



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Viktoria Petersson

## Bestämmelserna om onormalt låga anbud

- En nödvändig säkerhetsåtgärd för att uppnå  
sund konkurrens vid offentliga upphandlingar?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: period 1 HT2016

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>5</b>
1.1 Bakgrund	5
1.2 Syfte och frågeställningar	6
1.3 Metod och material	7
1.4 Avgränsningar	9
1.5 Forskningsläge	10
1.6 Disposition	11
<b>2 IDENTIFIERING AV ONORMALT LÅGA ANBUD</b>	<b>13</b>
2.1 Avsaknad av entydig definition	13
2.2 Identifiering enligt EU-domstolen	14
2.3 Identifiering enligt svensk rättspraxis	15
2.4 Identifiering enligt Konkurrensverket	17
2.5 Identifieringsmöjligheter enligt doktrin	18
<b>3 FÖRFARANDET DÅ ETT ONORMALT LÅGT ANBUD HAR IDENTIFIERATS</b>	<b>19</b>
3.1 Det kontradiktoriska förfarandet	19
3.2 Godtagbara respektive ej godtagbara förklaringar till onormalt låga anbud	21
<b>4 FAKULTATIVT RESPEKTIVE OBLIGATORISKT FÖRKASTANDE AV ETT ONORMALT LÅGT ANBUD</b>	<b>27</b>
4.1 Enligt Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG, LOU & rättspraxis	27
4.2 Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU	31
4.3 Nya LOU	32

<b>5</b>	<b>BEVISBÖRDANS PLACERING</b>	<b>35</b>
5.1	Inledande om bevisbördans placering i mål om offentlig upphandling	35
5.2	Bevisbördeteorier	36
5.3	Bevisbördans placering enligt EU-domstolens rättspraxis	39
5.4	Bevisbördans placering enligt svensk rättspraxis	40
<b>6</b>	<b>FÖRLORANDE LEVERANTÖRS MÖJLIGHET ATT KLAGA PÅ UPPHANDLANDE MYNDIGHETS UNDERLÅTENHET ATT FÖRKASTA ETT ONORMALT LÅGT ANBUD</b>	<b>43</b>
6.1	Inledande om förlorande leverantörs möjligheter att ansöka om överprövning	43
6.2	Möjlighet att vinna framgång med en ansökan om överprövning mot bakgrund av Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG, LOU och rättspraxis	44
6.3	Potentiella möjligheter att vinna framgång med en ansökan om överprövning mot bakgrund av Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU	45
6.4	Potentiella möjligheter att vinna framgång med en ansökan om överprövning enligt nya LOU	47
<b>7</b>	<b>ANALYS OCH SLUTSATSER</b>	<b>49</b>
7.1	Identifiering av ett onormalt lågt anbud	49
7.2	Bevisbördans fördelning samt godtagbara förklaringar	50
7.3	Förlorande leverantörs möjligheter att vinna framgång med en överprövningsansökan	54
7.4	Avslutande kommentarer	55
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>57</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>64</b>

# Summary

One of the cornerstones of public procurement is fair competition. This fair competition can be challenged when contractors are leaving abnormally low tenders. In order to ensure fair competition, provisions and case law have created rules on how abnormally low tenders should be treated. The purpose of this paper is to examine and assess the way Swedish public procurement law handles abnormally low tenders. In order to achieve this purpose, the concept of abnormally low tenders and the process to identify such tenders must first be examined. The thesis also describes how the burden of proof is placed before and after the contract award decision where an abnormally low tender occurs and what is regarded as acceptable explanations for such tenders. Furthermore, another purpose of this thesis is to predict the effects of the latest regulations on abnormally low tenders, including the mandatory obligation to verify and reject abnormally low tenders in some cases. These regulations are based on the new Directive 2014/24/EU for Public Procurement and have been implemented in the new Swedish Public Procurement Act.

The thesis states that, in the absence of a definition of what constitutes an abnormally low tender, the tender price must be assessed in relation to the procurement subject matter of each contract. A study of case law shows that it is the contracting authority that has the burden to prove that a tender is abnormally low, while the tenderer has to explain that the tender is legitimate despite the low price or costs proposed. Such an explanation should be a clear and detailed declaration showing the tenderer's ability to deliver the procurement object under the terms of the contract.

