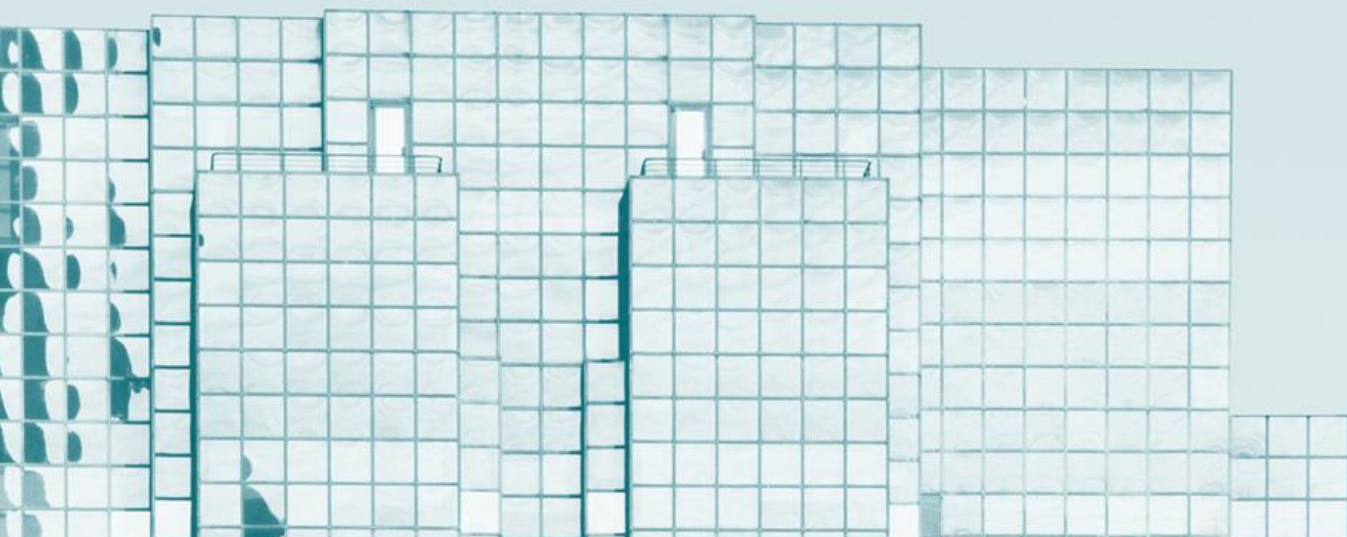


CIRIO

Golv och takpriser i offentlig upphandling – var finns logiken?



1 Golv- och takpriser

I ett par uppmärksammade rättsfall har Högsta förvaltningsdomstolen slagit fast vad som ska gälla då upphandlande myndigheter i upphandlingsdokumenten styr prissättningen i anbud. Flera kammarrättsdomar har därefter avgjorts på samma tema.

Det handlar om hur myndigheten får/kan styra prissättningen i upphandlingar där utvärderingsgrunden "bästa förhållandet mellan pris och kvalitet" tillämpas.

I **HFD 2018 ref. 50** (Golvprisdomen) konstaterade HFD att det inte är förenligt med upphandlingslagstiftningen att som obligatoriskt krav ange att anbud med ett timarvode under en viss nivå (s.k. golvpris) inte kommer att antas. HFD förklarade i domskälen att sådant krav förhindrar leverantören från att konkurrera med priset, detta då anbud under golvpriset automatiskt utesluts.

I Golvprisdomen ansåg HFD att likabehandlingsprincipen inte upprätthållits eftersom golvpriser kan leda till att leverantörer behandlas olika och att sådana krav förhindrar konkurrens. Olikbehandlingen kan bestå i att leverantörer kan ha olika kostnadsfördelar som kan användas i upphandlingar, vilka återspeglas i prissättningen. I Golvprisdomen konstaterade HFD också att obligatoriska golvpris strider mot bestämmelsen om onormalt låga anbud. En sådan fråga kan uppenbarligen inte bestämmas på förhand utan ska hanteras i enlighet med det kontradiktoriska förfarandet som föreskrivs i LOU 16 kap 7 §.

I **HFD 2020 ref. 24** (Takprisdomen) var det på sätt och vis likartade förhållanden, med där gick domslutet i de andra riktningen. Där gällde frågan om tillåtligheten av ett krav som reglerade att priser i ett mängdintervall inte fick vara högre än priser för samma arbete i ett annat mängdintervall. Det var således ett slags relativ kravställning inom det egna anbudet som styrde priset. I takprisdomen betonade HFD att kravet på ett avgörande sätt skiljde sig från det som prövades i HFD 2018 ref. 50. Kravet kunde enligt HFD:s mening inte anses komma i konflikt med likabehandlingsprincipen eller med bestämmelserna om onormalt låga anbud.

