillåtet att helt ersätta det kontradiktoriska förfarandet med i förväg inlämnade förklaringar. Det överensstämmer nämligen inte med andan i bestämmelserna. Det tycks å andra sidan inte per se vara förbjudet att kräva förklaringar i förväg, under vissa förutsättningar. Exempelvis måste kravet riktas till alla leverantörer utan åtskillnad. En sådan metod skulle kunna göra det möjligt att på ett tidigare stadium bedöma anbud, som annars skulle behövt undersökas närmare, som seriösa och därmed påskynda kontrollen av anbudet. En grundförutsättning är att alla krav enligt bestämmelserna fortfarande uppfylls.¹²³ En slutsats är att i förväg lämnade förklaringar inte får användas för att utesluta leverantörer som onormalt låga, bara utvärdera vilka anbud som inte behöver undersökas närmare med ett kontradiktoriskt förfarande.

3.1.3 Bedöma lämnade förklaringar

I föregående avsnitt framgår att myndigheterna ska beakta alla lämnade förklaringar. Av 16 kap. 7 § 2 st. LOU framgår vidare att anbudet ska förkastas om

¹¹³ Arrowsmith, s. 815.

¹¹⁴ Rosén, s. 751 samt Arrowsmith, s. 815.

¹¹⁵ Prop. 2015/16:195, s. 1115.

¹¹⁶ Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling : Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, rapport 2013:6, s. 69.

¹¹⁷ Rosén, s. 751.

¹¹⁸ Se också Konkurrensverket, 2020:1, s. 44-45.

¹¹⁹ Transporoute, p. 18.

¹²⁰ Prop. 2015/16:195, s. 1115.

¹²¹ Rosén, s. 751.

¹²² Rosén, s. 757.

¹²³ Lombardini och Montavani, p. 52, 62 och 66.

anbudet inte förklarats på ett tillfredsställande sätt av leverantören. I artikel 69.3 i LOU-direktivet uttrycks att anbudet endast får förkastas ”när de ingivna bevisen inte på ett tillfredsställande sätt förklarar” det låga anbudet. Leverantören ska alltså presentera bevis som förklarar det låga anbudet.

Med nya LOU behövs i praktiken samma fördelning av bevisbördan som med äldre LOU.¹²⁴ Enligt Konkurrensverket talar övervägande skäl för att myndigheten har bevisbördan för att priset är så lågt att seriositeten kan ifrågasättas. En leverantör har ingen skyldighet att bevisa att anbudet är seriöst menat om det saknas grund att ifrågasätta priset även om anbudet är lågt.¹²⁵ Även faktumet att leverantören har fått tillfälle att förklara anbudet är sannolikt en bevisbördan som åvilar myndigheten.¹²⁶

Att myndigheten ska ha hört anbudsgivaren innebär enligt förarbetena att skriftväxlingen ska ske tills myndigheten finner att utredningen är tillräcklig för att kunna fatta ett beslut.¹²⁷ Bedömningen av om ett anbud är onormalt lågt ska göras utifrån den aktuella prestationen och alla relevanta faktorer som hänför sig till den aktuella prestationen kan beaktas.¹²⁸ Syftet med förfarandet är att urskilja de anbud som är seriösa från de anbud som inte är seriösa. Det är tydligt av EUD:s praxis att det inte ställs något krav på att leverantörerna måste gå med vinst. Tvärtom kan det finnas godtagbara skäl till att leverantörerna väljer att gå med förlust. Ett sådant skäl är exempelvis att ta sig in på en ny marknad.¹²⁹

Som nämnts i bakgrunden avser bestämmelsen att ge myndigheterna en möjlighet att förkasta anbud som inte är seriösa och att skydda leverantörerna från att uteslutas på olämpliga grunder. Möjligheten är således kopplad till riskerna för leveransen och kontraktsföremålet¹³⁰. Annorlunda uttryckt tar bestämmelsen sikte på anbud där det offererade priset inte står i proportion till upphandlingsföremålet i kombination med att det föreligger en oförmåga att leverera.¹³¹ Möjligen är det också så att myndigheten måste ta hänsyn till hur stor risken för leveransen är. En liten risk är sannolikt inte tillräcklig.¹³²

3.1.4 Möjligheten eller skyldigheten att godta eller förkasta anbud

Lagbestämmelserna om onormalt låga anbud ger myndigheterna rätt att själva avgöra om lämnade förklaringar är godtagbara eller ej.¹³³ Förkastande av anbud får enbart grundas på de fakta som finns och inte på formell grund. Om en leverantör inte följt en uppmaning att förklara sitt låga anbud får myndigheten alltså

¹²⁴ SOU 2014:51, s. 303.

¹²⁵ Konkurrensverket, 2020:1, s. 42. Se också Rosén, s. 760.

¹²⁶ Konkurrensverket, 2013:6, s. 70.

¹²⁷ Prop. 2015/16:195, s. 1115.

¹²⁸ Veridos, p. 35.

¹²⁹ SECAP och Santorso, 26.

¹³⁰ Det framgår också redan av ordalydelsen i artikel 69.1 i LOU-direktivet att anbudet ska förefalla vara onormalt lågt i förhållande till byggentreprenaderna, varorna eller tjänsterna.

¹³¹ Roglert, Magnus, *Onormalt lågt anbud och missbruk av marknadsdominerande ställning*, UrT 2015 s. 189, s. 191.

¹³² Rosén, 756 samt Konkurrensverket, 2020:1, s. 39-40.

¹³³ Transporoute, p. 17.

inte förkasta anbudet med hänvisning till att någon förklaring inte kommit in i tid. Myndigheten får i stället utgå från det material och de omständigheter som finns.¹³⁴ Vidare får anbudet inte förkastas på grund av omständigheter som den upphandlande myndigheten inte begärt förklaringar till.¹³⁵

Av 16 kap. 7 § LOU framgår att myndigheten ”ska” förkasta onormalt låga anbud. Lagregeln föreskriver med andra ord en skyldighet för upphandlande myndigheter att förkasta ett anbud om inte det låga priset förklarats på ett tillfredsställande sätt.¹³⁶ Det ska noteras att regleringen med ett obligatoriskt förkastande av onormalt låga anbud är en svensk konstruktion. I artikel 69.3 i LOU-direktivet uttrycks att myndigheten ”får” förkasta anbud.¹³⁷ Sverige har alltså infört en skyldighet för de upphandlande myndigheterna som inte förekommer i EU-rätten, bortsett från fall som beror på miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, se bakgrunden i avsnitt 2.2.

Av förarbetena framgår att några remissinstanser lyfte faktumet att den svenska regleringen med regeringens förslag skulle gå utöver direktiven.¹³⁸ Regeringen yttrade att direktiven sammantaget gav uttryck för en mer restriktiv syn på möjligheten att godta onormalt låga anbud. Regeringen uttryckte också att ett anbud som konstaterats vara onormalt lågt inte motsvarar ”allmänt vedertagna affärsmässiga hänsyn”.¹³⁹ Vidare påpekades att de upphandlande myndigheterna har en skyldighet att se till att upphandlingarna är effektiva och att iaktta skäligen omsorg. Enligt regeringens åsikt lämnades det då inget utrymme för att godta anbud som är onormalt låga. Ordningen förväntades också leda till mer förutsägbarhet i tillämpningen och färre anbud med onormalt låga priser.¹⁴⁰ Lagrådet lyfte överhuvudtaget inte den svenska avvikelser i sitt yttrande utan framförde endast vissa språkliga synpunkter på lagförslaget.¹⁴¹

Om orsaken till det låga priset inte utgör någon större risk för leveransen eller inte beror på att leverantören förfar lagstridigt i visst avseende så finns enligt direktiven ingen möjlighet att förkasta anbudet. Om en leverantör exempelvis pressar sitt pris för att företaget behöver kontraktet för att kunna behålla sin personal eller ägnar sig åt konkurrensbegränsande beteenden för att slå ut andra aktörer från marknaden så tillåter direktiven inte att anbudet förkastas.¹⁴² Även om anbudet allmänspråkligt skulle kunna betecknas som onormalt låga saknas i de fallen koppling till leveransen och upphandlingsföremålet.¹⁴³ Samma ordning får

¹³⁴ Rosén, s. 757.

¹³⁵ Konkurrensverket, 2013:6, 68.

¹³⁶ Prop. 2015/16:195, s. 1115 och Forsberg, Niclas, *Upphandling: enligt LOU, LUF, LUK, LUF5 och LOV*, 5 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2019, s. 278.

¹³⁷ Ulfsson, 16 kap. 7 §, avsnitt 2.2 *Vad följer av direktivet, förarbetena?*

¹³⁸ Prop. 2015/16:195, s. 795.

¹³⁹ Prop. 2015/16:195, s. 794.

¹⁴⁰ Prop. 2015/16:195, s. 794.

¹⁴¹ Lagrådets yttrande av den 12 februari 2016 efter lagrådsremiss av den 4 juni 2015 angående förslag till nytt regelverk om upphandling, s. 194-195.

¹⁴² Arrowsmith, s. 811 samt Rosén, s. 756.

¹⁴³ Samma sak gällde även för onormalt låga anbud på grund av statligt stöd fram till 2004 års direktiv och det finns argument för att den ordningen fortfarande gäller, se mer härom i Arrowsmith, s. 808-810.

anses gälla även enligt den svenska lagregeln.¹⁴⁴ Om en leverantör däremot avsiktlig erbjudit ett realistiskt pris med avsikt att höja priset senare eller om priset beror på att leverantören missförstått leveransens omfattning ger direktiven myndigheten en möjlighet att förkasta anbuden medan den svenska lagregeln föreskriver en skyldighet att göra så.¹⁴⁵ Medan EU-rätten således sannolikt medför en skyldighet att identifiera anbud¹⁴⁶ men inte att förkasta sådana anbud så föreskriver alltså den svenska lagregeln skyldigheter i båda fallen.¹⁴⁷ Att de svenska myndigheterna alltid ska förkasta onormalt låga anbud innebär i förlängningen en nackdel för leverantörerna och det är inte orimligt att tro att det också kan påverka leverantörernas beteenden, vilket regeringen själv hoppades på. Det innebär med andra ord också en potentiell påverkan på konkurrensen och förutsättningarna för deltagande i upphandlingar.

Det går att göra flera invändningar mot regeringens skäl. Regeringen hävdar exempelvis att toleransen mot att godta onormalt låga anbud har minskat med direktiven. Det är korrekt för anbud från leverantörer som inte följer miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter men det bör kanske också ses mot bakgrund av utvecklingen inom EU och området för offentlig upphandling på just de tre nämnda områdena. Skäl 37, 40 och 103 i preambeln till LOU-direktivet talar exempelvis mot att EU-lagstiftaren skulle anse att det också i övriga fall är motiverat att tvinga myndigheterna att förkasta anbud.¹⁴⁸ Utredningen som låg till grund för propositionen och vars argument regeringen också hänvisade till vände på argumentet och tog införandet av ett obligatoriskt förkastande i ett specifikt fall som intäkt för en restriktivare syn generellt.¹⁴⁹

Regeringens skäl tycks också vila på en avvägning mellan intressen med EU-rättslig anknytning, såsom effektivitet. Det finns inget tydligt svar på hur EU-lagstiftaren ser på den här frågan men faktum kvarstår att avvägningen uppenbarligen resulterat i en fakultativ ordning i direktiven. Det framstår för övrigt som något oklart varför en obligatorisk ordning skulle tillgodose effektivitetsprincipen bättre än en fakultativ ordning om lagstiftaren litar på att de upphandlande myndigheterna är omdömesgilla. Om ett anbud inger farhågor beträffande leveranssäkerheten är det inte självklart att det mest proportionerliga är att situationen löses genom att i lag ge företräde åt effektivitetsprincipen på bekostnad av andra hänsyn, däribland myndigheternas handlingsutrymme och leverantörsskyddet.¹⁵⁰ Intressant i sammanhanget är också att effektivitetshänsyn användes som argument vid införandet av den fakultativa ordning som i dag gäller för upphandlingar enligt 19 kap. 18 § LOU, se nedan i avsnitt 3.2. Vilken lösning som tillgodoser

¹⁴⁴ Konkurrensverket, 2020:1, s. 40.

¹⁴⁵ Se Arrowsmith, s. 808. Se också Konkurrensverket, 2013:6, s. 70 ff.

