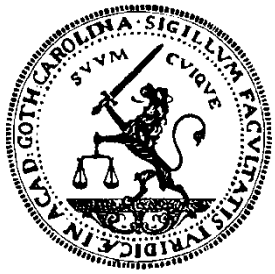
View metadata, citation and similar papers at core.ac.uk

brought to you by CORE

provided by Lund University Publications - Student Papers



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Daniel Sjöholm

”För bra för att vara sant”

En studie i hanteringen av onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: HT2013

Innehåll

SUMMARY 4

SAMMANFATTNING 6

FÖRORD 8

FÖRKORTNINGAR 9

1 INLEDNING 11

1.1 Bakgrund 11

1.2 Syfte och frågeställningar 12

1.3 Avgränsningar 13

1.4 Metod och material 16

1.5 Disposition 19

2 ONORMALT LÅGA ANBUD 21

2.1 Identifiering av onormalt låga anbud 21

2.1.1 Identifieringsmöjligheter över tröskelvärdet 21
2.1.2 Identifieringsmöjligheter under tröskelvärdet 26
2.1.3 Föreslagna identifieringsmetoder 27
2.1.3.1 Kommissionens förslag 27
2.1.3.2 Ølykkes förslag 27

2.2 Anbudsutvärderingen vid onormalt låga anbud 28

2.2.1 EU-institutionernas upphandlingsregler 29
2.2.2 Kommissionens förslag om livscykelkostnad 30

2.3 Onormalt låga anbud grundade i statligt stöd 31

2.4 Avslutande kommentarer 32

3 DEN UPPHANDLANDE MYNDIGHETENS PERSPEKTIV 34

3.1 Det kontradiktoriska förfarandet 34

3.1.1 Skillnader på förfarandet då värdet understiger tröskelvärdet 41
3.1.2 Kommissionens förslag 41

3.2 Bevisbördans placering 42

3.3 Förkastandebeslutet 45

3.4 Avslutande kommentarer 48

4 ANBUDSGIVARENS PERSPEKTIV 49

4.1 Vinna med ett onormalt lågt anbud 49

4.1.1 Nollbud 49
4.1.2 Godtagbara förklaringar 51

4.2 Dominerande ställning 55

4.2.1 Underprissättning 56
4.2.2 Korssubvention 58

4.3 Avslutande kommentarer 59

5 FÖRLORANDE ANBUDSGIVARES PERSPEKTIV 60

5.1 Möjligheten att angripa ett tilldelningsbeslut enligt gällande rätt 60

5.2 Möjligheten att angripa ett tilldelningsbeslut enligt Kommissionens direktivsförslag 62

5.3 Avslutande kommentarer 62

6 ANALYS 63

6.1 De lege lata 63

6.2 Existensen av en obligatorisk förkastandeavsikt 67

6.3 De lege ferenda 72

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING 76

RÄTTSFALLSFÖRTECKNING 84

BILAGA – ILLUSTRATION ÖVER ØLYKKES MODIFIERADE AKZO-TEST 88

Summary

This thesis focuses on public procurements and deals with the concept of abnormally low tenders. The low levels in a tender can be founded in a hidden agenda or in a misunderstanding by the tenderer. This means that the contracting authority may wish to reject the current offer. The low level, on the other hand, can just as easily be completely legitimate and should therefore not be discouraged. The regulations and established practices in this field shows that a rejection of abnormally low tenders cannot be done before a certain procedure has been implemented. This adversarial process provides an opportunity for the tenderer to justify the low level in an abnormally low tender.

The applicable law does not clarify how an abnormally low tender should be distinguished from other bids. However, it is emphasized that this identification is to be made on a case-by-case basis and depends on the subject of the procurement. The Court has emphasized that the use of mathematical formulas may be used to detect abnormally low tenders. Furthermore, it is stressed that the contracting authority may use other methods to identify these tenders since there is some discretionary space in this assessment. It is also noted that the concept of abnormally low tenders not only appears to be attributable to the price level but also might include other aspects such as the number of hours offered.

If the abnormally low tenders were associated with a state aid, other rules would apply, focusing on whether such aid is granted legally or not.

The justification of an abnormally low tender level is achieved by an explanation of the reasons for the low level by the tenderer. It is the seriousness, reliability, viability and the sustainability that should be shown in the tenders for these to be justified. There is no universal explanation that can be applied to an abnormally low tender, these tenders are instead to be valued in relation to the current subject of the procurement.

It will also be relevant for a dominant company to avoid a situation of predatory pricing which can result in an abuse of this dominant position.

If an abnormally low tender in Sweden would win the procurement, it seems there is no opportunity for the losing tenderer to get this decision reviewed. This despite the fact that this possibility can be seen in some decisions from Sweden and the European union. In the event of a dispute where the abnormally low tenders have been rejected, the burden of proof concerning the tender´s seriousness seems to have been moved from the contracting authority to the tenderer.

The thesis contains a continuous comparison with the Commission's proposed directive proposal. Should this proposal come in to effect it will transform all aspects of an abnormally low tender.

The thesis concludes with a presentation of some changes that could be made in the legal framework on abnormally low tenders based on my own findings, the Commission´s directive proposal and from a detection method retrieved from doctrine.

In the analysis section I also present my own theory that there most likely exists a mandatory intention for a rejection with the contracting authority when it detects an abnormally low tender. This intention is not found in the Swedish regulation, which essentially gives the contracting authority an optional opportunity to reject abnormally low tenders. The intention to reject comes from the pro-competitive purpose, which is behind the current regulation. This means that a decision to accept abnormally low tenders that inhibit competition on the market goes against the purpose of the public procurement directive and the regulation surrounding the abnormally low tenders.

Sammanfattning

Denna uppsats fokuserar på offentliga upphandlingar och behandlar begreppet *onormalt låga anbud*. Dessa anbudens låga nivå kan vara grundade i dolda motiv eller missförstånd från anbudsgivaren. Detta medför att den upphandlande myndigheten kan vilja förkasta det aktuella anbudet. Den låga nivån kan däremot lika gärna vara helt legitimt och bör därmed inte förkastas. Regelverket samt praxis på området visar att ett förkastande av onormalt låga anbud inte kan ske innan ett visst förfarande har genomförts. Detta kontradiktoriska förfarande erbjuder en möjlighet för anbudsgivaren att rättfärdiga den låga nivån i ett onormalt lågt anbud.

Den nu gällande rätten klargör inte hur ett onormalt lågt anbud ska urskiljas från andra anbud. Det har emellertid framhållits att denna identifiering ska göras från fall till fall och är beroende av upphandlingsföremålet. EU-domstolen har framhållit att användandet av matematiska formler får användas för att identifiera onormalt låga anbud. Vidare framhålls det att den upphandlande myndigheten även får använda andra metoder för att identifiera dessa anbud då det finns ett visst skönsmässigt utrymme vid denna bedömning. Det konstateras även att begreppet onormalt låga anbud inte enbart verkar vara hänförligt till prisnivån utan kan även avse andra aspekter såsom antalet offererade arbetstimmar.

Skulle det onormalt låga anbudet vara förknippat med statliga stöd så blir andra regler tillämpliga vilka fokuseras på huruvida dessa stöd beviljats lagligt eller inte.

Rättfärdigandet av en onormalt låg anbudsnivå sker genom att orsakerna till den låga nivån förklaras av anbudsgivaren. Det är seriositeten, tillförlitligheten, trovärdigheten, hållbarheten och allvaret i anbuden som visas i anbuden för att dessa ska rättfärdigas. Det finns ingen allmängiltig förklaring som kan tillämpas på ett onormalt lågt anbud utan dessa värderas i förhållande till det aktuella upphandlingsföremålet.

Det blir även relevant för ett dominant företag att undvika en underprissättningssituation vilket kan resultera i ett missbruk av denna dominanta ställning.

Om ett onormalt lågt anbud i Sverige skulle vinna en upphandling så verkar det inte finns någon möjlighet för den förlorande anbudsgivaren att få detta beslut överprövat. Detta trots att denna möjlighet kan skönjas i vissa avgörande på svensk och unionsrättslig nivå. Vid en eventuell tvist då ett onormalt lågt anbud blivit förkastat verkar bevisbördan för att anbudet varit seriöst ha flyttats ifrån den upphandlande myndigheten till anbudsgivaren.

Uppsatsen innehåller en kontinuerlig jämförelse till Kommissionens framlagda direktivförslag. Blir detta förslag framröstat så kommer det att förändra samtliga aspekter rörande ett onormalt lågt anbud.

Uppsatsen avslutas med en presentation över vissa förändringar som skulle kunna införas i regelverket kring onormalt låga anbud baserade på egna slutsatser, Kommissionens direktivförslag samt från en identifieringsmetod hämtad ur doktrinen.

I analysdelen presenterar jag även en egen tes om att det sannolikt finns en obligatorisk förkastandeavsikt hos den upphandlande myndigheten när de identifierat ett onormalt lågt anbud. Denna förkastandeavsikt återfinns emellertid inte i det svenska regelverket vilket i huvudsak ger den upphandlande myndigheten en valfri möjlighet att förkasta onormalt låga anbud. Förkastandeavsikten hämtas från det konkurrensfrämjande syftet som finns bakom den aktuella regleringen. Detta innebär att antagande av onormalt låga anbud som hämmar konkurrensen på marknaden strider mot ändamålet med Upphandlingsdirektivet och regleringen kring onormalt låga anbud.

Förord

Arbetet med uppsatsen kan liknas med att gräva en grop. Först och främst fann jag var det skulle grävas och bestämde mig för att gräva riktigt djupt. Efter en tids grävande fann jag det något vanskligt att fortsätta då kanterna rasade ner med jämna mellanrum. Jag beslutade mig för att bredda gropen något så arbetet blev stabilare. Efter ytterligare en tids grävande återkom problemet med kanterna till den grad att jag inte kunde komma till önskat djup. Detta löstes med att göra gropen ännu lite bredare. Med denna liknelse bör läsaren kontinuerligt genom uppsatsen ha i åtanke att detta är en djupdykning i ett begrepp med efterföljande problematik i motsats till en mer helomfattande och bredare utredning.

Jag vill rikta ett stort tack till min sambo Caroline Badics som varit oumbärlig under skrivandeprocessen. För att återknyta till min grävarliknelse så är det Caroline som har fraktat bort massorna som jag har grävt upp.

Jag vill även passa på att tacka min handledare universitetsadjunkt Henrik Norinder för alla tänkvärda synpunkter och givande diskussioner. Henrik har i min lilla liknelse varit den som hjälp mig när jag stött på stenar och andra problem vid grävandet.

Till sist vill jag tacka alla de personer som medvetet eller omedvetet har stöttat och motiverat mig genom åren.

Önnarp, den 24 december 2013,

Daniel Sjöholm

Förkortningar

Budgetförordningen	Rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget.
EESK	Europeiska ekonomiska och sociala kommittén.
EU	Europeiska unionen.
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
Genomförandebestämmelserna	Kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget
KL	Konkurrenslag (2008:579).
Kommissionen	Europeiska kommissionen.
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.
LUF	Lag (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och Posttjänster.
PCR 2006	The public contracts regulations 2006.
RD 2001	Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

RLD 2011	Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.
SvJT	Svensk Juristtidning.
Upphandlingsdirektivet	Direktiv 2004/18/EG, Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.
ÄLOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Regeln om onormalt låga anbud återfinns i Upphandlingsdirektivet samt i LOU. Innebörden med denna regel är att vissa anbud kan komma att bli förkastade och därmed inte vidare få delta i upphandlingen.[1] Motiven för ett förkastande av onormalt låga anbud kan vara flera, en rädsla för att anbudsgivaren inte kommer att kunna leverera eller för att motverka ett konkurrenshämmande beteende.[2] Det har även framhållits att ett onormalt lågt anbud kan dölja ett förkastligt beteende hos anbudsgivaren exempelvis svart arbetskraft.[3] Det finns emellertid även helt legitima skäl för att lägga ett lågt anbud som kan se misstänkt ut. Det är vid sådana anbud väldigt viktigt att den upphandlande myndigheten inte förkastar anbudet vilket troligtvis resulterar i att priset för upphandlingsföremålet blir högre än nödvändigt.[4] Det förekommer idag en debatt med blandade känslor kring dessa onormalt låga anbud, vilka även kan innehålla bud där anbudsgivaren erbjuder sig att betala för att få utföra vissa delar av upphandlingen.[5]

Faktumet att det finns en reglering kring onormalt låga anbud och att detta reglerades redan i det första upphandlingsdirektivet visar att unionslagstiftaren tidigt identifierat denna företeelse, tillika betydelsen av att reglera detsamma. Att sedan samtliga upphandlingsdirektiv innehållit en sådan reglering visar på dess betydelse.[6] Trots att denna företeelse har varit reglerad en längre tid så finns det oklarheter och missuppfattningar kopplat till onormalt låga anbud vilket framgår av de färska avgörandena på området både på nationell nivå och på unionsnivå.[7] Ett exempel på detta är att unionspraxisen inte har klarat av att ge ett detaljerat svar på hur begreppet *onormalt låga anbud* ska definieras vilket eventuellt kan bero att frågan kan vara politiskt laddad.[8]

Kommissionen verkar ha uppfattat problemen vilket återspeglas i deras framlagda förslag till ett nytt upphandlingsdirektiv där regleringen över onormalt låga anbud fått en mer detaljerad lydelse. En framträdande

[1] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet, 12 kap. 3 § LOU.
[2] Ølykke s 120-121.
[3] Osund konkurrens s 59.
[4] Osund konkurrens s 70.
[5] Zirn ”*Upphandlingsidiotin*”, Eriksson ”*Konsult till salu*”, Sjöblom & Grönberg ”*Vi vill stoppa fusket vid upphandlingar*”.
[6] Artikel 29 punkt 5 i direktiv 71/305/EEC, artikel 25 punkt 5 direktiv 77/62/EEC, artikel 27 punkt 5 direktiv 90/531/EEC, artikel 37 direktiv 92/50/EEC, artikel 27 direktiv 93/36/EEC, artikel 30 punkt 4 direktiv 93/37/EEC, artikel 34 punkt 5 direktiv 93/38/EEC, artikel 57 direktiv 2004/17/EG, artikel 55 direktiv 2004/18/EG(Upphandlingsdirektivet).
[7] Se C-599/10 SAG, Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13.
[8] Ølykke s 20.

förändring i detta förslag är markerandet att vissa onormalt låga anbud inte kan undgå att bli förkastade.[9]

Med syfte att öka behållningen för läsaren av denna uppsats ska det här tilläggas att Kommissionens direktivförslag som kontinuerligt berörs i uppsatsen röstades av Europaparlamentet igenom den 15 januari 2014 vilket är efter uppsatsskrivningens slutdatum.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens huvudsyfte är att kritiskt undersöka hur fenomenet med onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar har reglerats i Sverige. I linje med detta eftersträvas att påvisa eventuella skillnader i den svenska behandlingen av onormalt låga anbud i förhållande till behandlingen på unionsnivå. Likaså ämnar uppsatsen att kritiskt analysera gällande rätt inom detta område och påvisa olika svagheter i densamma.

Vidare syftar uppsatsen till att beröra tre olika perspektiv. U*pphandlande myndigheters* med en redogörelse över bland annat identifieringen, utredningen och förkastandet av onormalt låga anbud, *anbudsgivaren som har lämnat ett onormalt lågt anbud* med fokus på riskerna med ett sådant agerande samt *anbudsgivaren som förlorat en upphandling* till förmån för ett onormalt lågt anbud och dennes valmöjligheter.

Uppsatsen bär i viss grad på ett normativt syfte då det kommer att presenteras förslag till vissa förändringar i analysen. Dessa förslag är inte uteslutande grundade i mina egna slutsatser utan inbegriper ett förslag till ett helt nytt upphandlingsdirektiv från Kommissionen samt ett förslag hämtat från doktrinen på området. Utöver detta syfte är målet att presentera nu gällande rätt och att analysera denna inom det aktuella området.

Uppsatsen kommer att innehålla material från olika delar av EU. Syftet är emellertid inte att besvara frågorna ur ett annat perspektiv än det svenska.

Med utgångspunkt från dessa målsättningar ämnar uppsatsen även att besvara följande tre frågeställningar:

- När är ett anbud onormalt lågt?
- Vilka skyldigheter åligger den upphandlande myndigheten vid kontakt med ett onormalt lågt anbud?
- Kan en upphandling vinnas med ett onormalt lågt anbud?

[9] Artikel 69 i Kommissionens förslag.

1.3 Avgränsningar

Då uppsatsen riktar sig till personer med en viss kunskap inom offentliga upphandlingar återfinns inte någon introducerande del. Likaså förutsätts det att läsaren besitter en grundläggande juridisk kunskap då elementära juridiska aspekter inte kommer att utredas. Till följd därav kan det rekommenderas att artikel 55 i Upphandlingsdirektivet samt 12 kap. 3 § LOU finns relativt färskt i minnet. Motivet till denna avgränsning är att en introducerande del om offentliga upphandlingar inte skapar något mervärde i förhållande till uppsatsens syfte. En ambition har varit att inte tynga ner studien med aspekter vilka är irrelevanta för uppsatsen syfte. Läsaren bör därför förbereda sig på att utredningen startar vid kontakten med ett misstänkt lågt anbud och hur dessa identifieras. Fördelen med denna avgränsning blir att uppsatsen fokuseras mer kring uppsatsens frågeställningar. Vidare har denna avgränsning möjliggjort en rikare undersökning av onormalt låga anbud, innefattande ett konkurrensrättsligt perspektiv och en mindre utblick i hur andra medlemsstater har reglerat detta fenomen. Likaså skapade denna avgränsning en möjlighet att ur ett praktiskt perspektiv undersöka hur en leverantör har kunnat förklara ett lågt anbud.

När det kommer till tilldelningskriterierna kommer arbetet beröra båda alternativen, lägsta pris samt det ekonomiskt mest fördelaktiga, då ett onormalt lågt anbud kan förekomma i båda fallen och lagstiftningen inte gör någon åtskillnad när det kommer till onormalt låga anbud.[10]

Då arbetet syftar till att undersöka dagens rättsläge med fokus på tolkningen av regelverket samt en redogörelse för eventuella konsekvenser med denna tolkning intar uppsatsen helt ett juridiskt perspektiv och utelämnar de ekonomiska aspekterna kring ämnet, vilka inte är nödvändiga för frågeställningarna. För en vidare läsning ur dessa perspektiv rekommenderas artikeln *Wild bids. Gambling for Resurrection in Procurement Contracts*[11] från 2004 av Calveras m.fl.

Uppsatsens frågeställningar kretsar kring onormalt låga anbud i offentliga upphandlingar. Närliggande till detta är de konkurrensrättsliga aspekterna och då framförallt de situationer när en dominerande aktör på marknaden lägger ett onormalt lågt anbud. Denna aspekt blir relevant då Konkurrensverket har konstaterat att det är mer troligt att aktörer som dominerar marknaden ägnar sig åt att manipulera upphandlingar.[12] Syftet med uppsatsen medger att denna studie innehåller en kort utredning kring det konkurrensrättsliga området. Vid detta avsnitt kommer uppsatsens fokus ligga på missbruksfrågan och då främst på ett underprissättningsförfarande. Frågan om när en aktör blir dominerande faller däremot utanför ramarna för denna uppsats då detta avsnitts huvudsakliga syfte är att belysa risken för en

[10] SOU 2006:28 s 422.
[11] Calveras m.fl.
[12] Osund strategisk anbudsgivning s 44.

dominerande anbudsgivares ingivande av ett lågt anbud. Denna avgränsning omfattar även situationer där marknadsmonopolet upphört vilket ofta innebär att en dominerande före detta statlig aktör kan ägna sig åt missbruk. Vid denna konkurrensrättsliga utredning kommer en metod för att identifiera en underprissättning att presenteras som hämtats från AKZO-fallet.[13] Kommissionen publicerade ett vägledande dokument i februari 2009 med avsikten att utveckla denna metod.[14] Förstainstansrätten[15] har emellertid inte anammat Kommissionens synpunkter vilket framkommer av det faktum att France télécom-fallet[16] avgjordes efter publiceringen av det vägledande dokumentet och där användes den ursprungliga metoden framtagen i AKZO-fallet[17]. Uppsatsen kommer därför inte att beröra detta dokument fortsättningsvis. För läsare som vill fördjupa sig i konkurrensaspekten så rekommenderas boken *Rätten till priskonkurrens*[18] av Lars Henriksson.

Uppsatsens fokus ligger på den nu gällande rätten kring onormalt låga anbud samt den eventuella framtida regleringen. Detta innebär att något avsnitt över regleringens historiska utveckling fram till den nutida regelverks utformning inte återfinns i uppsatsen. Vissa historiska aspekter förekommer emellertid där det varit nödvändigt för att öka förståelsen, exempelvis så förtydligas det i framställningen kring vissa avgöranden att det då fanns andra regler kring onormalt låga anbud. Dessa rättfall som avgjorts på äldre regleringar kring onormalt låga anbud har störst betydelse vid definitionen av begreppet och i några avseende kring det kontradiktoriska förfarandet. Aspekterna som berörs vid dessa avgöranden har emellertid inte förändrats mellan de olika direktiven vilket bekräftas av EU-domstolen och förstainstansrätten då de frekvent hänvisar till olika avgöranden som avgjorts på tidigare regelverk.[19] Det ska även påpekas att de nu gällande reglerna i Upphandlingsdirektivet är baserade efter praxis. Även detta tyder på en stark koppling mellan Upphandlingsdirektivets regler kring onormalt låga anbud och äldre avgöranden.[20]

Uppsatsens sjätte kapitel syftar till att utreda de eventuella möjligheterna en förlorande anbudsgivare har att angripa ett tilldelningsbeslut som innebär att upphandlingen vinns av ett onormalt lågt anbud. Detta avsnitt kommer enbart att ta upp faktorn att anbudet varit onormalt lågt och kommer av utrymmesskäl inte att beröra andra faktorer som en förlorande anbudsgivare skulle kunna åberopa vid en överprövning.

---

[13] C-62/86 AKZO.
[14] Kommissionens meddelande punkt 25-27 jfr C-62/86 AKZO punkt 71-72.
[15] Vid antagandet av Lissabonfördraget bytte förstainstansrätten namn till tribunalen i enlighet med artikel 2 punkt 2 i Lissabonfördraget, av rättsfallen i uppsatsen är det enbart T-121/08 PC-Ware som kommer från tribunalen.
[16] C-202/07 P France Télécom.
[17] C-62/86 AKZO.
[18] Henriksson.
[19] T-495/04 Belfass punkt 93, 94, 97, C-599/10 SAG punkt 28, 29, Lombardini & Mantovani punkt 43, 45.
[20] Skäl 2 i Upphandlingsdirektivet.

Då en redogörelse över reglering kring onormalt låga anbud i LUF och direktiv 2004/17/EG inte skulle tillföra uppsatsen något så återfinns inte en sådan i uppsatsen. Anledningen är att regelverken är snarlika och det som regleras av LOU och Upphandlingsdirektivet stämmer i stora delar överens med regleringen i LUF och direktiv 2004/17/EG.[21]

Samtliga rättsfall kring onormalt låga anbud kommer inte att användas i uppsatsen då vissa saknar relevans för syftet och frågeställningarna. Rättsfall som inte innehåller något värde i förhållande till uppsatsens syfte kommer inte heller att ges utrymme för att undvika upprepningar och därmed en onödigt utdragen uppsats. För den intresserade återges här de rättsfall som berör onormalt låga anbud, men inte varit av intresse för denna uppsats och därför sorterats bort:

- Mål C-143/94, *Furlanis costruzioni generali SpA mot Azienda nazionale autonoma strade (ANAS)*, REG 1995, s. I-3633.
- Mål C-94/99, *ARGE Gewässerschutz mot Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft*, REG 2000, s. I-11037.
- Mål C-283/00, *Kommissionen mot Spanien*, REG 2003 s. I-11697.
- Mål C-186/03P, *Strabag Benelux NV mot Europeiska unionens råd*, REG 2003 s. II-135.

Uppsatsen omfattar inte hur unionsrätten förhåller sig till tredje land rörande onormalt låga anbud. Denna aspekt var initialt ett område som uppsatsen i viss utsträckning skulle behandla. Dessvärre fanns inte utrymme att på ett tillfredställande sätt utreda denna intressanta aspekt. Inte heller återfinns någon redogörelse för världshandelsorganisationens avtal kring offentliga upphandlingar, främst då avtalet inte innehåller några regler kring onormalt låga anbud.[22] Studien innehåller ett stycke om statliga stöd och dess förhållande till onormalt låga anbud. Detta övergripande stycke syftar till att ge läsaren en generell bild av hur den gällande rätten ser ut i dessa situationer. Detta innebär att någon utredning kring vad som ska anses utgöra ett statligt stöd inte kommer att ges utrymme. Uppsatsen behandlar inte heller specifikt den situationen då ett onormalt lågt anbud lämnas av en offentlig aktör. Dessa avgränsningar motiveras av utrymmesskäl. För en vidare läsning kring dessa situationer rekommenderas Ølykkes doktorsavhandling *Abnormally low tenders – with an emphasis on public tenderers*[23] från 2010.

Vidare ska det klargöras att denna uppsats berör onormalt låga anbud vid upphandlingsförfarandet och till viss del vid överprövningar av dessa. Detta innebär att eventuella avtalsrättsliga efterspel av ett antagande av ett ohållbart onormalt lågt anbud inte ryms i denna uppsats.

[21] Bergman m.fl. s. 18, vid en jämförelse av artikel 55 i Upphandlingsdirektivet och artikel 57 i direktiv 2004/17/EG så framgår enbart vissa språkliga skillnader.
[22] Ølykke s 47.
[23] Ølykke.

Avslutningsvis ska det påpekas att arbetet inte är en heltäckande undersökning av alla de olika rättsområden vilka återfinns i uppsatsen. Ämnet för uppsatsen är onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar och de rättsliga områden som berörs kommer att avgränsas i enlighet med detta.

1.4 Metod och material

Detta är en juridisk uppsats. Detta innebär att arbetet kretsar kring olika juridiska aspekter rörande onormalt låga anbud. I uppsatsen används *den traditionella rättsdogmatiska metoden* för att nå de angivna syftena med uppsatsen. Rättsdogmatismens främsta syfte är att systematisera och tolka gällande rätt.[24] Ett annat syfte med rättsdogmatismen är att presentera rättsystemet som ett koherent nätverk bestående av olika normer där vissa är huvudregler och andra är undantag. I linje med uppsatsens syfte blir denna metod lämplig att använda. Uppsatsen är även av normativ karaktär och innehåller ett de lege ferenda avsnitt. En sådan utredning har också ansetts inrymmas under det rättsdogmatiska begreppet vilket gör denna metod än mer lämplig.[25] Rättskälleläran vilken anses ingå i den traditionella rättsdogmatiska metoden kommer att användas för att finna den gällande rätten och därmed besvara uppsatsens frågeställningar.[26] Denna lära syftar till att urskilja och inbördes rangordna de rättskällor som ska och bör användas till skillnad från dem som inte får användas. Det som vanligtvis ingår som rättskällor är lag, förarbeten, rättspraxis och doktrin. Det har emellertid skett en utvidgning av innehållet i rättskälleläran vilken även kan se annorlunda ut från rättsområde till rättsområde. Utvidgningen grundar sig till stor del av Sveriges inträde i EU.[27] Med detta sagt kan det konstateras att regelverket kring offentlig upphandling kommer från EU-rätten vilket gör att uppsatsen kommer behandla rättskällor från unionen samt från andra medlemstater i EU.[28] På grund av denna EU-rättsliga koppling kommer även doktrin från andra medlemstater att ges utrymme.