In the thesis' analysis it is also found that the provision on abnormally low tenders has undergone significant changes. These changes stipulate that the contracting authority is obliged to question tenders that appear to be abnormally low and under certain conditions reject those tenders. The thesis analysis highlights that the changes will have a major impact on the treatment of abnormally low tenders and also lead to a great increase in the number of review procedures. The changes to the provision on abnormally low tenders implies a right for unsuccessful tenderers to question the contracting authority's assessment of abnormally low tenders, which is something entirely novel in this context. In light of general principles regarding burden of proof, it is argued that the complaining contractor should have the burden of proving that circumstances required for an intervention based on the new Swedish Public Procurement Act exists.

# Sammanfattning

En av den offentliga upphandlingens grundpelare är konkurrensutsättning. Anbudsgivare kan dock sätta den marknadsmässiga konkurrensen ur spel genom att lämna onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar. För att upprätthålla sund konkurrens har regelverk och rättspraxis gällande hanteringen av onormalt låga anbud utformats. Syftet med denna uppsats är att klarlägga hur dessa regler tillämpas och därmed utreda hur onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar bör hanteras enligt svensk rätt. För att uppnå detta syfte utreds begreppet onormalt låga anbud och hur sådana anbud kan identifieras. Framställningen redogör även för hur bevisbördan är fördelad innan respektive efter ett tilldelningsbeslut i en upphandling där ett onormalt lågt anbud förekommer samt vad som kan anses utgöra godtagbara förklaringar till onormalt låga anbud. Ytterligare ett syfte med uppsatsen är att utreda vilken effekt de nya bestämmelserna gällande bland annat obligatoriska förkastanden av onormalt låga anbud i nya LOU kan komma att ha på offentliga upphandlingar i Sverige.

I framställningen fastslås att det inte finns någon legal definition av begreppet onormalt låga anbud. Anbudspriset måste istället bedömas i förhållande till upphandlingsföremålet i varje enskild upphandling. En undersökning av rättspraxis visar även att det numer är den upphandlande myndigheten som åläggs bevisbördan för att ett anbud i sig är onormalt lågt medan anbudsgivaren genom förklaringar har att bevisa att anbudet trots det låga priset är allvarligt menat. En sådan förklaring bör bestå av en tydlig och detaljerad utredning som visar på anbudsgivarens förmåga att leverera upphandlingsföremålet enligt kontraktsvillkoren.

I uppsatsens analys konstateras även att regleringen kring onormalt låga anbud har genomgått en signifikant förändring i och med Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU och 16 kap. 7 § nya LOU. Dessa förändringar innebär bland annat att upphandlande myndighet är skyldig att ifrågasätta anbud som förefaller vara onormalt låga och under vissa förutsättningar förkasta dessa. Framställningen belyser att förändringarna kommer att ha en stor inverkan på hanteringen av onormalt låga anbud och även leda till en kraftig ökning av antalet överprövningar. De nya bestämmelserna innebär att konkurrerande leverantörer vid en överprövningsprocess i domstol på ett framgångsrikt vis kommer att kunna ifrågasätta den upphandlande myndighetens bedömningar av onormalt låga anbud, något som enligt rättspraxis baserad på LOU inte tidigare varit möjligt. Mot bakgrund av bland annat allmänna bevisbördeprinciper bör den klagande leverantören åläggas bevisbördan för att visa att de omständigheter som krävs för ett ingripande enligt nya LOU föreligger.

# Förord

Jag vill tacka min handledare Henrik Norinder. Dina kloka råd och din vägledning under författandet av detta arbete har varit mycket värdefullt för mig. Din stora kunskap och din smittsamma entusiasm för offentlig upphandling var det som från första början väckte mitt intresse för ämnet.

Alla fantastiska människor jag arbetat tillsammans med och fått lära känna i receptionen och på förvaltning på Juridicum - tack för allt från cykelfester till härligt peppande samtal under långa dagar på fakulteten. Jag kommer att sakna er.

Mitt allra varmaste tack vill jag rikta till min kärlek Anders. Ditt stöd, din energi och gränslösa uppmuntran för allt jag velat bolla med dig har varit ovärderlig.

Tillslut vill jag tacka fina Lund för allt du gett och lärt mig under min tid här. Jag kommer aldrig glömma min studenttid här men nu börjar en annan spännande tid i en ny stad!