¹⁴⁶ Se mer härom i bakgrunden samt i avsnitt 2.2.

¹⁴⁷ Se också Linder, Fredrik, *Onormalt låga anbud*, UrT 2016 s. 343, s. 350.

¹⁴⁸ Se exempelvis Arrowsmith, s. 814 och Sundstrand, Andrea, *Gränser för arbetsmiljökrav i offentlig upphandling*, UrT 2020, s. 101, s. 101-102 och 105 som båda visar på att EU:s strävanden för att uppnå vissa samhällliga mål föranlett särskilda ändringar i regelverket för bland annat tilldelning, utvärdering samt onormalt låga anbud i syfte att uppnå målen.

¹⁴⁹ SOU 2014:51, s. 303.

¹⁵⁰ Jfr dock SOU 2014:51, s. 302-303 vilken regeringen anslöt sig till i prop. 2015/16:195.

effektiviteten i upphandlingar bäst och vilken avvägning av intressen som bäst uppfyller bestämmelsens syfte tycks därmed inte självklar.

Regeringen verkar däremot ha förutsatt att avvikelserna är i harmoni med direktiven men av systematiska- och ändamålsskäl är det inte givet att så är fallet. Innebörden av EU-rättens företräde och att direktivbestämmelsen har direkt effekt reser också frågor i sammanhanget.¹⁵¹ Det finns således argument för att den svenska lagstiftaren kan ha infört regeln fel. Det är förvisso möjligt att hämta stöd för den svenska ordningen ur EUD:s praxis. Avgörandet SAG ELV Slovensko skulle exempelvis kunna tolkas så att det på grund av skyldigheten att identifiera onormalt låga anbud också uppstår en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud som innebär en risk för leveransen.¹⁵² Vidare kan argumenteras för att den svenska ordningen framstår som mer ändamålsenlig i vissa avseenden. Exempelvis skulle det kunna hävdas att ordningen bättre tillgodoser likabehandlingsprincipen och möjligheten för andra leverantörer att överpröva den upphandlande myndighetens beslut att anta ett onormalt lågt anbud.¹⁵³ Frågan huruvida den svenska lagregeln är förenlig med EU-rätten i nu nämnt avseende kommer av utrymmesskäl inte att få ett svar i den här uppsatsen. Frågan lyfts i stället som ett möjligt objekt för vidare forskning.

3.1.5 Onormalt låga anbud på grund av statligt stöd

I 16 kap. 8 § LOU finns en reglering om onormalt låga anbud som beror på statligt stöd. 16 kap. 8 § LOU lyder

Om en upphandlande myndighet finner att ett anbud är onormalt lågt på grund av att leverantören fått ett statligt stöd, ska myndigheten ge leverantören en möjlig tid inom skälig tid visa att stödet är förenligt med fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget).

Om leverantören efter en sådan åtgärd som avses i första stycket inte visat att stödet i fråga är förenligt med EUF-fördraget, ska anbudet förkastas.

En upphandlande myndighet som förkastar ett anbud med stöd av andra stycket ska underrätta Europeiska kommissionen om det.

Enligt förarbetena så är bestämmelsen avsedd att utlösa en utredningsskyldighet för den upphandlande myndigheten. Det har därför ansetts att den upphandlande myndigheten inte behöver ha något mer omfattande eller exakt underlag för sin bedömning för att bestämmelsen ska aktualiseras. Den lägre tröskeln markeras med att det är tillräckligt att myndigheten ”finner” att priset är onormalt lågt på grund av statligt stöd.¹⁵⁴ Bestämmelsen genomför artikel 69.4 i LOU-direktivet.¹⁵⁵

I direktivet hänvisas direkt till artikel 107 i FEUF. Det framgår av placeringen av artikel 107 i FEUF att regeln är en konkurrensregel. Begreppet statligt stöd

¹⁵¹ Se Fratelli Costanzo, p. 32-33 och senare avgöranden.

¹⁵² Se Arrowsmith, s. 809 och 814.

¹⁵³ Se exempelvis Linder, Fredrik, s. 351-352 samt Rosén, s. 759-760.

¹⁵⁴ Prop. 2015/16:195, s. 1116.

¹⁵⁵ Prop. 2015/16:196, s. 1116.

avser alltså statligt stöd i EU-rättslig mening och ska tolkas brett.¹⁵⁶ Utan att gå för djupt in på den EU-rättsliga regleringen av statliga stöd kan här kort sägas att konkurrenshänsyn är ett bakomliggande syfte till regleringen som helhet på området för offentlig upphandling¹⁵⁷ och att i bestämmelsen i 16 kap. 8 § LOU finns alltså en direkt hänvisning till det konkurrensrättsliga området. Regeln kan ses mot bakgrund av att kommissionen har ensam behörighet att besluta om förenligheten mellan statliga stöd och FEUF. Medlemsstaterna ska anmäla statliga stöd till kommissionen på förhand och stöden får inte utges förrän det är godkänt. Statliga stöd kan snedvrída konkurrensen och påverka handeln mellan medlemsstaterna.¹⁵⁸

Även i 16 kap. 7 § 1 st. 5 p. nämns att en begäran om förklaring kan gälla om leverantören kan få statligt stöd. Skillnaden mellan bestämmelserna i 7 § och 8 § är att i det senare fallet ska leverantören visa att stödet är förenligt med FEUF. Enligt 7 § 1 st. 5 p. krävs istället en tillfredsställande förklaring till det låga priset.¹⁵⁹ Ett förkastande av anbud som onormalt lågt enligt 8 § måste vidare bero på det statliga stödet och ingen annan orsak.¹⁶⁰ Den upphandlande myndigheten ska sedan underrätta kommissionen om åtgärden att förkasta anbudet enligt st. 3.

Möjligheten att förkasta ett anbud som onormalt lågt på grund av statligt stöd är med andra ord inte begränsad enbart till det fallet att stödet är oförenligt med den inre marknaden. Möjligheten som finns enligt 7 § tycks något vidare. EU-rätten utgör exempelvis inget principiellt hinder mot att en leverantör på grund av statlig finansiering kan erbjuda priser som inte går att konkurrera med. Den upphandlande myndigheten ska däremot beakta alla relevanta faktorer i förhållande till det som ska levereras. I syfte att säkerställa sund konkurrens får myndigheten då också beakta att en leverantör erhåller statlig finansiering vid sin bedömning om ett anbud ska förkastas.¹⁶¹

Även i fallet med statligt stöd har Sverige gjort en avvikelse från direktivet, återigen genom att göra bestämmelse obligatorisk genom att anbud som beror på statligt stöd ”ska” förkastas. Artikel 69.4 i LOU-direktivet anger i stället att om myndigheten fastställt att ett anbud är onormalt lågt på grund av statligt stöd så ”får anbudet förkastas enbart av denna anledning först efter samråd med anbudsgivaren”. Att det förhåller sig så noteras endast här. Angående Sveriges val att göra förkastandet obligatoriskt görs en hänvisning till vad som sagts i avsnitt 3.1.4.

¹⁵⁶ Rosén, s. 755 och 764.

¹⁵⁷ Se exempelvis skäl 1 i preambeln till LOU-direktivet.

¹⁵⁸ Rosén, s. 764.

¹⁵⁹ Rosén, 764.

¹⁶⁰ Rosén, s. 764.

¹⁶¹ EU-domstolens dom av den 18 december 2014, *Data Medical Service*, C-568/13, EU:C:2014:2466, p. 46-51.

3.1.6 Onormalt låga anbud på LUFs-området

Även i LUFs finns bestämmelser av motsvarande slag som de ovan beskrivna men med en delvis annan språklig utformning. Av 13 kap. 3 och 4 §§ LUFs framgår exempelvis att den upphandlande myndigheten eller enheten ”får förkasta ett anbud” och ”får [...] begära en förklaring” i stället för att myndigheten eller enheten ”ska” göra motsvarande, så som det uttrycks i LOU och LUF. En sådan begäran ska också vara skriftlig medan LOU och LUF inte nämner någonting härom.¹⁶² Vidare skiljer sig listan över vad en begäran om förklaring till det låga priset kan gälla. Den språkliga skillnaden mellan bestämmelserna i LUFs i förhållande till LOU och LUF kan förklaras av att lagarna ändrats vid olika tillfällen till följd av nya EU-direktiv. Mellan 2011 och 2017 hade bestämmelserna samma innehåll i alla tre lagarna.

2007 års LOU respektive LUF har sin grund i 2004 års LOU- respektive LUF-direktiv med nr 2004/18/EG och 2004/17/EG. Lagarna upphävdes i samband med att 2016 års LOU och 2016 års LUF trädde i kraft den 1 januari 2017. Även LUK tillkom då för första gången. Tillkomsten av 2016 års upphandlingslagar berodde på de nya förfarandedirektiven från EU som i sin tur kom i februari 2014. De nya direktiven, nu med nr 2014/24/EU, 2014/25/EU resp. 2014/23/EU, och därmed också det nationella regelverket innebar en modernisering av bestämmelserna och en kodifiering av praxis från EUD. De innebar också vissa nyheter.¹⁶³ Vad avser bestämmelserna om onormalt låga anbud som här är i fråga så återfanns de i 2007 års LOU respektive LUF i 12 kap. 3 och 4 §§. LUFs å sin sida tillkom först 2011 som en följd av LUFs-direktivet från juli 2009, alltså mellan 2004 års och 2014 års förfarandedirektiv på LOU- och LUF-området. Till skillnad från områdena för LOU, LUF och LUK har inget nytt direktiv kommit på LUFs-området och några större ändringar i LUFs till följd av EU-lagstiftning har inte varit påkallad.

Medan bestämmelserna har utvecklats i LOU och LUF har formuleringen i LUFs alltså blivit kvar. Vad avser de direktivbestämmelser som ligger till grund för 13 kap. 3 och 4 §§ LUFs samt de tidigare 12 kap. 3 och 4 §§ i 2007 års LOU och LUF så är artiklarna i princip identiska till sitt innehåll.¹⁶⁴ Det bör därför kanske inte fästas alltför stor vikt vid den språkliga skillnaden mellan LUFs i förhållande till LOU och LUF. Den praxis som gäller onormalt låga anbud på såväl nationell som EU-nivå är alltså vägledande på LUFs-området då bestämmelserna fortfarande överensstämmer i principiella delar.¹⁶⁵ Det har så vitt kan utronas inte heller gjorts några särskilda ställningstaganden på LUFs-området som kan motivera en annan ordning.

Ätminstone en väsentlig skillnad kvarstår däremot i förhållande till LOU och LUF. Regeln enligt LOU och LUF är numera, som nämnts ovan i avsnitt 3.1, obligatorisk från att tidigare ha varit fakultativ i enlighet med 2004 års direktiv. I LUFs tycks den här ordningen alltså fortfarande gälla och den upphandlande myndigheten har därför en möjlighet och inte en skyldighet att besluta om

¹⁶² Angående kravet på skriftlighet enligt LOU och LUF se avsnitt 3.1.2.

¹⁶³ Nord, Eskil, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, stjärnot till lagen*, Karnov (JUNO) (besökt 2023-04-03).

¹⁶⁴ Artiklarna återfinns i artikel 49 i LUFs-direktivet, artikel 55 i 2004 års LOU-direktiv samt artikel 59 i 2004 års LUF-direktiv.