HFD förefaller alltså i princip ha uppfattningen att det alltid ska vara möjligt att konkurrera med priset (och att ett misstänkt för lågt pris ska hanteras i den ordning som föreskriv i LOU 16 kap 7 §) men att inte varje inskränkning av leverantörernas möjlighet att fritt prissätta sina anbud står i konflikt med likabehandlingsprincipen eller upphandlingslagstiftningen i övrigt.

I en nyligen meddelad dom från **HFD, dom den 18 oktober 2022 i mål 3566-21**, har ånyo "golvpris-frågan" bedömts. I det målet var det fråga om tillämpning av en prisutvärderingsmodell där poängsättning av anbudspriser skulle ske inom ett angivet intervall. Anbudsgivarna skulle prissätta olika delposter och summan av de olika posterna utgjorde sedan anbudspriset. Anbudspriserna skulle sedan utvärderas enligt en linjär skala med ett spann mellan 3 000 000 kronor och 700 000 kronor. Ett anbudspris på 700 000 kronor gav 55 poäng medan ett anbudspris på 3 000 000 kronor gav noll poäng. Ett anbudspris understigande 700 000 kronor fick följaktligen inget mervärde vid utvärderingen. Till skillnad från HFD 2018 ref. 50 var det alltså inte fråga om ett obligatoriskt krav med risk för uteslutning utan bara en utvärderingseffekt.

HFD konstaterar att det också vid valet av utvärderingsmodell ska säkerställas att modellen leder till en effektiv konkurrens. Golvprisdomens resonemang om en prisgräns konkurrensbegränsande effekt är därför relevant också när en prisgräns tillämpas inom ramen för anbudsutvärderingen. Samtidigt som leverantörerna hindras från att konkurrera med sina priser förhindras den upphandlande myndigheten att bedöma inkomna anbud i verklig konkurrens med varandra. Utvärderingsmodellen strider därför mot likabehandlingsprincipen, detta även om utvärderingsmodellen inte innebär att anbud med priser under den lägsta nivån i intervallet förkastas. HFD menar slutligen också att eftersom prisgränsen i realiteten innebär att leverantörerna inte offererar priser under den angivna lägstanivån kan regleringen om onormalt låga anbud sättas ur spel.

Sammanfattningsvis konstaterade HFD att det inte är förenligt med upphandlingsregelverket att tillämpa en utvärderingsmodell som innebär att priset i ett anbud inte får någon inverkan vid utvärderingen till den del det understiger en viss prisnivå.

Det ska särskilt noteras att ett justitieråd skrev sig skiljaktig och anser att det är tillåtet att tillämpa en utvärderingsmodell som innebär att priset i ett anbud inte får någon inverkan vid utvärderingen till den del det understiger en viss prisnivå. Den skiljaktiga meningen sammanfattades enligt följande:

"Den i målet aktuella utvärderingsmodellen leder visserligen till att en leverantör inte kan konkurrera med sitt pris fullt ut. Högsta förvaltningsdomstolen har emellertid i takprisdomen slagit fast att inte varje inskränkning av leverantörernas möjlighet att fritt prissätta sina anbud står i strid med likabehandlingsprincipen eller med regleringen i övrigt. Utvärderingsmodellen framstår som ekonomiskt rationell, är transparent och tillämpas lika på alla leverantörer. Ett förbud mot utvärderingsmodellen medför vidare långtgående och negativa konsekvenser för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer.

De skäl som talar för ett förbud – som i realiteten endast gynnar leverantörer som vill prisa in sig på en marknad – väger därför alltför lätt för att man ska kunna anse att likabehandlingsprincipen trätts förnär. Jag anser således att den i målet aktuella utvärderingsmodellen inte strider mot likabehandlingsprincipen

2 Fast pris vid utvärderingen

Det som rör till det hela är frågan om användningen av fasta priser vid tillämpning av utvärderingsmodellen ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Det förekommer att myndigheter i upphandlingsdokumentet föreskriver ett fast pris och sedan väljer att endast utvärdera och tilldela kontrakt utifrån kvalitetskriterier.

Är då detta tillåtet? Blir inte det ett slags golvpris? I vart fall innebär det att leverantörerna berövas möjligheten att konkurrera med priset. Givet utgången i ovan refererade mål från HFD blir svaret hängande i luften.