Materialet i uppsatsen kommer att presenteras fortlöpande under varje kapitel efter dess ändamål vilket innebär att det inte alltid kommer finns renodlade avsnitt indelade efter rättskälleläran. Intentionen har istället varit att behålla det genomgående temat i avsnitten med syftet att underlätta för läsaren att följa framställningen av materialet. Presenterandet av materialet efter denna systematik innebär inte att rättskällelärans hierarkiska ordning åsidosätts utan syftar enbart till att tillgängliggöra uppsatsens material på ett ändamålsenligt sätt. Den uppmärksamme läsaren kommer även att lägga märke till att presentationen av relevant praxis på området inte i alla lägen presenteras i kronologisk ordning. Denna kronologiska presentationsmodell har fått ge vika för att kunna presentera rättsfallen efter ett tematiskt och

[24] Peczenik ”*Vad är rätt?*” s 312.
[25] Peczenik ”*Vad är rätt?*” s 313, Jareborg s 4.
[26] Peczenik ”*Juridikens allmänna läror*” s 249, 252.
[27] Sandgren s 36 – 37, Peczenik ”*Juridikens teori och metod*” s 45.
[28] Prop. 2006/07:128 s 1.

substansorienterat system där avgörandenas innehåll prioriteras före en kronologisk ordning. Exempelvis återkommer rättsfallen från förstainstansrätten, tribunalen och EU-domstolen frekvent i uppsatsens olika avsnitt. Detta innebär att heltäckande referat inte kommer att finnas. Detta motiveras med att uppdelningen av rättsfallen skapar en mer ändamålsenlig framställning i relation till de avsnitt där de behandlas, ännu en positiv konsekvens av denna framställning blir att förekomsten av hänvisningar till andra stycken minimeras då källorna presenteras där de blir meningsfulla. Framställningen styrs således av ämnet som avhandlas i respektive kapitel.

Den viktigaste rättskällan i uppsatsen är domstolspraxis. I avsaknad av prejudicerande avgörande från högsta förvaltningsrätten så har avgöranden från länsrätterna, förvaltningsrätterna samt kammarrätterna givits utrymme vilket fungerar i enlighet med syftena för uppsatsen. Likaså krävs inte prejudicerande avgöranden för att besvara frågeställningarna. Det bör dock påpekas att slutsatser dragna från dessa avgöranden kan komma att förändras fort då värdet av dessa avgöranden är lågt, främst ifråga om underrätternas avgöranden. Användandet av dessa rättsfall syftar främst till att visa på hur rättstillämpningen i Sverige har utvecklats och vilka ståndpunkter som kan skönjas. Av mycket större vikt blir däremot unionspraxisen vilken som ovan nämnts presenteras på ett något okonventionellt vis. Denna praxis har varit bärande för stora delar av analysen och redogörelsen av den nu gällande rätten.

Efter domstolspraxis så har doktrin samt olika myndighetspublikationer varit essentiell för uppsatsen. För svensk del är det främst Konkurrensverkets åsikter och ställningstagande som getts utrymme och på unionsnivå är det material från Kommissionen som är framträdande. En konsekvens av den EU-rättsliga kopplingen som finns ifråga om offentliga upphandlingar och därmed regleringen om onormalt låga anbud blir att ämnet har behandlats i litteratur från andra medlemstater. Detta har resulterat i att utländsk litteratur använts i stor utsträckning. Både svenska och utländska artiklar har varit av värde för denna uppsats, främst är det artiklar från Svenskt Juristtidning som har använts.

Uppsatsen innehåller som sagt ett visst utländskt material i syfte att vidga uppsatsens perspektiv och för att visa alternativa uppfattningar kring onormalt låga anbud. Detta utländska materialet är hämtat från Spanien och Storbritannien. Dessa stater blev utvalda då deras implementering av den aktuella regleringen skiljer sig ifrån det svenska och från varandra. Urvalet motiveras även med att Storbritannien har behandlat förfarandet vid ett onormalt lågt anbud i sin rättstillämpning och även tolkat unionspraxis vilket gör att deras slutsatser blir intressanta utanför Storbritanniens gränser. Det går inte heller att blunda för det faktum att Kommissionens förslag till ett nytt upphandlingsdirektiv har flera likheter med Spaniens nuvarande upphandlingsregler vilket även gör detta system intressant. En väl insatt läsare noterar att jag i dessa avsnitt beskriver upphandlingsreglerna för Storbritannien som ett regelverk. Detta stämmer inte då Storbritannien har implementerat Upphandlingsdirektivet i olika regelverk avgränsat till olika

geografiska områden. Ett för England, Wales och Nordirland och ett för Scotland. Uppsatsen kommer enbart redogöra för den förra då de olika regleringarna kring onormalt låga anbud är näst intill identiska. Av samma anledning kommer inte regelveken baserade på direktiv 2004/17/EG att behandlas.[29] Även de spanska delarna i uppsatsen utgör bara en bråkdel av Spaniens upphandlingsregelverk. En mer vidsträckt utredning av EU-medlemsstaternas olika upphandlingsregler ryms inte i detta verk.

Upphandlingsdirektivet reglerar situationer när upphandlingar genomförs av medlemsländernas upphandlande myndigheter.[30] Uppsatsen kommer emellertid att gå djupare och även beröra fyra avgörande där det varit EU-organ som genomfört upphandlingar. Dessa upphandlingar regleras för nuvarande av Budgetförordningen samt av Genomförandebestämmelserna. Det har konstaterats av Hettne och Örberg att praxis från tvister grundade i dessa upphandlingar enbart binder EU-organ och att dessa avgöranden inte innehåller något direkt prejudikatvärde för medlemsstaterna. Detta har emellertid inte hindrat domstolarna i Sverige och Storbritannien eller NOU från att stödja sig på resonemang hämtat från dessa avgöranden, vilket motiverar en undersökning av dessa avgöranden.[31] Användandet av dessa avgöranden i uppsatsen motiveras även av att regelverken för medlemsstaterna och EU-organen kring behandlingen av onormalt låga anbud är i princip identiska.[32] Det ska även klargöras att mellan åren 1995 och 2002 så föreskrev den då gällande budgetförordningen att EU-organen skulle ha samma krav och skyldigheter på sig under en upphandling som medlemstaterna hade. Denna hänvisning skapar en direkt länk mellan upphandlingsreglerna för medlemstaterna och EU-organen. Detta gör att avgörandet i Renco-fallet[33] avdömdes efter samma regler och principer som gällde för medlemstaterna. Hänvisningen återfinns inte i Budgetförordningen, EU-lagstiftaren har istället valt att lyfta in reglerna om onormalt låga anbud direkt i Genomförandebestämmelserna.[34] Utöver Renco-fallet kommer avgörandena i fallen PC-WARE[35], TQ3[36] samt Belfass[37] att undersökas. Dessa upphandlingar faller som sagt under andra regler än de i Upphandlingsdirektivet. Likheten mellan regelverken tillsammans med den historiska koppling som finns mellan regelverken gör att slutsatserna från dessa avgöranden likväl blir betydelsefulla. Det går inte heller att bortse från omständigheten att förstainstansrätten hänvisat till praxis från EU-domstolens fall där medlemstaternas upphandlingsregler

[29] Jfr Artikel 30 punkt 6 i PCR 2006, artikel 30 punkt 6 i The Public Contracts (Scotland) Regulations 2012, artikel 30 punkt 6 i The Utilities Contracts Regulations 2006, artikel 30 punkt 6 i The Utilities Contracts (Scotland) Regulations 2012.
[30] skäl 2 i Upphandlingsdirektivet, T-121/08 PC-WARE punkt 50.
[31] SvJT 2005 s 219-221, Morrison v Norwich punkt 17, Varney punkt 155.
[32] T-495/04 Belfass punkt 93, jfr artikel 55 i Upphandlingsdirektivet med artikel 139 i Genomförandebestämmelserna.
[33] T-4/01 Renco.
[34] Artikel 23 i Budgetförordningen, SvJT 2005 s 197-198, Ølykke s 205, vidare resonemang över Budgetförordningen samt Genomförandebestämmelserna återfinns i avsnitt 2.2.1.
[35] T-121/08 PC-Ware.
[36] T-148/04 TQ3.
[37] T495/04 Belfass.

varit tillämpliga.[38] Detta agerande bekräftar regelverkens nära förhållande vilket i ännu större grad berättigar förekomsten av dessa avgöranden i uppsatsen.

Det finns en underliggande uppdelning av uppsatsen i det att en del utgår från den upphandlande myndighetens perspektiv. Denna del är mer akademiskt inriktad och utredande vilket utmynnar i en viss kritik och en de lege ferenda diskussion. Den andra delen ska förstås ur anbudsgivarens perspektiv, vilken har lämnat ett onormalt lågt anbud, det tredje perspektivet är den förlorande anbudsgivaren, vilken förlorat upphandlingen till förmån för ett onormalt lågt anbud. Denna uppdelning syftar till att öka uppsatsens omfång och motiveras av att det praktiska värdet på uppsatsen ökar. Likaså har strävan efter en så objektiv uppsats gjort att en framställning från de olika perspektiven upplevts som lämpligt då de inblandades motsatta intressen eventuellt kan tvinga fram en mer objektiv utredning. Denna framställningsmetod har även en ytterligare fördel då den höjer uppsatsens värde, akademiskt som praktiskt.

Uppsatsen kommer främst i samband med den upphandlande myndighetens perspektiv att undersöka vad som krävs vid ett förkastande av onormalt låga anbud. Vid denna undersökning används termen det kontradiktoriska förfarandet. När denna term används åsyftas det undersökningsförfarande som ska genomföras innan ett onormalt lågt anbud förkastas. Denna undersökning inbegriper en förklaringsmöjlighet för anbudsgivaren som lämnar det aktuella anbudet.[39] Den kontradiktoriska principen innebär att ”*Ingen ska dömas ohörd*”[40]. Det är således undersökningsfasen i förkastandeförfarandet vilket innefattar en kontakt med anbudsgivaren som åsyftas. Användandet av denna terminologi motiveras även av förekomsten av just detta begrepp i flertalet avgöranden på unionsnivå.[41]

I analysen används begreppet ”de lege lata”. Med detta begrepp åsyftas en tolkning i vid mening och stannar inte bara i att analysera själva lagen och dess bokstav utan sträcker sig till att omfatta rätten i sig. Begreppet har således i uppsatsen innebörden ”om den givna rätten”.[42]

1.5 Disposition

Kapitel 2 handlar främst om att identifiera och definiera ett onormalt lågt anbud så att läsaren kan förhålla sig till resterande avsnitt i uppsatsen. Utöver definitionsfrågan innehåller även kapitlet en översiktlig presentation av EU-institutioners upphandlingsregler. *Avsnitt 2.1.3* och *avsnitt 2.2.2* urskiljer sig från de andra delarna i kapitel 2 då det inte berör nu gällande

[38] T-4/01 Renco punkt 75, T495/04 Belfass punkt 93, 94, 97.
[39] 12 kap. 3 § LOU, artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.
[40] Melin s 225.
[41] SECAP punkt 8, 32, 35, 36, T-495/04 Belfass punkt 97, 98, C-103/88 Costanzo punkt 15, 17, 19, C-599/10 SAG punkt 29.
[42] Melin s 94.

rätt. I det förra avsnittet presenteras två förslag till identifieringsmetoder varav det ena kommer från Kommissionen och det andra från Ølykkes doktorsavhandling[43]. I det senare avsnittet ges en kort redogörelse över begreppet livscykelkostnad. *Avsnitt 2.3* handlar om onormalt låga anbud och statliga stöd.

I *Kapitel 3* förklaras innebörden med det kontradiktoriska förfarandet. I detta kapitel kommer även delar av Kommissionens direktivförslag att presenteras. Det är i detta kapitel främst omständigheter hänförliga till den upphandlande myndigheten som ges utrymme. Kapitlet tar upp var bevisbördan har placerats vid tvister rörande onormalt låga anbud. Det kan tyckas att utredningen om bevisbördan vid en eventuell tvist även berör anbudsgivaren. Detta är helt korrekt och motiveringen till dess placering är främst att bevisbördan för flest omständigheter verkar falla på den upphandlande myndigheten. Ett annat motiv var en strävan att redogöra för bevisbördsfrågan innan avsnittet med godtagbara förklaringar presenterades för att öka förståelsen av dessa förklaringars betydelse. *Avsnitt 3.3* behandlar vilka skyldigheter och möjligheter som finns förknippat med ett förkastande. Likaså presenteras vissa risker som den upphandlande myndigheten utsätter sig för vid ett antagande av dessa anbud.

Kapitel 4 beskriver vissa risker vid en offentlig upphandling sett ur anbudsgivarens perspektiv. Det är anbudsgivaren som lämnat ett onormalt lågt anbud som åsyftas här. Här utreds begreppet nollbud och vilka förklaringar som borde kunna rättfärdiga ett onormalt lågt anbud. Utöver detta så behandlar kapitlet även vissa av riskerna för en dominerande anbudsgivare sett ur ett konkurrensrättsligt perspektiv.

I *kapitel 5* utreds vilka möjligheter det finns för en förlorande anbudsgivare att angripa ett antagandebeslut av ett onormalt lågt anbud. Denna fråga presenteras även i förhållande till Kommissionens direktivförslag.

Kapitel 2, 3, 4 och 5 avslutas med en kort och icke-uttömmande sammanfattning döpt till avslutande kommentarer. Dessa avsnitt syftar till att ge läsaren en snabb återkoppling till vissa delar i sitt respektive kapitel för att öka behållningen av det efterföljande kapitlets läsning.

Analysen återfinns i *kapitel 6*. Här kommer frågeställningarna att besvaras i den utsträckning den föregående deskriptiva delen av uppsatsen tillåter. Utöver strävan att besvara frågeställningarna så kommer det även att föras en de lege ferenda argumentation innehållande reflektioner och idéer över hur det aktuella regelverkat kan förändras i en positiv riktning. Uppsatsens analysdel innehåller även en tes om att det föreligger en obligatorisk förkastandeavsikt hos samtliga upphandlande myndigheter vid kontakt med ett onormalt lågt anbud.

[43] Ølykke.

2 Onormalt låga anbud

2.1 Identifiering av onormalt låga anbud

Upphandlingsdirektivet föreskriver att regleringen omfattar anbud vilka *verkar* vara onormalt låga. LOU kräver en mera bestämd uppfattning därom för att regeln ska tillämpas, detta gör att identifieringsfrågan blir central.[44] Upphandlingsdirektivet innehåller inte någon direkt definition över vad som är att anse som ett onormalt lågt anbud.[45] Det framgår emellertid av artikel 55 punkt 1 i Upphandlingsdirektivet att det är relationen i ett anbud mellan anbudsnivån och föremålet för upphandlingen som kan misstänktliggöra ett anbud som onormalt lågt.[46]

2.1.1 Identifieringsmöjligheter över tröskelvärdet

Avsaknaden i Upphandlingsdirektivet av en klar definition av begreppet onormalt lågt anbud gör att EU:s medlemsstater erhåller en möjlighet att själva klargöra var gränserna går.[47] Likväl har den svenska lagstiftaren inte utnyttjat denna möjlighet.[48] Detta tomrum har resulterat i att bedömningen huruvida ett anbud ska anses vara onormalt lågt har hamnat på den upphandlande myndigheten. Det finns inte heller någon djupare förklaring i förarbetena till LOU om vad ett onormalt lågt anbud är. Förarbetena till LOU betonar liksom Upphandlingsdirektivet att bedömningen huruvida ett anbud är onormalt lågt ska påverkas av föremålet för den aktuella upphandlingen. Det framgår även att bedömningen huruvida ett anbud är att se som onormalt lågt ska göras i varje enskilt fall. Upphandlingsföremålet ska således exempelvis jämföras med den angivna prisnivån.[49]

EU-domstolen har behandlat frågan om när ett anbud är eller misstänks vara onormalt lågt i Lombardini & Mantovani-fallet[50]. I detta förenade målet hade företaget Lombardini lämnat ett anbud i en italiensk upphandlig där en motorväg skulle breddas.[51] Den upphandlande myndigheten hade satt en gräns för att avgöra vilka anbud som var att anse som onormalt låga. Samtliga anbud däribland Lombardinis som kom under denna gräns förkastades med anledning av att de var onormalt låga. Anbuden förkastades utan att anbudsgivarna fick möjlighet att förklara sina anbud. Lombardini

[44] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet, 12 kap. 3 § LOU.
[45] Lombardini & Mantovani punkt 67.
[46] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet, Rosén Andersson m.fl. s 481.
[47] Lombardini & Mantovani punkt 67.
[48] Rosén Andersson m.fl. s 481.
[49] SOU 2005:22 s 358, Prop. 2006/07:128 s 406-407, osund konkurrens s 63.
[50] Lombardini & Mantovani , Regelverket som blev tillämpligt var direktiv 93/37/EEG, skillnaden mellan detta direktiv och Upphandlingsdirektivet avseende onormalt låga anbud är liten och obetydlig i detta avseende, för att få en djupare redogörelse kring skillnaderna mellan direktiven hänvisas till Ølykke s 170-171.
[51] Lombardini & Mantovani punkt 9.

väckte talan vilket ledde till att EU-domstolen fick besvara vissa tolkningsfrågor.[52] Upphandlingen där bolaget Mantovanis anbud förkastades var snarlikt Lombardinis vilket gjorde att dessa mål förenades.[53] EU-domstolen påpekade att det åligger den upphandlande myndigheten att urskilja onormalt låga anbud från andra anbud.[54] Vidare klargjorde EU-domstolen att det var acceptabelt att använda sig av matematiska formler för att upptäcka onormalt låga anbud. Dessa formler är då att ses som ett verktyg för att finna dessa anbud.[55] Det markerades att detta system inte får diskriminera och måste vara objektivt.[56] Generaladvokaten yttrade sig i målet angående definitionen av ett onormalt låga anbud genom uttalandet att denna bedömning kan göras utefter ett gränsvärde som bestäms i relation till de ingivna anbuden. Resultatet blir då enligt generaladvokaten ett självreglerande system som justras efter marknaden i varje upphandling. Generaladvokaten belyste även faktumet att detta system inbegriper en likvärdig behandling av anbudsgivarna. Antagandet grundades i att detta system eliminerar anbudsgivares eventuella fördelar vid upprättandet av anbuden, anbudsgivarna tvingas alltså att lämna tillbörliga anbud annars blir deras anbud upptäckta. Nivån som utgör ett onormalt lågt anbud upprättas därmed först vid anbudsöppningen.[57] Den negativa aspekten sett ur anbudsgivarna perspektiv i det att anbudsgivarna inte kan förutse om deras anbud kommer att definieras som onormalt lågt var något som enligt generaladvokaten fick vägas upp av de positiva aspekterna med systemet.[58] I avgörandet påpekades det att användandet av sådana relativa system för att utröna vilka anbud som är onormalt låga kan manipuleras. Detta skulle ske genom att anbudsgivare lämnar anbud i syfte att styra gränsdragningen över onormalt låga anbud i önskad riktning. Likaså skulle detta system kunna påverka konkurrensen negativt då anbudsgivare skulle avskräckas från att lämna ett lågt men realistiskt anbud. EU-domstolen godkände generaladvokatens identifieringsmetod och bemötte motargumenten med att resultatet av denna metod inte är absolut eller tvingande för den upphandlande myndigheten som kan frångå resultatet från metoden.[59]

I PC-Ware-fallet[60] klagade sökanden på att den upphandlande myndigheten inte hade fullgjort sina skyldigheter ifråga om onormalt låga anbud.[61] Upphandlingen avsåg ett ramavtal för inköp av Microsofts produkter för olika EU-institutioner.[62] Sökanden ansåg att Kommissionen som upphandlande myndighet hade underlåtit att förkasta det vinnande anbudet

[52] Lombardini & Mantovani punkt 12-13, 19.
[53] Lombardini & Mantovani punkt 21, 24, 26.
[54] Lombardini & Mantovani punkt 55.
[55] Lombardini & Mantovani punkt 73.
[56] Lombardini & Mantovani punkt 69, 77, EU-domstolen dömde inte i denna specifika fråga utan klargjorde att detta åligger den nationella domstolen att avgöra.
[57] Generaladvokaten i Lombardini & Mantovani punkt 33-35, denna definition återkommer även hos Generaladvokaten i SECAP punkt 34, 38.
[58] Generaladvokaten i Lombardini & Mantovani punk 36.
[59] Lombardini & Mantovani punkt 71-73.
[60] T-121/08 PC-Ware.
[61] T-121/08 PC-Ware punkt 42.
[62] T-121/08 PC-Ware punkt 10.

som onormalt lågt.[63] Sökandens argument att det vinnande anbudet var onormalt lågt grundades i ett påstående att det vinnande anbudet innehöll en onormalt stor rabatt. Sökanden hävdade att den största möjliga rabatt som anbudsgivarna kunde erhålla från leverantören av produkterna var på 17,7 procentenheter. Det vinnande anbudet innehöll emellertid en rabatt på 18,25 procentenheter. Tribunalen ansåg att den upphandlande myndigheten inte hade brustit i sina åligganden då bedömningen om vad som bör anses vara ett onormalt lågt anbud fanns i den skönsmässiga bedömning som tillfaller den upphandlande myndigheten.[64] Avgörandet kunde ha slutat med detta uttalande, tribunalen fortsatte emellertid med konstaterandet att sökanden inte hade visat att rabattsatsen på 17,7 procentenheter var den högsta som anbudsgivarna kunde erhålla. Sökanden hade därmed inte styrkt att det vinnande anbudet var onormalt lågt.[65]

Kommissionens generaldirektorat för näringslivsfrågor publicerade en rapport år 1999 där de beskriver hur de definierarde ett onormalt lågt anbud. De formulerade sig enligt följande:

"A tender is assumed to be abnormally low if

> *in the light of the client's preliminary estimate and of all the tenders submitted, it seems to be abnormally low by not providing a margin for a normal level of profit*

and

> *in relation to which the tenderer cannot explain his price on the basis of the economy of the construction method, or the technical solution chosen, or the exceptionally favourable conditions available to the tenderer, or the originality of the work proposed."*[66]

Generaldirektoratet klarade emellertid inte att visa vad som skulle utgöra en normal vinstnivå vilket ett normalt anbud borde innehålla enligt citatet.[67]

Kommissionen tar även upp ämnet i en guide riktad till offentligt upphandlande myndigheter. Här definieras begreppet enligt följande:

"a level below which an offer cannot be considered as being serious having regard to the services provided"[68]

Det bör påpekas att Kommissionen tydligt klargör att denna guide inte är att se som ett juridiskt bindande dokument och att den inte med säkerhet kan anses motsvara Kommissionens officiella ställningstagande.[69]

---

[63] T-121/08 PC-Ware punkt 71.
[64] T-121/08 PC-Ware punkt 73, 76.
[65] T-121/08 PC-Ware punkt 65-68, 74-75.
[66] Cauwelaert s 10.
[67] Cauwelaert s 10.
[68] Kommissionens upphandlingsguide s 59.
[69] Kommissionens upphandlingsguides försättssida.