¹⁶⁵ Se Veridos, p. 33 samt Rosén, s. 756.

anbudet ska förkastas eller inte, precis som i de tidigare bestämmelserna enligt 2007 års LOU och LUF.¹⁶⁶ Det har betydelse till exempel för möjligheten för en anbudsgivare att överpröva en upphandling på grund av att den upphandlande myndigheten antagit ett anbud som borde ha förkastats som onormalt lågt. Det skulle däremot kunna anses stå i strid med likabehandlingsprincipen att ett sådant anbud får antas när det borde ha förkastats. Situationen skulle kunna jämföras med att anta ett anbud som strider mot 13 kap. 2 och 2 §§ LOU eller där anbudet inte uppfyller kraven enligt 14 kap. LOU på ekonomisk eller teknisk förmåga.¹⁶⁷ I avsnitt 3.1.1, som behandlar skyldigheten eller möjligheten att identifiera onormalt låga anbud, lyfts frågan om LUF:s överensstämmelse med EU-rätten vad avser myndigheternas skyldigheter i just det fallet. En möjlig slutsats är att LUF:s efter EUD:s avgöranden i Veridos och SAG ELV Slovensko innebär att de upphandlande myndigheterna alltid har en skyldighet att identifiera misstänka anbud, precis som gäller enligt LOU och LUF. Det finns däremot ingen möjlighet att inom ordalydelsen också tolka in en skyldighet att förkasta sådana anbud.¹⁶⁸ I LOU och LUF finns sådana skyldigheter uttryckligen men som framförs i bakgrunden i avsnitt 2.2 och den tidigare framställning stödjer EU-rätten snarare en ordning där en skyldighet att förkasta anbud enbart finns i vissa föreskrivna fall i direktiven. Någon sådan skyldighet finns däremot överhuvudtaget inte föreskriven i LUF:s-direktivet eller i LUF:s. Det framstår som inkonsekvent men har sin historiska förklaring. I LUF:s finns det därför fortfarande en möjlighet och inte en skyldighet att förkasta anbud som är onormalt låga även om EU-rättens företräde sannolikt innebär att det föreligger en skyldighet att identifiera onormalt låga anbud.¹⁶⁹

3.2 Onormalt låga anbud på det icke-direktivstyrda området

Onormalt låga anbud kan förekomma i upphandlingar såväl över som under tröskelvärdena eller på områden som antingen omfattas eller undantas från upphandlingsdirektiven. För den här uppsatsens del är framför allt upphandlingar på det direktivstyrda området av intresse. Det innebär däremot inte att det icke-direktivstyrda området är irrelevant. I var och en av upphandlingslagarna regleras det icke-direktivstyrda området i separata kapitel. Kapitlen styr i praktiken mesta delen av upphandlingarna som sker i Sverige, såväl till antal som totalt belopp.¹⁷⁰ Det finns en viss skillnad i hur regleringen ser ut inom svensk rätt beroende på om en upphandling anses omfattas av direktiven eller ej men i vissa fall suddas gränserna mellan områdena ut. Även vid upphandlingar utanför det

¹⁶⁶ Se Rosén, s. 760.

¹⁶⁷ Se Rosén, s. 760.

¹⁶⁸ Se Granmar, Claes, *Effekterna av att inte genomföra direktivet om offentlig upphandling*, UrT 2016 s. 53, s. 56.

¹⁶⁹ Se Arrowsmith, s. 814.

¹⁷⁰ Lagrådets yttrande av den 12 februari 2016, s. 5.

direktivstyrda området kan det finnas anledning att iaktta vad som gäller på det direktivstyrda området. Det är därför nödvändigt att känna till skillnaderna mellan regleringen på det direktivstyrda och det icke-direktivstyrda området samt när en upphandling egentligen ska hanteras som om EU-rätten vore tillämplig.

I 19 kap. LOU, som omfattar annonspliktiga upphandlingar under tröskelvärdena och andra annonspliktiga upphandlingar av tjänster som tillhör det icke-direktivstyrda området, återfinns en bestämmelse om onormalt låga anbud i 19 kap. 18 §¹⁷¹ som lyder

En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att anbudet är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten begärt en förklaring och inte fått tillfredsställande svar.

I förhållande till 16 kap. 7 § LOU är regeln förenklad.¹⁷² Bestämmelsen i 19 kap. 18 § LOU är också fakultativ, till skillnad från 16 kap. 7 § LOU. Den tidigare bestämmelsen återfanns i 19 kap. 27 § LOU och överensstämde då delvis med utformningen i 16 kap. 7 § och var då också obligatorisk.¹⁷³ De upphandlande myndigheterna har numera med andra ord ingen skyldighet att agera om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Det finns heller ingen skyldighet att förkasta ett sådant anbud. Om den upphandlande myndigheten däremot avser förkasta ett anbud som den finner vara onormalt lågt måste myndigheten ge leverantören en möjlighet att förklara det låga anbudet innan beslutet fattas. Anbudet får sedan förkastas först om leverantören inte förmått lämna en tillfredställande förklaring.¹⁷⁴

Det fakultativa kravet framstår som en lättnad för att minska den administrativa bördan. Även om bestämmelserna om onormalt låga anbud är en skyddslagstiftning för leverantörerna kan bördan antas lätta för såväl de upphandlande myndigheterna som för leverantörerna.¹⁷⁵ Det framgår av förarbetena att regeringen försökt göra en avvägning mellan leverantörsskyddet och de upphandlande myndigheternas behov av flexibilitet, handlingsutrymme och intresse av en effektiv upphandling. Med hänsyn till att även de upphandlande myndigheterna har ett intresse av att agera på onormalt låga anbud ansågs en reglering nödvändig men en fakultativ lösning tillräcklig.¹⁷⁶ Regleringen tillkom efter att Förenklingsutredningen fått i uppdrag att se över de bestämmelser som reglerar upphandlingar under EU:s tröskelvärden i LOU och LUF.¹⁷⁷ Syftet var generellt att regelverket skulle göras enklare och mer flexibelt.¹⁷⁸

Enligt 19 kap. 3 § LOU bör de upphandlande myndigheterna beakta miljöhänsyn samt sociala och arbetsrättsliga hänsyn där det är motiverat. Enligt förarbetena

¹⁷¹ Motsvarande bestämmelser finns i 19 kap. 18 § LUF och 15 kap. 7 § LUFs.

¹⁷² Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling: en introduktion*, Studentlitteratur, Lund, 2013, s. 194-195.

¹⁷³ Prop. 2015/16:195, s. 1148 samt Forsberg, s. 316.

¹⁷⁴ Prop. 2021/22:5, s. 204.

¹⁷⁵ Ulfsson, Anna, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 19 kap. 18 §, avsnitt 2.1 Onormalt låga anbud*, Lexino 2022-06-01 (JUNO).

¹⁷⁶ Prop. 2021/22:5, s. 132.

¹⁷⁷ SOU 2018:44, s. 27.

¹⁷⁸ Se rubriken till Dir. 2017:69.

innebär det att sådana hänsyn också ska tas vid hanteringen av onormalt låga anbud. Det ansågs därför inte nödvändigt att närmare ange att en brist hos leverantören i det avseendet ska leda till förkastande av anbud på samma sätt som i bestämmelsen på det direktivstyrda området. Uttrycket ”bör beakta” innebär alltså att hänsyn ska tas om det är motiverat av den aktuella upphandlingen samtidigt som flexibiliteten och handlingsutrymmet avses bevaras.¹⁷⁹ Härutöver bör också den upphandlande myndigheten kunna hämta ledning ur 16 kap. 7 § LOU när den ska avgöra vilka skäl för onormalt låga anbud som kan vara godtagbara.¹⁸⁰ Även på det icke-direktivstyrda området enligt 19 kap. LOU gäller att de upphandlande myndigheterna ska ta hänsyn till de allmänna gemenskapsrättsliga principerna. Det framgår bland annat av 19 kap. 2 § LOU. Samma sak gäller vid direktupphandlingar enligt 19 a kap. 8 § LOU. Upphandlingar som av olika skäl är undantagna från upphandlingsdirektiven omfattas i Sverige av de allmänna gemenskapsrättsliga principer och EU-rättens och EUD:s uttolkning av principerna ska därmed ges fullt genomslag.¹⁸¹ EUD har vidare avgjort att upphandlingar där det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse omfattas av primärrätten.¹⁸² EUD har uttalat att upphandlande myndigheter även i de fallen ska iakttä förfarandet vid onormalt låga anbud precis som på det direktivstyrda området även om det saknas nationella bestämmelser härom. Det följer nämligen direkt av FEUF och reglerna om etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt icke-diskrimineringsprincipen.¹⁸³ Primärrätten och de gemenskapsrättsliga principerna i sig förhindrar alltså ett automatiskt uteslutande av anbud enbart av det skälet att anbudet skulle understiga en viss prisnivå. I stället ska det kontradiktoriska förfarandet användas innan beslut fattas om att förkasta anbudet. Precis som på det direktivstyrda området är det alltså inte möjligt för en upphandlande myndighet att inta en ståndpunkt som innebär att det inte åligger den att begära förklaringar av leverantören innan ett anbud förkastas.¹⁸⁴ Det är därmed möjligt att bestämmelsen i 19 kap. 18 § LOU till viss del avviker från EUD:s praxis. Som nämnts ger lagbestämmelsen ingen skyldighet att agera om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Enligt direktiven föreligger det däremot sannolikt en skyldighet att alltid identifiera onormalt låga anbud, se avsnitt 3.1.1. Om det förutsätts att myndigheternas skyldigheter är desamma vid hanteringen av onormalt låga anbud enligt primärrätten och vid tillämpningen av bestämmelserna i enlighet med direktiven så kan det inte vara valfritt att agera och identifiera onormalt låga anbud. I direktupphandlingar enligt 19 a kap. LOU finns ingen motsvarande regeln om onormalt låga anbud överhuvudtaget. Sveriges val att göra de allmänna gemenskapsrättsliga principerna tillämpliga bör däremot innebära att myndigheterna inte kan bortse från förfarandet vid onormalt låga anbud. Det är en avvikelse som inte kan bortses från. Frågorna kräver

¹⁷⁹ Prop. 2021/22:5, s. 132-133.

¹⁸⁰ Prop. 2006/07:128, s. 438 och Sundstrand, *Offentlig*, s. 195 samt Rosén, s. 866.

¹⁸¹ Ulfsdotter, Anna, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 19 a kap. 8 §, avsnitt 2.1 De grundläggande principerna, allmänt*, Lexino 2022-06-01 (JUNO).

¹⁸² Sundstrand, *Offentlig*, s. 33.

¹⁸³ SECAP och Santorso, p. 35.

¹⁸⁴ Se SAG ELV Slovensko, p. 34.

däremot en längre och djupare undersökning som inte kommer kunna utföras inom ramen för den här uppsatsen.

Det bör alltså vara så att det, vid upphandlingar som till synes inte omfattas av direktiven, ändå krävs att onormalt låga anbud hanteras på det sätt som framgår av EU-rätten i de fall primärätten och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna är tillämpliga. En följdfråga i sammanhanget är vilken betydelse det har att ett lågt anbud beror på att det inte är förenligt med skyldigheter på det miljö-, social- och arbetsrättsliga området och anbudet enligt artikel 69.3 i LOU-direktivet ”ska” förkastas medan 19 kap. LOU endast förskriver att sådana anbud ”får” förkastas. Än mer komplicerat blir det när LUF och LUF-direktivet inte ens föreskriver en sådan skyldighet. Det är en inkonsekvens i systemet som inte är helt tillfredsställande. Utöver att det är oklart vilka skyldigheter de upphandlande myndigheterna har så har ordningen också relevans för exempelvis möjligheten till överprövning. I en situation där en leverantör borde ha utslutits på grund av att leverantörens anbud var onormalt lågt har det betydelse om myndigheten *får* eller *ska* utsluta leverantören.¹⁸⁵ Det skulle förvisso kunna anses stå i strid med likabehandlingsprincipen att ett onormalt lågt anbud får antas när det borde ha förkastats.¹⁸⁶

3.3 Sammanfattning

Det tycks ha skett en rättsutveckling på EU-området avseende när bestämmelserna om onormalt låga anbud är tillämpliga. Som framgår av bakgrunden i avsnitt 2.2 gällde sannolikt tidigare en ordning som innebar att bestämmelserna blev tillämpliga först när en upphandlande myndighet avsåg att förkasta ett onormalt lågt anbud. Efter senare års praxis från EUD och den kodifiering som skett i samband med 2014 års direktiv och implementeringen av direktiven i nya LOU och LUF gäller nu sannolikt att upphandlande myndigheter alltid ska identifiera onormalt låga anbud. Det är inte möjligt för en myndighet att inta en ståndpunkt som innebär att det inte åligger myndigheten att undersöka ett onormalt lågt anbud närmare.

Vad som utgör ett onormalt lågt anbud avgörs i Sverige av de upphandlande myndigheterna i varje enskilt fall. Om inget anbud förefaller misstänkt behöver myndigheterna inte undersöka anbuden närmare. Om något anbud däremot reser misstankar avseende tillförlitligheten ska myndigheten undersöka anbuden närmare och genomföra ett kontradiktoriskt förfarande innan anbudet förkastas. Syftet är att aktuell leverantör ska ges möjlighet att visa att anbudet är seriöst menat. Myndigheten har sedan att bedöma alla förklaringar innan den fattar sitt beslut att anta eller förkasta anbudet. Enligt svensk rätt ska onormalt låga anbud alltid förkastas medan direktiven förskriver en möjlighet att förkasta anbud utom i ett klart uttryckt fall. För LUF-området och det icke-direktivstyrda

¹⁸⁵ Rosén, s. 866.