Lund, december 2016

*Viktoria Pettersson*

# Förkortningar

Art.	Artikel
EG	Europeiska gemenskapen
EU	Europeiska unionen
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
KL	Konkurrenslag (2008:579)
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
Nya LOU	Lag (2016:1145) om offentlig upphandling
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens Årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
Upphandlingsdirektiv 71/305/EEG	Rådets direktiv 71/305/EEG av den 26 juli 1971 om samordning av förfarandena vid tilldelning av offentliga upphandlingskontrakt för bygg- och anläggningsarbeten
Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Ett allt vanligare upphandlingsrättsligt problem är att anbudsgivare lägger anbud som innehåller onormalt låga priser.<sup>1</sup> En anbudsgivare som inte följer social- eller arbetsrättsliga regelverk genom att exempelvis anlita svart arbetskraft har ofta möjlighet att offerera priser som vid en första anblick kan framstå som förmånliga.<sup>2</sup> Att anta ett onormalt lågt anbud från en oseriös anbudsgivare kan emellertid innebära en risk för leverans- och samarbetssvårigheter i form av att anbudsgivaren inte uppfyller sina åtaganden enligt upphandlingskontraktet.<sup>3</sup> Antagandet av ett onormalt lågt anbud kan även bädda för problem under upphandlingsavtalets löptid då en leverantör som offererat synnerligen låga priser kan ta ut mycket höga kostnader för andra varor och tjänster i upphandlingen för att kompensera för den förlust de låga priserna skapat för leverantören.<sup>4</sup> På detta sätt kan onormalt låga anbud skapa affärssituationer formade av misstroende där den upphandlande myndigheten behöver ta sig tid att ständigt kontrollera att anbudsgivaren följer avtalet och den avtalade prissättningen.<sup>5</sup> Onormalt låga anbud kan även bidra till en osund konkurrens på marknaden och resultera i negativa effekter för vår samhällsekonomi då det i många fall är fråga om att anbudsgivaren använder sig av prisdumpning för att slå ut konkurrenter. I vissa fall kan ett lågt anbud dock vara helt legitimt och exempelvis framarbetat genom att leverantören använder sig av kostnadseffektiva arbetsmetoder och drar fördel av skal- eller samproduktionsekonomier.<sup>6</sup>

Det upphandlingsrättsliga regelverket och domstolspraxis på området har utvecklat bestämmelser som bland annat innebär att den upphandlande myndigheten är skyldig att följa ett så kallat *kontradiktoriskt förfarande* vid hanteringen av onormalt låga anbud. Detta förfarande innebär att den upphandlande myndigheten måste begära en förklaring till ett onormalt låga

---

<sup>1</sup> Se bland annat HFD 2016 ref. 3 I, HFD 2016 ref. 3 II.

<sup>2</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 59.

<sup>3</sup> Sundstrand (2012) s. 273.

<sup>4</sup>

[http://skl.se/download/18.7ee92054153504140cd8f96/1457435827436/SKL\\_rattspraxis\\_mars\\_2016.pdf](http://skl.se/download/18.7ee92054153504140cd8f96/1457435827436/SKL_rattspraxis_mars_2016.pdf) 2016-10-19.

<sup>5</sup> <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/stadtjanster/onormalt-laga-anbud/> 2016-10-09.

<sup>6</sup> Alexandersson & Hultén (2003) s. 5 f.



anbud och ge anbudsgivaren möjlighet att förklara sitt låga pris innan myndigheten förkastar ett sådant anbud.<sup>7</sup>

Regleringen om hur onormalt låga anbud ska hanteras har under de senaste åren diskuterats flitigt. I samband med det senaste Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU, där nya bestämmelser och förändringar angående hanteringen av onormalt låga anbud införts, har ämnet åter hamnat i hetluften.<sup>8</sup> I prop. 2015/16:195 som bland annat syftar till att införliva det nya direktivets regler, föreslogs nya striktare bestämmelser om onormalt låga anbud vilka till viss del har ansetts gå längre än vad som framgår av direktivet. Den 30 november 2016 antog riksdagen regeringens förslag om de nya reglerna avseende onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar, vilka trädde i kraft 1 januari 2017.<sup>9</sup> Det råder dock delade meningar kring huruvida de nya bestämmelserna främst kommer att ha negativa verkningar på upphandlingar eller om bestämmelserna på sikt kommer att få önskad effekt och bidra till sund konkurrens på marknaden. De som är kritiska till den nya regleringen menar att reglerna krånglar till processen och riskerar att öka antalet överprövningar. Röster som är positiva till förändringen menar istället att den striktare bestämmelsen i förlängningen kommer att leda till en minskad förekomst av onormalt låga anbud i upphandlingar och därmed är ett bra sätt att bemöta problemet med osund strategisk anbudsgivning.<sup>10</sup>