För svensk del hänvisar Konkurrensverket upphandlande myndigheter att jämföra liknande upphandlingar för att skapa sig en uppfattning av hur prisnivåerna ser ut på den aktuella marknaden. Av vikt blir då att den upphandlande myndigheten tar hänsyn till skillnaden mellan villkoren i dessa upphandlingar för att få en så korrekt bild av den aktuella marknaden som möjligt och inte riskera att jämföra två olika marknader. Att jämföra anbuden i den aktuella upphandlingen är något som den upphandlande myndigheten inte helt bör förlita sig efter enligt Konkurrensverket. Vidare pekar Konkurrensverket på möjligheten att vända sig till fackförbund och branschorganisationer. Den upphandlande myndigheten kan även enligt Konkurrensverket använda sina tidigare erfarenheter som upphandlande myndighet för att öka sina kunskaper om vilka anbud i den aktuella upphandlingen som är misstänkt låga.[70] Konkurrensverket klargjorde i ett yttrande till förvaltningsrätten i Göteborg att bedömningen om ett anbud är onormalt lågt borde i praktiken baseras på en prognos. Prognosen ska då fokuseras på huruvida anbudsgivaren kommer att kunna eller kommer att vilja fullgöra sin prestation till det angivna priset.[71]

Ett svenskt kammarättsavgörande initierades efter att Karlstads kommun tillsammans med Hammarös kommun skulle upphandla ett ramavtal avseende diverse tekniska konsulttjänster. Rambölls anbud hade förkastats på grunden att anbudet var onormalt lågt avseende en av konsulttjänsterna. Det handlade om en administrativ konsulttjänst där Ramböll hade erbjudit ett pris på 25 kr per timme vilket den upphandlande myndigheten fann vara orimligt. Förkastandet föranledde Ramböll att ansöka om överprövning. Ramböll hävdade att förkastande på grunden att ett anbud är onormalt lågt enbart får göras på anbudens totalpris. Länsrätten höll inte med och ansåg att förkastande hade genomförts på ett korrekt sätt.[72] Kammarrätten i Göteborg ändrade utfallet i sitt avgörande. Denna ändring grundades emellertid i att den upphandlande myndigheten inte hade iakttagit det kontradiktoriska förfarande och berörde inte identifieringsfrågan.[73]

Förvaltningsrätten i Göteborg dömde till sökandens fördel i fallet som föranlett Konkurrensverket att avge sitt yttrande ovan. Fallets bakgrund låg i att den upphandlande myndigheten hade förkastat flera anbud som onormalt låga varav anbudsgivarna ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten ansåg att den upphandlande myndigheten inte hade haft tillräkliga skäl för att förkasta anbuden.[74] Avgörandet överklagades och kammarrätten gick i motsatt riktning och dömde till den upphandlande myndighetens fördel. Den upphandlande myndigheten hade klarlagt att ett anbudspris som låg under 300 kr per timme skulle anses utgöra ett onormalt lågt anbud. Denna gränsdragning grundades på information från fackförbunden. Rapporten från fackförbunden klargjorde att en anbudsnivå under 300 kr per timme inte kunde förenas med en lön på 150 kr per timme. Denna motiverade

[70] Osund konkurrens s 64-66.
[71] Konkurrensverkets yttrande punkt 24.
[72] Länsrätten i Värmlands län, mål nr 481-09.
[73] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09.
[74] Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 13295-12E, 13381-12E, 13385-12E, 13429-12.

gränsdragning ansågs sålunda utgöra ett godtagbart tillvägagångssätt för den upphandlande myndigheten att definiera ett onormalt lågt anbud. Skulle de aktuella anbuden antas så ansåg den upphandlande myndigheten att de riskerade att behöva betala ytterligare ersättningar i strid mot avtalet för att anbudsgivaren skulle fullfölja uppdraget. Kammarrätten ansåg därmed att den upphandlande myndigheten haft goda skäl till att misstänka de aktuella anbuden. De specifika aspekterna i just denna upphandling gjorde att anbudsgivarnas förklaringar som skulle rättfärdiga deras onormalt låga anbud inte heller ansågs rädda anbuden från förkastandet.[75]

Falk tar upp identifieringsfrågan i sin kommentar till LOU och konstaterar att ett onormalt lågt pris kan definieras som en prisnivå vilken är under marknadsvärdet eller ligger under omkostnaden för att framställa produkten alternativt tjänsten.[76] Troels m.fl. poängterar i linje med detta att då ett pris ligger under marknadsvärdet alternativt kostnaden för att uppfylla avtalet så ska detta ses som en indikering för risken att anbudsgivaren inte kommer att leverera.[77]

Det kan tänkas att den upphandlande myndigheten använder en utvärderingsmetod där tillägg och avdrag sker på det angivna priset i förhållande till de olika utvärderingskriterierna. Pedersen har konstaterat att den upphandlande myndigheten vid dessa situationer ska använda sig av det reella priset vilket den vinnande leverantören erhåller när jämförelsen görs mot upphandlingsföremålet.[78]

Arrowsmith använder sig av en annan definition där hon fokuserar på fullgörandet från leverantörens sida. Arrowsmith definierar ett anbud som onormalt lågt om anbudet framkallar misstankar hos den upphandlande myndigheten att leverantören inte kommer kunna leverera i enlighet med förfrågningsunderlaget.[79] Detta resonemang finner stöd i ett avgörande från kammarrätten i Stockholm. Kammarrätten kunde konstatera att ett onormalt lågt anbud ska definieras genom en jämförelse mellan priset och föremålet för upphandlingen såsom LOU föreskriver. Argumentationen i kammarrättsavgörandet utmynnade sedan i att jämförelsen skulle inriktas på ett förmodande huruvida anbudsgivaren har möjlighet att leverera till det angivna priset.[80]

Calveras m.fl. publicerade en artikel kring onormalt låga anbud 2004. Artikeln berörde bland annat anbudsgivares motiv bakom ett inlämnande av onormalt låga anbud. Calveras m.fl. anger att ett onormalt lågt anbud är ett anbud innehållande en prisnivå som inte täcker kostnaderna. Syftet med denna artikel var emellertid inte att definiera begreppet onormalt låga anbud

[75] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13.
[76] Falk s 406.
[77] Troels m.fl. s 495.
[78] Pedersen s 120.
[79] Arrowsmith s 532.
[80] Kammarrätten i Stockholm, mål nr 235-07.

så mycket som att påvisa olika risker och motiveringar bakom ett antagande av ett onormalt lågt anbud.[81]

Det bör avslutningsvis framhållas att begreppet onormalt lågt inte torde stanna vid det angivna priset i anbudet. Detta framgick av förstainstansrätten i Belfass-fallet[82]. Bakgrunden i fallet låg i att EU-rådets generalsekretariat behövde upphandla städtjänster till sina kontor i Bryssel.[83] Upphandlarna valde att använda tilldelningskriteriet det ekonomisk mest fördelaktiga.[84] Belfass anbud blev förkastat bland annat då deras anbud innehöll en beräkning med färre antal timmar än de andra inkomna anbuden.[85] Förstainstansrätten slog fast att regleringen kring onormal låga anbud inte stannar vid det angivna priset utan kan appliceras på andra aspekter, exempelvis ett onormalt lågt antal timmar.[86]

2.1.2 Identifieringsmöjligheter under tröskelvärdet

Den svenske lagstiftaren har valt att inte ytterligare definiera begreppet onormalt låga anbud i regleringen av upphandlingar under tröskelvärdet utan har valt att använda samma system som återfinns i det direktivstyrda området.[87]

Det är emellertid inte alla medlemstater som har valt denna utväg. I detta hänseende framträder Spanien och Storbritannien som ytterligheter. I Spanien återfinns regleringen kring onormalt låga anbud i artikel 151 i RLD 2011. De spanska upphandlingsreglerna ser huvudsakligen likadana ut oavsett om de överstiger tröskelvärdet eller inte. Den spanska lagstiftaren har delat upp definitionen av onormalt låga anbud i två delar. Uppdelningen är gjord efter vilket tilldelningskriterium som valts för upphandlingen. Har den upphandlande myndigheten valt det *lägsta priset* som utvärderingsgrund så blir även RD 2001 relevant. Artikel 85 i RD 2001 innehåller en uppräkning av olika prisnivåer vilka anger ett onormalt lågt anbud. Dessa prisnivåer fastställs genom en jämförelse med den upphandlande myndighetens budget alternativt med en jämförelse med de andra anbuden. Exempelvis så ska enligt RD 2001 artikel 85 punkt 3 de anbud vilkas prisnivå understiger det aritmetiska medelvärdet med mer än 10 % definieras som onormalt låga då det finns tre anbudsgivare. Skulle emellertid anbudet med den högsta prisnivån överstiga det aritmetiska medelvärdet med mer än 10 % ska det anbudet inte ingår i beräkningen.

---

[81] Calveras m.fl. s 42-43, 47.
[82] T-495/04 Belfass.
[83] T-495/04 Belfass punkt 13.
[84] T-495/04 Belfass punkt 14.
[85] T-495/04 Belfass punkt 20, 22.
[86] T-495/04 Belfass punkt 100.
[87] 15 kap. 17 § LOU, prop. 2006/07:128 s 438 där anges att det inte föreligger någon skillnad mellan begreppet onormalt lågt anbud och begreppet orimligt lågt anbud som återfinns i 1 kap. 23 § ÄLOU, regleringen i 1 kap. 23 § ÄLOU användes både ifråga om upphandlingar över tröskelvärdet som de under tröskelvärdet i enlighet med hänvisningen i 1 kap. 2 § 2 stycket ÄLOU.

Oavsett hur utfallet blir ska anbud vars prisnivå understiger den upphandlande myndighetens budget med mer än 25 % anses vara onormalt låga. Har den upphandlande myndigheten istället valt utvärderingsgrunden *det ekonomiskt mest fördelaktiga* så kan den upphandlande myndigheten fastställa vilka parametrar som kommer användas för att definiera onormalt låga anbud. Dessa parametrar ska framgå av förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten får även välja att ange en prisnivå i förfrågningsunderlaget. Skulle prisnivån eller någon av de andra parametrarna understigas så definieras anbudet som onormalt lågt.[88] Som motsats till detta komplexa system blir Storbritanniens icke-existerande identifieringsmetoder i deras lagstiftning belysande.[89]

2.1.3 Föreslagna identifieringsmetoder

2.1.3.1 Kommissionens förslag

Kommissionen publicerade den 27 januari 2011 en grönbok för att utreda behovet av att aktualisera upphandlingslagstiftningen i EU.[90] Gensvaret blev stort då det inkom 623 svar från olika intressenter däribland upphandlande myndigheter, medlemsstater samt diverse intresseorganisationer.[91]

Europaparlamentet insåg behovet av en förändring kring upphandlingsreglerna och beordrade Kommissionen att arbeta fram ett förslag för att förbättra den nuvarande regleringens tillkortakommande.[92] Resultatet blev ett förslag till ett helt nytt upphandlingsdirektiv. Kommissionen använder sig av två förfaranden i detta förslag för att avgöra vad som är ett onormalt lågt anbud. Det ena är identiskt med metoden i det nuvarande direktivet där jämförelsen mot föremålet för upphandlingen ska avgöra om något är onormalt lågt. Vidare använder Kommissionen även en metod där inkomna anbud jämförs sinsemellan för att lokalisera avvikande anbud. Denna relativa metod innehåller en detaljerad beräkningsmetod vilken fastställer om ett anbud är onormalt lågt då fem eller fler leverantörer lämnat anbud. Beräkningsmodellen anger att ett anbud är onormalt lågt om priset i anbudet är 50 % lägre än genomsnittspriset alternativt kostnaden samt om priset eller kostnaden är 20 % lägre än det näst lägsta anbudet.[93]

2.1.3.2 Ølykkes förslag

Ølykke har i sin doktorsavhandling från 2010 lagt fram ett förslag på en metod som skulle kunna användas för att urskilja vilka anbud som ska klassificeras som onormalt låga. Förslaget är hämtat från konkurrensrätten

[88] Graells "*Public Procurement below EU Thresholds in Spain*" s 259-260, artikel 151 i RLD 2011, artikel 85 i RD 2001 , Graells "*Award Criteria and Award-Related Challenges under Spanish Public Procurement Law*" s 25-26.
[89] Artikel 30 punkt 6-10 i PCR 2006.
[90] Kommissionens grönbok s 3.
[91] Rapport angående Kommissionens grönbok s 2.
[92] Europaparlamentets resolution punkt 2.
[93] Artikel 69 punkt 1 i Kommissionens förslag.

och är en metod som används för att konstatera huruvida en underprissättning föreligger eller inte. Denna metod utgörs av det så kallade AKZO-testet vilket är en formel där parametrarna utgörs av anbudsgivarens rörliga samt totala utgifter i förhållande till en lämnad prisnivå.[94]

2.2 Anbudsutvärderingen vid onormalt låga anbud

I upphandlingsprocessen kommer anbudsutvärderingen efter det att anbuden granskats för att undersöka om anbuden motsvarar de krav som specificerats i förfrågningsunderlaget. Här ska anbuden värderas utefter förfrågningsunderlagets uppställda tilldelningsgrund, vilken kan vara det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.[95]

Tilldelningsgrunden lägsta pris går ut på att det anbud som innehåller det lägsta priset och återstår efter leverantörskvalificeringen samt eventuella uteslutningar vinner upphandlingen. Skulle två olika leverantörer ange samma pris avgörs det genom lottning.[96] Har den upphandlande myndigheten däremot valt att tilldela avtalet i fråga efter principen om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet värderas anbudet med hjälp av de kriterier som ska återfinnas i förfrågningsunderlaget.[97] Dessa kriterier syftar till att låta andra faktorer än priset avgöra vilken leverantör som tilldelas kontraktet.[98]

Skulle den upphandlande myndigheten identifiera ett eller flera anbud som onormalt låga blir den aktuella regleringen tillämplig.[99] Regleringen omfattar onormalt låga anbud då tilldelningsgrunden lägsta pris samt det ekonomiskt mest fördelaktiga används[100]. En tanke bakom regleringen är att stoppa ett förhastat förkastande av anbud med grunden att de är onormalt låga. Ett onormalt lågt anbud kan exempelvis grunda sig i missförstånd hos anbudsgivaren och innebär oftast oacceptabla konsekvenser för den upphandlande myndigheten.[101] Riskerna som medföljer ett onormalt lågt anbud kan förmå den upphandlande myndigheten att förkasta detsamma.[102] Förkastande på grunden att ett anbud är onormalt lågt förekommer emellertid sällan. Förklaringen till detta kan enligt Pedersen sökas i den upphandlande myndighetens ekonomiska förutsättningar. Pedersen konstaterar även att ett antagande av dessa onormalt låga anbud kan skapa

[94] Ølykke s 264-265, för en utförligare redogörelse för AKZO-testet hänvisas till avsnitt 4.2.1 och uppsatsens bilaga.
[95] Pedersen s 117-118.
[96] Pedersen s 118-119, Arrowsmith s 500.
[97] Pedersen s 119.
[98] Kammarkollegiets vägledning s 6.
[99] 12 kap. 3 § LOU, artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.
[100] Osund konkurrens s 70, Arrowsmith s 536, Calveras m.fl. s 12.
[101] Fabricus & Offersen s 356, Werling s 72.
[102] Forsberg s 189.

både konkurrens- och leveransproblem vilket borde skada den upphandlande myndigheten i ett längre perspektiv.[103]

Regleringen kring onormalt låga anbud har ansetts utgöra en undantagsregel.[104] Detta då förkastandet utgör ett avsteg från huvudregeln vilken säger att det bästa anbudet i relation med valt tilldelningskriterium ska vinna upphandlingen.[105] Den svenska regleringen kring onormalt låga anbud återfinns i 12 kap. 3-4 § LOU och är hämtat ur artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.[106] Handlar det om en upphandling under tröskelvärdena återfinns regleringen i 15 kap. 17 § LOU.[107]

Det ska påpekas att det finns en viss skillnad i formuleringen mellan Upphandlingsdirektivet och LOU. Upphandlingsdirektivet tillåter att anbud vilka *verkar* vara onormalt låga förkastas, efter ett visst förfarande. LOU erbjuder emellertid inte denna möjlighet då det framgår ur paragrafen att det krävs ett *konstaterande* att anbudet är onormalt lågt innan anbudet förkastas.[108] Förarbetena är tysta på denna punkt utöver det generella konstaterandet att paragrafen motsvarar Upphandlingsdirektivets regler om onormalt låga anbud.[109]

2.2.1 EU-institutionernas upphandlingsregler

Skulle en EU-institution vilja genomföra en upphandling regleras inte detta av Upphandlingsdirektivet.[110] Reglerna kring EU´s budget finns i Budgetförordningen vilken enbart tar upp de övergripande principerna. Budgetförordningen kompletteras emellertid av Genomförandebestämmelserna.[111] Hur offentliga upphandlingar ska genomföras framgår av Budgetförordningens femte avdelning.[112] Det framgår att upphandlingsreglerna ska återspegla de upphandlingsregler som gäller för medlemstaterna.[113] Genomförandebestämmelserna klargör även att dessa upphandlingsregler är hämtade ifrån gamla upphandlingsdirektiv.[114]

Budgetförordningen behandlar inte reglerna kring onormalt låga anbud, de återfinns emellertid i Genomförandebestämmelserna. Förfarandet vid onormalt låga anbud är mycket likt det förfarande som gäller när Upphandlingsdirektivet är tillämpligt. Reglering skiljer sig dock från

[103] Pedersen s 121.
[104] Kammarrätten i Stockholm, mål nr 236-07.
[105] Osund konkurrens s 70.
[106] Rosén Andersson m.fl. s 480.
[107] 1 kap. 2 § 2 punkten LOU, 15 kap. 17 § LOU.
[108] Jfr artikel 55 i Upphandlingsdirektivet med 12 kap. 3 § LOU.
[109] Prop.2006/07:128 s 407.
[110] T-121/08 PC-Ware punkt 50.
[111] Punkt 1 och 2 i Genomförandebestämmelsernas ingress.
[112] Avdelning 5 i Budgetförordningens.
[113] Punkt 24 i Budgetförordningens ingress.
[114] Punkt 25 i Genomförandebestämmelsernas ingress.

Upphandlingsdirektivet då de föreskriver att det kontradiktoriska förfarandet ska fullföljas om förkastandet *enbart* kommer att bero på den onormalt låga nivån i anbudet.[115]

2.2.2 Kommissionens förslag om livscykelkostnad

Livscykelkostnad är ett begrepp som återfinns i Kommissionens förslag till ett nytt upphandlingsdirektiv. Enligt förslaget kommer den upphandlande myndigheten fortfarande ha valmöjligheten att tilldela upphandlingskontraktet efter grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga. Tilldelningsgrunden lägsta pris byts i förslaget ut mot tilldelningsgrunden den lägsta kostnaden. Den upphandlande myndigheten erbjuds två möjligheter för att beräkna den lägsta kostnaden, antingen genom priset eller genom en livscykelkostnadsutredning. Väljer den upphandlande myndigheten istället tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga så får ett av kriterierna vid denna utvärdering vara prisnivån eller livscykelkostnaden.[116]

Vid fastställandet av en livscykelkostnad ska samtliga faser i upphandlingsföremålet livscykel tas med i beräkningen. Detta innefattar även då upphandlingsföremålet utgörs av tjänster och byggentreprenader.[117] Hur beräkningen av livscykelkostnader ska ske framgår i förslagets artikel 69, där föreskrivs att följande aspekter ska ingår:

> ”*(a) Interna kostnader, inklusive kostnader för förvärv, t.ex. produktionskostnader, användning, t.ex. energiförbrukning och underhållskostnader samt kostnader för avyttring, t.ex. insamlings- och återvinningskostnader, och*
>
> *(b) externa miljökostnader som är direkt kopplade till livscykeln, under förutsättning att de kan ges ett penningvärde och kontrolleras. Sådana externa kostnader kan innefatta kostnader för utsläpp av växthusgaser och andra förorenande ämnen samt andra klimatanpassningskostnader.*”[118]

Skulle det ha upprättats ett unionsomfattande system för att beräkna en viss produkts livscykelkostnad så är den upphandlande myndigheten skyldig att följa detta system. Dessa system eller metoder för att beräkna livscykelkostnader kommer att återfinnas i en bilaga till direktivet. Denna bilaga kommer Kommissionen att kontinuerligt uppdatera.[119]

---

[115] Artikel 139 i Genomförandebestämmelserna.
[116] Artikel 66-67 i Kommissionens förslag.
[117] Kommissionens förslag s 10.
[118] Artikel 69 i Kommissionens förslag.
[119] Artikel 67 i Kommissionens förslag, skäl 39 i Kommissionens förslag, Kommissionens förslag s 10.

2.3 Onormalt låga anbud grundade i statligt stöd

Det kan som Ølykke framhållit finnas upphandlande myndigheter som lockas av ett lågt anbud från en anbudsgivare som erhållit ett statligt stöd från en annan medlemsstat. Detta skulle innebära att andra staters skattemedel används för att hålla den upphandlande myndighetens budget nere.[120] Det finns emellertid speciella regler för de fall då anbudsgivaren erhållit statliga stöd och lämnar onormalt låga anbud. Upphandlingsdirektivet föreskriver att om ett onormalt lågt anbud grundar sig i anbudsgivarens uppbärande av statliga stöd krävs det först att ett samråd genomförs mellan anbudsgivaren och den upphandlande myndigheten. Anbudsgivaren ska efter detta klargöra för den upphandlande myndigheten att de erhållna stöden är lagliga. Misslyckas anbudsgivaren med detta så *"får anbudet förkastas enbart av denna anledning"*[121].[122]

I Conisma-fallet[123] från EU-domstolen hade CoNISMa blivit utesluten från en upphandling i Italien. CoNISMa utgjordes av 24 universitet och 3 andra statliga inrättningar.[124] EU-domstolen berörde frågan kring onormalt låga anbud omgärdade av statliga stöd när de utredde Upphandlingsdirektivets skäl nummer 4. Detta skäl ålägger medlemstaterna att motverka negativa konkurrensrättsliga aspekter när en offentlig inrättning deltar i en offentlig upphandling. EU-domstolen lämnar frågan om den upphandlande myndighetens eventuella skyldighet att förkasta onormalt låga anbud vilka erhållit statliga stöd obesvarad.[125] Det markeras emellertid att enbart det förhållandet att en anbudsgivare erhållit statligt stöd vilket i sin tur resulterar i en möjlighet att lämna ett lägre anbud inte tvingar den upphandlande myndigheten att förkasta anbudet.[126] Vidare klargör EU-domstolen att upphandlingsregelverket bland annat syftar till att bredda konkurrensen så långt som möjligt.[127]

Den svenska lagstiftaren har i implementeringen av reglerna kring statliga stöd vid onormalt låga anbud frångått direktivstexten genom att tydligt formulera att förkastandet utgör en eventuell väg för den upphandlande myndigheten. Den svenska regleringen föreskriver att den upphandlande myndigheten får kräva förtydliganden från anbudsgivaren i fråga. Vidare så får anbudet förkastas om anbudsgivaren inte bevisat att anbudet är förenligt med EUF-fördraget.[128]

[120] Ølykke s 118.
[121] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.
[122] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.
[123] C-305/08 Conisma.
[124] C-305/08 Conisma punkt 16, 18.
[125] C-305/08 Conisma punkt 32-33.
[126] C-305/08 Conisma punkt 34, 40.
[127] C-305/08 Conisma punkt 37-38.
[128] 12 kap. 3 § LOU, prop. 2006/07:128 s 409.

Arrowsmith påpekar att det är faktumet att anbudsgivaren i fråga erhållit statligt stöd som blir relevant här. Det behöver exempelvis inte finnas någon risk att anbudet inte är tillförlitligt vilket Arrowsmith kräver för att den upphandlande myndigheten ska få förkasta ett onormalt lågt anbud i andra fall. Detta motiveras med att direktivet använder formuleringen ”*enbart av denna anledning*”[129]. Arrowsmith konstaterar att bevisbördan för att anbudsgivaren erhållit statligt stöd hamnar på den upphandlande myndigheten.[130] Det föreligger ingen skyldighet för den upphandlande myndigheten enligt Arrowsmith att förkasta onormalt låga anbud vilka grundas i statliga stöd. Att upphandlande myndigheter även gärna antar sådana anbud motiverar Arrowsmith med en ovilja att försena upphandlingar samt att anbudens villkor kan vara lukrativa.[131]

Graells drar slutsatsen att den upphandlande myndighetens undersökning huruvida det onormalt låga anbudet grundar sig i ett lagligt eller olagligt statligt bidrag inte får bli för omfattande. Bedömningen bör stanna vid om själva beviljandet var oförenligt med reglerna och inte pröva om ett lagligt beviljat statligt stöd använts på fel sätt. Graells konstaterar vidare att tanken med denna reglering är att skydda den upphandlande myndigheten från att illegala statliga stöd återbetalas med följden att anbudsgivaren inte längre kan leverera. Skulle ett återbetalande av det statliga stödet inte påverka anbudsgivaren så att risken för uteblivna leveranser höjs får den upphandlande myndigheten inte förkasta anbudet enbart på grunden att de erhållit ett illegalt statligt stöd enligt Graells.[132]

2.4 Avslutande kommentarer

En förhoppning med detta kapitel är att ge läsaren en stabil grund att stå på för att i efterföljande kapitel kunna fördjupa sig ytterligare i ämnet. Det första som kapitlet behandlade var definierings – och identifieringsfrågan. Det konstaterades att reglerna för upphandlingar under tröskelvärdet överensstämmer med reglerna som gäller över tröskelvärdet. Dessa regler klargör emellertid inte i tillfredställande utsträckning för hur ett onormalt lågt anbud ska identifieras. Likaså har domstolarnas argumentation lämnat mer att önska i denna del. Det har emellertid framkommit att den upphandlande myndigheten erhåller en viss frihet att använda sig av diverse metoder för att urskilja ett onormalt lågt anbud från övriga anbud. Även existensen av ett visst skönsmässigt utrymme hos den upphandlande myndigheten vid identifieringsmomentet har visats. Tillsammans med dessa konstateranden presenterades olika alternativ för att identifiera onormalt låga anbud.

[129] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.
[130] Arrowsmith s 534-536, 538.
[131] Arrowsmith s 539.
[132] Graells ”*Public Procurement and the EU Competition Rules*” s 327-329.

Vidare klargjordes att enskilt låga delar av ett anbud kan leda till att hela anbudet behandlas som onormalt lågt. Det visades även att regleringen inte stannar vid att enbart omfatta en låg prisnivå.

Definitionsavsnittet avslutas sedan med en presentation av två förslag varav det ena återfinns i Kommissionens direktivförslag. Därefter presenterades begreppet onormalt låga anbud i förhållande till anbudsutvärderingsfasen. Vidare redogjordes för den omständigheten då det onormalt låga anbudet grundats i statliga stöd.

Det klargjordes även i detta kapitel hur det förhåller sig när EU-institutioner upphandlar med hjälp av Budgetförordningen samt Genomförandebestämmelserna. Här återfinns även en presentation av begreppet livscykelkostnad vilken ingår i Kommissionens framlagda direktivförslag.

3 Den upphandlande myndighetens perspektiv

3.1 Det kontradiktoriska förfarandet

Upphandlingsdirektivet tvingar den upphandlande myndigheten att genomföra en viss procedur innan ett onormalt lågt anbud får förkastas. Den upphandlande myndigheten måste först skapa sig en uppfattning om vilka anbud, om några, som ska definieras som onormalt låga. Anbudsgivaren ska därefter få möjligheten att förtydliga och rättfärdiga sitt anbud för den upphandlande myndigheten innan beslutet att förkasta anbudet får fattas. Anbudsgivaren ska skriftligen meddelas att deras anbud behöver förtydligas på de punkter som den upphandlande myndigheten anser vara suspekta. Förtydligandena kring de onormalt låga anbuden ska sedan kontrolleras tillsammans med anbudsgivaren.[133]

EESK ansåg i sitt yttrande kring förslaget till det nuvarande Upphandlingsdirektivet att vissa förtydligande skulle införas i direktivstexten. I yttrandet framhöll de att ett klargörande behövdes införas i texten om den upphandlande myndighetens plikt att undersöka de anbud som ter sig onormalt låga i jämförelse med de andra anbuden. Likaså ansåg EESK att det borde framgå att ett onormalt lågt anbud vilket inte förklarats i tillräcklig utsträckning måste förkastas.[134] Dessa synpunkter återfinns även i ett av de framlagda förslagen till direktivstexten som nu gäller för offentliga upphandlingar. En tydlig formulering vilket kräver ett förkastande av onormalt låga anbud återfinns emellertid inte i Upphandlingsdirektivet.[135] Det framgår däremot av Upphandlingsdirektivet samt LOU att ett förkastande av ett onormalt lågt anbud vid upphandlingar över tröskelvärdet ska föregås av ett kontradiktoriskt förfarande.[136]

Vikten av att detta kontradiktoriska förfarande genomförs innan ett anbud förkastas har markerats av EU-domstolen i Transporoute-fallet[137]. Avgörandet kom 1982 efter att en upphandlande myndighet i Luxemburg hade förkastat det belgiska bolaget Transporoutes anbud, vilket var det lägsta anbudet, bland annat då anbudet var onormalt lågt.[138] Den upphandlande myndigheten hade beslutat att förkasta anbudet innan

[133] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.
[134] EESK´s förslag s 10.
[135] Hebly s 1356.
[136] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet, 12 kap. 3 § LOU.
[137] C- 76/81 Transporoute.
[138] C- 76/81 Transporoute punkt 2-3, vid detta avgörande var direktiv 71/305/EEC regelverket som skulle tillämpas, en skillnad mellan reglerna kring onormalt låga anbud i detta direktiv och Upphandlingsdirektivetet är att det då krävdes att anbudet skulle vara *uppenbart* onormalt lågt. Slutsatserna från avgörandet är emellertid inte beroende av denna skillnad.