¹⁸⁶ Se Rosén, s. 760.

området tycks däremot en fakultativ ordning gälla enligt svensk rätt som inte är helt okomplicerad i förhållande till EU-rätten.

4 Tak- och golvpriser

4.1 Golvpris och onormalt låga anbud

Som har redogjorts för i bakgrunden och det föregående kapitlet så förhindrar alltså bestämmelserna om onormalt låga anbud automatiskt förkastande av anbud enbart på den grunden att anbudet skulle vara onormalt lågt. I stället ska den upphandlande myndigheten, innan ett sådant anbud förkastas, ge aktuell leverantör tillfälle att förklara det låga anbudet.¹⁸⁷ Automatisk uteslutning med hjälp av matematiska kriterier som anger vad som betraktas som onormalt lågt är inte tillåtet.¹⁸⁸ Ordningen har bekräftats och utvecklats i en mängd avgöranden från EUD sedan 80-talet och framåt.

För svenskt vidkommande så bekräftade HFD i den så kallade Golvprisdomen från år 2018 att golvpris inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen.¹⁸⁹ Golvpriset i avgörandet innebar ett obligatoriskt krav på en i förhand fastställd lägsta prisnivå för anbud. Anbud under prisnivån skulle uteslutas från utvärderingen.¹⁹⁰ Enligt HFD förhindrade förfarandet dels leverantörerna från att konkurrera med pris och ledde därmed till att leverantörerna behandlades olika. Med andra ord stred det mot likabehandlingsprincipen. Dels frantog priskravet också myndigheten dess möjlighet att bedöma anbuden i verklig konkurrens med varandra. Kontraktstilldelningen hade med andra ord inte gått till på det sätt som direktivet förespråkar.¹⁹¹ Härutöver konstaterade HFD att golvpriset dessutom förhindrade myndigheterna från att undersöka om ett anbud under golvpriset var seriöst menat, i enlighet med de skyldigheter som myndigheterna har enligt bestämmelserna om onormalt låga anbud. I stället för att automatiskt förkasta anbud under ett golvpris ska myndigheterna i stället tillämpa det kontradiktoriska förfarandet som föreskrivs i 16 kap. 7 § LOU när ett anbud uppfattas som onormalt lågt.¹⁹² Sannolikt har avgörandet också bäring på upphandlingar som görs enligt 19 kap. 18 § LOU och utanför det direktivstyrda området liksom för upphandlingar i primärrätten. HFD stödjer sin argumentation på de allmänna gemenskapsrättsliga principerna, vilka bestämmelserna om onormalt låga anbud också är sprungna ur.¹⁹³

¹⁸⁷ 16 kap. 7 § LOU. Se avsnitt 3.1.

¹⁸⁸ Transporoute, p. 18 och Fratelli Constanzo, p. 19.

¹⁸⁹ HFD; 2018 ref. 50. Avgörandet har kommit att kallas Golvprisdomen.

¹⁹⁰ S. 5 i avgörandet.

¹⁹¹ Skäl 90 i preambeln till LOU-direktivet.

¹⁹² S. 5-6 i avgörandet.

¹⁹³ S. 5 i avgörandet samt Ulfsdotter, 19 kap. 18 §, avsnitt 2.3 *Vad följer av praxis?*. Se också avsnitt 3.2.

HFD har också avgjort att golvpris som metod för att utesluta anbud inte enbart är otillåten när golvpriset används som ett obligatoriskt krav som utesluter leverantörer från utvärdering. Även utvärderingsmodeller som innebär att priset inte får någon inverkan vid utvärderingen, till den del det understiger en viss prislivå, anses i praktiken ha samma effekt som ett golvpris och sätter därför bestämmelserna om onormalt låga anbud ur spel. En sådan utvärderingsmodell är därför inte förenlig med likbehandlingsprincipen.¹⁹⁴ Det är alltså inte nödvändigt att anbuden automatiskt förkastas för att golvpriset ska vara otillåtet. Metoder som i praktiken innebär att det inte lönar sig att sätta priset lägre än den prislivå som den upphandlande myndigheten ställt upp tycks vara otillåtna.¹⁹⁵ Även metoder som räknar upp värdet av anbud till en lägstanivå bör därmed också vara otillåtna då det på samma sätt inte lönar sig att prissätta anbudet lägre än den gräns som myndigheten räknar upp anbudet till.

4.2 Undantag från det kontradiktoriska förfarandet

Det har lämnats en öppning för ett snävt undantag från skyldigheten att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet. Om antalet anbud är så högt att den upphandlande myndigheten måste genomföra det kontradiktoriska förfarandet för så många anbud att det överstiger myndighetens kapacitet eller äventyrar projektets genomförande på grund av den försening som skulle uppstå så skulle det eventuellt kunna godtas att vissa anbud utesluts automatiskt på grund av att de anses onormalt låga.¹⁹⁶

I direktiv 71/305/EEG (i dess lydelse enligt direktiv 89/440/EEG) och senare i direktiv 93/37/EEG, vilka är föregångare till nu gällande LOU-direktiv, fanns under en begränsad övergångsperiod ett liknande undantag.¹⁹⁷ För att de rättigheter som följer av fördraget skulle få genomslagskraft, de rättigheter som direktiven syftar till att förverkliga och skydda på området för offentlig upphandling, så skulle det uttryckliga undantaget tolkas restriktivt.¹⁹⁸ Den historiska orsaken till övergångsordningen hade förvisso också betydelse för den restriktiva tillämpningen. Undantaget hade nämligen införts tillfälligt på begäran av en enda medlemsstat på grund av svårigheter i den aktuella medlemsstatens nationella

¹⁹⁴ HFD 2022 ref. 41.

¹⁹⁵ Se Edström, Erik, och Olovsson, Sara-Li, *Golvpris och andra prisbegränsningar, en sammanfattning av de senaste årens rättsutveckling – analys*, 2023-04-26, analys på JP Infonet, ”https://www.jpinfo.net.se/JP-UpphandlingsNet/Analyser-och-referat/Analyser-och-referat/Ar/2023/analyser/d_4992266-golvpris-och-andra-prisbegransningar-en-sammanfattning-av-de-senaste-arens-rattsutveckling--analys”, lydelse 2023-05-19, avsnitt *HFD 2022 ref. 41*.

¹⁹⁶ SECAP och Santorso, p. 32 samt HFD 2018 ref. 50, s. 6.

¹⁹⁷ Artikel 1.20 i rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten samt artikel 30.4 i rådets direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.

¹⁹⁸ EU-domstolens dom av den 26 oktober 1995, Furlanis, C-143/94, EU:C:1995:354, p. 20.

rättsordning.¹⁹⁹ Vidare utgjorde tidsbegränsningen i sig ett argument för att bestämmelsen skulle tolkas restriktivt. Bestämmelsen föreskrev däremot strikta villkor för när en upphandlande myndighet fick avvika från det kontradiktoriska förfarandet. Något utrymme för att avstå från att tillämpa det kontradiktoriska förfarandet utöver det uttryckliga undantaget var uteslutet och när övergångsperioden var slut försvann också den möjligheten helt.²⁰⁰ Med hänsyn till den bakgrund samt direktivens syften bör därmed den öppning för undantag som EUD och sedermera HFD²⁰¹ har öppnat upp för vara en smal sådan och bör alltså användas restriktivt. Möjligheten till andra undantag utan klart stöd i EU-rätten får också anses uppenbart begränsad.

4.3 Relativa takpriser efter Takprisdomen

År 2020 avgjorde HFD den så kallade Takprisdomen²⁰². Frågan i målet var om det är förenligt med upphandlingslagstiftningen att ställa ett priskrav i upphandlingen som innebär att anbud ska förkastas om priset per enhet för ett större mängdintervall är högre än priset per enhet för ett mindre mängdintervall för samma typ av arbete. Priset per enhet för ett mängdintervall blev alltså styrande för hur andra mängdintervall fick prissättas. Kravet var obligatoriskt och anbud som inte följde kravet förkastades. Modellen kunde därför betraktas som ett relativt takpris.²⁰³

Enligt HFD kom modellen inte i konflikt med vare sig anbudsgivarnas möjlighet att konkurrera med sina priser, likabehandlingsprincipen eller bestämmelserna om onormalt låga anbud. Leverantörerna fick förvisso inte prissätta anbudet helt fritt med de ansågs inte hindrade från att konkurrera med sina priser. Till skillnad från i Golvprisdomen²⁰⁴ från år 2018 fanns ingen fastställd lägsta prisnivå under vilken anbud automatiskt skulle förkastas. Den här typen av relativ prisstyrning är alltså enligt HFD i harmoni med upphandlingslagstiftningen. HFD har senare upprepat sitt ställningstagande att inte varje inskränkning av möjligheten att fritt prissätta anbud kommer konflikt med upphandlingslagstiftningen.²⁰⁵ Ordningen som HFD har skapat kan däremot ifrågasättas mot bakgrund av högre rätt.

Priskrav kan ställas på en mängd olika sätt i en upphandling. I Takprisdomen från år 2020 blev alltså priset per enhet för ett mängdintervall styrande för priset per enhet för ett annat mängdintervall. Det är inte givet att priskravet i själva verket ska tolkas som ett relativt takpris. Beroende på om det är det större eller mindre mängdintervallet som blir styrande för leverantörerna går det att tolka

¹⁹⁹ Furlanis, p. 21.

²⁰⁰ Hera, p. 14-16.

²⁰¹ HFD 2018 ref. 50, s. 6.

²⁰² HFD 2020 ref. 24.

²⁰³ Avgörandet s. 3 och 5-6.

²⁰⁴ HFD 2018 ref. 50.

²⁰⁵ HFD 2022 ref. 41, p. 21 och HFD 2023 ref. 7, p. 18.

kravet som både ett relativt takpris och ett relativt golvpris.²⁰⁶ Om det också utgör ett golvpris går det inte att utan vidare godta argumentet att kravet inte kommer i konflikt med bestämmelserna om onormalt låga anbud. HFD tycks ha tolkat rättsläget sådant att ett priskrav som innebär att leverantörerna anmodas att själva sätta sina egna prisgränser, med en av myndigheten bestämd metod, inte kommer i konflikt med lagstiftningen. Det är intressant i sammanhanget att jämföra förevarande modell med de matematiska modeller som EUD behandlat i sina tidigare avgöranden. I Fratelli Costanzo kände heller ingen till var prisgränsen skulle ligga i förväg, varken myndigheten eller leverantörerna. Metoden för fastställande av prisgränsen var däremot känd. Prisgränsen avgjordes först efter att alla anbud hade kommit in och med hjälp av de priser som leverantörerna själva lämnat i sina anbud.²⁰⁷ Det var så att säga leverantörerna som satte golvpriset med hjälp av en metod som bestämdes av nationella regler.