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Det övergripande syftet med föreliggande uppsats är att utreda hur onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar bör hanteras enligt svensk rätt. För att utreda detta krävs bland annat en undersökning av vad den nya svenska bestämmelsen om onormalt låga anbud i 16 kap. 7 § nya LOU innebär och vad skillnaderna från tidigare bestämmelser i LOU kan komma att betyda för hanteringen av onormalt låga anbud inom svensk rätt. Att klarlägga hur reglerna om onormalt låga anbud tillämpas och därmed utröna hur ett sådant anbud bör hanteras av upphandlande myndigheter kan bland annat bidra till ökad rättssäkerhet för såväl upphandlande myndigheter som anbudsgivare. En praktiskt och principiellt mycket betydelsefull fråga när det gäller hanteringen av onormalt låga anbud är hur bevisbördan är fördelad vid ett överprövningsförfarande där ett onormalt lågt anbud förekommer. Denna framställning ämnar redogöra för hur denna bevisbörda bör fördelas utifrån

---

<sup>7</sup> Se bland annat mål C-76/81 Transporoute p. 18.

<sup>8</sup> Se bland annat: <http://upphandling24.se/skarpta-regler-kring-laga-anbud/> 2016-11-17.

<sup>9</sup> Riksdagsskrivelse 2016/17:66; Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7 s. 1; Prop. 2015/16:195 s. 3.

<sup>10</sup> Prop. 2015/16:195 s. 1, 795.

svensk rätt och vad denna fördelning innebär för inblandade parter. Utöver detta är ytterligare ett syfte med uppsatsen att utreda vilken effekt de nya bestämmelserna om onormalt låga anbud i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU samt i det nya svenska regelverket om offentlig upphandling kan komma att ha på offentliga upphandlingar i Sverige. Intentionen med en utredning av detta är bland annat att redogöra för vad nyheterna i dessa bestämmelser har för inverkan på hanteringen av onormalt låga anbud. I detta avseende avser uppsatsen särskilt behandla de nya bestämmelserna angående obligatoriska förkastanden av onormalt låga anbud i vissa situationer och hur dessa kan komma att påverka en förlorande leverantörs möjligheter att klaga på en upphandlande myndighets underlåtenhet att förkasta ett onormalt lågt anbud.

För att uppnå detta syfte ämnar uppsatsen besvara följande frågeställningar:

- När är ett anbud onormalt lågt och hur identifieras ett sådant anbud?
- Hur är bevisbördan fördelad innan respektive efter ett tilldelningsbeslut?
- Vad kan anses utgöra en godtagbar förklaring till ett onormalt lågt anbud?
- Vilka rättsmedel står till buds och hur ser möjligheterna ut för en förlorande leverantör som vill klaga på en upphandlande myndighets underlåtenhet att förkasta ett onormalt lågt anbud?

## 1.3 Metod och material

Under tidpunkten för författandet av denna uppsats har ett nytt lagförslag på området genomarbetats och röstats igenom i riksdagen. Under stora delar av arbetet med denna framställning var dock detta lagförslag endast ett förslag på framtida lag och vi befann oss då i en delvis oviss tid, den så kallade ”mellantiden”. Denna problematik avspeglar sig i den valda metoden och utformandet av uppsatsen. Under mellantiden torde de nya bestämmelserna i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU i många fall inneburi att svenska domstolar och myndigheter var skyldiga att tolka LOU mot bakgrund av ordalydelsen och syftet med det nya direktivet, detta med stöd av principen om direktivkonform tolkning. I situationer där direktivets bestämmelser är klara och precisa och dessutom ger rättigheter till exempelvis leverantörer torde direktivets bestämmelser under mellantiden ha behövts tillämpats trots att de ännu inte hade införts i svensk lag, detta mot bakgrund av principen

om direkt effekt.<sup>11</sup> För att uppsatsens innehåll ska ha relevant rättsligt innehåll vid publiceringsdatumet för uppsatsen, då de nya rättsreglerna om onormalt låga anbud har trätt i kraft, har ett perspektiv som utgått från den nya svenska bestämmelsen om onormalt låga anbud i nya LOU och dess skillnader från de tidigare bestämmelserna anlagts uppsatsen. Med andra ord redogör uppsatsen till viss del för hur hanteringen av onormalt låga anbud har sett ut mot bakgrund av de tidigare bestämmelserna i LOU och Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG och den rättspraxis som baseras på dessa regelverk samt till viss del vad det nya Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU och det nya svenska regelverket om upphandling, nya LOU, stadgar gällande onormalt låga anbud. Detta har varit nödvändigt för att kunna utreda vad skillnaderna i och med de nya bestämmelserna blir samt hur rättsläget kommer att se ut i och med införlivandet av de nya bestämmelserna baserade på Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU och prop. 2015/16:195.