Transporoute hade fått möjlighet att rättfärdiga den låga nivån i anbudet. EU-domstolen klargjorde att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att hämta in förklaringar från anbudsgivare innan deras anbud förkastas på grunden att det är onormalt lågt. Detta resonemang avslutades med konstaterandet att bedömningen huruvida förklaringen är acceptabel eller ej ligger hos den upphandlande myndigheten. Trots detta kvarstår plikten att genomföra det kontradiktoriska undersökningsförfarandet oavsett om myndigheten anser att anbudets låga nivå inte går att rättfärdiga. EU-domstolen klargjorde även att avsikten med regeln är att skydda anbudsgivare från upphandlande myndigheters skönsmässiga beteende. Detta skydd ansågs ligga i det kontradiktoriska förfarandet.[139]

Även fallet Lombardini & Mantovani[140] bekräftades betydelsen av att fullfölja det kontradiktoriska förfarandet före ett förkastande. Det klargjordes att den upphandlande myndigheten ska göra en granskning av de erhållna klarläggandena från anbudsgivarna för att till sist förkasta eller behålla anbuden. Förfarandets syfte är att utreda om de suspekta anbuden är *seriösa* eller inte.[141] Generaladvokaten använde ett annat uttryck, han menade att förfarandets syfte var att rensa bort anbud med en otillräcklig kreditvärdighet.[142] Vidare klargjorde domstolen att det var acceptabelt att efterfråga förtydliganden kring eventuella onormala låga anbud i förväg exempelvis i förfrågningsunderlaget.[143] Det markerades i avgörandet att huvudsyftet med Upphandlingsdirektivet är att stoppa särbehandling av anbudsgivare och att stärka konkurrensen.[144]

I Renco-fallet[145] skulle EU-rådets generalsekretariat upphandla underhållningsarbeten till EU-rådets lokaler. Anbudet från det italienska bolaget Renco SpA förkastades bland annat på grunden att det var onormalt lågt.[146] Upphandlingen avsåg ett femårigt ramavtal och den upphandlande myndigheten hade valt tilldelningskriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga. Ramavtalet avsåg tre olika delar innehållande olika krav på leverantören.[147] Förstainstansrätten förtydligade att det inte föreligger någon plikt att undersöka samtliga prisnivåer i ett anbud. Undersökningsplikten aktiveras emellertid när anbuden misstänkliggörs efter en helhetsbedömning. Den upphandlande myndigheten ska då undersöka *tillförlitligheten och allvaret* i dessa suspekta anbud. Det kan i dessa situationer bli relevant att undersöka de olika avsnitten i de suspekta anbuden. Sökanden ansåg att den upphandlande myndigheten hade gått för långt när de hade krävt förtydligande till 319 produkter i upphandlingen.

[139] C- 76/81 Transporoute punkt 16-18.
[140] Lombardini & Mantovani.
[141] Lombardini & Mantovani punkt 55.
[142] Generaladvokaten i Lombardini & Mantovani punkt 3 i den engelska versionen. I den svenska versionen används formuleringen ”anbud som inte är tillräckligt rimliga”.
[143] Lombardini & Mantovani punkt 66.
[144] Lombardini & Mantovani punkt 35 jfr med punkt 2 i ingressen till Upphandlingsdirektivet.
[145] T-4/01 Renco.
[146] T-4/01 Renco punkt 7, 20-21.
[147] T-4/01 Renco punkt 64.

Förstainstansrätten klargjorde att så inte var fallet. Att bedriva en så stor undersökningsprocess var alltså acceptabelt.[148] Det ska här klarläggas att Renco-fallet avgjordes då regelverket för EU-organens upphandlingar hänvisade till regelverket för upphandlingar i medlemsstaterna det vill säga det då gällande upphandlingsdirektvet.[149]

I Costanzo-fallet[150] hade Milanos kommun begärt in anbud för att bygga en fotbollsarena. Bolaget Fratelli Costanzo SpA´s anbud hade förkastats med motiveringen att det var onormalt lågt.[151] Milano kommun hade använt sig av en matematisk formel för att identifiera onormalt låga anbud och sedan summariskt förkastat dessa. Detta system motiverades med att processen gick snabbare. Det argumenterades även för att detta system gav anbudsgivarna ett fullskaligt skydd från upphandlande myndigheters eventuella godtyckliga beteende. EU-domstolen accepterade inte detta agerande och förbjöd ett automatiskt förkastande av anbud innan anbudsgivarna erbjudits en chans att rättfärdiga sina angivna anbudsnivåer. Det kontradiktoriska förfarandet var enligt EU-domstolen viktigare. EU-domstolen påpekade att anbudsgivarna måste få visa på *seriositeten* i anbuden vilka blivit misstänkliggjorda.[152] EU-domstolen förde en argumentation rörande syftet med regleringen kring onormalt låga anbud och klargjorde att det kontradiktoriska förfarandet existerar ”*för att göra det möjligt för de anbudsgivare som har lämnat in särskilt låga anbud att visa att dessa anbud är seriösa och för att på detta sätt säkerställa tillträdet till offentliga upphandlingskontrakt*”[153] Vidare klargjordes att ett automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud inte gagnar en effektiv konkurrens vilket upphandlingsreglerna syftar till.[154] EU-domstolen klargjorde även vad regleringen kring onormalt låga anbud innebär för den upphandlande myndigheten när de konstaterade att regelverket ”*förskriver att den upphandlande myndigheten i detalj skall gå igenom anbud som uppenbart ligger onormalt lågt och för detta ändamål kräva att anbudsgivaren avger nödvändiga förklaringar.*”[155]

Att den upphandlande myndigheten handlar fel då de förkastar onormalt låga anbud innan en undersökning har skett bekräftas även i Belfass-fallet. Förstainstansrätten klargjorde i Belfass-fallet att de onormalt låga anbudens samtliga avsnitt ska kontrolleras. Detta innebär att anbudsgivare ska få möjligheten att förklara varje suspekt del i ett onormalt lågt anbud. Den upphandlande myndigheten måste således tydligt klargöra för den aktuella

[148] T-4/01 Renco punkt 75-78.
[149] T-4/01 Renco punkt 2, 3, 6, regelverket som blev tillämpligt var det direktiv 93/37/EEG, skillnaden mellan detta direktiv och Upphandlingsdirektivet avseende onormalt låga anbud är liten och obetydlig i denna framställning. För att få en djupare redogörelse kring skillnaderna mellan direktiven hänvisas till Ølykke s 170-171.
[150] C-103/88 Costanzo.
[151] C-103/88 Costanzo punkt 8, 10-11.
[152] C-103/88 Costanzo punkt 17-19.
[153] C-103/88 Costanzo punkt 20.
[154] C-103/88 Costanzo punkt 18.
[155] C-103/88 Costanzo punkt 16.

anbudsgivaren vilka aspekter i anbudet som anses vara onormalt låga.[156] För svensk del har kammarrätten i Sundsvall markerat i ett avgörande från 2011 att LOU´s reglering kring onormalt låga anbud förbjuder ett automatiskt förkastande av onormalt låga anbud.[157] I Costanzo-fallet ställde den nationella domstolen frågan huruvida det var förenligt med upphandlingsreglerna att utvidga plikten att undersöka uppenbart onormalt låga anbud. Den nationella domstolen ville veta om en upphandlande myndighet kunde åläggas att undersöka anbud vilka enbart ger ett intryck av att vara onormalt låga. Detta förfarande stred inte mot upphandlingsreglerna enligt EU-domstolen. Det påpekades att alla anbud vilka den upphandlande myndigheten avser att förkasta på grunden att det är onormal lågt ska föregås av en undersökning.[158] EU-domstolen slog även fast att samtliga upphandlande myndigheter har en plikt att åsidosätta nationell lag då denna lag strider mot ett direktiv vilket innehar direkt effekt.[159]

Bakgrunden i avgörandet TQ3-fallet[160] handlade om att Kommissionen enligt sökanden hade handlat fel när en undersökning angående det vinnande anbudets onormalt låga nivå inte hade genomförts.[161] Upphandlingsföremålet var resebyråtjänster riktat till EU:s olika avdelningar.[162] Den vinnande anbudsgivaren hade implementerat ett rabattdelningssystem i sitt anbud. Systemet gick ut på att Kommissionen och anbudsgivaren skulle dela på de eventuella rabatter som anbudsgivaren kunde erhålla på biljetter.[163] Möjligheten för anbudsgivaren att få en ytterligare inkomst genom detta rabattdelningssystem indikerade enligt förstainstansrätten att anbudet var *tillförlitligt och seriöst*.[164] Kommissionen ansåg därmed inte att det vinnande anbudet var onormalt lågt och att det därmed inte behövde undersökas.[165] Förstainstansrätten konstaterade ”*att den upphandlande myndigheten har skyldighet att ge anbudsgivaren möjlighet att förtydliga, eller till och med rättfärdiga, sitt anbud, innan den förkastar detsamma, om den anser att ett anbud är onormalt lågt. Skyldigheten att kontrollera huruvida ett anbud är seriöst uppkommer först då det föreligger tvivel avseende anbudets tillförlitlighet*”[166]. Resonemanget resulterade i konstaterandet att skyldigheten att undersöka onormalt låga anbud uppstår om den upphandlande myndigheten avser att förkasta anbudet. Denna avsikt kunde bara infinna sig om den upphandlande myndigheten uppfattat anbudet som onormalt lågt.[167]

---

[156] T-495/04 Belfass punkt 97-98.
[157] Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1777–1779-11.
[158] C-103/88 Costanzo punkt 25-27, vid detta avgörande var direktiv 71/305/EEC regelverket som skulle tillämpas, en skillnad mellan reglerna kring onormalt låga anbud i detta direktiv och det nu gällande Upphandlingsdirektivet är att det då krävdes att anbudet skulle vara *uppenbart* onormalt lågt.
[159] C-103/88 Costanzo punkt 31.
[160] T-148/04 TQ3.
[161] T-148/04 TQ3 punkt 28.
[162] T-148/04 TQ3 punkt 9.
[163] T-148/04 TQ3 punkt 45.
[164] T-148/04 TQ3 punkt 70-71.
[165] T-148/04 TQ3 punkt 39.
[166] T-148/04 TQ3 punkt 49.
[167] T-148/04 TQ3 punkt 49-50.

Hållbart, trovärdigt och seriöst är benämningar som användes i SECAP-fallet[168] när EU-domstolen preciserade vad den upphandlande myndigheten skulle leta efter i de förtydliganden som föranletts av ett onormalt lågt anbud.[169] Tvisten grundades i en italiensk lagstiftning vilken tvingade upphandlande myndigheter att under vissa förutsättningar automatiskt utesluta onormalt låga anbud.[170] Avgörandet handlade om en upphandling vars värde föll under tröskelvärdet.[171] EU-domstolen klargjorde att om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse så ska EU´s grundläggande regler appliceras på upphandlingen.[172] EU-domstolen öppnade för användandet av ett undantag där ett automatiskt uteslutningssystem för onormalt låga anbud skulle kunna accepteras, även i situationer där det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse. Detta automatiska system kunde accepteras med förutsättningen att belastningen på den upphandlande myndigheten skulle bli för stor till följd av ett högt antal kontradiktoriska förfaranden orsakat av en stor mängd onormalt låga anbud. En annan aspekt som kunde sanktionera ett automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud var att upphandlingen skulle försenas och därmed riskeras att inte bli genomförd. Förseningen skulle då även hänföras till den stora mängd onormalt låga anbud som inkommit vilka därmed krävde ett kontradiktoriskt förfarande innan de kunde förkastas. Den italienska regleringen vilken föreskrev att onormalt låga anbud automaktiskt skulle förkastas då det fanns fem eller flera godtagbara anbud ansågs emellertid inte vara en sådan stor mängd anbud. Avsteg från det kontradiktoriska förfarandet kunde därmed tillåtas i viss utsträckning ansåg EU-domstolen, i andra fall skulle förfarandet även genomföras i upphandlingar under tröskelvärdet vid ett gränsöverskridande intresse.[173] Det ska här klargöras att EU-domstolen klargjorde att detta undantag från det kontradiktoriska förfarandet inte får användas på upphandlingar över tröskelvärdet efter år 1992.[174] Generaladvokaten redogjorde i sitt yttrande till målet att EU´s grundläggande regler inte innefattar ett krav på kontradiktoriska förfaranden innan ett förkastande av onormalt låga anbud.[175] Att upphandlingar av gemenskapsintresse under tröskelvärdet inkluderar ett krav på kontradiktoriska förfarande innan ett förkastande av onormalt låga anbud härledde generaladvokaten istället till EU´s konkurrensrättsliga principer. Denna slutsats byggde generaladvokaten på risken för att nationella karteller utan detta krav ges möjlighet att stänga marknader genom att lägga likartade anbud, vilket kan medföra att andra anbud enligt diverse matematiska formler anses vara onormalt låga och följaktligen automatiskt utesluts.[176] Generaladvokaten ansåg därmed att EU-domstolen skulle totalförbjuda detta automatiska förkastande.[177] EU-domstolen nämnde inte de

[168] SECAP.
[169] SECAP punkt 23-24, 26, 29.
[170] SECAP punkt 23.
[171] SECAP punkt 9.
[172] SECAP punkt 20.
[173] SECAP punkt 32-33, 35.
[174] C-304/96 Hera punkt 14-16.
[175] Generaladvokaten i SECAP punkt 31.
[176] Generaladvokaten i SECAP punkt 46-48.
[177] Generaladvokaten i SECAP punkt 57.

konkurrensrättsliga principerna som direkt grund för sitt avgörande. Det konstaterades istället att ett automatiskt förkastande omintetgör den upphandlande myndighetens möjligheter att erhålla det bästa anbudet och även kan eventuellt stå i strid med de grundläggande reglerna i EU.[178] Likväl nöjde sig inte EU-domstolen med att bara konstatera den italienska lagstiftningens avvikelse gentemot Upphandlingsdirektivet, utan gick emot generaladvokatens uppfattning när de öppnade för användandet av automatiska uteslutningssystem enligt ovan.[179]

SAG-fallet[180] initierades av tolkningsfrågor från Slovakien. Upphandlingen som föranlett tvisten handlade om vägbyggnationer samt uppförandet av vägtullar. Två anbud hade blivit förkastade bland annat därför att anbuden ansågs vara onormalt låga. Anbudsgivarnas förtydliganden hade inte heller ansetts vara tillfredsställande.[181] EU-domstolen konstaterade vid sin argumentation kring uteslutande på grund av anbuds onormalt låga nivå att ”*Det framgår tydligt av dessa bestämmelser, vilka har getts en tvingande karaktär, att unionslagstiftaren har velat kräva av den upphandlande myndigheten att den ska undersöka innehållet i anbud som är onormalt låga genom att för detta ändamål ålägga myndigheten en skyldighet att kräva att anbudssökanden ska lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att dessa anbud är allvarligt menade*”[182]. Vidare förtydligade EU-domstolen att Upphandlingsdirektivets regler kring onormalt låga anbud förbjuder ett ställningstagande hos upphandlande myndigheter med innebörden att det inte åligger den upphandlande myndigheten att efterfråga klarlägganden relaterade till onormalt låga anbud. Detta förtydligande måste läsas i rätt kontext för att inte få fel betydelse. Förtydligandet avsåg frågan om det är acceptabelt att begränsa den upphandlande myndighetens möjligheter att undersöka ett suspekt anbud.[183] EU-domstolen påpekade även att intentionen med det kontradiktoriska förfarandet inte enbart syftar till att skydda anbudsgivare från upphandlande myndigheters gottfinnande. Kravet på ett kontradiktoriskt förfarande finns också för att stärka konkurrensen mellan aktörerna på marknaden.[184]

I förarbetena till LOU markeras att en upphandlande myndighet inte bör kräva in mer långtgående förklaringar till onormalt låga anbud än nödvändigt och erinrar om reglerna som skyddar företagshemligheter.[185] Upphandlingsdirektivet föreskriver att anbudsgivaren och den upphandlande myndigheten tillsammans i samråd ska granska de klargöranden som föranletts av det onormalt låga anbudet. Detta har den svenska lagstiftaren tolkat som en yttranderätt vilket lett till att den svenska regleringen i 12 kap.

[178] SECAP punkt 29, med grundläggande principer menar EU-domstolen etableringsfriheten, friheten att tillhandahålla tjänster och den allmänna icke-diskrimineringsprincipen.
[179] SECAP punkt 35.
[180] C-599/10 SAG.
[181] C-599/10 SAG punkt 7-8,11, 14.
[182] C-599/10 SAG punkt 28.
[183] C-599/10 SAG punkt 14, 34.
[184] C-599/10 SAG punkt 29.
[185] Prop. 2006/07:128 s 408-409.

3 § LOU innehåller en rätt för anbudsgivaren att yttra sig över grunderna till att dennes anbud förkastas.[186] Det framgår vidare av förarbetena till LOU att syftet bakom regleringen kring onormalt låga anbud ligger i att skydda anbudsgivare undan godtyckliga uteslutandebeslut från upphandlande myndigheter med motiveringen att anbudet var lågt.[187]

I kammarrättsavgörandet där Rambölls 25 kronors anbud hade blivit förkastat dömde först länsrätten till den upphandlande myndighetens fördel medans kammarrätten gick i motsatt riktning. Fokus för kammarrätten blev bland annat det faktum att den upphandlande myndigheten inte hade fullföljt det kontradiktoriska förfarandet innan de förkastade det onormalt låga anbudet. Den upphandlande myndigheten hade brustit i sitt agerande när de beslutade sig för att förkasta anbudet innan Ramböll hann yttra sig över skälen till förkastandebeslutet. Ramböll hade yttrat sig men det skedde först efter att den upphandlande myndigheten valt att förkasta anbudet samt på Rambölls eget initiativ. Därmed kunde kammarrätten konstatera att den upphandlande myndigheten inte på ett korrekt sätt genomfört det kontradiktoriska förfarandet. Länsrätten hade i sitt avgörande även poängterat att förkastandet på grunden att anbudet var onormalt lågt är en rätt som tillfaller den upphandlande myndigheten tillsammans med friheten att bedöma värdet av anbudsgivarens förtydligande. Detta argument bemötte kammarrätten emellertid inte.[188]

Konkurrensverket redogjorde i sitt yttrande[189] till förvaltningsrätten i Göteborg att syftet bakom möjligheten för den upphandlande myndigheten att utesluta onormalt låga anbud är att förhindra situationer där den upphandlande myndigheten tvingas att ingå oseriösa avtal. De kontradiktoriska förfaranderegelerna som återfinns i direktivet är enligt Konkurrensverket skapade för att stävja ett arbiträrt agerande från den upphandlande myndigheten, för att skydda anbudsgivaren.[190] Konkurrensverket tolkar EU-domstolens praxis så att det enbart finns en skyldighet för upphandlande myndigheter att vidta det kontradiktoriska förfarandet vid en avsikt att förkasta ett onormalt lågt anbud.[191] Skulle de begärda förklaringarna skapa nya oklarheter så får den upphandlande myndigheten enligt Konkurrensverkets tolkning begära ytterligare klargöranden.[192]

I motsats till Konkurrensverkets uttalande så har Kommissionen konstaterat att upphandlingsreglernas syfte är att skapa en ”*öppen och effektiv konkurrens*”[193]. I vart fall på marknader där konkurrensen är hämmad. Kommissionen har även påpekat att konkurrensrättsliga överträdelser inte är

[186] Prop. 2006/07:128 s 409, 12 kap. 3 § LOU.
[187] Prop. 2006/07:128 s 407.
[188] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09, länsrätten i Värmlands län, mål nr 481-09.
[189] Konkurrensverkets yttrande.
[190] Konkurrensverkets yttrande punkt 11.
[191] Konkurrensverkets yttrande punkt 19, 78.
[192] Osund konkurrens s 84.
[193] Kommissionens grönbok s 31.

ovanliga i offentliga upphandlingar.[194] Konstaterandet att upphandlingsreglerna även syftar till att skydda konkurrensen i medlemsstaterna bestyrks även av Stadt Halle-fallet[195]. EU-domstolen uttryckte där att de centrala syftena med upphandlingsreglerna är ”*fri rörlighet för tjänster och att området öppnas uppför icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater*.”[196]

3.1.1 Skillnader på förfarandet då värdet understiger tröskelvärdet

Regleringen angående onormalt låga anbud under tröskelvärdet överensstämmer i stora delar med regleringen i 12 kap 3 § LOU.[197] Den upphandlande myndigheten ges även här en fakultativ möjlighet att förkasta onormalt låga anbud. Regleringen vid upphandlingar under tröskelvärdet skiljer sig emellertid från regleringen gällande upphandlingar över tröskelvärdet i det att anbudsgivaren i den förra situationen inte har någon uttrycklig yttranderätt kring skälen till ett eventuellt beslut att förkasta anbudet.[198]

3.1.2 Kommissionens förslag

Som ovan nämnt har Kommissionen lagt fram ett direktivförslag vilket eventuellt kommer att ersätta det nu gällande Upphandlingsdirektivet.[199] Förslaget föreskriver att då ett anbud definierats som onormalt lågt enligt den föreslagna relativa beräkningsmodellen måste den upphandlande myndigheten kräva en förklaring till det låga priset. Skulle anbudet uppfattas som onormalt lågt på grund av någon annan omständighet åläggs den upphandlande myndigheten en skyldighet att även här undersöka anbudet. Det förefaller även att det finns en plikt att identifiera vilka anbud som eventuellt är onormalt låga. Kravet på att granska förklaringarna i samråd med anbudsgivaren finns kvar för den upphandlande myndigheten. Det markeras att ett förkastande inte får ske om anbudsgivaren lyckats rättfärdiga sitt låga anbud. Vidare klargörs att den upphandlande myndigheten måste förkasta anbudet om den låga nivån grundar sig i överträdelser av vissa bestämmelser. Anbudens låga nivå får därmed inte hänföras till ett försummande av miljölagstiftning, arbetsrättliga och socialrättsliga åligganden föreskrivna av EU. Det ska även enligt förslaget bli obligatoriskt att förkasta anbud när anbudens låga nivå beror på ett åsidosättande av en rad specifika internationella bestämmelser hänförliga till miljöområdet eller det sociala området. När det kommer till förkastande av onormalt låga anbud vilka grundats i ett statligt stöd är förslagets

[194] Kommissionens grönbok s 31-33.
[195] C-26/03Stadt Halle.
[196] C-26/03Stadt Halle punkt 44.
[197] Rosén Andersson m.fl. s 558, Pedersen s 121.
[198] 15 kap. 17 § LOU.
[199] Se avsnitt 2.1.3.1.

formulering i huvudsak identisk med den i Upphandlingsdirektivet. Förslaget klargör att det statliga stödet ska vara förenligt med artikel 107 i fördraget vilken föreskriver vilka statliga stöd som är förenliga med EU-rätten.[200]

3.2 Bevisbördans placering

Lydelsen i Upphandlingsdirektivet visar inte var bevisbördan ska placeras då ett anbud har förkastats på grunden att det varit onormalt lågt.[201] Att det åligger den upphandlande myndigheten att ge anbudsgivarna en möjlighet att bevisa alternativt förklara seriositeten, tillförlitligheten, trovärdigheten, hållbarheten och allvaret i deras onormalt låga anbud bekräftas i fallen Lombardini & Mantovani[202], Costanzo[203], Renco[204], SECAP[205] och SAG[206].[207] I motsats till ovan nämnda konstateranden användes en annorlunda formulering i TQ3-fallet och PC-Ware-fallet där det klargjordes att det åvilar den upphandlande myndigheten att granska kvalitén hos de aktuella anbuden innan de förkastas, granskningen ska då ske genom det kontradiktoriska förfarandet.[208] Detta kan eventuellt tolkas som att denna bevisbörda ligger på den upphandlande myndigheten. Det ska poängteras att EU-domstolen har markerat att en anbudsgivare inte behöver göra vinst i en upphandling vilket således innebär att bevisning kring detta inte krävs.[209]

Kammarrätten i Stockholm behandlade frågan kring bevisbördans placering i ett avgörande[210] från 2007 där de konstaterade att ”*Det är den upphandlande enheten som har att visa att anbudsgivaren inte på ett tillfredsställande sätt kunnat förklara sitt låga anbud*”[211]. Detta argument grundade kammarrätten från syftet med regleringen som ligger i att skydda anbudsgivare från den upphandlande myndighetens eventuella skönsmässiga bedömningar. Kammarätten kom även fram till att den upphandlande myndigheten ”*har i målet inte kunnat visa att anbudet inte är seriöst*”[212]. Kammarrätten i Göteborg drog liknande slutsatser i fallet[213] där Rambölls var sökande och underkände förkastandet av ett onormalt lågt anbud. I detta avgörande framgick att ”*Kommunerna har å sin sida inte*

[200] Artikel 69 i Kommissionens förslag, skäl 42 i Kommissionens förslag, artikel 107 i EUF, Falk s 489.
[201] Jfr artikel 55 i Upphandlingsdirektivet, regleringen ser annorlunda ut då anbudsgivare erhållit statliga stöd vilket redogörs för i avsnitt 2.3.
[202] Lombardini & Mantovani.
[203] C-103/88 Costanzo.
[204] T-4/01 Renco.
[205] SECAP.
[206] C-599/10 SAG.
[207] Lombardini & Mantovani punkt 55, C-103/88 Costanzo punkt 18, T-4/01 Renco punkt 77, SECAP punkt 24, C-599/10 SAG punkt 28, 32.
[208] T-148/04 TQ3 punkt 49, T-121/08 PC-Ware punkt 72.
[209] SECAP punkt 26.
[210] Kammarrätten i Stockholm, mål nr 235-07.
[211] Kammarrätten i Stockholm, mål nr 235-07.
[212] Kammarrätten i Stockholm, mål nr 235-07.
[213] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09.

visat att Ramböll saknat förmåga att leverera till det i anbudet offererade priset."[214]. I ett annat avgörande fastställde förvaltningsrätten i Stockholm att regleringen om onormalt låga anbud syftar till att skydda anbudsgivare mot skönsmässiga bedömningar från den upphandlande myndigheten samt till att rädda den upphandlande myndigheten från tvånget att anta ett anbud som anbudsgivaren sannolikt inte kommer fullfölja.[215]

Konkurrensverket konstaterar i sitt yttrande till förvaltningsrätten i Göteborg att det inte går att tolka var bevisbördan kring anbudens seriositet ska placeras utifrån EU-domstolens praxis. Vidare förespråkar Konkurrensverket en delad bevisbörda vilken delas upp på den parten med störst förutsättningar för att säkra bevisen för det specifika rättsfaktumet.[216] Kammarrättsavgörandena vilka behandlats i stycket ovan pekar på att bevisbördan för anbudens seriositet ska ligga på den upphandlande myndigheten. Konkurrensverket förespråkar ståndpunkten att denna bevisbörda bör åligga anbudsgivaren vilket därmed står i kontrast med dessa kammarrättsavgöranden[217]. För att underbygga sin ståndpunkt har Konkurrensverket bemött avgörandet från kammarrätten i Göteborg med konstaterandet att kammarrätten inte fört fram några argument som kan stödja tesen att bevisbördan för seriositeten i ett anbud bör åligga den upphandlande myndigheten.[218] Konkurrensverket anser vidare att avgörandet[219] från kammarrätten i Stockholm är feldömt i den meningen att kammarrätten missbedömt syftet bakom regleringen kring onormalt låga anbud.[220] Rosén Andersson m.fl. verkar vara av en annan åsikt då de inte har dragit denna slutsats utan tolkar istället detta avgörande som att beviskravet för den upphandlande myndigheten är högt ställda. Detta då det enligt deras mening åligger den upphandlande myndigheten att visa på anbudsgivarens oförmåga att kunna leverera innan anbudet förkastas på grunden att det är onormalt lågt.[221] Konkurrensverket har konstaterat att skyddet för den upphandlande myndigheten mot att behöva anta oseriösa anbud undermineras om bevisbördan för ett onormalt lågt anbuds seriositet läggs på den upphandlande myndigheten. Konkurrensverket anser därmed att bevisbördan för seriositeten i ett onormalt anbud bör ligga på anbudsgivaren. Denna ståndpunkt motiveras alltså med att syftet bakom regleringen kring onormalt låga anbud annars blir svårt att uppnå. Konkurrensverket hävdar i linje med detta att syftet bakom regleringen kring onormalt låga anbud, som finns för att rädda den upphandlande myndigheten från att behöva ingå oseriösa avtal, indikerar att bevisbördan ska ligga hos anbudsgivaren.[222] Arrowsmith menar i likhet med Konkurrensverket att tanken bakom regleringen kring onormalt låga anbud syftar till att skydda den upphandlande myndigheter från att tvingas anta

[214] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09 .
[215] Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 21748-10.
[216] Konkurrensverkets yttrande punkt 42, 47.
[217] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09, kammarrätten i Stockholm, mål nr 235-07.
[218] Konkurrensverkets yttrandepunkt 54.
[219] Kammarrätten i Stockholm, mål nr 235-07.
[220] Konkurrensverkets yttrande punkt 53.
[221] Rosén Andersson m.fl. s 482.
[222] Konkurrensverkets yttrande punkt 60.

anbud från leverantörer som inte kommer att fullgöra sina åtaganden.[223] Falk skriver i motsats till Konkurrensverket att det åligger den upphandlande myndigheten att bevisa anbudsgivarens oförmåga att leverera till det angivna priset.[224] Konkurrensverket anser vidare att bevisbördan ska ligga hos den upphandlande myndigheten när det gäller bedömningen kring prisets onormala nivå.[225] Den upphandlande myndigheten bör även enligt Konkurrensverket ha bevisbördan för att anbudsgivaren erbjudits möjligheter att klargöra sitt onormalt låga anbud.[226]

I ett fall från 2013 ändrade kammarrätten i Göteborg[227] domen från förvaltningsrättens ärende vilket föranledde Konkurrensverket att lämna sitt yttrande. Förvaltningsrätten hade ansett att bevisbördan för att anbuden var onormalt låga och därmed kunde förkastas skulle ligga hos den upphandlande myndigheten. Förvaltningsrätten hade argumenterat för att det inte hade funnits tillräckliga skäl för att förkasta de aktuella anbuden.[228] Att anbudsgivarna bär en viss bevisbörda klargjordes emellertid när den upphandlande myndigheten enligt kammarrättens bedömning använt sig av giltigt metod för att sortera ut suspekta anbud. Det låg sedan i anbudsgivarnas händer att visa på seriositeten i dessa suspekta anbud. Kammarrätten markerade att i enlighet med Konkurrensverkets uppfattning så har den upphandlande myndigheten ett stort skönsmässigt utrymme då kvalitén på förklaringarna till de misstänkta anbuden bedöms. En konsekvens av detta blir enligt kammarrätten att ribban för kvalitén på förklaringarna får sättas högt.[229]

Kammarrätten i Stockholm har i ett avgörande från 2012 klargjort att det åligger den upphandlande myndigheten att anbudsgivarens förklaring uppfattats korrekt. Den aktuella tvisten handlade om att den upphandlande myndigheten hade omräknat priset i ett anbud. Det aktuella anbudet ansågs vara onormalt lågt vilket föranledde den upphandlande myndigheten att begära in en förklaring. Den upphandlande myndigheten missuppfattade svaret vilket resulterade i att den upphandlande myndigheten räknade om anbudet vilket i sin tur resulterade i att en annan anbudsgivare vann upphandlingen. Kammarrätten fann att det var den upphandlande myndigheten som skulle bevisa att sin tolkning av förklaringen överensstämde med lydelsen i förklaringen.[230]

[223] Arrowsmith s 536-538.
[224] Falk s 405.
[225] Osund konkurrens s 66.
[226] Konkurrensverkets yttrande punkt 59.
[227] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13.
[228] Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 13295-12E, 13381-12E, 13385-12E, 13429-12.
[229] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13.
[230] Kammarrätten i Stockholm, mål 8976-12.