I Fratelli Costanzo hindrades alltså leverantörerna inte heller på något sätt från att lämna så låga anbud de ville. Samma sak har gällt i flera senare avgöranden där matematiska modeller för uteslutning har underkänts.²⁰⁸ Förvisso förkastades anbuden i de fallen efter att anbuden konstaterats ligga under en prisgräns. I Takprisdomen från år 2020 förkastades anbud i stället som en följd av att metoden för prissättning inte följdes. Det är däremot inte helt lätt att förstå varför HFD anser att den matematiska metoden för automatisk uteslutning i Takprisdomen från år 2020 på något avgörande sätt skiljer sig från andra matematiska metoder för automatisk uteslutning som underkänts av EUD. Det tycks som att HFD har tagit hänsyn till att syftet med priskravet inte varit att utesluta onormalt låga anbud utan att undvika osund strategisk prissättning.²⁰⁹ EUD synes däremot snarare kategoriskt och med hänvisning till EU-rättens genomslag ha avfärdat summarisk uteslutning, oavsett myndighetens eller den nationella lagstiftarens syfte med metoden. Snarare har syftena ibland varit just andra än att utesluta onormalt låga anbud. I Tax-Fin-Lex utslöts exempelvis ett anbud enbart på grund av att priset var satt till noll euro.²¹⁰ I Fratelli Costanzo var det uttalade syftet med metoden till och med baserat på en annan EU-rättslig princip, nämligen effektivitetsprincipen. Även det syftet fick stå tillbaka för leverantörsskyddet.²¹¹

EU-rätten verkar inte lämna något utrymme för att utesluta tillämpning av bestämmelserna om onormalt låga anbud med argumentet att syftet med

²⁰⁶ Det märks inte minst av att de tre instanser tolkade kravet olika. Förvaltningsrätten i Stockholm bedömde det som ett relativt takpris. Kammarrätten i Stockholm bedömde det inte som ett tak- eller golvpris men som en begränsning av möjligheten att konkurrera med de mindre mängdintervallen, med andra ord ett relativt golvpris. HFD uttalar sig inte härom men avgörandet har tolkats som ett mål om takpris, se Rosen, s 753. HFD tycks däremot ha haft ett behov av att också lyfta bestämmelserna om onormalt låga anbud och avgörandet tyder på att även prissättningen nedåt påverkats. Se HFD 2020 ref. 24, p. 6-7 och 14.

²⁰⁷ Fratelli Costanzo, p. 6.

²⁰⁸ Exempelvis Lombardini och Montavani och SECAP och Santorso.

²⁰⁹ HFD 2020 ref. 24, p. 9, HFD 2023 ref. 7, p. 17, Ågren, s. 62 samt Sundstrand, *Negativa*.

²¹⁰ Det ansågs innebära att det kontrakt som skulle uppstå inte skulle vara ett kontrakt med ekonomiska villkor och därmed inte uppfyllde definitionen av ett offentligt kontrakt. Se Tax-Fin-Lex, p. 15.

²¹¹ Se också förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 5 juni 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Montavani, s. I-9244.

uteslutningen varit ett annat än just att anbudet skulle vara onormalt lågt. Bestämmelserna om onormalt låga anbud innebär i själva verket en omsorgsplikt och föreskriver skyldigheter för de upphandlande myndigheterna i syfte att skydda leverantörerna och garantera dem processuella rättigheter. Därmed måste bestämmelserna tolkas strikt. Rättssäkerheten kräver därför att reglerna inte kan ignoreras på vaga grunder, vilket i praktiken skulle göra en tvingande regel med klara skyldigheter till en valfri sådan.²¹² Att priskravet i Takprisdomen från år 2020 också kan innebära en begränsning av möjligheten att konkurrera med lägre priser och inte bara att sätta högre priser innebär att kravet, till skillnad från vad HFD uttalar, rimligen borde kunna anses stå i strid med bestämmelserna om onormalt låga anbud. Som nämnts i avsnitt 4.1 och 4.2 så förhindrar bestämmelserna varje form av automatisk uteslutning på grund av att anbudet skulle understiga en viss prisnivå.

Det går också att ifrågasätta HFD:s påstående att priskravet inte kommer i konflikt med likabehandlingsprincipen eller konkurrensen. Utöver att motverka osund konkurrens ville den upphandlande myndigheten bland annat säkerställa att den fick bästa möjliga villkor enligt marknadsekonomiska principer. Priskravet tar däremot inte hänsyn till att det kan finnas legitima skäl till att ett större mängdintervall faktiskt kan vara dyrare att leverera än ett mindre mängdintervall. En sådan möjlig förklaring skulle kunna vara att det kräver större och dyrare maskiner, alternativa leverantörskedjor eller anlitage av underentreprenörer.²¹³ Den klagande leverantören framförde i målet att priskravet hade hindrat bolaget från att lämna sitt mest fördelaktiga anbud. Kravet riskerade alltså att utesluta det mest fördelaktiga anbudet och kan alltså anses stå i strid med förfarandet vid och principerna för tilldelning²¹⁴. Kravet hindrade därmed också myndigheten från att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra.

Priskravet riskerade vidare att behandla leverantörer med olika kostnadsstrukturer olika och förhindrade därmed en rättvis konkurrens, vilken är själva syftet med regleringen på området för offentlig upphandling.²¹⁵ Att automatiskt utesluta leverantörer med en metod som träffar bolag med vissa kostnadsstrukturer är vidare i strid med icke-diskrimineringsprincipen.²¹⁶ Det finns härutöver argument för att kravet strider mot proportionalitetsprincipen och att priskravet saknar koppling till upphandlingsföremålet.²¹⁷ Istället för att utesluta anbud automatiskt hade myndigheten med ett kontradiktoriskt förfarande kunnat säkerställa att anbuderna inte utgjorde ett uttryck för osund strategisk prissättning. Det finns starka argument för att kravet sammantaget står i strid med EU-rättens krav på att kontraktstilldelning ska ske med objektiva kriterier i syfte att fastställa vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, i verklig konkurrens med varandra.²¹⁸

²¹² Transporoute, p. 17. Se också förslag till avgörande av generaladvokat Gerhard Reischl föredraget den 10 februari 1982 i mål C-76/81, Transporoute, s. 437-438.

²¹³ För ett liknande resonemang se Ågren, s. 63-64.

²¹⁴ Se SECAP och Santorso, p. 29 samt SAG ELV Slovensko, p. 25.

²¹⁵ Fratelli Costanzo, p. 18-19. Se också avsnitt 2.2 samt Ågren, s. 64.

²¹⁶ SECAP och Santorso, p. 25-26.

²¹⁷ Ågren, s. 64-65.

²¹⁸ Skäl 90 i preambeln till LOU-direktivet.

HFD:s slutsatser har sammanfattningsvis ifrågasatts mot bakgrund av EU-rätten.²¹⁹ Frågan är däremot vad HFD:s avgörande innebär för möjligheten att ställa upp priskrav i upphandlingar. En möjlig tolkning är att svensk rätt efter HFD:s avgörande tillåter priskrav som syftar till att motverka osund strategisk anbudsgivning förutsatt att priskravet inte utformas så att det helt begränsar möjligheten att konkurrera med pris.²²⁰ Med hänsyn till den ordning som tycks gälla enligt EU-rätten hade det varit värdefullt om HFD hade valt att begära ett klargörande i frågan hos EUD.

4.4 Tillåtna takpriser

Bestämmelserna om onormalt låga anbud tar enligt sin ordalydelse sikte på att skydda anbud från att förkastas automatiskt på grund av att de anses vara för låga. É contrario tar bestämmelserna alltså inte sikte på för höga anbud. Frågan är då om det är tillåtet att en upphandlande myndighet automatisk förkastar ett anbud för att det överstiger en viss prisnivå. Eftersom frågan inte regleras särskilt, som i fallet med onormalt låga anbud, kan frågan inte enkelt besvaras med ett ja eller nej. Det sammanhänger också med den variation av möjliga priskrav som kan ställas i en upphandling. Utöver vad som sagts om det priskrav som förekom i Takprisdomen från år 2020 ska här några generella uttalanden göras.

Att bestämmelserna om onormalt låga anbud enligt ordalydelsen inte är tillämpliga i fall där anbud avser förkastas på grund av att de är för höga kan inte utan vidare tas till intäkt för att ett sådant förfarande är förenligt med resten av det upphandlingsrättsliga regelverket.²²¹ I lag ställs exempelvis krav på att tilldelningskriterierna har anknytning till det som ska upphandlas.²²² Att tilldelningskriterierna inte får ge den upphandlande myndigheten ”en obegränsad valfrihet” enligt 16 kap. 2 § 3 st. LOU kan sägas innebära att det inte får finnas utrymme för godtycke.²²³ Oavsett vilken typ av krav det gäller måste alla krav utformas så att de är förenliga med de allmänna gemenskapsrättsliga principerna och unionens mål.²²⁴

Direktiven på området för offentlig upphandling syftar till att främja den fria rörligheten och etableringsfriheten och att öppna upp marknaden för effektiv konkurrens.²²⁵ Det huvudsakliga syftet är alltså att skapa konkurrens på området för offentlig upphandling. Som en konsekvens härav är syftet också att skydda leverantörerna från favorisering eller företräde för nationella

²¹⁹ Exempelvis Ågren, s. 66 och Sundstrand, *Negativa*.

²²⁰ Edström & Olovsson, avsnitt *Analys*.

²²¹ Ågren, s. 68.

²²² 16 kap. 2 § LOU.

²²³ Nord, Eskil, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 16 kap. 2 §*, Karnov (JUNO), (besökt 2023-04-19).

²²⁴ 4 kap. 1 § LOU, artikel 18 i LOU-direktivet, HFD 2020 ref. 24, p. 16, Lombardini och Montavani, p. 76 samt Ågren, s. 62-63.

²²⁵ Skäl 1 i preamblen till direktiv 2014/24/EU.

anbudsgivare och att myndigheterna låter sig styras av andra hänsyn än ekonomiska.²²⁶ Vad som sagts ovan, och som också är bakgrunden till regleringen av onormalt låga anbud²²⁷, har alltså bäring också vad gäller frågan om takpriser. En slutsats som kan dras är att varje form av takpris inte kan vara tillåten.²²⁸ Det går utan större ansträngning att konstruera takpriser som strider mot upphandlingslagstiftningen. Möjligen är det däremot också så att varje form av takpris inte heller är otillåten.

Ett argument mot automatisk uteslutning av anbud med hjälp av takpriser skulle kunna vila på samma grund som automatisk uteslutning på grund av andra orsaker, nämligen att det strider mot det gemenskapsrättsliga intresset att säkerställa att så många anbudsgivare som möjligt deltar i anbudsproceduren.²²⁹ Takprisets själva funktion är ju just det, att automatiskt utesluta anbud. Det leverantörsskydd som EU-rätten erbjuder, och som ska säkerställa att så många anbud som möjligt får delta i en upphandling, bör rimligen omfatta alla seriösa leverantörer och inte enbart leverantörer som erbjuder onormalt låga priser eller sådana priser som de upphandlande myndigheterna själva anser är rimliga.

Å andra sidan kan tänkas att takpris används i andra syften. Ågren lyfter ett sådant möjligt fiktivt exempel. I exemplet vill en skola köpa jordgubbar för 10 000 kr. Utvärderingen ska ske genom antalet kilo jordgubbar som anbudsgivarna offererar samt jordgubbarnas smak och utseende.²³⁰ Enligt Ågren begränsar ett sådant krav inte konkurrensen eftersom en leverantör med billigare jordgubbar, med god smak och tilltalande utseende tillåts lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Ett takpris skulle alltså enligt Ågren kunna vara tillåtet om det fortfarande finns en priskomponent att konkurrera om.²³¹ I jordgubbsfallet anger myndigheten i praktiken vad den är villig att betala och lägger sig inte i leverantörernas prissättning. Att bestämma kilopriset är fortfarande fritt för leverantörerna.

För golvpriser är ordningen tydlig. Automatiskt uteslutande av anbud är undantagslöst förbjudet enligt EU-rätten på grund av regleringen av onormalt låga anbud och reglerna i primärrätten. Det gäller oavsett vad syftet med golvpriset är. En annan ordning skulle riskera rättssäkerheten. Vad som gäller för takpris saknas det däremot vägledande avgöranden om, utöver Takprisdomen från år 2020. Takprisdomen tillåter däremot en tolkning som innebär att det kan finnas andra tillåtna takpriser. Det är ett självklart påpekande att ett sådant takpris måste vara förenligt med lagen och EU-rätten.

²²⁶ Lombardini och Montavani, p. 35-36.

²²⁷ Se avsnitt 2.2.

²²⁸ Se Ågren, s. 68.

²²⁹ EU-domstolens dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009/808, p. 40.

²³⁰ Ågren, s. 69.

²³¹ Ågren, s. 70.

4.5 Sammanfattning

För golvpriser som ställs upp med en absolut nedre gräns under vilken anbud avses förkastas är rättsläget klart. Sådana golvpriser träffas av bestämmelserna om onormalt låga anbud och är inte tillåtna vare sig av EUD eller HFD. Även utvärderingsmodeller som i praktiken innebär att det inte lönar sig att sätta lägre priser är enligt HFD jämförbara med sådana golvpriser och är därför förbjudna, även om de inte leder till att anbud förkastas automatiskt.