I arbetet att besvara uppsatsens frågeställningar har främst den rättsdogmatiska metoden tillämpats. Då gällande rätt systematiseras och tolkas genom rättsdogmatiken har denna metod använts i de delar uppsatsen redogör för rättsläget.<sup>12</sup> Den rättsdogmatiska metoden ämnar utreda vad som är gällande rätt med utgångspunkt i för utredningen relevanta rättskällor. Dessa rättskällor utgörs traditionellt sett av förarbeten, lagar, praxis och doktrin.<sup>13</sup> Rättskällorna har i denna framställning använts i enlighet med rättskälleläran, vilken anger att källorna ska granskas och värderas utifrån en inbördes ordning i dignitet. Lagar, förarbeten och rättspraxis kan enligt denna lära användas för att analysera rättsliga regleringar medan doktrin kan användas som stöd för detta.<sup>14</sup> Kleineman menar att lagtext är den rättskälla med högst dignitet men att även förarbeten har stort inflytande på rättstillämpningen då domstolspraxis givit förarbetena en närmast självständig auktoritet.<sup>15</sup> Därav är naturligt att grunden för författandet av denna uppsats baseras på lagtexten i dels de äldre bestämmelserna om onormalt låga anbud som återfinns i LOU och Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG, dels det nya Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU samt lagtexten i nya LOU och utredningarna bakom dessa bestämmelser. Dessa utredningar utgörs bland annat av SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling* och Prop. 2015/16:195 *Nytt regelverk om upphandling*.

---

<sup>11</sup> Se bland annat:

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/nyheterna-i-den-kommande-lagstiftningen-och-hur-hanterar-vi-mellantiden.pdf> s. 7 2016-11-06.

<sup>12</sup> Peczenik (2005) s. 249.

<sup>13</sup> Kleineman (2013) s. 21.

<sup>14</sup> Bernitz m.fl. (2014) s. 183 ff.

<sup>15</sup> Kleineman (2013) s. 28 ff.

Ytterligare rättskällor som beaktats i denna uppsats är rättspraxis. I flertalet spörsmål gällande onormalt låga anbud saknas emellertid prejudicerande beslut från EU-domstolen eller HFD, följaktligen har det varit nödvändigt att till viss del även undersöka underrättspraxis för att få en övergripande bild av rättstillämpningen och uppnå uppsatsens syfte. Då dessa avgöranden har ett begränsat vägledande värde utgör de emellertid inte ensamt väsentliga delar av uppsatsens argumentation och slutsatser.

Bland materialet för författandet av denna uppsats finns även myndighetspublikationer inom upphandlingsområdet. Däribland har främst Konkurrensverkets yttranden och ställningstaganden varit av vikt för undersökningen.

Då den svenska upphandlingsrättsliga lagstiftningen har sitt ursprung i EU-rättsliga direktiv har även en EU-rättslig metod tillämpats för att besvara uppsatsens frågeställningar. Vid en utredning av gällande rätt utifrån den svenska upphandlingsrättsliga regleringen måste hänsyn nämligen tas till på området aktuella EU-direktiv.<sup>16</sup> Vid eventuella skillnader mellan dessa regleringar äger EU-direktiven företräde framför den svenska regleringen i enlighet med principen om EU-rättens företräde.<sup>17</sup> Den EU-rättsliga metoden avser att tolka de EU-rättsliga källorna utifrån dess syften och ändamål. Den teleologiska tolkningen, vilken är en annan benämning på denna ändamålstolkning, utgår från EU-domstolens tillvägagångssätt och praxis. Ett viktigt material som beaktats i denna uppsats är således även EU-domstolens avgöranden. Den EU-rättsliga praxisen är för svensk del såväl direkt tillämplig som bindande och tydliggör hur de upphandlingsrättsliga EU-direktivens bestämmelser ska tolkas.<sup>18</sup>

## 1.4 Avgränsningar

Uppsatsen riktar sig till läsare som har juridiska kunskaper och särskilt goda kunskaper inom rättsområdet offentlig upphandling. Därav innehåller denna framställning inte någon grundläggande presentation av det upphandlingsrättsliga regelverk som tillämpas vid ett upphandlingsförfarande. Avsikten med denna avgränsning är att möjliggöra för fördjupning i det material som identifierats som relevant med fokus på uppsatsens frågeställningar.