3.3 Förkastandebeslutet

EU-domstolen har markerat att det är den upphandlande myndighetens uppgift att bedöma anbudsgivarnas förklaringar föranledda av deras onormalt låga anbud. Denna bedömning ska utmynna i ett beslut huruvida anbuden ska förkastas eller få behålla sin plats i upphandlingen.[231]

Det kan finnas ett antal olika anledningar för en upphandlande myndighet att vilja förkasta ett onormalt lågt anbud. Exempelvis kan rädslan att kvalitén ska avspegla den låga nivå som återfinns i prisnivån nämnas.[232] Calveras m.fl. har i sin artikel belyst vissa frågor kring inlämnandet av onormalt låga anbud tillsammans med konkursrättsliga aspekter. Det framhålls även i artikeln att ett inlämnande av ett onormalt lågt anbud kan dölja en intention hos anbudsgivaren att vid ett senare tillfälle under upphandlingskontraktets löptid kräva en omförhandling av villkoren. Detta krav skulle då ställas vid en tidpunkt när alternativet att göra om upphandlingen skulle innebära oacceptabelt höga kostnader för den upphandlande myndigheten. Den konkursrättsliga aspekten som författarna belyste i artikeln var en eventuell överlevnadsstrategi där en ekonomiskt instabil anbudsgivare skulle lämna ett onormalt lågt anbud i hopp om att denna inkomst skulle rädda bolaget. Resonemanget bygger på existensen av bolagsformer med ett begränsat ansvar för ägaren om bolaget försätts i konkurs. Slutsatsen som författarna drog av detta var att en anbudsgivare med god ekonomi har mer att förlora än en anbudsgivare med en dålig ekonomi. Skulle inkomsten från upphandlingskontraktet inte räcka så drabbas inte en ägare till anbudsgivaren med dålig ekonomi lika hårt som den med en god ekonomi. Leder förlusten hos en anbudsgivare med dålig ekonomi till en konkurs så kan ägaren undvika denna förlust med hjälp av sitt begränsade ansvar. Denna möjlighet har inte en ägare till anbudsgivaren med en god ekonomi, de får helt enkelt betala. Resultatet blir således att en anbudsgivare med en dålig ekonomi mer lättvindigt kan lämna onormalt låga anbud.[233]

Rapporten från Kommissionens generaldirektorat behandlade frågan kring den upphandlande myndighetens eventuella skyldighet att förkasta onormalt låga anbud. Generaldirektoratet konstaterar att det då gällande upphandlingsdirektivet[234] ger den upphandlande myndigheten friheten att avgöra huruvida den vill anta ett misstänkt lågt anbud. Detta eftersom reglerna kring onormalt låga anbud enligt generaldirektoratet bara ska tillämpas om den upphandlande myndigheten har för avsikt att förkasta anbudet.[235]

[231] C- 76/81 Transporoute punkt 17, Lombardini & Mantovani punkt 55.
[232] Forsberg s 189.
[233] Calveras m.fl. s 42-43.
[234] Direktiv 93/37/EEG av den 14 juni 1993.
[235] Cauwelaert s 12.

Den svenska regleringen stämmer i stora delar överens med Upphandlingsdirektivet frånsett vissa språkliga förändringar.[236] Den svenska regleringen har emellertid en annorlunda formulering vilken föreskriver att ”*en upphandlande myndighet* ***får*** *[min fetmarkering] förkasta ett anbud*”[237]. Direktivstexten talar enbart om vad om krävs av en upphandlande myndighet innan anbudet förkastas. Det framgår därmed inte av Upphandlingsdirektivets lydelse att förkastandet skulle vara fakultativt för den upphandlande myndigheten såsom den svenska implementeringen indikerar.[238]

Konkurrensverkets ställningstagande i frågan huruvida det är en fakultativ möjlighet för den upphandlande myndigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud går helt i linje med LOU. Detta framgår ur Konkurrensverkets yttrande till förvaltningsrätten i Göteborg. I yttrandet klargörs att den upphandlande myndigheten inte bryter mot upphandlingsreglerna då ett onormalt lågt anbud inte förkastas och därigenom vinner upphandlingen.[239] Den upphandlande myndigheten har således inte heller någon skyldighet att direkt motverka osund konkurrens, skyldigheten stannar enligt Konkurrensverket vid att inte aktivt bidra till detta.[240] För de fall den upphandlande myndigheten skulle vilja förkasta ett onormalt lågt anbud har Konkurrensverket markerat att detta först få ske efter att anbudsgivaren inte lyckats lämna en acceptabel förklaring till det låga anbudet.[241]

Falk, Konkurrensverket samt Troels m.fl. är samstämmiga i ståndpunkten att den upphandlande myndigheten inte har någon möjlighet att förkasta ett anbud på grunden att det är onormalt lågt när en anbudsgivare lämnat en adekvat förklaring.[242] Trepte har tolkat bestämmelsen om onormalt låga anbud så att den är fakultativ för den upphandlande myndigheten. Han anser att förfarandet innan ett förkastande inte behöver genomföras om intentionerna inte är att förkasta anbudet.[243] Även Arrowsmith anser att förkastandet av onormalt låga anbud är en frivillig åtgärd som den upphandlande myndigheten kan applicera på onormalt låga anbud. Det ska emellertid poängteras att Arrowsmith tolkar bestämmelsen som ett skydd för den upphandlande myndigheten mot uteblivna leveranser. Denna tolkning leder Arrowsmith till konstaterandet att den upphandlande myndighetens möjlighet att förkasta ett onormalt lågt anbud kvarstår fram tills risknivån för uteblivna leveranser blir acceptabel. I linje med detta resonemang så hävdar Arrowsmith att den upphandlande myndigheten inte kan förkasta ett onormalt lågt anbud vilket inte innebär en risk för uteblivna leveranser.[244]

[236] Prop. 2006/07:128 s 407.
[237] 12 kap. 3 § 1 stycket LOU.
[238] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.
[239] Konkurrensverkets yttrande punkt 21.
[240] Konkurrensverkets yttrande punkt 19, 30, 78.
[241] Osund strategisk anbudsgivning s 29-30.
[242] Falk s 405, osund strategisk anbudsgivning s 29-30, Troels m.fl. s 496.
[243] Trepte s 474-475.
[244] Arrowsmith s 534-536.

Frågan huruvida ett onormalt anbud måste förkastas diskuteras även av Graells. Han konstaterar att det inte framgår direkt ur direktivet att det finns en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud. Graells argumenterar vidare för att det inte desto mindre finns en skyldighet för den upphandlande myndigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud under vissa förhållanden. Skulle det aktuella anbudet inte anses som genuint och efter en granskning av de begärda förklaringarna visa sig bära på en risk för uteblivna leveranser, lagbrott eller bara en ekonomisk obalans åligger det enligt Graells, den upphandlande myndigheten att förkasta anbudet. Graells fortsätter resonemanget med att det kan bli ett vågspel för den upphandlande myndigheten där förkastandeskyldigheten torde försvinna när anbudsgivaren kan erbjuda något som gör antagandet värt risken med ett onormalt lågt anbud. Denna avvägning kan däremot inte accepteras i de fall där det onormalt låga anbudet grundas i lagbrott klargör Graells.[245]

Sundstrand har påpekat att den upphandlande myndigheten kan anta ett onormalt anbud om den vill, även efter att en bristfällig förklaring inkommit från anbudsgivaren.[246] Vidare tolkar Sundstrand EU-domstolens praxis så att ett automatiskt förkastande av onormal låga anbud skulle stå i strid mot det konkurrensfrämjande syfte som Upphandlingsdirektivet innehåller.[247]

Avslutningsvis ska brittisk praxis ges ett visst utrymme i detta kapitel då frågan om vilka skyldigheter som åligger den upphandlande myndigheten har behandlats i brittisk praxis vilken har hänvisat till unionspraxis. Dessa avgöranden blir även relevanta att undersöka då Storbritanniens reglering i dessa avseende i princip är identisk med Upphandlingsdirektivet.[248]

Det argumenterades kring Upphandlingsdirektivets lydelse och vilka skyldigheter en upphandlande myndighet har i ett ärende rörande ett interimistiskt föreläggande i Storbritannien. Den upphandlande myndigheten ansågs ha ett ansvar att genomföra en undersökning gentemot anbudsgivaren vilken lämnat det låga anbudet. Detta ansvar sträckte sig emellertid längre och riktades enligt rätten inte enbart till den anbudsgivare som lämnat det suspekta anbudet utan även mot de andra anbudsgivarna. Det fanns alltså ett ansvar för konkurrensen på marknaden. Rätten fann stöd för detta resonemang i Upphandlingsdirektivets målsättning och förstainstansrättens uttalande i Renco-fallet.[249]

Även i ett senare brittiskt ärende angående ett interimistiskt föreläggande konstaterade rätten att det existerar en skyldighet för den upphandlande myndigheten att undersöka suspekta anbud. Rätten ansåg att det inte fanns

[245] Graels ”*Public Procurement and the EU Competition Rules*” s 325-326.
[246] Sundstrand ”*Offentlig upphanling - en introduktion*” s 194-195.
[247] Sundstrand ”*Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt*” s 274.
[248] Artikel 30 punkt 6-10 i PCR 2006.
[249] Morrison v Norwich punkt 17.

några tvivel angående denna skyldighets existens vilket motiverades av domstolarnas uttalande i fallen Costanzo, Renco, SAG och SECAP.[250]

Rätten gick i motsatt riktning i ett avgörande initierat av en förlorande anbudsgivare i Storbritannien.[251] Det konstaterades att EU-domstolens uttalande i Lombardini & mantovani-fallet och förstainstansrätten i Renco-fallet inte kunde tolkas som att det existerade en skyldighet att kontrollera onormalt låga anbud. Detta då avgörandena inte ämnade till att besvara frågan huruvida det föreligger en generell plikt att undersöka onormalt låga anbud. Denna slutsats baserades på det förhållande att den upphandlande myndigheten i båda avgörandena hade haft för avsikt att förkasta de aktuella anbuden. Rätten ansåg till följd av detta samt med stöd av förstainstansrättens resonemang i TQ3-fallet att undersökningsplikten inte var allmänt gällande utan uppkom i samband med en intention att förkasta anbudet.[252]

3.4 Avslutande kommentarer

Detta kapitel har utrett aspekter vilka främst är av vikt för den upphandlande myndigheten. Kapitlet startade med att behandla det kontradiktoriska förfarandet och här presenterades det bland annat flera avgöranden på unionsnivå vilka klargjorde vissa frågor. Som exempel visade Transporoute-fallet att det kontradiktoriska förfarandet måste genomföras innan ett anbud förkastas som onormalt lågt. En stor del av detta kapitel har ägnats åt att visa vad den upphandlande myndigheten ska leta efter i en förklaring av anbudens låga nivå.

I kapitlet återkommer även olika uttalanden om vilka ändamål som regleringen kring onormalt låga anbud ska uppfylla. Dessa är bärande för stor del av uppsatsens analys, framförallt är det syftet rörande det konkurrensrättsliga området som avses.

I detta kapitel behandlas även hur bevisbördan verkar har förflyttats i enlighet med Konkurrensverkets ståndpunkt.

Avslutningsvis har en undersökning kring den upphandlande myndighetens förkastande givits utrymme. Avsnittets huvudsakliga innehåll behandlar frågan huruvida den upphandlande myndigheten måste förkasta ett onormalt lågt anbud eller inte.

I nästa kapitel förflyttas fokus från den upphandlande myndigheten till anbudsgivaren vars anbud kan komma att identifieras som onormalt lågt.

[250] Amey punkt 1, 20-21.
[251] Varney punkt 2.
[252] Varney punkt 155.

4 Anbudsgivarens perspektiv

4.1 Vinna med ett onormalt lågt anbud

Anbud som klarat sig fram till anbudsutvärderingen är med och tävlar om upphandlingskontraktet med sina lämnade värden, antingen enbart med sin prisnivå eller med flera olika parametrar i enlighet med valt tilldelningskriterium.[253] Detta innebär att ett lågt anbud ofta är detsamma som ett vinnande anbud. En logisk konsekvens av detta blir att vissa anbudsgivare väljer att lämna ett onormalt lågt anbud. Ett sådant agerande medför också en risk att den upphandlande myndigheten kommer att förkasta anbudet på denna grund. För att minimera denna risk blir det viktigt att som anbudsgivare ha en viss kunskap om det kontradiktoriska förfarandet då ett onormalt lågt anbud kan försvaras med rätt förklaring.[254] I enlighet med detta blir det relevant att beröra vilka förklaringsmodeller som kan anses vara godtagbara. Situationen då en anbudsgivare visar sig vara marknadsdominerande är även något som blir av betydelse för detta avsnitt. Likaså kommer möjligheten till korssubventioneringar att beröras för att visa på en förutsättning hos vissa anbudsgivare att kunna lämna onormalt låga anbud.

4.1.1 Nollbud

Uppsatsen har fram tills nu förutsatt att anbuden vilka utredningen lagt sin fokus på faktiskt inneburit att anbudsgivarna angivet en prisnivå i anbuden, om än en låg sådan. Det kan däremot inträffa att anbudsgivare väljer att lämna ett anbud där priset är satt till noll kronor, ett så kallat nollbud. Med nollbud avses även sådana anbud där anbudsgivaren erbjuder någon form av ersättning för att få utföra tjänsten. Innebörden blir då att den upphandlande myndigheten förutom att tillse behovet som föranlett upphandlingen även erhåller någon form av ersättning. Detta agerande innebär inte att anbudsgivaren inte förväntar sig någon form av vinst vilket kan förutsättas då alla bolag kräver vissa intäkter för att klara sig.[255] EU-domstolen har emellertid konstaterat att det är anbudsgivarens sak att avgöra hur sin vinstmarginal ska justeras i en upphandling.[256] Det finns inga direkta regler i EU-rätten kring dessa nollbud. Det framgår emellertid av doktrinen att reglerna kring onormalt låga anbud bör omfatta dessa situationer.[257]

---

[253] Se avsnitt 2.2.
[254] Ølykke s112, 182.
[255] Rosén Andersson m.fl. s 481, osund strategisk anbudsgivning s 30, Sundstrand ”*Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt*” s 276.
[256] SECAP punkt 26.
[257] Sundstrand ”*Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt*” s 276, även det faktum att kammarrätten i Sundsvall(mål nr 2767-2768-09) och förvaltningsrätten i Stockholm(mål nr 21748) förutsatte utan något direkt resonemang att

Det blir här viktigt att peka på skillnaden mellan gåvor och inköp. Det framgår av 2 kap. 13 § LOU att en offentlig upphandling utgörs av en avsikt från den upphandlande myndighetens sida att tilldela ett kontrakt. Vad som utgör ett kontrakt klargörs i 2 kap. 10 § LOU. Där definieras ett kontrakt som ett skriftligt avtal innehållande ekonomiska villkor.[258] Rosén Andersson m.fl. har tolkat detta såsom att ett kontrakt måste innehålla någon form av vederlag för den nyttighet som den upphandlande myndigheten erhåller för att kunna definieras som ett kontrakt i enlighet med LOU. Gåvor anses därmed inte omfattas av upphandlingsreglerna.[259] Denna tolkning är hämtad från ett avgörande från kammarrätten i Stockholm där rätten markerade att en offentlig upphandling förutsätter ett oneröst fång. Kammarrätten klargjorde även att avtalens onerösa eller benefika natur ska fastställas efter en helhetsbedömning.[260] NOU har vidare klargjort att en gåva från en aktör på marknaden vilken har öronmärkts för inköp av denna aktörs varor eller tjänster inte innebär att detta inköp inte ska styras av LOU. Hur den upphandlande myndigheten har erhållit sina medel för att kunna genomföra en upphandling blir således ovidkommande.[261]

I ett svenskt avgörande från kammarrätten i Sundsvall hade den upphandlande myndigheten fått in två väldigt låga anbud i en upphandling rörande HVB-hem för vuxna och ungdomar. Vissa delar var helt kostnadsfria för den upphandlande myndigheten det vill säga nollbud. Den upphandlande myndigheten hade uteslutit dessa två anbud då de inte uppfyllde skall-kraven när de angivit noll kronor för vissa tjänster och därmed inte kunde jämföras med de andra anbuden, vilket var ett krav. Kammarrätten konstaterade att LOU´s konkurrensfrämjande syfte inte ska hindra kostnadsfria anbud och ansåg därmed att även noll kronor utgjorde en giltig prisnivå.[262]

Fallet från förvaltningsrätten i Stockholm där det bland annat konstaterades att upphandlingsreglernas syfte är att rädda den upphandlande myndigheten från att tvingas in i avtal vilka troligtvis inte kommer att bestå, blir även här relevant. Bakgrunden till tvisten låg i en upphandling kring diverse flyttjänster i form av ett ramavtal. Anbudsgivaren hade i olika delar av anbudet angett en prisnivå på noll kronor. Prisnivån motiverades med ett antagande hos anbudsgivaren att dessa gratistjänster skulle uppvägas av avtalet i helhet. Anbudsgivaren förutsatte således att upphandlingens totala intäkt skulle täcka dessa nollbud. Den upphandlande myndigheten förkastade anbudet som onormalt lågt då denna förklaring inte kunde godtas. Domstolen fann att den upphandlande myndigheten hade förfarigt korrekt.[263]

---

nollbuden i avgörandena skulle inordnas under regleringen kring onormalt låga anbud styrker detta ställningstagande.

[258] 2 kap. 13 § LOU, 2 kap. 10 § LOU

[259] Rosén Andersson m.fl. s 129.

[260] Kammarrätten i Stockholm, mål nr 797-06.

[261] NOU´s rapport s 9, 12-13.

[262] Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2767-2768-09.

[263] Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 21748.

4.1.2 Godtagbara förklaringar

Vikten av att anbudsgivarens förklaringar till ett suspekt anbud innehåller en hög kvalitetsnivå framgår i 2013 års avgörande från kammarrätten i Göteborg[264]. Den upphandlande myndigheten hade i detta avgörande valt att definiera anbud innehållande en prisnivå under 300 kr per timme som onormalt låga. Förklaringarna till anbuden som hamnade under denna gräns hade inte varit tillfredställande. Anbudsgivarnas onormalt låga anbud hade således förkastats när den låga nivån inte kunde motiveras.[265] Betydelsen av en bra förklaring framgår även av upphandlingen vilken det tvistades om i förvaltningsrätten i avsnittet ovan. Upphandlingen vanns av en anbudsgivare vars totalpris varit lägre än det som förkastats som onormalt lågt. Detta anbuds prisnivå hade rättfärdigats med en bra förklaring vilket inneburit att anbudet inte förkastats och därmed kunde vinna upphandlingen.[266]

Inlämnandet av ett onormalt lågt anbud kan motiveras på flera sätt. Upphandlingsdirektivet innehåller följande lista med förklaringar:

”*a)* *ekonomiska kalkyler avseende sättet att tillhandahålla tjänsterna, sättet att tillverka varorna och byggmetoderna,*

b) *valda tekniska lösningar och/eller ovanligt gynnsamma förhållanden som anbudsgivaren kan räkna med för att utföra byggentreprenaden, leverera varorna eller tillhandahålla tjänsterna,*

c) *originaliteten i anbudsgivarens förslag med avseende på byggentreprenader, varor och tjänster,*

d) *överensstämmelse med de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsförhållanden som är i kraft på den ort där tillhandahållandet skall ske,*

e) *möjligheten för anbudsgivaren att få statligt stöd.*”[267]

Dessa förklaringar bör anses som acceptabla då ett onormalt lågt anbud påträffats av den upphandlande myndigheten.[268] Förklaringarna är exemplifierande och inte på något sätt uttömmande. EU-domstolen har emellertid även konstaterat att listan inte enbart ska uppfattas som

[264] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13.
[265] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13.
[266] Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 21748.
[267] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.
[268] Artikel 55 i Upphandlingsdirektivet.

indikativ.[269] Den svenska lagstiftaren har valt att ta med dessa exempel i 12 kap. 3 § LOU med vissa språkliga förändringar.[270]

När det kommer till upphandlingar under tröskelvärdet så återfinns inte denna lista i lagrummet.[271] Det ska emellertid inte göras någon åtskillnad i den upphandlande myndighetens bemötande av förklaringarna när det rör sig om upphandlingar under tröskelvärdet enligt förarbetena till LOU.[272]

Arrowsmith har konstaterat att förklaringsmöjlighetens införande i regelverket motiverades främst med att anbud inlämnade av anbudsgivare från andra länder än den upphandlande myndighetens inte skulle missgynnas. Den upphandlande myndigheten bör enligt Arrowsmith acceptera att ett onormalt lågt anbud möjliggjorts av ekonomiska fördelar som anbudsgivaren erhållit i hemlandet exempelvis genom en lägre lönenivå.[273] Det ska här påminnas om Arrowsmiths inställning. Hon anser att om risken för uteblivna leveranser når en acceptabel nivå så får den upphandlande myndigheten inte förkasta det aktuella anbudet.[274]

Ett onormalt lågt anbud kan även grunda sig i ett ekonomiskt skadebegränsande drag hos ett bolag med fasta kostnader, vilka således delvis kan täckas. Vidare finns det motiv som sträcker sig längre än direkt ekonomisk behållning såsom utbildningsvärdet, värdet av att skaffa sig referensuppdrag eller viljan att få insyn i en viss offentlig verksamhet. Dessa motiv är enligt Konkurrensverket att se som godtagbara och bör inte föranleda ett förkastande.[275] Gertéll har påpekat att en anbudsgivare även kan ha i åtanke att introducera sig på en ny marknad och då lämna in misstänkt låga anbud. Den upphandlande myndigheten kan därmed inte enligt Gertéll förkasta detta anbud om det visar sig att anbudsgivaren klarar av att leverera till det angivna priset.[276] Detta beteende är enligt EU-domstolen helt i sin ordning.[277] Konkurrensverket anser emellertid att den upphandlande myndigheten inte är tvungen att godkänna denna förklaring, om inte anbudsgivaren kan styrka detta påstående med exempelvis bevis på anbudsgivarens ekonomiska styrka.[278] Falk har pekat på omständigheten att anbudsgivaren kan befinna sig i konkurs vilket då skulle rättfärdiga en låg anbudsnivå.[279] Förutom dessa exempel så kan en godtagbar förklaring helt enkelt grunda sig i att strukturen hos ett bolag tillåter en lägre anbudsnivå.[280] Konkurrensverket har även nämnt omständigheten att anbudsgivaren

[269] Falk s 404, C-599/10 SAG punkt 30.
[270] Prop. 2006/07:128 s 407, artikel 55 i Upphandlingsdirektivet, 12 kap. 3 § LOU.
[271] 15 kap. 17 § LOU.
[272] Prop. 2006/07:128 s 438.
[273] Arrowsmith s 532.
[274] Se avsnitt 3.3.
[275] Osund strategiskt anbudsgivning s 27-29.
[276] Gertéll s 141.
[277] SECAP punkt 26.
[278] Osund konkurrens s 72.
[279] Falk s 406.
[280] SECAP punkt 26.

bedriver någon form av stordrift vilket resulterat i ett lägre pris.[281] I TQ3-fallet hade en kostnadsposts låga nivå accepterats av Kommissionen. Anbudet ansågs vara tillförligt då det kunde motiveras.[282] Anbudsgivaren hade förklarat den låga prisnivå med ”*lösningar som ansågs vara optimala för att tillhandahålla tjänsterna i syfte att minska kostnaderna, men också innovativa informationstekniska lösningar. Vidare kunde kommissionen, genom den uttömmande beskrivningen av de tekniska och logistiska resurserna i WT:s anbud, säkerställa att de tillämpade infrastrukturerna och de utvecklade hjälpmedlen var inriktade på produktivitet och minskning av kostnaderna samtidigt som tjänstens effektivitet garanterades*.”[283]