Vad avser andra matematiska metoder för automatisk uteslutning av anbud på grund av pris tycks det däremot finnas en diskrepans mellan EUD:s fasta rättspraxis och HFD:s praxis i Takprisdomen från år 2020. EUD har kategoriskt förbjudit sådana metoder oavsett syftet med metoden. Det görs ingen skillnad på om golvpriset utgör en absolut nedre gräns, om gränsen görs beroende av olika faktorer eller om den är känd eller inte för leverantörerna och myndigheterna när anbuden lämnas in. Golvpriser oavsett form tycks alltså förbjudna per se. Enligt HFD:s praxis får däremot upphandlande myndigheter ställa upp prisbegränsningar om de inte helt hindrar leverantörerna från att konkurrera med sina priser nedåt. Slutsatsen har fått kritik framför allt för att sådana prisbegränsningar fortfarande kan vara i konflikt med bland annat likabehandlingsprincipen och konkurrensytet eftersom leverantörerna inte tillåts konkurrera på lika villkor och hindras från att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud.

Vad avser takpris är frågan delvis outredd i praxis. Relativa takpriser har HFD godkänt i Takprisdomen från år 2020 under samma förutsättningar som nyss kommenterats avseende relativa golvpriser. Samma kritik mot avgörandet är giltig även här. I doktrinen har framförts att takpriser endast är tillåtna om de inte kommer i konflikt med lagen och EU-rätten. För att det ska vara möjligt måste det fortfarande finnas en priskomponent att fritt konkurrera om. Det innebär i så fall att det kan finnas en begränsad möjlighet att ställa upp takpriser.

5 Nollanbud och negativa priser

5.1 Nollanbud

Nollanbud och negativa priser ska här behandlas under samma rubrik. Orsaken är att sådana anbud, till skillnad från de tak- och golvpriser som behandlats i föregående kapitel, kan leda till kontrakt där myndigheten inte förväntas prestera betalning i form av pengar.²³² Indelningen är däremot inte självklar. Det är tydligt i praxis att det finns en syn på sådana anbud som innebär att de inte kan eller ska jämföras med ”vanliga” golvpriser över noll kronor. Som anförts nedan kan däremot den ståndpunkten ifrågasättas. Ett nollanbud innebär i praktiken att leverantören erbjuder sig att leverera gratis. Ett negativt pris innebär att leverantören erbjuder sig att betala för att få leverera.²³³ Det är däremot också möjligt att enbart vissa delar av ett anbud är satt till noll eller prissatt med negativa priser men att anbudet som helhet fortfarande innebär att myndigheten ska svara för en motprestation i pengar.

Nollanbud har behandlats av EUD i avgörandet Tax-Fin-Lex. Frågan i målet var bland annat om själva faktumet att ett nollanbud skulle leda till ett kontrakt utan ekonomiska villkor kunde utgöra en rättslig grund för att automatiskt förkasta ett anbud.²³⁴ Domstolen besvarade frågan nekande. EUD uttalade att ett anbud om noll euro kan betecknas som ett onormalt lågt anbud och myndigheten ska därför tillämpa det kontradiktoriska förfarandet. Det var irrelevant att anbudet skulle leda till ett kontrakt utan ekonomiska villkor. Enligt EUD kan inte ett anbud automatiskt förkastas enbart av det skälet att leverantören erbjuder sig att utföra leveransen för noll euro. Det följer enligt EUD av den underliggande logiken i artikel 69 i LOU-direktivet.²³⁵ EUD gör alltså ingen skillnad mellan ett anbud på noll euro eller ett anbud på en euro.

Generaladvokat Bobek uttalade att ett anbud på noll euro förvisso kunde framstå som en psykologisk spärr men i ekonomiska termer finns ingen anledning att behandla nollanbud annorlunda än andra anbud om de alla understiger kontraktets kostnader.²³⁶ I svensk praxis har ordningen bekräftats i HFD 2023 ref. 7.²³⁷ Golvprisdomen från år 2018 får därmed anses ha bäring också för

²³² Se exempelvis Tax-Fin-Lex, p. 27.

²³³ HFD 2023 ref. 7, p. 19.

²³⁴ Tax-Fin-Lex, p. 19.

²³⁵ Tax-Fin-Lex, p. 30-31 och 36.

²³⁶ Förslag till avgörande av generaladvokat Michal Bobek föredraget den 28 maj 2020, i mål C-367/19, Tax-Fin-Lex, p. 78.

²³⁷ Se p. 24.

golvpriser som satts till noll kronor.²³⁸ Det är alltså inte tillåtet att automatiska utesluta anbud med hjälp av ett golvpris om noll kronor.²³⁹ Möjligen är det också så att nollanbud alltid får anses vara onormalt låga och därför ska utlösa en utredningsskyldighet hos den upphandlande myndigheten.²⁴⁰ Generaladvokat Bobek uttalade i sitt förslag till avgörande att argument visst skulle kunna tala för att sådana anbud inte förtjänar att granskas alls. Skulle nollanbud tillåtas skulle det exempelvis kunna strida mot syftet med att säkerställa insyn i användningen av allmänna medel och att motverka korruption. Anledningen är att det öppnar upp för dolda och parallella transaktioner. Vidare kan ett sådant anbud också riskera att leda till oförutsedda kostnader och fördyringar. Härutöver skulle miss-tankar kunna uppstå om att myndigheten stödjer underpriser. Generaladvokat Bobek framhåller dock att samma argument också talar för att just nollanbud bör granskas.²⁴¹ Samma argument gäller för övrigt alla onormalt låga anbud. Om det stämmer att nollanbud alltid ska betraktas som onormalt låga skulle det för övrigt också innebära att nollanbud skulle utgöra en del av själva definitionen av onormalt låga anbud. En definition som i övrigt inte är helt fastställd.²⁴² Det är däremot inte helt tydligt att EUD faktiskt menar att så är fallet. I sammanhanget kan hänvisas till uppsatsens avsnitt 3.1.1 angående identifiering av onormalt låga anbud. I Sverige är det upp till myndigheterna i varje enskilt fall att avgöra.

Nollpriser kan förekomma också i delar av ett anbud och behöver alltså inte innebära att hela anbudet betraktas som onormalt lågt. Även i de fallen kan nollpriser dock väcka misstankar. Myndigheten ska i så fall ange exakt vilka punkter i anbudet som har lett till frågor och också ge leverantören tillfälle att förklara var och en av de olika delarna av det föreslagna priset.²⁴³ Sammanfattat gäller alltså att anbud som helt eller i delar är prissatta till noll kronor inte automatiskt får förkastas enbart på den grunden att priset är satt till noll kronor. I stället ska anbudet utvärderas enligt bestämmelserna om onormalt låga anbud.

5.2 Förbud mot negativa delpriser

Nedan kommer ett avgörande från HFD om negativa delpriser redovisas mer i detalj. Anledningen är att svaret på frågan om det är tillåtet att förbjuda negativa priser kräver en ingående undersökning av avgörandet. HFD:s slutsatser har nämligen ifrågasatts utifrån högre rätt och frågan är vilka slutsatser som ska dras av avgörandet.²⁴⁴ För att underlätta för läsaren presenteras därför de element i avgörandet som kommer ha betydelse vid den följande analysen av rättsläget.

²³⁸ Rosén, s. 759.

²³⁹ Ulfsson, 16 kap. 7 §, avsnitt 2.2.3 *Är nollanbud acceptabla?*

²⁴⁰ Nord, Eskil, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 16 kap 7 §, Karnov (JUNO), (besökt 2023-04-15) samt Rašić, Mario, *Is Zero a Public Procurement Number? : Abnormally Low Tenders in Light of a European Court of Justice Case*, EPPPL 3/2021 s. 193, s. 202. Se också Veridos, p. 36.

²⁴¹ Generaladvokat Bobek, p. 79-80.

²⁴² Rašić, s. 198 och 203.

²⁴³ Lombardini och Montavani, p. 53 och 81.

²⁴⁴ Se exempelvis Sundstrand, *Negativa* samt Kenneberg & Johansson, sista stycket.

År 2023 avgjorde HFD ett nytt mål om negativa delpriser.²⁴⁵ I målet hade den upphandlande myndigheten ställt upp ett priskrav som innebar att anbud under noll kronor skulle förkastas automatiskt. Negativa delpriser var alltså inte tillåtna. Frågan i målet var om det är tillåtet att förbjuda negativa delpriser i en upphandling. HFD:s slutsats är att det är tillåtet. Förklaringen härför är invecklad och inte helt självklar. HFD inleder med att konstatera att likabehandlingsprincipen innebär att leverantörerna själva har rätt att prissätta sina anbud och att golvpriser enligt Golvprisdomen²⁴⁶ från år 2018 är otillåtna. I stället ska anbud som betraktas som onormalt låga utvärderas enligt bestämmelserna om onormalt låga anbud. HFD lyfte sedan den omdiskuterade Takprisdomen²⁴⁷ från år 2020 och konstaterade att varje begränsning av möjligheten att prissätta anbud däremot inte är otillåten. En metod som inte sätter någon nedre gräns under vilken onormalt låga anbud ska förkastas och som ställs upp i syfte att motverka osund strategisk konkurrens är godtagbar.

Det aktuella priskravet i 2023 års fall anser HFD liknar priskravet i Takprisdomen från år 2020 snarare än priskravet i Golvprisdomen från år 2018. Anledningen är att syftet med prisbegränsningen var att förhindra osund strategisk anbudsgivning och att något hinder inte funnits att konkurrera med priser ner till noll kronor. HFD har avgjort ett mål tidigare avseende negativa priser år 2016²⁴⁸ men till skillnad från det avgörandet hade myndigheten i nu aktuellt fall alltså inte förkastat anbudet med hänvisning till att det var onormalt lågt. Bestämmelserna om onormalt låga anbud var därför inte tillämplig. EUD:s avgörande Tax-Fin-Lex angående nollanbud motsade heller inte den här lösningen eftersom myndigheten i nu aktuellt fall fortfarande hade möjlighet att utvärdera anbud ner till noll kronor. Kravet var alltså inte i strid med likabehandlingsprincipen och bestämmelserna om onormalt låga anbud.

5.3 Osund strategisk konkurrens – ett nytt undantag

Till att börja med ger HFD uttryck för att förbud mot negativa delpriser inte kommer i konflikt med det konkurrensfrämjande syftet eftersom leverantörerna fritt får konkurrera ner till noll kronor. Att ”endast” ta ifrån leverantörerna möjligheten att få betala för vissa arbeten står inte i strid med konkurrens och likabehandling. I stället uttrycker HFD att ett sådant krav snarare främjar konkurrensen.²⁵⁴

Likabehandlingsprincipen är en grundbult i EU-samarbetet. Enkelt uttryckt innebär den att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika. Särbehandling får bara ske om det föreligger objektiva godtagbara skäl. Principen är bland annat härledd ur det allmänna icke-diskrimineringsförbudet på grund av

²⁴⁵ HFD 2023 ref. 7.

²⁴⁶ HFD 2018 ref. 50.

²⁴⁷ HFD 2020 ref. 24. Se avsnitt 4.3.

²⁴⁸ HFD 2016 ref. 3 (II).

²⁵⁴ P. 19-20.

nationalitet och förbudet mot hinder för de fyra friheterna.²⁵⁵ Som nämnts i avsnitt 3.2 har EUD avgjort att de här grundläggande reglerna i sig förhindrar automatiskt förkastande av anbud med matematiska metoder som fräntar myndigheterna möjligheten att undersöka anbudet närmare.²⁵⁶ Trots att ett förbud mot priser under en viss nivå kan verka objektivt och inte i sig framstår som diskriminerande så har EUD poängterat att sådan bestämmelser kan ha en negativ påverkan på icke-diskrimineringsprincipen.²⁵⁷ Det framgår också av EUD:s avgörande SAG ELV Slovensko att ett kontradiktoriskt förfarande inte bara är ett krav för att undvika godtycke men också för att säkerställa en sund konkurrens mellan företagen. EUD verkar snarare vara av åsikten att en sund konkurrens snarare kräver ett kontradiktoriskt förfarande än utesluter det.

HFD uttalar vidare att varje prisbegränsning inte är otillåten enligt Takprisdomen från 2020. Det är ett påstående som inte har fått stå helt oemotsagd i doktrinen och som är svåröfrenligt med EUD:s fasta praxis avseende automatiskt förkastande av anbud. Som nämnts tidigare kan en prisbegränsning, med eller utan en absolut nedre gräns, anses stå i strid med likabehandlingsprincipen, se avsnitt 2.2 samt kapitel 4.