När det gäller tilldelningsgrunden ”bästa förhållandet mellan pris och kvalitet” anges i LOU-direktivet (2014/24 EU), artikel 67.2 andra stycket;

”Kostnadselementet kan också ha formen av ett fast pris eller en fast kostnad där de ekonomiska aktörerna enbart konkurrerar i fråga om kvalitetskriterier”¹.

I propositionen genom vilken direktivet införlivades i Sverige konstaterades att det var tillräckligt att direktivet föreskrev en sådan möjlighet, varför motsvarande text inte infördes i LOU². Innebörden av bestämmelsen är dock ganska klar – genom att ”låsa” priset (kostnadselementet) blir priset inget konkurrensmedel.

¹ Motsvarande bestämmelse finns i LUF-direktivet (201/25/EU), artikel 82 andra stycket.

² Proposition 2015/16:195 s. 785

Det som är lite märkligt är att detta inte har berörts i någon av ovan refererade domar, detta trots att HFD i så väl takprisdomen som i den senaste domen förde ett mer allmänt resonemang om vikten av att genom priset upprätthålla konkurrensen och likabehandlingen. Inte ens i den utvecklade skiljaktiga meningen i det senaste målet fick frågan om bestämmelsen om fast pris någon plats.

Den ofrånkomliga reflektionen blir därför att användningen av ett golvpris, oavsett om det förekommer som ett obligatoriskt krav eller som ett utvärderingskriterium, trots allt möjliggör en viss priskonkurrens ned till golvpriset medan användningen av ett fast pris – med innebörd att endast kvalitetskriterier blir föremål för konkurrens – helt utesluter prisets påverkan vid utvärderingen. Då det senare är tillåtet medan det förra bedömts otillåtet av HFD uppstår en besvärande brist på logik.



3 Nytt besked från HFD?

Kanske kan vi ändå hoppas på ett snart (?) klargörande från HFD.

Den 30 juni 2022 beviljade HFD prövningstillstånd i ett mål som handlar om ett uppställt krav som innebär automatiskt förkastande av ett anbud som innehåller ett negativt delpris. Frågan är alltså om detta är förenligt med upphandlingslagstiftningen (Mål nr 766-22)³.

I korthet handlar målet om en entreprenadupphandling där det av upphandlingsdokumenten framgår att samtliga priser i mängdförteckningen och å-priser ska var för sig överstiga eller som lägst vara lika med noll kronor. En leverantör erbjöd för en delpost ett negativt pris varför dennes anbud förkastades. Kammarrätten konstaterade, i likhet med förvaltningsrätten, att myndigheten inte är förhindrad att ange att ett delpris som lägst får vara noll kronor, eftersom det är ett pris som efterfrågas och inte en rabatt eller en ersättning till upphandlande myndighet. Kravet ansågs därför inte gå att jämföra med ett sådant golvpris av det slag som var aktuellt i HFD 2018 ref. 50, detta då kravet varken begränsade anbudsgivarna från att lämna ett konkurrenskraftigt anbud eller i övrigt konkurrera med sin prissättning. Det konstaterades också att kravet inte heller var konstruerat på sådant sätt att det leder till att onormalt låga anbud automatiskt förkastas.

Med tanke på att LOU-direktivet (2014/24 EU) artikel 67.2 andra stycket har ett innehåll som i vart fall måste ses som svårförenligt med HFD:s domar gällande prisstyrning bör detta vara ett skäl till att efterfråga ett förhandsavgörande till EU-domstolen. HFD har som sagt beviljat prövningstillstånd och kanske är det så att domstolen vill ställa till rätta den osäkerhet som trots allt får anses råda. Förhoppningen är således att HFD ger ett klart besked om i vilken utsträckning prisstyrning i upphandlingar är tillåten. Det är önskvärt att HFD bedömer frågan i ljuset av möjligheten att använda ett fast pris som "pris" vid tillämpning av utvärdering enligt grunden "bästa förhållandet mellan pris och kvalitet".

³ Överklagat mål från kammarrätten i Sundsvall, mål 1803-21, dom meddelad den 7 februari 2022

Kontakt



Olof Hallberg

Partner

olof.hallberg@cirio.se

+46 (0)76-617 08 86



Lukas Granlund

Managing Associate

lukas.granlund@cirio.se

+46 (0)76-617 09 75

Cirio Advokatbyrå | Box 3294, SE-103 65 Stockholm

+46 8 527 91 600 | contact@cirio.se | www.cirio.se