Konkurrensverket konstaterar att ett anbud inte bör förkastas enbart då det framgår att anbudsgivaren valt att lägga ett lågt pris på olika delar av upphandlingen. Detta ska anses utgöra ett sedvanligt strategiskt handlande då dessa delar enligt anbudsgivarens planering inte kommer att avropas så ofta.[284] Konkurrensverkets åsikt stöds av kammarrätten i Göteborg som ansett att anbudsgivaren ska få lämna strategiska anbud grundade i erfarenheter kring hur frekvent de olika delarna i en upphandling utnyttjas i praktiken. I detta avgörande förklarade anbudsgivaren sin låga nivå med att de förutsatte en viss lägre användning av vissa aspekter i upphandlingen. Detta ledde i sin tur till att deras beräkning över kostnaderna kring upphandlingsföremålet blev lägre.[285]

EU-domstolen har klargjort att den upphandlande myndigheten inte får begränsa vilka förklaringar som anbudsgivarna ska få lämna. Detta för att inte hämma möjligheten för anbudsgivaren att rättfärdiga sitt suspekta anbud. För att anbudsgivaren ska få en ärlig chans att förklara sitt låga anbud så åligger det den upphandlande myndigheten att på ett tillräckligt tydligt sätt begära in förklaringarna. Det ankommer sedan på den nationella domstolen att vid en eventuell tvist bedöma om begäran varit tillräckligt tydlig.[286]

Det framgår av 2013 års fall från kammarrätten i Göteborg samt av förstainstansrätten i Renco-fallet att den upphandlande myndigheten kan bortse från förklaringar vilka enbart på ett övergripande sätt berör den låga nivån i anbuden. Hur detaljerad en förklaring behöver vara framgår däremot inte.[287] Det ska tilläggas att den upphandlande myndigheten i kammarrättsavgörandet hade dåliga erfarenheter kring debiteringarna från de aktuella anbudsgivarna vilket stärkte misstankarna hos de aktuella anbuden.[288] I den första prövningen av ärendet hade förvaltningsrätten dömt i anbudsgivarnas riktning och ansåg att prisnivån inte skulle anses vara suspekt bland annat då anbudsgivarna hade vunnit tidigare upphandlingar

[281] Osund konkurrens s 71.
[282] T-148/04 TQ3 punkt 69.
[283] T-148/04 TQ3 punkt 65.
[284] Osund strategisk konkurrens s 31.
[285] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09.
[286] C-599/10 SAG punkt 30-32
[287] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13, T-4/01 Renco punkt 77.
[288] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13.

med liknande priser. Anbudsgivarna hade i dessa tidigare upphandlingar inte avstått från avrop vilket enligt förvaltningsrätten antydde att risken för uteblivna leveranser var liten.[289] Kammarrätten fäste inte lika stor vikt vid denna aspekt då den upphandlande myndigheten hade visat att de avrop vilka anbudsgivarna påstod sig ha utfört inte hade skett i enlighet med det då gällande avtalet. Anbudsgivarna hade vid dessa avrop erhållit tilläggsersättningar vilka gick utanför avtalets ramar. Detta innebar i sin tur att anbuden inte kunde anses vara seriösa eller trovärdiga.[290]

Länsrätten i Stockholm berörde den upphandlande myndighetens bedömning av en förklaring i en tvist från 2009. En anbudsgivare hade offererat att utföra vissa tjänster för en krona per timme. Anbudsgivaren förklarade sig med att de redan hade byggt upp en organisation i dessa delar och att det rådde en viss överkapacitet i dessa områden. Denna förklaring ansågs vara acceptabel enligt den upphandlande myndigheten och länsrätten.[291]

Betydelsen att visa på möjligheten att kunna leverera till det misstänkt låga priset belyses i ett avgörande från kammarrätten i Stockholm. Anbudsgivaren i fallet hade enligt den upphandlande myndigheten lämnat för odetaljerade förklaringar rörande det aktuella anbudets låga nivå. Kammarrätten konstaterade emellertid att förklaringarna var tillfredställande samt att det föreföll föga troligt att anbudsgivaren inte skulle leverera till de offererade priserna.[292]

Att enbart fokusera på en förklaring som syftar till att stilla den upphandlande myndighetens oro angående utebliva leveranser har emellertid visat sig vara olyckligt. I ett avgörande från förvaltningsrätten i Stockholm stödde den upphandlande myndigheten sitt beslut att förkasta anbudet på att förklaringarna inte var tillräkligt utförliga. Anbudsgivaren hade angett att upphandlingen som helhet beräknades generera vinst. Denna förklaring kompletterades med ett påstående om en stor leveranssäkerhet i tidigare affärer. Detta räckte inte för att förhindra ett förkastande.[293] Det bör här påminnas om att en anbudsgivare inte enligt EU-domstolen måste göra vinst i en upphandling.[294]

Sundstrand menar att då en anbudsgivare lyckats visa att den innehar en ekonomisk kapacitet att leverera i enlighet med avtalet så försvinner den upphandlande myndighetens möjlighet att förkasta anbudet på grunden att det är onormalt lågt. Kan anbudsgivaren klargöra att anbudet är gynnsamt ur ett affärsmässigt perspektiv kan inte anbudet förkastas enligt Sundstrand.[295]

[289] Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 13295-12E, 13381-12E, 13385-12E, 13429-12.
[290] Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13.
[291] Länsrätten i Stockholms län, mål nr 8485-09.
[292] Kammarrätten i Stockholm, mål nr 236-07.
[293] Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 21748-10.
[294] SECAP punkt 26.
[295] Sundstrand ”*Offentlig upphandling - en introduktion*” s 195.

4.2 Dominerande ställning

I avsnittet ovan framgår det att ett onormalt lågt anbud går att förklara på olika sätt. Exempelvis så kan ett onormalt lågt anbud motiveras med en intention att introducera sig på en ny marknad. Följande avsnitt kommer att beröra risken i ett agerande av en aktör som visar sig vara dominerande på den aktuella marknaden. Detta innebär att uppsatsen i viss mån skiftar fokus från det upphandlingsrättsliga området till det konkurrensrättsliga. Framförallt så är det fokusen på anbudsutvärderingsfasen som ersätts av en riskbeskrivning. Kapitlet som avser att belysa aspekter ur anbudsgivarens perspektiv medför att det då främst blir riskerna hos anbudsgivaren som ges utrymme. Det ska här påpekas att ett missbruk av dominerande ställning är en så kallad ex post reglering vilket innebär att missbruket måste ha inträffat för att regleringen ska bli aktuell. Utredningsansvaret huruvida det föreligger ett missbruk eller inte ligger enligt KL hos Konkurrensverket.[296]. Det finns alltså en eventuell risk för retroaktiva konsekvenser för anbudsgivaren vid lämnande av ett onormalt lågt anbud. Det har emellertid påpekats av Gertéll att den upphandlande myndigheten ska beakta dessa konkurrensrättsliga faktorer direkt vid upphandlingen och förkasta ett onormalt lågt anbud då förfarandet strider mot konkurrenslagstiftningen.[297]

Anbudsgivare vilka avser att lämna ett anbud som kan komma att misstänkas som onormalt lågt har således även andra regler än LOU och Upphandlingsdirektivet att ta hänsyn till. Skulle en anbudsgivare lägga ett onormalt lågt anbud och samtidigt inneha en dominerande ställning kan det röra sig om missbruk av dominerande ställning.[298] Relevant lagrum vid dessa situationer är 2 kap. 7 § KL. Lagrummet är skapat efter artikel 102 i EUF. Skillnaden mellan dessa lagrum är att EUF´s regler blir tillämpliga när det så kallade samhandelskriteriet är uppfyllt och KL ska användas på situationer vilka enbart berör Sverige.[299] Det framgår av dessa lagrum att det krävs en dominerande ställning samt ett missbruk av densamma.[300] Relevant för dominerande anbudsgivare i dessa situationer blir att undvika en så kallad underprissättning. Detta förfarande är att se som ett missbruk av dominerande ställning då det har en utestängande effekt.[301] Det ska påpekas att det inte är ett konkurrensbegränsande resultat som ska visas för att missbruk ska anses föreligga utan det är själva beteendet i sig som inte får vara konkurrensbegränsande.[302]

[296] 3 kap. KL, 5 kap. KL.
[297] Gertell s 141.
[298] Falk s 404.
[299] Bernitz s 71, 156-157.
[300] Se 2 kap. 7 § KL, Prop.2007/08:135 s 73.
[301] Wetter m.fl. s 594, Bernitz s 167.
[302] MD 2011:14.

4.2.1 Underprissättning

Skillnaden mellan låga anbud grundade i en prispressad marknad och låga anbud baserade på en strategisk underprissättning kan vara svåra att upptäcka för konkurrensorganen i de olika medlemsstaterna. Till detta hör att det råder delade meningar inom doktrinen på området om hur ofta en underprissättning faktiskt förekommer.[303]

Underprissättningsstrategier går ut på att en dominerande aktör sänker sina priser i syfte att stänga ute konkurrenter från den aktuella marknaden. När detta syfte uppfyllts så höjs prisnivån för att kompensera de kostnaderna som underprissättningen inneburit. Underprissättning kan likställas med det engelska begreppet predatory pricing. Wetter m.fl. har noterat hur mycket bättre begreppet predatory pricing motsvarar det aktuella fenomenet jämfört med det svenska underprissättningsbegreppet. Denna notering stöds på slutsatsen att missbruket inte enbart utgörs av en erbjuden prisnivå som inte täcker kostnaderna hos företaget utan avser situationer när ”*prissättningen skadar lika effektiva (faktiska eller potentiella) konkurrenter till men för konkurrensen på marknaden.*”[304].[305] Att förfarandet kan skada konkurrenter som är lika effektiva som den dominerade aktören ska däremot inte ses som ett absolut krav för att missbruk ska anses föreligga. Detta framkom i ett avgörande från marknadsdomstolen där det markerades att ett missbruk kan föreligga även om lika effektiva konkurrenter som den dominerande aktören inte riskerar att skadas.[306]

EU-domstolen behandlade en underprissättningssituation i AKZO-fallet[307]. Där framkom det att när en dominerande aktör agerar marknadsmässigt och därmed pressar sina priser inte tvunget innebär att ett missbruk av en dominerande ställning föreligger.[308] Fokusen för EU-domstolen låg istället på en jämförelse mellan det erbjudna priset och utgifterna som aktören hade. Denna jämförelse delades upp så att bedömningen blev annorlunda om priset översteg de sedvanligt rörliga utgifterna eller inte.[309] EU-domstolen definierade de rörliga utgifterna med formuleringen ”*de kostnader som varierar i förhållande till den producerade mängden*”[310]. Skulle det erbjudna priset visa sig vara lägre än denna utgift ska agerandet utgöra ett missbruk av dominerande ställning. EU-domstolen drog slutsatsen att det inte torde finnas något som motiverar detta beteende förutom en önskan om att hämma konkurrensen.[311] Befinner sig det erbjudna priset däremot över den dominerande aktörens rörliga utgifter men under de fasta oföränderliga utgifterna sammanslaget med de rörliga utgifterna det vill säga de totala utgifterna krävs det även enligt EU-domstolen ett konkurrensbegränsande

[303] Jones & Sufrin s 392.
[304] Wetter m.fl. s 594, Esteva Mosso m.fl. s 373.
[305] Wetter m.fl. s 594.
[306] MD 2011:14.
[307] C-62/86 AKZO.
[308] C-62/86 AKZO punkt 67.
[309] C-62/86 AKZO punkt 71-72.
[310] C-62/86 AKZO punkt 71.
[311] C-62/86 AKZO punkt 71.

uppsåt för att det ska räknas som missbruk av dominerande ställning.[312] EU-domstolen fann i detta aktuella avgörande att prisnivån hos den dominerande aktören under en period hade underskridit de totala utgifterna och även underskridit de rörliga utgifterna under en annan period.[313] Det konkurrensbegränsande uppsåtet fann EU-domstolen i att dessa låga priser enbart återfanns hos konkurrentens kunder.[314]

Det har senare fastslagits i Tetra Pak-fallet[315] att bedömningen huruvida en underprissättning föreligger inte ska vara beroende av den dominerande aktörens möjligheter att täcka kostnaderna för underprissättningen, en så kallad förlusttäckning. Det viktiga är istället att stoppa risken för att konkurrenter lämnar marknaden. Detta ställningstagande som kommer från EU-domstolen, formulerades så att det relevanta var den konkurrensbegränsande risken och inte bevisning huruvida den dominerande aktören innehaft en reell möjlighet att återhämta sina underskott eller inte.[316] AKZO-testets existens bekräftades i detta avgörande samt i France télécom-fallet[317].[318] I det senare avgörandet tydliggjorde EU-domstolen att möjligheten till en eventuell förlusttäckning inte behöver förekomma när prisnivån hos den dominerande aktören understiger de rörliga utgifterna hos densamma. EU-domstolen befäster således sin ståndpunkt från AKZO-fallet ifråga om prisnivåer under de rörliga utgifterna. När prisnivån hos den dominerande aktören befinner sig mellan de rörliga utgifterna och de totala utgifterna krävdes även i detta avgörande ett konkurrensbegränsande uppsåt. Vid denna uppsåtsbedömning kan förlusttäckningsfaktorn enligt EU-domstolen emellertid vara relevant, kan underprissättningen täckas i dessa situationer så tyder det på ett missbruk.[319]

Även marknadsdomstolen har för att konstatera en underprissättning använt sig av en jämförelse mellan anbudspriset och de utgifter, rörliga såväl som totala, som anbudsgivaren haft. Marknadsdomstolen har antytt att det finns möjligheter för en dominerande aktör att försvara ett anbud som understiger de rörliga utgifterna. För att bryta denna presumtion krävs det ett klarläggande kring anbudets syfte vilket inte får vara konkurrensbegränsande. Den dominerande anbudsgivaren i SJ-fallet[320] argumenterade för att ett missbruk inte förelåg då det inte fanns någon möjlighet att hämta hem kostnaderna. Skulle den dominerande anbudsgivaren höja priserna vid en framtida upphandling så skulle någon annan vinna denna upphandling. Marknadsdomstolen bemötte detta med att

[312] C-62/86 AKZO punkt 72, metoden som används här kommer fortsättningsvis att benämnas som AKZO-testet, metoden har benämts som Areeda-Turner testet men då det råder oenigheten i doktrinen kring metodens ursprung används istället AKZO-testet, för ytterligare information hänvisas till Ølykke s 258.
[313] C-62/86 AKZO punkt 106.
[314] C-62/86 AKZO punkt 115.
[315] C-333/94 P Tetra Pak.
[316] C-333/94 P Tetra Pak punkt 39-40, 44.
[317] C-202/07 P France Télécom.
[318] C-202/07 P France Télécom punkt 109, C-333/94 P Tetra Pak punkt 41-42.
[319] C-202/07 P France Télécom punkt 110-111.
[320] MD 2000:2.

konstatera att en prissättning under de rörliga utgifterna per se innebär en beräkning om att kunna kompensera de kostnader som underprissättningen skapat vilket gjorde att anbudsgivarens argument blev irrelevanta.[321]

Wetter m.fl. framhåller att AKZO-testet enbart skapar en presumtion för ett missbruk av dominerande ställning. Det avgörande blir den konkurrensbegränsanden risken som agerandet utgör. Vidare klargör Wetter m.fl. att underprissättningen måste vara systematiskt utförd för att det ska kunna utgöra ett missbruk, detta gör att kampanjer och liknande fenomen kan vara acceptabla.[322] Esteva Mosso m.fl. har poängterat att det inte kan ses som ett missbruk om konkurrenter till den dominerande aktören skadas eller slås ut från marknaden, så länge detta beror på dominantens högre effektivitet. Detta ska istället ses som vanlig konkurrens där en aktör på marknaden slås ut med anledning av dess oförmåga att följa med i utvecklingen.[323] Wetter m.fl. konstaterar att en sådan konkurrens inte bara tillåts utan även uppmuntras. Hur långt denna möjlighet sträcker sig avgörs genom en proportionalitetsbedömning där agerandet vägs mot den eventuella konkurrensbegränsning som medföljer.[324] Det är inte den dominerande ställningen i sig som reglerna riktas mot. Det är missbruket som ska stoppas, föreligger det inte något missbruk så kan inte heller reglerna appliceras på situationen. Ett agerande vilket kan rättfärdigas med tillfredsställande skäl utgör inte enligt Bellamy och Child ett missbruk vilket därmed innebär att det aktuella regelverket inte blir tillämpligt.[325]

4.2.2 Korssubvention

Med korssubventionering menas att ett företags resurser överförs inom företagets organisation mellan olika marknader. Begreppet omfattar även situationer då ett företags utgifter hänförliga till en marknad finansieras av företagets verksamhet på en annan marknad. Att företag överför resurser till sina olika fraktioner är något som inträffar dagligen och utgör oftast inte något klandervärt beteende. Det kan emellertid för en dominerande aktör innebära ett missbruk att använda korsubventioneringar för att hämma konkurrensen på en marknad. Korssubventioner kan användas för att finansiera en underprissättning då den låga prisnivån som en underprissättning innebär möjliggörs genom dessa interna stödåtgärder inom företaget. Det kan exempelvis röra sig om ett företag som innehar en dominerande ställning på en marknad och därmed genererar ett överskott vilket används på en annan marknad där konkurrensen är hårdare.[326] En korssubvention ska enligt Henriksson ses som ett missbruk då det ofta förutsätter ett prisrelaterat missbruk såsom underprissättning.[327] Wetter m.fl.

[321] MD 2000:2.
[322] Wetter m.fl. s 596.
[323] Esteva Mosso m.fl. s 350.
[324] Wetter m.fl. s 587-588.
[325] Bellamy & Child s 783, 789-790..
[326] Wetter m.fl. s 612, Esteva Mosso m.fl. s 392-393.
[327] Henriksson s 286-287.

har uttryckt sig annorlunda då de antytt att korssubventioneringsbegreppet i sig inbegriper en mängd olika missbruksgrunder, däribland underprissättning.[328]

4.3 Avslutande kommentarer

Detta kapitel har visat hur det kontradiktoriska förfarandet ter sig för en anbudsgivare vars anbudsnivå måste förklaras. Redogörelsen i kapitlet över vilka förklaringsmodeller som borde accepteras sträcker sig utanför de exempel vilka återges i Upphandlingsdirektivet och LOU. Exempelvis kan det eventuellt accepteras att lägga ett onormalt lågt anbud med förhoppningen att inte behöva leverera i någon större utsträckning.

Det är i detta kapitel som det konkurrensrättsliga området framträder. Fokus för denna del av uppsatsen var att presentera de risker som en dominerande anbudsgivare tar vid lämnande av ett onormalt lågt anbud.

[328] Wetter m.fl. s 612.

5 Förlorande anbudsgivares perspektiv

5.1 Möjligheten att angripa ett tilldelningsbeslut enligt gällande rätt

Relevant för uppsatsen blir i detta avsnitt att undersöka vilka möjligheter en förlorande anbudsgivare har att påverka ett beslut varvid ett onormalt lågt anbud vunnit en upphandling. Överprövningsinstitutet i Sverige erbjuder två möjligheter, överprövning av en upphandling alternativt en överprövning av ett upphandlingsavtals giltighet.[329] Skulle anbudsgivaren välja den senare överprövningsmöjligheten krävs det en brist i det konkurrensuppsökande skedet, exempelvis då den upphandlande myndigheten brister i sin annonseringsskyldighet.[330] Relevant för denna situation blir istället en överprövning av upphandlingen ifråga, vilket innebär att upphandlingen ska rättas alternativt göras om, förutsatt att sökanden vinner tvisten. Denna sortens överprövning förutsätter att den upphandlande myndigheten brutit emot LOU´s regler i något avseende.[331] Denna överprövningsmöjlighet försvinner dock när avtalet ingåtts.[332]

Det framgår av svenska avgöranden samt av Josephson och Wenström att en förlorande anbudsgivare inte har någon möjlighet att klaga då en upphandlande myndighet valt att inte förkastat ett onormalt lågt anbud. Detta har motiverats med att förkastandet på grunden att anbudet är onormalt lågt inte är en skyldighet för den upphandlande myndigheten.[333] Domstolarna kommer i dessa avgöranden fram till denna slutsats då de konstaterar att upphandlingsreglerna inte uttryckligen erkänner denna möjlighet samt då att förkastandet är en möjlighet och inte en skyldighet vilket gör att det inte går att angripa.[334]

Det kan emellertid tolkas att länsrätten i Värmland var av en annan åsikt i avgörandet där Ramböll ansökte om överprövning. Ramböll förde en argumentation där de jämförde den upphandlande myndighetens behandling av andra anbud innehållande låga prisnivåer vilka inte hade förkastats med behandlingen av sitt eget anbud. Den upphandlande myndigheten hade fått in anbud där prisnivån för administrativa tjänster hade legat mellan 95 kr och 115 kr per timme. Ramböll argumenterade för att dessa anbud förvisso med högre prisnivåer än Rambölls anbud inte kunde anses vara

[329] Se 16 kap. 4 § LOU.
[330] Se 16 kap. 13 § LOU, Rosén Andersson m.fl. s 665-667.
[331] Se 16 kap. 6 § LOU.
[332] Forsberg s 334.
[333] Förvaltningsrätten i Karlstad 3006-3004E, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1247-09, Josephson & Wenström s 79.
[334] Förvaltningsrätten i Karlstad 3006-3004E, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1247-09.

marknadsmässigt realistiska anbud, lika lite som Rambölls anbud ansågs vara marknadsmässiga. Ramböll påstod att inga seriösa bolag kan erbjuda en prisnivå som var lägre än 300 kr per timme och samtidigt hävda att de är marknadsmässigt normala. Länsrätten fann att det inte var styrkt att en prisnivå mellan 95 kr och 115 kr för dessa tjänster skulle utgöra ett onormalt lågt anbud.[335] Detta uttalande kan tolkas som att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att inte förkasta dessa anbud om bevisningen varit bättre från Ramböll. Konkurrensverket har i kontrast med denna tolkning klargjort att ett antagande av ett onormalt lågt anbud inte kan ses som ett brott mot de grundläggande upphandlingsprinciperna vilka återfinns i 1 kap. 9 § LOU. Det är först vid en ändring i kontraktsvillkoren hänförliga till det onormalt låga anbudet som en överträdelse föreligger enligt Konkurrensverket.[336] Det är dock oklart huruvida Konkurrensverket hade en situation som den i länsrätten i åtanke vid sitt yttrande.

Även länsrätten i Stockholm förde ett anmärkningsvärt passivt resonemang om huruvida det kan förutsättas att det inte finns någon möjlighet att klaga på antagandet av ett onormalt lågt anbud. Länsrätten bemötte i det aktuella avgörandet sökandens argument med att förklaringen till det låga anbudet varit tillfredställande vilket rättfärdigat anbudet. Efter detta påpekades att förkastandet inte utgör en skyldighet för den upphandlande myndigheten. Faktumet att domstolen inte bara avvisade sökandens argument direkt utan faktiskt resonerade kring dessa punkter pekar på en överprövningsmöjlighet.[337]

Det bör troligtvis påpekas att ovan nämnda avgöranden som pekar på en eventuell överprövningsrätt är avdömda av svenska underrätter. Så är emellertid inte fallet i TQ3-fallet och PC-Ware-fallet. Sökanden i dessa fall var förlorande anbudsgivare och även deras klagomål bemöttes av respektive domstol. De hade klagat på Kommissionens underlåtenhet då de inte förkastat ett enligt sökanden onormalt lågt anbud.[338] Resonemanget stannade i båda avgörandena vid bedömningen huruvida anbuden skulle definieras som onormalt låga eller inte och vem som skulle göra denna bedömning.[339] Det prövades därmed inte huruvida bedömningen av en eventuell förklaring av ett onormalt anbud skulle kunna angripas av en annan anbudsgivare. Tribunalens formulering i PC-Ware-fallet blir intressant vid frågan huruvida det föreligger en plikt för den upphandlande myndigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud. Uttalandet löd såhär:

”*Mot bakgrund av det stora utrymme för skönsmässig bedömning som kommissionen förfogar över i fråga om vad som ska beaktas i ett upphandlingsförfarande efter anbudsinfordran, har sökanden således felaktigt kritiserat kommissionen för att, mot bakgrund av bestämmelserna i artikel 139.1 i genomförandebestämmelserna, inte ha funnit att den*

[335] Länsrätten i Värmlands län, mål nr 481-09.
[336] Konkurrensverkets yttrande punkt 20-21.
[337] Länsrätten i Stockholms län, mål nr 8485-09.
[338] T-121/08 PC-Ware punkt 46, T-148/04 TQ3 punkt 28-29.
[339] T-121/08 PC-Ware punkt 76, T-148/04 TQ3 punkt 47, 50.

vinnande anbudsgivarens anbud var onormalt lågt och, följaktligen, för att inte ha förkastat det som sådant."[340]

5.2 Möjligheten att angripa ett tilldelningsbeslut enligt Kommissionens direktivsförslag

Kommissionens förslag till ett nytt upphandlingsdirektiv innehåller tydligare regler kring onormalt låga anbud i jämförelse till de nuvarande reglerna. Detta innebär även att det kan vara lättare att göra gällande ett brott mot upphandlingsreglerna. De situationer där förslaget tydligt föreskriver att det finns en obligatorisk plikt hos den upphandlande myndigheten blir därmed relevant.[341] Det har tidigare i uppsatsen redogjorts för förslagets innehåll angående vilka skyldigheter som åligger den upphandlande myndigheten, däribland att undersöka ett anbud vilket definierats som onormalt lågt enligt förslagets relativa beräkningsmetod. Likaså åligger det den upphandlande myndigheten enligt förslaget att förkasta anbud vars låga nivå beror på en överträdelse av vissa regler.[342] Skulle en upphandlande myndighet försumma dessa åliggande så har agerandet stått i strid med upphandlingsreglerna vilket i sin tur öppnar för en överprövningsmöjlighet.

Ett ytterligare rekvisit som ska vara uppfyllt för att kunna genomföra en lyckad överprövning av en upphandling är att sökanden har alternativt kommer att lida skada.[343] Detta rekvisit bör inte vara oöverkomligt, i vart fall inte om klaganden kan visa att de hamnat på andra plats i utvärderingen efter det anbud som skulle ha förkastats.[344]

5.3 Avslutande kommentarer

I detta kapitel har relevanta överprövningsaspekter presenterats. Det har konstaterats att förlorande anbudsgivare i Sverige har nekats möjligheten att få ett antagandebeslut överprövat på grunden att anbudet varit onormalt lågt. Det har även här presenterats faktorer som tyder på att detta agerande inte överensstämmer med EU-rätten.

Avslutningsvis behandlades denna fråga i förhållande till Kommissionens framlagda direktivförslag.

---

[340] T-121/08 PC-Ware punkt 76. Det intressanta i detta avseende blir den sista meningen av citatet, tribunalen verkar med denna mening förutsätta att anbudet skulle ha blivit förkastat om det hade varit onormalt lågt.
[341] Jfr artikel 55 i Upphandlingsdirektivet med artikel 69 i Kommissionens förslag.
[342] Se avsnitten 2.1.3.1, 3.1.2.
[343] 16 kap. 6 § LOU.
[344] Pedersen s 160.