HFD avgjorde redan år 2016 ett mål om negativa delpriser i anbud.²⁵⁸ I målet förekom dock inget golvpris med innebörden att priser under noll kronor skulle uteslutas automatiskt. Den upphandlande myndigheten hade givit leverantören tillfälle att yttra sig innan anbudet förkastades med stöd av dåvarande 12 kap. 3 § LOU (nuvarande 16 kap. 7 § LOU), även om HFD konstaterade att myndigheten inte strikt hade följt vad som gällde enligt bestämmelsen. Frågan i målet var i stället om den upphandlande myndigheten med fog hade förkastat anbudet. Avgörandet handlade alltså om bedömningen av de förklaringar som leverantören lämnat var tillräckliga, med andra ord bevisbörda.²⁵⁹ HFD hänvisade till rådande rättsläge vad avser bedömningen och förkastande av onormalt låga anbud.²⁶⁰ HFD tog i sin bedömning av förklaringarna hänsyn till påståendet att leverantörens prissättning grundades på tidigare erfarenheter av beställaren och att leverantören utgick ifrån att andra mängder skulle komma att efterfrågas än de myndigheten hade antagit. Myndigheten hade också anlitat leverantören under flera år. Vidare hade leverantören en synnerligen god ekonomisk ställning och kunde därutöver dra nytta av stordriftsfördelar. Även upphandlingens storlek, avtalstiden och antalet konton hade betydelse. HFD lade vikt vid att uppgifterna som leverantören lämnat var noggrant redovisade och detaljerade. Det saknades därför anledning att ifrågasätta uppgifterna och myndigheten ansågs inte ha haft fog att förkasta anbudet som onormalt lågat.

Till skillnad från i 2023 års fall behandlas negativa priser i 2016 års fall inte som ett krav som utesluter att anbud kan komma i konflikt med de gemenskapsrättsliga principerna enbart på den grunden att priserna är under noll kronor. Det

²⁵⁵ Hettne & Otken Eriksson, s. 100.

²⁵⁶ SECAP och Santorso, p. 35.

²⁵⁷ SECAP och Santorso, p. 25.

²⁵⁸ HFD 2015 ref. 3 (II).

²⁵⁹ Rosén, s. 760-761,

²⁶⁰ Bedömning och förkastade av onormalt låga anbud behandlas under avsnitt 3.1.3 och 3.1.4.

verkar snarast förutsättas att anbud kan vara seriösa och affärsmässiga trots att de innehåller negativa priser. Det framgår inte minst av att HFD, efter en bedömning av bolagets anbud och förklaringar, kom fram till att det inte funnits anledning att förkasta anbudet såsom onormalt lågt.²⁶¹ Det innebär i sin tur att HFD vid den tidpunkten måste ha ansett att de gemenskapsrättsliga principerna och konkurrensen kunde påverkas menligt av att anbud med negativa delpriser automatiskt förkastades. HFD tycks därmed ha gjort en omvärdering på någon punkt. Det verkar som att faktumet att anbudspriserna i 2023 års fall är negativa har haft betydelse men ska avgörandet gå att förena med tidigare praxis tycks den avgörande betydelsen snarare vara att syftet i 2023 års fall varit att förhindra osund strategisk anbudsgivning.²⁶² Annars är det svårt att förstå varför inte HFD utgick från att bestämmelsen om onormalt låga anbud var tillämplig.

I 2023 års fall hänvisar HFD också i punkt 24 till EUD:s avgörande Tax-Fin-Lex. HFD hävdade däremot i 2023 års fall att det nu aktuella golvpriset inte hindrade att anbud om noll kronor prövades enligt förfarandet om onormalt låga anbud och därför skilde sig från EUD:s avgörande för att det inte förkastades av det skälet att det var onormalt lågt. Det synes däremot som att även anbudet som förkastades i Tax-Fin-Lex förkastades främst av annan orsak, nämligen att ett anbud om noll euro inte kunde utmyнна i ett offentligt kontrakt med ekonomiska villkor och på så vis påstods strida mot reglerna om offentlig upphandling.²⁶³

HFD bygger därmed vidare på sin tidigare praxis i Takprisdomen från år 2020 och fullbordar vad som måste betecknas som ett nytt undantag från bestämmelserna om onormalt låga anbud. Det bör ha framgått av den tidigare framställningen i uppsatsen att EU-rätten inte lämnat något utrymme för de upphandlande myndigheterna att själva avgöra om ett kontradiktoriskt förfarande ska tillämpas när ett anbud avses förkastas på grund av priset. Syftet med ett priskrav har därför ingen relevans enligt EU-rätten. Skälet är att det annars inte går att garantera rättssäkerheten och att leverantörerna skyddas från godtycke.

Vid onormalt låga anbud måste leverantören ges tillfälle att förklara varför anbudet inte ska förkastas som onormalt lågt. Med HFD:s nya undantag, som skulle kunna betecknas osund strategisk konkurrens²⁶⁴, får leverantören inte ens en möjlighet att förklara varför anbudet *inte* är ett fall av osund strategisk konkurrens. Det är tydligen tillräckligt att den upphandlande myndigheten påstår att kravet har uppställts i syfte att förhindra sådana anbud, utan krav på att målet uppfylls. Det går ju däremot omöjligt att utesluta att det finns seriösa anbud som konkurrerar på rättvisa villkor bland anbuderna som myndigheten vill undvika. HFD:s egen tidigare praxis från 2016 talar för just det.²⁶⁵

Generaladvokat Bobek gjorde i avgörandet Tax-Fin-Lex en liknelse med paradoxen Schrödingers katt angående nollanbud. Det går inte att avgöra att katten i lådan är levande eller död förrän lådan har öppnats. På samma sätt kan inte den

²⁶¹ Se sista stycket i domskälen.

²⁶² Se p. 20 i avgörandet samt Sundstrand, *Negativa*.

²⁶³ Se Tax-Fin-Lex, p. 12.

²⁶⁴ Se Sundstrand, *Negativa*.

²⁶⁵ I avgörandet HFD 2016 ref. 3 (II) bedömdes negativa delpriser kunna vara både affärsmässiga, trovärdiga och utan risk för utebliven leverans.

upphandlande myndigheten avgöra strukturen och tankarna bakom ett anbud innan leverantören fått tillfälle att förklara sitt anbud närmare i ett kontradiktoriskt förfarande.²⁶⁶ Att leverantören känner sitt anbud bäst är också skälet till att bevisbördan för att visa att anbudet är allvarligt menat också vilar på leverantörerna.²⁶⁷ Det är en självklarhet att de upphandlande myndigheterna inte kan känna till varje övervägande i leverantörernas prissättningsstrategi utan att först fråga. Med HFD:s nya undantag behövs däremot ingen sådan kontroll. Det är svårt att förstå varför HFD anser att det just i fallet med osund strategisk konkurrens är så angeläget att få utesluta anbud automatiskt att det skulle vara proportionerligt att det sker på bekostnad av att andra seriösa anbud också förkastas.

Avgörandet är inte helt tillfredsställande och ordningen framstår som motsäggelsefull. För att sammanfatta rättsläget efter HFD:s avgörande från år 2023 så tillåter svensk rätt förbud mot negativa delpriser i upphandlingar som uppställts i syfte att förhindra osund strategisk konkurrens.²⁶⁸ Ett sådant förfarande kommer enligt HFD:s mening inte i konflikt med EU-rätten eller bestämmelserna om onormalt låga anbud. Med hänsyn till vad som anförts ovan om lagens och EU-rättens innebörd i frågan är slutsatsen inte helt oproblematiske. Det hade varit värdefullt om HFD i stället hade valt att begära ett förhandsavgörande i frågan.

5.4 Sammanfattning

Priskrav som innebär att nollanbud är otillåtna i en upphandling är inte förenliga med upphandlingslagstiftningen. Vad avser negativa priser verkar en ny ordning ha uppstått efter HFD:s avgörande från år 2023. Enligt HFD är det tillåtet att förbjuda negativ prissättning i upphandlingar om syftet med priskravet är att förhindra osund strategisk konkurrens. Avgörandet är svårförenligt dels med EUD:s praxis, dels med bestämmelserna om onormalt låga anbud.

²⁶⁶ Generaladvokat Bobek, p. 75.

²⁶⁷ HFD 2016 ref. 3 (II), s. 8 och SAG ELV Slovensko, p. 28-29.

²⁶⁸ Se Kenneberg & Johansson, passim.

6 Sammanfattande slutsatser

En personlig reflektion är att begreppet osund strategisk konkurrens i själva verket är en förklädnad för begreppet onormalt lågt anbud. Likt ett paraply kommer ett sådant undantag också att täcka fall som inte ska inordnas under undantaget. Att så kan ske är ofrånkomligt eftersom ingen kontroll behöver utföras. En upphandlande myndighet ställer alltså upp en metod för att automatiskt utesluta anbud. Metoden eller prisgränsen måste rimligen vara uppställd för att den upphandlande myndigheten anser att det är uteslutet att seriösa anbud kan lämnas in under den gränsen eller utanför den metoden. I annat fall hade myndigheten inte fått ställa upp kravet. Det är ju per se förbjudet att utesluta seriösa anbud på godtyckliga grunder eller annorlunda uttryckt att utesluta anbud med hjälp av summariska förfaranden. Myndigheten måste alltså anse att alla anbud under prisgränsen måste vara ett utslag av osund strategisk konkurrens som inte kan ge uttryck för ett trovärdigt och seriöst anbud. Anbuderna presumeras vara för låga eller felkonstruerade och därför oseriösa. Det faller på sin egen rimlighet att de upphandlande myndigheterna kan vara helt säkra på att inga anbud, som skulle ha undersökts med hjälp av det kontradiktoriska förfarandet, finns med bland de anbud som prisbegränsningen tar sikte på. Det är också det som EUD och generaladvokat Bobek framhåller när de i *Tax-Fin-Lex* kategoriskt uttrycker att ett anbud inte kan uteslutas enbart av den orsaken att anbudet är prissatt till 0 euro. Sundstrand ifrågasätter rimligheten i att HFD anser att synen skulle vara en annan enbart på grund av att priset är satt till -1 kronor.²⁶⁹

Ett ytterligare problem i sammanhanget är faktumet att bestämmelserna om onormalt låga anbud kräver att myndigheten alltid identifierar sådana anbud och därefter undersöker misstänka anbud innan de förkastas. Det är svårt att med framgång argumentera för att ett anbud med negativa priser har rest frågor angående tillförlitligheten men samtidigt inte identifieras som ett anbud som är misstänkt i något avseende. Med andra ord är det svårt att hävda att det inte finns några misstänkta anbud och i nästa andetag utesluta anbud för att prissättningen är fel i något avseende. På något sätt har ju då prissättningen föranlett misstankar om att inte vara seriöst menat, annars hade det ju inte uteslutits. Reglerna om onormalt låga anbud tar däremot sikte på sådana brister som riskerar leveransen i något avseende och tillåter inte uteslutning på grund av brister i myndighetens utvärderingsmodell. Det kan ifrågasättas om det är rimligt att ändra den ordningen.

Det ska också noteras att bestämmelserna om onormalt låga anbud inte hindrar att en myndighet kan begära in förklaringar av prissättningen för att först

²⁶⁹ Sundstrand, *Negativa*.

därefter konstatera att anbuden inte är seriösa på grund av osund strategisk konkurrens. Osund strategisk konkurrens skulle alltså ha kunnat läggas till den lista av möjliga förklaringar som en begäran kan avse. Så har också osund strategisk konkurrens hanterats tidigare i HFD.²⁷⁰ Med andra ord har det varit en fråga om bevisning och bevisbörd. På det viset hade koherensen i systemet och skyddet för leverantörerna kunnat upprätthållas med mindre ingripande åtgärder. I stället har HFD gått omvägen runt bestämmelserna om onormalt låga anbud och utesluter tillämpning överhuvudtaget om myndigheten bara hävdar att syftet inte varit att utesluta onormalt låga anbud. Ett sådant undantag har däremot inget stöd i EU-rätten som har framhållits i uppsatsen i olika delar.

Om syftet med ett priskrav ska vara avgörande för huruvida bestämmelserna om onormalt låga anbud ska vara tillämpliga eller inte ligger det också inte farans riktning att HFD kan skapa fler undantag från tillämpning av reglerna. Det kan säkerligen uppställas fler välmenande syften för att utesluta anbud automatiskt. Att listan av möjliga förklaringar i 16 kap. 7 § LOU inte är uttömmande indikerar just det. Det är i klar konflikt med rättssäkerheten för leverantörerna, vilka regelverket avser att skydda. Vidare är det oklart om undantaget också är tillämpligt på anbud utan negativ prissättning. Av 2023 års fall går det inte helt att avgöra hur stor betydelse det hade att anbudet innehöll negativa delpriser. I synnerhet inte mot bakgrund av att syftet också hade betydelse i Takprisdomen från år 2020. Som nämnts redan i begreppsförklaringen i kapitel 2 kan strategisk anbudsgivning ske på flera olika sätt och kan komma till uttryck i anbuden genom såväl hög som låg prissättning.

Strategisk prissättning får förutsättas alltid försiggå. Det är hela syftet med fri prissättning, en fri marknad och hela syftet med att driva företag. Det företag som lyckas bäst i sin strategi kommer få störst avkastning. Allt strategiskt handlande kan därför inte vara otillåtet. Bestämmelserna om onormalt låga anbud infördes inte som ett medel för att undvika osund konkurrens och det finns goda argument för att det effektivare kan uppnås genom andra medel. En regel som tillåter uteslutning på grund av en presumtion om osund strategisk konkurrens får snarare motsatt syfte genom att motverka en sund konkurrens. Effekten av en presumtion blir oproportionerlig då undantaget också träffar anbud som inte riskerar att snedvrیدا konkurrensen genom att förbjuda dem att lämna det mest fördelaktiga anbudet för såväl myndigheten som för de själva.

En sista anmärkning är att bristen på en enhetlig definition av onormalt låga anbud uppenbarligen frestar till metoder som kan utesluta leverantörer som annars hade kunnat godtas. Med en klar metod hade alla anbud under en viss prisnivå skyddats. Å andra sidan finns inga garantier för att en sådan metod fångar in alla oseriösa anbud. Det ställer dock höga krav på alla upphandlande myndigheter i Sverige. Det får förutsättas att sista ordet inte är sagt om priskravens vara eller inte vara. Dagens ordning är motsägelsefull och inte helt tillfredsställande. Det finns fortfarande behov av klargöranden från domstolarna och lagstiftaren.

²⁷⁰ HFD 2016 ref. 3 (I).

Källförteckning

Litteratur

- Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement*, 3 u., Sweet & Maxwell, 2014.
- Bernitz, Ulf, Heuman, Lars, Leijonhufvud, Madeleine, Seipel, Peter, Warnling-Nerep, Wiweka & Vogel, Hans-Heinrich, *Finna rätt : Juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 13 u., Nordstedts Juridik, Stockholm [cit. Bernitz].
- Edström, Erik, och Olovsson, Sara-Li, *Gohpris och andra prisbegränsningar, en sammanfattning av de senaste årens rättsutveckling – analys*, 2023-04-26, analys på JP Infonet, ”https://www.jpinfonet.se/JP-UpphandlingsNet/Analyser-och-referat/Analyser-och-referat/Ar/2023/analyser/d_4992266-golvpris-och-andra-prisbegransningar-en-sammanfattning-av-de-senaste-arens-rattsutveckling--analys”, lydelse 2023-05-19.
- Forsberg, Niclas, *Upphandling : enligt LOU, LUF, LUK, LUF5 och LOV*, 5 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2019.
- Granmar, Claes, *Effekterna av att inte genomföra direktivet om offentlig upphandling*, UrT 2016 s. 53.
- Hettne, Jörgen & Otken Eriksson, Ida, *EU-rättslig metod : Teori och genomslag i svensk rätts-tillämpning*, 2 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2011.
- Karlsson, Per, *Konkurrensrättens inverkan på offentliga upphandlingar*, UrT 2018 s. 107.
- Kenneberg, Jenny & Johansson, Elin, *Tillåtet att förbjuda negativa prisposter – analys*, 2023-02-14, analys på JP Infonet, ”<https://www.jpinfonet.se/kunskap/nyheter4/2023/mars/tillatet-att-forbjuda-negativa-prisposter/>”, lydelse 2023-03-14.
- Kleineman, Jan, *Rättsdogmatisk metod*, Nääv, Maria & Zamboni, Mauro, (red.), Juridisk metodlära, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2018.
- Lindahl Toftgaard, Eva, *Offentlig upphandling : LOU och upphandlingsprocessen*, 3 u., Studentlitteratur, Lund, 2022.
- Linder, Fredrik, *Onormalt låga anbud*, UrT 2016 s. 343.
- Linder, Jesper, *Gohprisens tillåtlighet vid offentlig upphandling*, UrT 2019 s. 95.
- Nord, Eskil, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling, stjärnnot till lagen*, Karnov (JUNO), (besökt 2023-04-03) [cit. Nord, Stjärnnot LOU].
- Nord, Eskil, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 16 kap. 2 §*, Karnov (JUNO), (besökt 2023-04-19) [cit. Nord, 16 kap. 2 § LOU].
- Nord, Eskil, *lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 16 kap. 7 §*, Karnov (JUNO), (besökt 2023-04-15) [cit. Nord 16 kap. 7 § LOU].
- Olovsson, Sara-Li, *CSR-krav i offentlig upphandling*, UrT 2017 s. 179.
- Rašić, Mario, *Is Zero a Public Procurement Number? : Abnormally Low Tenders in Light of a European Court of Justice Case*, EPPPL 3/2021 s. 193.
- Roglert, Magnus, *Onormalt lågt anbud och missbruk av marknadsdominerande ställning*, UrT 2015 s. 189.
- Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Hallberg, Olof, Norlén, Hugo, Näs-lund, Johanna, Piper, Chatarina & Willquist, Henrik, *Lagen om offentlig upphandling : En kommentar*, 3 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2020 [cit. Rosén].

- Strömholm, Stig, Lyles, Max & Valguarnera, Filippo, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning : En lärobok i allmän rättslära*, 6 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2020.
- Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling : en introduktion*, 2 u., Studentlitteratur, Lund, 2013 [cit. Sundstrand, Offentlig].
- Sundstrand, Andrea, *Gränser för arbetsmiljökrav i offentlig upphandling*, UrT 2020, s. 101 [cit. Sundstrand, Gränser].
- Sundstrand, Andrea, *Negativa anbudspriser i offentlig upphandling*, 2023-04, expertkommentar på Lexnova, ”<https://www.lexnova.se/expertkommentarer/negativa-anbudspriser-i-offentlig-upphandling>”, lydelse 2023-04-31 [cit. Sundstrand, Negativa].
- Peczenik, Aleksander, *Om den förvaltningsrättsliga forskningen och rättsdogmatiken*, FT 1990 s. 41.
- Ulfsdotter, Anna, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 16 kap. 7 §*, Lexino 2020-12-15 (JUNO) [cit. Ulfsdotter, 16 kap. 7 § LOU].
- Ulfsdotter, Anna, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 19 kap. 18 §*, Lexino 2022-06-01 (JUNO) [cit. Ulfsdotter, 19 kap. 18 § LOU].
- Ulfsdotter, Anna, *Lag (2016:1145) om offentlig upphandling 19 a kap. 8 §*, Lexino 2022-06-01 (JUNO) [cit. Ulfsdotter, 19 a kap. 8 § LOU].
- von Essen, Ulrik, Bohlin, Alf & Warnling Conradson, Wiweka, *Förvaltningsrättens grunder*, 3 u., Nordstedts Juridik, Stockholm, 2018.
- Ågren, Robert, *Golv- och takpriser i offentlig upphandling*, UrT 2020 s. 47.

Offentligt tryck

Kommittédirektiv

Dir. 2017:69 Flexibla och enklare regler för upphandlingar under EU:s tröskelvärden samt vissa överprövningsfrågor.

Statens offentliga utredningar

SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål: Betänkande av Utredningen om vissa förenklade upphandlingsregler.

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling: Delbetänkande av Genomförandeutredningen.

Propositioner

Prop. 2006/07:128

Prop. 2015/16:195

Prop. 2021/22:5

Övrigt offentligt tryck

Konkurrensverket, *Osund konkurrens i offentlig upphandling : Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, rapport 2013:6 [cit. Konkurrensverket, rapport 2013:6].

Konkurrensverket, *Korruption och osund konkurrens i offentlig upphandling*, rapport 2020:1 [cit. Konkurrensverket, rapport 2020:1].

Lagrådets yttrande av den 12 februari 2016 efter lagrådsremiss av den 4 juni 2015 angående förslag till nytt regelverk om upphandling.

EU-rätt

Direktiv

- Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.
- Rådets direktiv 77/62/EEG av den 21 december 1976 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.
- Rådets direktiv 89/440/EEG av den 18 juli 1989 om ändring av direktiv 71/305/EEG om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.
- Rådets direktiv 90/531 av den 17 september 1990 om samordning av upphandlingsförfaranden för enheter som har verksamhet 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 93/37/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten.
- Europaparlamentets och rådets direktiv (2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG [cit. LUFSDirektivet].
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner [cit. LUK-direktivet].
- Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG [cit. LOU-direktivet].
- Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG [cit. LUF-direktivet].

Rättsfall

Högsta förvaltningsdomstolen

- HFD 2016 ref. 3 I och II
- HFD 2018 ref. 50
- HFD 2019 ref. 39
- HFD 2020 ref. 24
- HFD 2022 ref. 41
- HFD 2023 ref. 7

Kammarrätterna och förvaltningsrätterna

- Kammarrätten i Göteborgs dom av den 18 oktober 2013 (mål nr 2598-2601-13)

EU-domstolen

- EU-domstolens dom av den 10 februari 1982, Transporoute, C-76/81, EU:C:1982:49 [cit. Transporoute].

EU-domstolens dom av den 22 juni 1989, Fratelli Costanzo, C-103/88, EU:C:1989:256 [cit. Fratelli Costanzo].

EU-domstolens dom av den 18 juni 1991, Donà Alfonso, C-295/89, EU:C:1991:255 [cit. Donà Alfonso].

EU-domstolens dom av den 26 oktober 1995, Furlanis, C-143/94, EU:C:1995:354 [cit. Furlanis].

EU-domstolens dom av den 16 oktober 1997, Hera, C-304/96, EU:C:1997:486 [cit. Hera].

EU-domstolens dom av den 27 november 2001, Lombardini och Montavani, C-285/99 och C-286/99, EU:C:2001:640 [cit. Lombardini och Montavani].

EU-domstolens dom av den 15 maj 2008, SECAP och Santorso, C-147/06 och 148/06, EU:C:2008/277 [cit. SECAP och Santorso].

EU-domstolens dom av den 23 december 2009, Serrantoni och Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009/808 [cit. Serrantoni och Consorzio].

EU-domstolens dom av den 29 mars 2012, SAG ELV Slovensko, C-599/10, EU:C:2012/191 [cit. SAG ELV Slovensko].

EU-domstolens dom av den 18 december 2014, Data Medical Service, C-568/13, EU:C:2014:2466 [cit. Data Medical Service].

EU-domstolens dom av den 10 september 2020, Tax-Fin-Lex, C-367/19, EU:C:2020:685 [cit. Tax-Fin-Lex].

EU-domstolens dom av den 15 september 2022, Veridos, C-669/20, EU:C:2022:684 [cit. Veridos].

Övrigt EU-material

Kommissionen

Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (KOM(2011) 0896 slutlig).

Förslag till avgörande av generaladvokat

Förslag till avgörande av generaladvokat Gerhard Reischl föredraget den 10 februari 1982 i mål C-76/81, Transporoute [cit. generaladvokat G. Reischl].

Förslag till avgörande av generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer föredraget den 5 juni 2001 i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Montavani [cit. generaladvokat Dámaso Ruiz-Jarabo Colomer].

Förslag till avgörande av generaladvokat Michal Bobek föredraget den 28 maj 2020, i mål C-367/19, Tax-Fin-Lex [cit. generaladvokat Bobek].

Förslag till avgörande av generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona föredraget den 24 februari 2022 i mål C-669/20, Veridos [cit. generaladvokat Manuel Campos Sánchez-Bordona].