6 Analys

6.1 De lege lata

I detta avsnitt kommer frågorna att besvaras i enlighet med utredningen i uppsatsen.

När är ett anbud onormalt lågt?

Det hade varit fantastiskt att här kunna konstatera att alla anbud under en viss uttalad nivå i samtliga upphandlingar är att se som onormalt låga. Tyvärr så finns det inget entydigt universellt svar på denna fråga. Det ska istället användas olika gränser och olika metoder för att definiera sådana anbud i varje enskild upphandling. Detta innebär inte att det inte går att dra vissa slutsatser ur den rättsutveckling som presenterats i uppsatsen. När det inte går att sätta upp en definitiv gräns för vilka anbud som ska anses vara onormalt låga får anbuden istället definieras på ett mer flexibelt sätt. Med detta nämnt kan jag konstatera att ett anbud ska klassificeras som onormalt lågt om det innehåller en så låg nivå att misstankar väcks hos den upphandlande myndigheten.

Min slutsats kring definitionen är i linje med uttalanden från EU-domstolen i Lombardini & Mantovani-fallet och tribunalen i PC-Ware-fallet. Likaså kan denna definition skönjas hos kammarrätterna. Definitionen blir emellertid intetsägande i avsaknad av ett klargörande om vad som ska skapa misstankar hos den upphandlande myndigheten. Först ska det klargöras att det tydligt framgår ur Upphandlingsdirektivet, LOU och dess förarbeten att nivån ska var låg i förhållande till upphandlingsföremålet. Detta innebär som ovan nämnt att jag anser att någon fast standardgräns för att urskilja ett eventuellt onormalt lågt anbud inte kan uppställas. Varje upphandling ska således ha en egen gräns för vad som ska utgöra ett misstänkt anbud. Utöver kravet på kopplingen till upphandlingsföremålet finns inga begränsningar eller klargöranden för hur ett misstänkt anbud ska identifieras. EU-domstolen klargjorde i Lombardini & Mantovani-fallet att matematiska formler får användas för att urskilja vilka anbud som ska anses vara suspekta så länge detta förfarande inte begränsar användandet av andra möjligheter för att identifiera anbud med misstänksamma nivåer.

Faktumet att det inte återfinns någon tydlig vägledning, varken från EU eller från den svenska lagstiftaren om vad som ska generera misstankar gör att den upphandlande myndigheten erhåller en stor frihet i bedömningen av vilka anbud som ska misstänkliggöras och vilka som inte ska misstänkliggöras. Detta stora skönsmässiga utrymme som återfinns hos den upphandlande myndigheten bekräftas av förstainstansrätten i TQ3-fallet där Kommissionens bedömning av ett anbuds tillförlitlighet inte kunde angripas av sökandens argument. Även tribunalens bedömning i PC-Ware-fallet antyder att det skönsmässiga utrymmet är stort.

Det verkar räcka med att vissa delar av anbudet väcker misstankar hos den upphandlande myndigheten. I anslutning till detta så har förstainstansrätten konstaterat det inte kan krävas av den upphandlande myndigheten att undersöka samtliga priser i ett anbud.

Inom doktrinen återfinns en uppfattning om att ett onormalt lågt anbud är ett anbud vilket inte är i relation till kostnaderna för upphandlingsföremålet. Uppfattningen saknar stöd enligt min mening och bör som mest ses som ett praktiskt tips på hur den upphandlande myndigheten ska kunna använda sitt skönsmässiga utrymme för att finna suspekta anbud. Arrowsmith har påpekat att omständigheten som ska väcka misstankar hos den upphandlande myndigheten är om den låga nivån riskerar anbudsgivarens leveransförmåga. Resonemanget är troligtvis korrekt men det är sannolikt inte den enda faktorn som ska utgöra ett suspekt anbud.

Vad som utgör ett onormalt lågt anbud i LOU´s mening är de anbud som den upphandlande myndigheten *finner* vara onormalt låga. Upphandlingsdirektivet använder istället formuleringen anbud som *förefaller* vara onormalt låga. Skillnaden ligger i att det inte enligt Upphandlingsdirektivet krävs att anbudets onormala nivå ska konstateras för ett förkastande, det räcker att anbudet skapar misstankar därom. Skillnaden på formuleringarna i Upphandlingsdirektivet och LOU är troligtvis av mindre betydelse då det framgår av förarbetena att implementeringen av regelverket i LOU ska motsvara Upphandlingsdirektivets reglering. Om denna formuleringsskillnad har inneburit några praktiska konsekvenser för den svenska rättstillämpningen är oklart. Till detta kan det konstateras att en utvidgning av undersökningsplikten tilläts i Costanzo-fallet till den nivå som återfinns i dagens regelverk. Det är dock föga troligt att en inskränkning såsom den svenska lagstiftningens ordalydelse eventuellt innehåller är acceptabel. Risken med formuleringsskillnaden ligger i den potentiellt restriktiva praktiska påverkan hos de upphandlande myndigheter som inte har läst förarbetena till LOU.

Jag anser således att det är upp till den upphandlande myndigheten att först misstänkliggöra ett anbuds låga nivå. Metoden för hur ett anbud ska misstänkliggöras har lämnats åt den upphandlande myndighetens skön att avgöra. Det krävs emellertid ytterligare åtgärder innan ett onormalt lågt anbud kan förkastas.

Vilka skyldigheter åligger den upphandlande myndigheten vid kontakt med ett onormalt lågt anbud?

Det kan antas att upphandlande myndigheter inte strävar efter att förlänga upphandlingsprocessen vilket ett förkastande av onormalt låga anbud innebär. Detta kan motivera den upphandlande myndigheten att inte vilja verifiera ett anbuds låga nivå. Det råder emellertid ingen tvekan om att ett onormalt lågt anbud vid en upphandling över tröskelvärdena inte får förkastas innan anbudsgivaren givits möjlighet att rättfärdiga sitt anbud. Ett

automatiskt uteslutande av misstänkta anbud är därmed inte förenligt med upphandlingsreglerna. EU-domstolen har i SECAP-fallet konstaterat att denna plikt även föreligger vid upphandlingar under tröskelvärdet då det finns ett gränsöverskridande intresse. Undantagsvis tillåts ett automaktiskt förkastande vid dessa situationer när upphandlingens realiserande riskeras av ett stort antal onormalt låga anbud. Vad som utgör ett stort antal är oklart utöver påpekandet att fem stycken inte utgör ett stort antal. Omvänt ska det nämnas att detta undantag inte är tillämpligt vid upphandlingar över tröskelvärdet. Det föreligger således ett krav att upphandlingar över tröskelvärdet men enbart en huvudregel för upphandlingar under tröskelvärdet med ett gränsöverskridande intresse att undersöka det misstänkta anbudets låga nivå innan ett förkastande. Undersökningen sker genom det kontradiktoriska förfarandet. Det ska poängteras att det kontradiktoriska förfarandet enbart ger anbudsgivaren en möjlighet att förklara och rättfärdiga sin anbudsnivå. Det är alltså inte fråga om någon form av förändring av ingivna anbud. Jag anser även att den upphandlande myndigheten kan begära in dessa förklaringar i förväg exempelvis genom att kräva en detaljerad förklaring över en angiven prisnivå i samband med ingivandet av anbudet. Möjligheten bekräftas av Lombardini & Mantovani-fallet där detta förfarande tilläts.

När den upphandlande myndigheten fått in svar från anbudsgivaren vars anbud misstänkliggjorts ska svaren bedömas. Hur stor frihet den upphandlande myndigheten har när den bedömer dessa svar är idag oklart, det framgår dock av unionspraxis att den upphandlande myndigheten ska försöka finna en rättfärdigande förklaring till de låga anbudsnivåerna i dessa svar. Jag menar att gränsen för när ett anbud är rättfärdigat bör dras utefter syftena bakom regleringen om onormalt låga anbud och då hur väl förklaringen lyckats visa att anbudet överensstämmer med dessa syften. I unionspraxisen återfinns olika formuleringar för att klargöra när ett onormalt lågt anbud kan anses vara rättfärdigat. Ur dessa formuleringar kan konstateras att misstankarna som har initierat proceduren att vidare undersöka anbuden måste skingras. Förklaringarna ska syfta till att påvisa seriositeten, tillförlitligheten, allvaret, trovärdigheten samt hur hållbart ett anbud är. Det har även antytts att den upphandlande myndigheten ska ta med anbudsgivarens kreditvärdighet i beräkningen. Dessa uttalanden ger enligt min mening inte upphandlande myndigheter mer än en fingervisning om vad som krävs vid bedömningen. Detta blir tydligt om man frågar sig ur vems perspektiv anbudet ska vara hållbart. För den upphandlande myndigheten ifråga om leveransrisken eller för anbudsgivaren som lämnat ett anbud grundat i felberäkningar vilket innebär stora förluster. Något konkret svar finns inte vilket gör att läget kring den upphandlande myndighetens utrymme vid bedömningen av förklaringarna blir ännu mer oklart. Ser vi till kammarrätten i Göteborg, kunde de i avgörandet från 2013 konstatera att det förelåg en stor frihet hos den upphandlande myndigheten vid bedömningen av de ingivna förklaringarna. Framtiden får klargöra hur långt denna frihet sträcker sig.

Skulle förklaringarna inte visa sig vara tillfredställande så kan anbudet förkastas efter att den aktuelle anbudsgivaren fått yttra sig över skälen till förkastandet.

Min ståndpunkt är att dessa skyldigheter i förfarandet kräver att den upphandlande myndigheten avser att förkasta anbudet. Finns inte denna avsikt så finns det inte heller några skyldigheter.

Att denna avsikt krävs framkommer enligt min tolkning klart i TQ3-fallet och Costanzo-fallet. EU-domstolen resonerade i Lombardini & Mantovani-fallet och förstainstansrätten i Renco-fallet om en undersökningsplikt, de nämnde aldrig uttryckligen i dessa fall att det krävs en förkastandeavsikt hos den upphandlandemyndigheten för att dessa plikter ska infinna sig. Resonemanget i det brittiska avgörandet Varney v. Hertfordshire klargör emellertid hur denna omständighet kan tolkas på ett tillfredställande sätt. Det konstaterades att förkastandeavsikten kan anses utgöra en implicit förutsättning vid dessa uttalanden då fallen handlade om anbud som hade blivit förkastade, det fanns därmed en förkastandeavsikt hela tiden och dessa uttalanden förutsätter därmed också detta. Jag anser att detta resonemang är även applicerbart på SAG-fallet där EU-domstolen talar om en undersökningsplikt.

Kan en upphandling vinnas med ett onormalt lågt anbud?

Ja, under vissa förutsättningar. Den upphandlande myndigheten kan välja att inte förkasta ett onormalt lågt anbud om det visas att anbudet inte strider mot syftena bakom regleringen om onormalt låga anbud.

Det framgår i doktrinen samt av Konkurrensverket att när en anbudsgivare lämnat en adekvat förklaring till sitt misstänkta anbud försvinner även möjligheten att förkasta detsamma. Detta är enligt mig en korrekt slutsats om den grundas i att regeln inte får tillämpas om syftena bakom regleringen inte blir lidande. Anbudsgivaren vilken lämnat ett onormalt lågt anbud kan här skydda sitt anbud på ett sådant sätt att det förhindrar den upphandlande myndigheten att förkasta detsamma. En naturlig konsekvens av detta blir således att anbudet har en stor chans att vinna upphandlingen då det troligtvis innehåller en lägre anbudsnivå än majoriteten av konkurrenterna.

Jag anser att vid bedömningen av ingivna förklaringar bör den upphandlande myndigheten främst använda sig av listan på förklaringsmodeller vilka återfinns i Upphandlingsdirektivet samt LOU. Givetvis kan förklaringarna beröra andra aspekter än dessa och även då vara acceptabla men kan en förklaring hänföras till listan så står ett beslut att inte förkasta anbudet på en stabilare grund. Denna slutsats går att dra från EU-domstolens uttalande att denna lista inte är uttömmande men inte heller indikativ. Hur detta uttalande ska tolkas är något oklart men det kan åtminstone konstateras att exempellistan inte bara är indikativ utan något mer.

Så kallade nollbud ska anses utgöra en godkänd prisnivå vilket innebär att de inte är förbjudna och ska behandlas som vilka anbud som helst. Vilket i sin tur innebär att reglerna om onormalt låga anbud även gäller för dessa.

Skulle den upphandlande myndigheten förkasta ett onormalt lågt anbud så kan anbudsgivaren få detta beslut överprövat. Skulle ett onormalt lågt anbud vinna upphandlingen finns det sannolikt anbudsgivare som vill få detta överprövat. Den svenska rättstillämpningen klargör att denna möjlighet inte finns i dagläget med motiveringen att förkastandet är valfritt för den upphandlande myndigheten. Denna ståndpunkt kritiseras av mig längre ner i analysen där denna överprövningsmöjlighet åtminstone görs plausibel enligt den nu gällande rätten.

Bevisbördsfrågan kräver även en kommentar vilken verkar ha skiftat från den upphandlande myndigheten till anbudsgivaren i vissa frågor. Blir det en tvist huruvida ett onormalt lågt anbud varit rättfärdigat eller inte så är det i dagsläget upp till anbudsgivaren att bevisa sin seriositet och tillförlitlighet. Denna slutsats är i linje med Konkurrensverkets uppfattning samt 2013 års kammarrättsavgörande från Göteborg. Huruvida detta synsätt kommer att bestå eller inte är emellertid oklart.

6.2 Existensen av en obligatorisk förkastandeavsikt

Jag kommer i denna del att kritiskt analysera vissa omständigheter. Framförallt är det existensen av en obligatorisk förkastandeavsikt hos den upphandlande myndigheten som kommer att påvisas samt underbyggas med hjälp av uppsatsens material. Begreppet obligatorisk förkastandeavsikt är ett koncept som jag lanserar här i denna uppsats som en förlorad pusselbit vid hanteringen från den upphandlande myndighetens sida kring onormalt låga anbud. Jag kommer att presentera flera omständigheter vilka tyder på att detta koncept redan existerar. Resonemanget och diskussionerna i avsnittet avspeglar således mina egna slutsatser från uppsatsens material. Avsnittet syftar till att ge den obligatoriska förkastandeavsikten flera rättfärdigande grunder till dess existens. Vissa av resonemangen kan eventuellt vara långsökta. Det ska emellertid påpekas att den obligatoriska förkastandeavsiktens existens inte är beroende av samtliga kommande resonemang.

Den uppmärksamme läsaren har troligtvis konstaterat att det förekommer olika uttalanden kring det aktuella regelverkets syfte kontinuerligt genom uppsatsen. Dessa konstateranden är essentiella för att kunna förstå hur långt regeln om onormalt låga anbud sträcker sig samt för att förstå vilka skyldigheter som denna regel bär med sig.

Det svenska systemet bygger på att regelverkets syfte är att skydda anbudsgivaren från den upphandlande myndighetens godtyckliga

förkastande samt för att säkra en möjlighet för den upphandlande myndigheten att undgå oseriösa avtal. Det ska här tilläggas att Konkurrensverket tillsammans med flertalet svenska avgöranden har konstaterat att förkastandet av onormalt låga anbud inte ska utgöra en skyldighet för den upphandlande myndigheten. Detta konstaterande är troligtvis i linje med LOU. Det kan även hävdas att någon skyldighet att förkasta onormalt låga anbud inte direkt följer av Upphandlingsdirektivets ordalydelse. Denna ståndpunkt förutsätter emellertid att regelverket kring onormalt låga anbud inte syftar till att tillfredställa några andra intressen.

Jag har visat i uppsatsen att regelverkets syfte i kontrast till den svenska uppfattningen däribland Konkurrensverket inte stannar vid dessa syften. Min utredning visar att regelverket kring onormalt låga anbud även inbegriper ett konkurrensfrämjande syfte. Detta syfte framkommer på unionsnivå ur fallen Conisma, Lombardini & Mantovani, Costanzo, SAG och Stadt Halle samt i ett avgörande från Storbritannien. Även Kommissionen har uttryckt att regleringen i viss mån bär på detta syfte. Likaså har Sundstrand tolkat att det finns ett konkurrensfrämjande syfte.

I förarbetena till 12 kap. 3 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten ska beakta intresset att skydda företagshemligheter när förklaringar till ett misstänkt anbud begärs in. Detta uttalande innebär att det kontradiktoriska förfarandet inte ska påverka anbudsgivarens möjligheter att konkurrera med andra aktörer på marknaden genom att avslöja eventuella företagshemligheter. Detta uttalande kan enligt mig därmed ses som ett uttryck för existensen av ett konkurrensskyddande syfte.

Konkurrensverket har berört frågan i ett yttrande till förvaltningsrätten i Göteborg. Där stannar Konkurrensverket vid konstaterandet att den upphandlande myndigheten inte ska bidra till en snedvriden konkurrens men behöver inte aktivt motverka den. Konkurrensverket konstaterar därmed att en upphandlande myndighet inte ska snedvrida konkurrensen samtidigt som det idag enligt viss svensk praxis och enligt LOU´s ordalydelse är upp till den upphandlande myndigheten att förkasta eller framförallt att inte förkasta ett onormalt lågt anbud. Min uppfattning är att detta kan leda till oönskade resultat om vi tänker oss att ett företag lämnar ett onormalt lågt anbud, den upphandlande myndigheten riskerar inget om det visar sig att företaget har en mycket god ekonomi och även klarar att gå med förlust. Enligt Konkurrensverkets nuvarande synsätt kan detta anbud vinna upphandlingen. Hur detta agerande inte i vissa situationer kan snedvrida konkurrensen är för mig svår att se. Jag anser därmed att företag med dessa möjligheter kan använda sig av offentliga upphandlingar som ett verktyg för att hämma konkurrensen på en marknad. Detta är inte ett önskvärt resultat. Efter en närmare undersökning av unionspraxisen, främst fallen SAG och Lombardini & Mantovani kan det konstateras att dessa avgöranden kräver en mer aktivt nivå i främjandet av konkurrensen från den upphandlande myndighetens sida än vad Konkurrensverket funnit. Jag menar därmed att unionsrätten befinner sig på en annan nivå där den aktuella regleringen även

syftar till att skapa ny konkurrens och stärka den befintliga konkurrensen på den aktuella marknaden.

Det kan även argumenteras för att regleringen kring onormalt låga anbud sträcker sig utanför Upphandlingsdirektivets ramar på grund av detta konkurrenssyfte . I SECAP-fallet var inte Upphandlingsdirektivet tillämpligt då upphandlingen föll under tröskelvärdet. EU-domstolen fann ändå att regelverket om onormalt låga anbud skulle tillämpas vid existensen av ett gränsöverskridande intresse för att inte hindra den fria rörligheten i unionen, med vissa möjligheter till undantag. Detta agerande från EU-domstolen innebär att regeln sträcker sig utanför Upphandlingsdirektivets ramar och även syftar till att skydda den fria rörligheten. Detta tyder på att en offentlig upphandling inte får hämma konkurrensen inom unionen även om upphandlingen faller under tröskelvärdet.

Jag anser att dessa uttalanden ger stöd åt tolkningen att reglerna om onormalt låga anbud bär på ett direkt konkurrensfrämjande syfte, framförallt då EU-domstolen påtalat detta flera gånger. Detta syfte borde därmed förhindra upphandlande myndigheter att anta anbud med resultatet att konkurrensen minskar på marknaden. Min slutsats är möjligtvis aningen försiktig då det kan tolkas som att den upphandlande myndigheten faktiskt ska förkasta anbud vilka enbart bär på en konkurrenshämmande risk. Oavsett vilket så blir den praktiska effekten av slutsatsen att avsikten hos den upphandlande myndigheten i väldigt många situationer bör vara att förkasta anbud med en låg nivå. Jag förutsätter i detta resonemang att en upphandlande myndighet ämnar följa upphandlingsreglerna och där inräknat dess målsättningar och syften. Min tolkning är att det föreligger en förutsättning bakom regeln om onormalt låga anbud att den upphandlande myndighetens avsikt är att främja och bevara konkurrensen. Finns inte denna avsikt så finns inte heller en följsamhet gentemot Upphandlingsdirektivet och unionspraxisen. För att sammanfatta mitt resonemang kan jag konstatera att när den upphandlande myndigheten finner ett misstänkt lågt anbud ska avsikten att förkasta detsamma också infinna sig. Klarar anbudsgivaren sedan visa att anbudet inte går emot syftena med regleringen försvinner även förkastandeavsikten hos den upphandlande myndigheten. Min slutsats är därmed att den upphandlande myndigheten inte direkt enligt ordalydelsen är skyldig att förkasta onormalt låga anbud men är inte desto mindre skyldig att följa andemeningen med regleringen. Jag drar sedermera i motsats till Konkurrensverket slutsatsen att andemeningen ålägger den upphandlande myndigheten att inte anta anbud som i vart fall hämmar konkurrensen. Med andra ord så föreligger det en skyldighet att förkasta konkurrenshämmande anbud. Till följd av detta kan ett onormalt lågt anbud som inte strider mot regelverkets syften inte heller förkastas med hjälp av detta regelverk.

En annan omständighet som styrker existensen av en sådan obligatorisk förkastandeavsikt hos den upphandlande myndigheten är formuleringen av artikel 55 i Upphandlingsdirektivet. Mitt resonemang bygger på scenariot att det kontradiktoriska förfarandet vid undersökningen blir helt meningslöst

om en förkastandeavsikt inte finns. Skulle avsikten inte existera så kan ju en upphandlande myndighet genomföra det kontradiktoriska undersökningsförfarandet för att sen besluta sig för att behålla anbudet oavsett resultatet av undersökningen. Det är inte rimligt eller logiskt att regeln skulle föreskriva en sådan process utan att förutsätta en förkastandeavsikt. Alternativet till en förkastandeavsikt blir att ett onormalt lågt anbud grundat i otillbörliga metoder vilka även har bekräftats av den upphandlande myndigheten kan vinna en upphandling. Ett system utan denna avsikt öppnar enligt min mening även för en möjlighet till ett unionsstridigt beteende hos den upphandlande myndigheten som kan missbruka denna valfrihet för att gynna vissa anbudsgivare över andra.

Regleringen över onormalt låga anbud vilken Kommissionen föreslår i sitt förslag kan även anses stödja denna tes om en obligatorisk förkastandeavsikt. Det som åsyftas är de olika omständigheter vilka innebär ett obligatoriskt förkastande. Det kan tänkas att Kommissionen har uppmärksammat att regleringen nuvarande formulering inte har lett till önskat resultat och därför nu föreslår en plikt att undersöka och förkasta anbud i vissa situationer.

Det har klarlagts att den upphandlande myndigheten har ett stort skönsmässigt utrymme vid bedömningen av ingivna förklaringar till det onormalt låga anbudet. Denna omständighet tillsammans med min slutsats att den upphandlande myndigheten bär på en förkastandeavsikt gör det svårt för anbudsgivaren att rättfärdiga sitt anbud. Resultatet blir en presumtion för att förkasta onormalt låga anbud vilket är i linje med ändamålen att förhindra att den upphandlande myndigheten tvingas ingå oseriösa avtal eller medverka i att försämra konkurrensen på marknaden. Lyckas inte anbudsgivaren bryta presumtionen måste den upphandlande myndigheten enligt min uppfattning förkasta anbudet vilket uppfyller syftena med regleringen.

Den svenska lagstiftaren har valt att förändra formuleringen i reglering om statliga stöd i likhet med förändringarna som återfinns i regleringen om onormalt låga anbud när det inte rör sig om statliga stöd. Denna likhet i implementeringen återfinns i skillnaden från den svenska lagstiftarens sida att betona förkastandemöjlighetens fakultativa karaktär. Lydelsen i Upphandlingsdirektivet anger bara att denna förkastandemöjlighet får användas som självständig förkastandegrund när det förskrivna förfarandet genomförts och när anbudsgivaren inte lyckats rättfärdiga sitt anbud. Det nämns alltså inget om en fakultativ möjlighet för den upphandlande myndigheten. Den obligatoriska förkastandeavsikten som härstammar från konkurrenssyftet torde enligt min mening även omfatta regleringen kring onormalt låga anbud grundade i statliga stöd. Detta blir tydligt då det föreskrivs att ett stöd som inte har erhållits på lagliga grunder måste förkastas.

Denna obligatoriska förkastandeavsikt hos den upphandlande myndigheten innebär även vissa konsekvenser i andra avseende än själva förkastandet.

Har en upphandlande myndighet en skyldighet att förkasta anbud som hämmar konkurrensen som jag påstår så borde ett antagande av ett onormalt lågt anbud i strid med denna skyldighet även kunna angripas.

Utöver det faktum att förkastandeavsikten borde leda till sådana överprövningsmöjligheter finns det andra omständigheter som indikerar att en sådan möjlighet existerar. Förstainstansrätten och tribunalen bemötte i TQ3-fallet och PC-Ware-fallet sökandens argument såsom de vanligtvis gör i andra tvister. Dessa avgöranden initierades av anbudsgivare som hade förlorat upphandlingen när enligt deras bedömning ett onormalt lågt anbud vann. Det blir svårt att motivera en ståndpunkt där en förlorande anbudsgivare inte kan angripa ett antagande av onormalt låga anbud när sökanden i fallen TQ3 och PC-Ware inte avvisades på denna grund. Intressant blir även tribunalens utläggning om att sökanden inte hade visat att det aktuella anbudet var onormalt lågt. Även uttalanden från länsrätten i Värmland och länsrätten i Stockholm kan tolkas som att möjligheten existerar för sökanden att klaga på den upphandlande myndighetens eventuella misstag vid hanteringen av ett anbud som är misstänkt lågt.

I uppsatsen omnämns inte huruvida det finns en möjlighet för en leverantör som inte deltagit i upphandlingen att angripa ett antagande av ett onormalt lågt anbud. Detta beror på att samtliga rättsfall som antyder att det borde gå att få detta överprövat har initierats av anbudsgivare som klagat. Leverantörens möjligheter till denna överprövning blir beroende av om upphandlingen brustit i kvalificeringsfasen vilket borde bli svårt att koppla till antagandet av onormalt låga anbud. Det känns däremot närmare till hands att hänföra antagandet till tilldelningsfasen vilket medför att leverantörer inte kan visa på någon skada vilket innebär att överprövningsmöjligheten samtidigt försvinner för leverantörerna. Skulle det däremot gå att visa på brister i kvalificeringsfasen borde även leverantörer vilka inte deltagit i upphandlingen kunna angripa ett antagande av onormalt låga anbud men detta är som sagt än mer oklar än situationen för anbudsgivare.

Resonemanget kring den obligatoriska förkastandeavsikten kan sammanfattas så att upphandlingsregelverket samt regleringen kring onormalt låga anbud innehåller ett konkurrensrättsligt syfte. Syftet innebär att upphandlande myndigheter inte ska hämma konkurrensen på marknaden utan även ska främja densamma. Den upphandlande myndigheten ska därmed inte anta ett anbud vilket strider mot syftena däribland konkurrenssyftet. Det är här den obligatoriska förkastandeavsikten behövs. Är det inte helt uppenbart att anbudet inte strider mot syftena, vilket innebär att anbudet inte hämmar konkurrensen så måste anbudsgivaren bevisa att anbudet är i överensstämmelse med syftena. Klarar anbudsgivaren inte att rättfärdiga anbudet så ska den upphandlande myndigheten behålla sin avsikt att förkasta anbudet.

För att avslutningsvis återknyta till uppsatsens titel kan det konstateras att utan den obligatoriska förkastandeavsiktens erkännande så erhåller

upphandlande myndigheter i dagsläget avtalsprestationer, vilka förefaller vara väldigt förmånliga och ibland även helt gratis. Dessa avtalsprestationer är dessvärre ofta för bra för att vara sanna då de sannolikt inkluderar en begränsad konkurrens med alla efterföljande konsekvenser därav.

6.3 De lege ferenda

Denna avslutande normativa del av uppsatsen innehåller en presentation av idéer över hur regleringen om onormalt låga anbud borde se ut. För att undvika att uppfinna hjulet ännu en gång används utöver mina egna slutsatser även vissa delar av Kommissionens direktivförslag samt Ølykkes definieringsmetod. Dessa delar kommer att placeras in i mitt förändringsförslag där jag ansett att de göra mest nytta i förhållande till mina egna lösningar. Den följande presentationen är emellertid främst baserade på de svagheter i systemet som jag har noterat under arbetets gång.

Kommissionens förslag innehåller en möjlighet att använda systemet med livscykelkostnader. Detta något invecklade system kommer med all sannolikhet att kunna motverka många problem inom upphandlingsvärlden däribland vissa situationer med onormalt låga anbud. Jag ser inte några direkta negativa aspekter med detta system förutom eventuella initiala tillämpningsproblem. Ett fungerande livscykelsystem borde leda till att seriösa anbudsgivare får en stor fördel mot oseriösa anbudsgivare då det borde bli lättare för en seriös anbudsgivare att redogöra för diverse kostnader. Systemet är därmed enligt mig önskvärt.

Identifieringsfasen

Jag anser att det först måste det finnas klara och tydliga metoder för att identifiera ett onormalt lågt anbud. Kommissionens förslag att jämföra anbudens prisnivåer med varandra är ett bra sätt. Denna relativa metod är emellertid begränsad till att kontrollera onormalt låga *prisnivåer*. Metoden bör även ges större omfattning så att den kan användas på andra parametrar än enbart prisnivån. Likaså bör den förändras så att metoden ska användas när det finns tre eller flera anbudsgivare istället för fem eller fler som Kommissionen föreslår. Detta motiveras med att metoden ska kunna användas oftare. Detta borde inte vara otänkbart då det idag fungerar så i Spanien. Metoden har ansetts vara acceptabel enligt EU-domstolen. Det kan trots detta påpekas att metoden tangerar gränsen för vad transparensprincipen tillåter.

En konsekvens av en sådan relativ identifieringsmetod blir ofrånkomligen att en anbudsgivare aldrig kan förutspå om dennes anbud kommer att bli identifierat som onormalt lågt. Detta kanske borde öppna för att införa en möjlighet för anbudsgivaren att få höja sin anbudsnivå. En sådan lösning skulle troligtvis skapa flera andra problem så en sådan lösning är inte heller att föredra. Fungerar denna identifieringsmetod för den spanska lagstiftaren,

Kommissionen och EU-domstolen torde den ändock vara väl avvägd och godtagbar vilket gör att jag finner den lämplig.

Utöver denna metod vilken är relativ till de andra anbuden föreslår jag att Ølykkes omvandlade AKZO-test borde kunna användas. Metoden är relativ mot upphandlingsföremålet samt dess kostnader, för en illustration över denna modell hänvisas till uppsatsens bilaga. Denna metod bör även kunna appliceras på andra aspekter än prisnivån vilket är i linje med Belfass-fallet. Jag menar därmed att detta test borde justeras i sådana situationer så att parametrarna ”förväntad totalkostnad” byts till exempelvis ”förväntat antal timmar”. Parametern ”rörliga kostnader” bör i dessa fall ersättas av en lägstanivå för vad som krävs för att kunna genomföra upphandlingsföremålet. Det blir viktigt att denna lägstanivå inte blir godtycklig och bör därför genomgå någon form av verifikation av någon utanför den upphandlande myndigheten exempelvis av konkurrensmyndigheten. Det merarbete denna verifikation innebär bör avta i takt med att fasta lägstanivåer för olika områden fastställts. Dessa fasta lägstanivåer bör kontinuerligt kontrolleras så att den kan sänkas när exempelvis ny teknologi tillåter detta. Förfarandet kan här framstå som omständigt, det ska i så fall påpekas att situationer där ett anbud är onormalt lågt på någon annan punkt än prisnivån troligtvis är mycket sällsynt.

Jag anser även att det bör krävas att det framgår ur förfrågningsunderlaget vilket av dessa förfaranden som den upphandlande myndigheten kommer att använda. Förutom att använda dessa metoder bör det alltid fastställas en gräns vilken ska urskilja onormalt låga anbud. Gränsen bör som i det spanska systemet motsvara den upphandlande myndighetens beräknade budget för upphandlingen. Gränsen bör ligga runt 20 procentenheter under vad budgeten för upphandlingen är beräknad till.

Utöver dessa metoder för att identifiera onormalt låga anbud bör det enligt min mening även finnas en möjlighet för den upphandlande myndigheten att få ett anbud förklarat som onormalt lågt. Exempelvis genom en ansökan till Konkurrensverket. Någon arbiträr identifieringsmöjlighet som nu återfinns i Upphandlingsdirektivet bör inte existera.

Jag vågar även påstå att det är av vikt att beräkningen av priset bör inkludera rabatter, för att upptäcka dolda onormalt låga anbud. Går det inte att beräkna hur stor denna rabatt kommer att bli bör en förväntad nivå användas. Det angivna priset bör sedan minskas med summan alternativt den förväntade summan av den erhållna rabatten.

Det bör även framgå att det bildas en stark presumtion för att anbudet ska förkastas om det visar sig vara onormalt lågt.

Undersökningsfasen

Meddelandet till den aktuelle anbudsgivaren med informationen att dennes anbud identifierats som onormalt lågt bör även i fortsättningen vara

skriftligt. En skillnad från nuvarande reglering som jag förespråkar är att det borde finns ett tydligt krav på den upphandlande myndigheten att tillsammans med skälen för förkastandet redogöra för vilket syfte som anbudet inte är förenligt med. Detta för att hindra godtyckiga förkastandebeslut. Vid en tvist angående ett förkastande skulle detta uttalade syfte utgöra processföremålet vilket i sin tur innebär att en ändring av talan utanför detta syfte blir otillåtet. Skulle därmed ett anbud förkastas då risken för uteblivna leveranser är stor kan inte den upphandlande myndigheten senare hävda att förkastandet var rättfärdigt på grunden att anbudet även skulle snedvrida konkurrensen i stor utsträckning. Detta skulle enbart kunna utgöra en skadeståndstalan för en anbudsgivare vars anbud förkastats på fel grund. Det är således den upphandlande myndighetens slarv som bestraffas. Ett alternativ till denna lösning är att implementera detta förfarande under upphandlingsskadeavgiftssystemet.

Min mening är även att då onormalt låga anbudet har lämnats av ett företag vilket drivs med en bolagsform med ett begränsat ägaransvar exempelvis ett svenskt aktiebolag bör förklaringen även omfatta en noggrann redogörelse över bolagets finansiella ställning. Förklaringen bör därmed först rättfärdiga anbudets låga nivå samt klargöra att bolaget i den närmsta framtiden inte hotas av konkurs. Detta krav kan eventuellt stå i strid med likabehandlingsprincipen då olika bolagsformer behandlas olika. Som svar på detta kan det hävdas att lika inte behandlas olika när samtliga bolag med begränsat ägaransvar behandlas på samma sätt. Det handlar därmed om att dela upp anbudsgivare i två kategorier där anbudsgivarna behandlas lika i de olika kategorierna.

En annan lösning vilken sträcker sig utanför uppsatsens ramar skulle vara att öka aktiekapitalsgränsen för att få bilda ett aktiebolag alternativt sätta upp en minimigräns av aktiekapital för att få delta i en offentlig upphandling. Lösningarna för emellertid med sig en oönskad effekt i att skötsamma mindre bolag hindras från att delta.

Uteslutningsfasen

I Kommissionens förslag återfinns flera omständigheter vilka utgör obligatoriska förkastandegrunder. Dessa blir överflödiga om regeln istället förses med en stark förkastandepresumtion. En anbudsgivare kommer inte att kunna bryta denna presumtion med dessa omständigheter.

Det bör även vara möjligt att få ett förkastandebeslut samt ett för otydligt meddelande om att ett anbud definierats som onormalt lågt överprövat. Bevisbördan för att anbudet identifierats korrekt borde ligga på den upphandlande myndigheten, även bevisbördan huruvida meddelandet om identifieringen var tillräckligt tydlig bör hamna på den upphandlande myndigheten. Bevisbördan för att ett anbud faktiskt är rättfärdigat och inte ska förkastas bör i enlighet med Konkurrensverkets uppfattning hamna på anbudsgivaren.

Att en underlåtelse att förkasta ett onormalt lågt anbud ska kunna överprövas bör tydligt framgå. Det är då den upphandlande myndighetens misslyckande att identifiera ett onormalt lågt anbud eller bedömning av förklaringen som rättfärdigat ett onormalt lågt anbud som ska prövas. Bevisbördan för dessa fall bör ligga på sökanden.

Överprövningsmöjligheten kan trots bevisbördans placering få följden att antalet överprövningsärende ökar, detta borde emellertid bara bli en initial effekt som borde avta i takt med att rättstillämpningen sätter upp mer detaljerade gränser kring denna möjlighet. Förutom den direkt positiva effekten av att agerande som strider mot upphandlingsreglernas syfte kan stoppas på kort sikt så kommer även denna överprövningsmöjlighet att göra upphandlande myndigheter mer vaksamma och motvilliga till att anta ett onormalt lågt anbud som inte på ett tydligt sätt rättfärdigats.

Avslutningsvis så borde samtliga beslut att förkasta ett onormalt lågt anbud anmälas till konkurrensmyndigheten som därmed lättare kan övervaka dessa förfaranden.

Dessa föreslagna förändringar skulle resultera i ett mer omfattande lagrum vilket eventuellt medför högre kostnader. Kostnaderna blir emellertid aldrig så höga som en upphandling vilken måste göras om eller en upphandling på en marknad utan konkurrens.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Europeiska unionen

Council Directive 71/305/EEC of 26 July 1971 concerning the co-ordination of procedures for the award of public works contracts.
EGT L 185, 16.8.1971, s. 5–14.

Council Directive 77/62/EEC of 21 December 1976 coordinating procedures for the award of public supply contracts.
EGT L 13, 15.1.1977, s. 1–14.

Council Directive 90/531/EEC of 17 September 1990 on the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and telecommunications sectors
EGT L 297, 29.10.1990, s. 1–48.

Rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster.
EGT L 209, 24.7.1992, s. 1–24.

Rådets direktiv 93/36/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av varor.
EGT L 199, 9.8.1993, s. 1–53.

Council Directive 93/37/EEC of 14 June 1993 concerning the coordination of procedures for the award of public works contracts.
EGT L 199, 9.8.1993, s. 54–83.

Rådets direktiv 93/38/EEG av den 14 juni 1993 om samordning av upphandlingsförfarandet för enheter som har verksamhet inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna.
EGT L 199, 9.8.1993, s. 84–138.

Rådets förordning (EG, Euratom, EKSG) nr 2333/95 av den 18 september 1995 om ändring av budgetförordningen av den 21 december 1977 om Europeiska gemenskapernas allmänna budget.
EGT L 240, 7.10.1995, s. 1–8.

Rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 av den 25 juni 2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget.
EGT L 248, 16.9.2002, s. 1.

Kommissionens förordning (EG, Euratom) nr 2342/2002 av den 23 december 2002 om genomförandebestämmelser för rådets förordning (EG, Euratom) nr 1605/2002 med budgetförordning för Europeiska gemenskapernas allmänna budget.
EGT L 357, 31.12.2002, s. 1.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.
EUT L 134, 30.4.2004, s. 1–113.

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster.
EUT L 134, 30.4.2004, s. 114–240.

Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon den 13 december 2007.
EUT 2007/C 306/01.

Konsoliderade versioner av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.
EUT 2010/C 83/01.

Sverige

Förarbete

SOU 2005:22, *Nya upphandlingsregler*.

SOU 2006:28, *Nya upphandlingsregler 2*.

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

Prop. 2007/08:135, *Ny konkurrenslag m.m.*

Spanien

Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Storbritannien

The Public Contracts Regulations 2006 (si 2006 no 5).

The Utilities Contracts Regulations 2006 (si 2006 no 6).

The Public Contracts (Scotland) Regulations 2012 (ssi 2012 no 88).

The Utilities Contracts (Scotland) Regulations 2012 (ssi 2012 no 89).

Litteratur

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, upplaga 2, Sweet & Maxwell, London, 2005.
(citeras Arrowsmith)

Bergman, Mats; Indén, Tobias; Lundberg, Sofia; Madell, Tom, *Offentlig upphandling – På rätt sätt och till rätt pris*, Studentlitteratur, Lund, 2011.
(citeras Bergman m.fl.)

Bernitz, Ulf, *Svensk och europeisk marknadsrätt 1 – Konkurrensrätten och marknadsekonomins rättsliga grundvalar*, upplaga 3, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2011.
(citeras Bernitz)

Esteva Mosso, Carles, A. Ryan, Stephen, Albaek, Svend, Luisa Tierno Centella, María, *Article 82*, I: *The EC law of competition*,(red.: Faull, Jonathan, Nikpay, Ali) upplaga 2, Oxford University Press, Oxford, 2007.
(citeras Esteva Mosso m.fl.)

Fabricus, Jesper, Offersen, René, *EU´s udbudsregler i praksis*, upplaga 2, Förlaget Thomson A/S, Köpenhamn, 2006.
(citeras Fabricus & Offersen)

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, upplaga 2, Jure Förlag, Stockholm, 2011.
(citeras Falk)

Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF, LUFS och LOV*, upplaga 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.
(citeras Forsberg)

Gertéll, Pernilla, *Nya lagen om offentlig upphandling – en handbok,* Studentlitteratur AB, Lund, 2011.
(citeras Gertéll)

Hebly, Jan M., *European Public Procurement – Legislative History of the 'Classic' Directive 2004/18/EC*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, 2007.
(citeras Hebly)

Henriksson, Lars, *Rätten till priskonkurrens – i marknadsdominans*, Stiftelsen MercurIUS, Stockholm, 2003.
(citeras Henriksson)

Jones, Alison, Surfin, Brenda, *EU competition law – text, cases and materials*, upplaga 4, Oxford University Press, Oxford, 2011.
(citeras Jones & Surfin)

Josephson, Magnus, Wenström, Eva, Vinnande anbud – så lyckas du i offentliga upphandlingar, Liber AB, Malmö, 2012.
(citeras Josephson & Wenström)

Melin, Stefan, *Juridikens begrepp*, Iustus Förlag AB, Uppsala, 2007.
(citeras Melin)

Peczenik, Alexander, *Juridikens teori och metod: en introduktion till allmän rättslära*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1995.
(citeras Peczenik ” *Juridikens teori och metod*”)

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? – Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 1995.
(citeras Peczenik ”*vad är rätt?*”)

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, upplaga 2, Jure Förlag, Stockholm, 2011.
(citeras Pedersen)

Rose, Vivien och Bailey, David, *Bellamy & Child: European Union Law of Competition*, upplaga 3, Oxford University Press, Oxford, 2013.
(citeras Bellamy & Child)

Rosén Andersson, Helena, Mühlenbock, Eva-Maj, Willquist, Henrik, Svensson, Natalie, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, Norstedts Juridik, Stockholm, 2013.
(citeras Rosén Andersson m.fl.)

Sánchez Graells, Albert, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart Publishing, Portland, 2011.
(citeras Graells “*Public Procurement and the EU Competition Rules”*)

Sánchez Graells, Albert, *Public Procurement below EU Thresholds in Spain*, I: *Outside the EU procurement directives – inside the treaty?*,(red.: Dragos, Dacian, Caranta, Roberto) DJØF Publishing, Köpenhamn, 2012.
(citeras Graells "*Public Procurement below EU Thresholds in Spain*")

Sandgren, Claes, *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare*, upplaga 2, Norstedts Juridik, Stockholm, 2007.
(citeras Sandgren)

Skovgaard Ølykke, Grith, *Abnormally low tenders – with an emphasis on public tenderers*, DJØF Publishing, Köpenhamn, 2010.
(citeras Ølykke)

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – en introduktion*, upplaga 2, Studentlitteratur AB, Lund, 2013.
(citeras Sundstrand "*Offentlig upphandling – en introduktion*")

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

Trepte, Peter, *Public procurement in the EU*, upplaga 2, Oxford University Press, Oxford, 2007.
(citeras Trepte)

Troels Poulsen, Sune, Stig Jakobsen, Peter, Evers Kalsmose-Hjelmborg, *EU udbudsretten – Udbudsdirektivet for offentlige myndigheder – Forsyningsvirksomhedsdirektivet*, upplaga 2, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Aarhus, 2011.
(citeras Troels m.fl.)

Werling, Per, *Offentlig upphandling från A till Ö*, Liber AB, Malmö, 2012.
(citeras Werling)

Wetter, Carl, Karlsson, Johan, Rislund, Olle, Östman, Marie, *Konkurrensrätt – en handbok*, Thomson Fakta AB, Stockholm, 2004.
(citeras Wetter m.fl.)

Artiklar

Calveras, Aleix, Ganuza, Juan-Jose, Hauk, Esther, *Wild bids. Gambling for Resurrection in Procurement Contracts*, I: Journal of Regulatory Economics s 41-68, 2004.
(citeras Calveras m.fl.)

Hettne, Jörgen, Öberg, Ulf, *Fritt skön och domstolskontroll vid offentlig upphandling*, I: SvJT 2005.
(citeras SvJT 2005)

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, I: SvJT 2004.
(citeras Jareborg)

Peczenik, Alexander, *Juridikens allmänna läror*, I: SvJT 2005.
(citeras Peczenik ” *Juridikens allmänna läror*”)

Elektroniska källor

Samtliga elektroniska källor kontrollerades 23 december 2013.

Eriksson, Pernilla, *Konsult till salu - för 1 krona?*, publicerad den 18 november 2013,
http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.532822/konsult-till-salu--for-1-krona?queryText=onormalt%20l%E5ga%20anbud.
(citeras Eriksson ”*Konsult till salu*”)

Sánchez Graells, Albert, *Award Criteria and Award-Related Challenges Under Spanish Public Procurement Law*, publicerad den 28 augusti 2012, Tillgänglig via SSRN:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2138098.
(citeras Graells “*Award Criteria and Award-Related Challenges Under Spanish Public Procurement Law*”)

Sjöblom, Dan, Grönberg, Henrik, *"Vi vill stoppa fusket vid upphandlingar"*, publicerad den 6 februari 2013,
http://upphandling24.idg.se/2.1062/1.490666/vi-vill-stoppa-fusket-vid-upphandlingar?queryText=onormalt%20l%E5ga%20anbud.
(citeras Sjöblom & Grönberg ”*Vi vill stoppa fusket vid upphandlingar*”)

Cauwelaert, F Van, *Prevention, Detection and Elimination of Abnormally Low Tenders in the European Construction Industry*, publicerad den 19 maj 1999,
http://gci-uicp.eu/Documents/Reports/DG3ALT-final.pdf.
(citeras Cauwelaert)

Zirn, Tomas, *Upphandlingsidiotin: De vill betala för att få vara med*, publicerad den 26 november 2013,
http://www.idg.se/2.1085/1.534898.
(citeras Zirn “*Upphandlingsidiotin*”)

Myndighetspublikationer och rapporter

Europeiska unionen

Europeiska ekonomiska och sociala kommittén, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the coordination of procedures for the award of public supply contracts, public service contracts and public works contracts*, COM(2000) 275 final.
(citeras EESK´s förslag)

Kommissionen, Meddelande, *Vägledning om kommissionens prioriteringar vid tillämpningen av artikel 82 i EG-fördraget på företags missbruk av dominerande ställning genom utestängande åtgärder*, EUT 2009/C 45/02.
(citeras Kommissionens meddelande 2009/C 45/02)

Kommissionen, Grönbok, *Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, KOM(2011) 15 slutlig.
(citeras Kommissionens grönbok)

Kommissionen, Rapport, *Green Paper on the modernisation of EU public procurement policy Towards a more efficient European Procurement Market Synthesis of replies*.
(citeras rapport angående Kommissionens grönbok)

Europaparlamentet, *Europaparlamentets resolution av den 25 oktober 2011 om modernisering av offentlig upphandling (2011/2048(INI))*, EUT 2013/C 131 E/03.
(citeras Europaparlamentets resolution)

Kommissionen, *Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling*, KOM (2011) 896 slutlig.
(citeras Kommissionens förslag)

Kommissionen, *Guide to the community rules on public procurement of services other than in the water, energy, transport and telecommunications sectors*.
(citeras Kommissionens upphandlingsguide)

Sverige

Nämnden för offentlig upphandling, Rapport, *LOU:s tillämplighet vid sponsring av varor och tjänster till statliga myndigheter*, Dnr 2003/0039-28.
(citeras NOU´s rapport)

Kammarkollegiet, *Anbudsutvärdering vid offentlig upphandling av varor och tjänster – Vägledning*, 2010-12-21, 2010:9.1(reviderad 2011-11-01).
(citeras kammarkollegiets vägledning)

Konkurrensverket, rapport, *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, 2011:1.
(citeras osund strategiskt anbudsgivning)

Konkurrensverket, rapport, *Osund konkurrens i offentlig upphandling - Om lagöverträdelser som konkurrensmedel*, 2013:6.
(citeras osund konkurrens)

Konkurrensverket, Yttrande, *Yttrande i förvaltningsrättens mål nr 13295-12, 13381-12, 13385-12 samt 13429-12*, Dnr 83/2013.
(citeras Konkurrensverkets yttrande)

Rättsfallsförteckning

Europeiska unionen

Europeiska unionens domstol

Mål C-76/81, *SA Transporoute et travaux mot Ministère des travaux publics*, REG 1982, s. 417.
(citeras C-76/81 Transporoute)

Mål C-62/86, *AKZO Chemie BV mot Kommissionen*, REG 1991, s. I-3359.
(citeras C-62/86 AKZO)

Mål C-103/88, *Fratelli Costanzo SpA mot Comune di Milano***,** REG 1989, s. 1839.
(citeras C-103/88 Costanzo)

Mål C-333/94 P, Tetra *Pak International SA mot Kommissionen*, REG 1996, s. I-5951.
(citeras C-333/94 P Tetra Pak)

Mål C-304/96, *Hera SpA mot Unità sanitaria locale n° 3 - genovese (USL) och Impresa Romagnoli SpA*, REG 1997, s. I-5685.
(citeras C-304/96 Hera)

De förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni mot ANAS – Ente nazionale per le strade och Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA(mål C-285/99) samt Impresa Ing. Mantovani SpA mot ANAS — Ente nazionale per le strade och Ditta Paolo Bregoli(mål C-286/99)*, REG 2001, s. I-9233.
(citeras Lombardini & Mantovani)

Mål C-26/03, *Stadt Halle och RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*, REG 2005, s. I-1.
(citeras C-26/03 Stadt Halle)

De förenade målen C-147/06 och C-148/06, *SECAP SpA mot Comune di Torino(mål C-147/06) samt Santorso Soc. coop. arl mot Comune di Torino(C-148/06)*, REG 2008, s. I-3565.
(citeras SECAP)

Mål C-202/07 P, *France Télécom SA mot Kommissionen*, REG 2009 s I-2369.
(citeras C-202/07 P France Télécom)

Mål C-305/08, *Consorzio Nazionale Interuniversitario per le Scienze del Mare (CoNISMa) mot Regione Marche*, REU 2009, s. I-12129.
(citeras C-305/08 Conisma)

Mål C-599/10, *SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA mot Úrad pre verejné obstarávanie*, REU 2012, s. I-0000.
(citeras C-599/10 SAG)

Förstainstansrätten

Mål T-4/01, *Renco SpA mot Europeiska unionens råd*, REG 2003, s. II-171.
(citeras T-4/01 Renco)

Mål T-148/04, *TQ3 Travel Solutions Belgium SA mot Kommissionen*, REG 2004, s. II-0000.
(citeras T-148/04 TQ3)

Mål T-495/04, *Belfass SPRL mot Europeiska unionens råd*, REG 2008, s. II-781.
(citeras T-495/04 Belfass)

Tribunalen

Mål T-121/08, *PC-Ware Information Technologies BV mot Kommissionen*, REU 2010, s. II-1541.
(citeras T-121/08 PC-Ware)

Generaladvokatens yttrande

Förslag till avgörande i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, *Impresa Lombardini SpA – Impresa Generale di Costruzioni mot ANAS – Ente nazionale per le strade och Società Italiana per Condotte d'Acqua SpA(mål C-285/99) samt Impresa Ing. Mantovani SpA mot ANAS — Ente nazionale per le strade och Ditta Paolo Bregoli(mål C-286/99)*, REG 2001, s. I-9233.
(citeras Generaladvokaten i Lombardini & Mantovani)

Förslag till avgörande i de förenade målen C-147/06 och C-148/06, *SECAP SpA mot Comune di Torino(mål C-147/06) samt Santorso Soc. coop. arl mot Comune di Torino(C-148/06)*, REG 2008, s. I-3565.
(citeras Generaladvokaten i SECAP)

Sverige

Kammarätterna

Kammarätten i Stockholm, mål nr 797-06, dom 14 februari 2007.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 235-07, dom 5 april 2007.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 236-07, dom 5 april 2007.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1247-09, dom 2 juli 2009.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3356-09, dom 4 november 2009.

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 2767–2768-09, dom 15 december 2009.

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1777–1779-11, dom 31 augusti 2011.

Kammarrätten i Stockholm mål nr 8976-12, dom 15 mars 2013.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598-2601-13, dom 18 oktober 2013.

Förvaltningsrätterna

Förvaltningsrätten i Stockholm, mål nr 21748-10, dom 5 mars 2010.

Förvaltningsrätten i Karlstad, Mål nr 3006-11 E, 3004-11 E, dom 10 november 2011.

Förvaltningsrätten i Göteborg, mål nr 13295-12, 13381-12, 13385-12,13429-12, dom 3 april 2013.

Länsrätterna

Länsrätten i Värmlands län, mål nr 481-09, dom 18 maj 2009.

Länsrätten i Stockholms län, mål nr 8485-09, dom 15 juni 2009.

Marknadsdomstolen

MD 2000:2, *Statens Järnvägar mot Konkurrensverket*.

MD 2011:14, *Bring CityMail Sweden AB mot Posten Meddelande AB*.

Storbritannien

Morrison Facilities services v. Norwich City Council [2010] EWHC 487 (Ch).
(citeras Morrison v Norwich)

J Varney & Sons Waste Management Ltd v. Hertfordshire CC [2010] EWHC 1404 (QB).
(citeras Varney)

Amey AG Limited v. The Scottish Ministers [2012] CSOH 181.
(citeras Amey)

Bilaga – Illustration över Ølykkes modifierade AKZO-test