---

<sup>16</sup> Reichel (2013) s. 109 ff.

<sup>17</sup> Pedersen (2013) s. 15.

<sup>18</sup> Reichel (2013) s. 115 ff.

Uppsatsen kommer inte heller behandla alla de upphandlingsrättsliga sammanhang där onormalt låga anbud kan tänkas förekomma. Föremål för den här framställningen är endast onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar inom den klassiska sektorn. Därav behandlas inte motsvarande regleringar för försörjningssektorerna eller upphandling av koncessioner. Bestämmelserna om onormalt låga anbud på grund av statligt stöd kommer med hänsyn till uppsatsens omfattning inte heller att behandlas i denna framställning. Uppsatsen utgår vidare från det direktivsstyrda området. Framställningens fokus har således placerats på hur onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar *över* tröskelvärdena bör hanteras.

Ämnet onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar har en stark koppling till det konkurrensrättsliga begreppet underprissättning. Uppsatsen berör emellertid inte de konkurrensrättsliga perspektiv som kan anläggas då en aktör som är att betrakta som dominerande på marknaden lägger ett onormalt lågt anbud i en upphandling. Med anledning av detta behandlar uppsatsen exempelvis inte 2 kap. 7 § KL om företags missbruk av en dominerande ställning.

Ett av de ämnen som undersöks i uppsatsen är hur bevisbördan har och bör fördelas mellan de parter som deltar i en upphandling. Bevisbörda är nära förenat med beviskrav, detta då ett högt beviskrav kan anses medföra en större bevisbörda. Utredningens fokus har i denna del varit att utreda bevisbördans placering. Inom ramen för denna framställning finns emellertid inte möjlighet att analysera vilka beviskrav som ställts upp i de undersökta målen respektive vilka beviskrav som bör ställas upp framgent.

## 1.5 Forskningsläge

Svårigheterna med onormalt låga anbud och hanteringen av dessa har varit föremål för prövning och diskussion under ett antal decennier på såväl unionsrättslig som nationell nivå.<sup>19</sup> Inom doktrin bör den danska forskaren Grith Skovgaard Ølykke särskilt uppmärksammas på området. År 2010 publicerade hon sin avhandling<sup>20</sup> om onormalt låga anbud vari fokus bland annat riktades på möjliga metoder för identifiering av onormalt låga anbud. Det bör även nämnas att onormalt låga anbud har behandlats i ett examensarbete vid Juridiska fakulteten i Lund under år 2013.<sup>21</sup> Sedan dess

---

<sup>19</sup> Se bland annat: 76/81 SA Transporoute; C-103/88 Fratelli; Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2011:1.

<sup>20</sup> Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers (2010).

<sup>21</sup> "För bra för att vara sant" – En studie i hanteringen av onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar av Daniel Sjöholm (2013).

har emellertid såväl ett nytt EU-rättsligt direktiv som nationellt svenskt regelverk och rättspraxis inom området presenterats. Under senare år har fenomenet onormalt låga anbud uppmärksammas från flera håll då aktuella bestämmelser i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU skiljer sig påtagligt från bestämmelserna i föregångaren Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG. I bland annat SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling* och Prop. 2015/16:195 *Nytt regelverk om upphandling* behandlas ämnet vad förändringarna bör komma att innebära för svensk del. De nu aktuella svenska bestämmelserna om onormalt låga anbud i nya LOU, vilka bygger på det senaste EU-rättsliga direktivet, kan komma att innebära stora förändringar i hanteringen av onormalt låga anbud i Sverige. Forskningsläget gällande detta ämne är emellertid svagt. Mig veterligen finns ingen publicerad forskning på ämnet för denna uppsats.

## 1.6 Disposition

Utöver det inledande kapitlet består uppsatsen av sex kapitel. Uppsatsens *andra kapitel* behandlar begreppet onormalt låga anbud och tänkbara metoder för att identifiera onormalt låga anbud. Kapitlets ämne är en naturlig utgångspunkt då det lägger grunden för den följande utredningen och syftar bland annat till att ge läsaren de fundamentala kunskaper som fordras för att följa den påföljande hanteringen av anbud som identifierats som onormalt låga.

I uppsatsens *tredje kapitel* beskrivs förfarandet som ska iakttas då ett onormalt lågt anbud identifierats, det så kallade kontradiktoriska förfarandet. I kapitel tre presenteras även möjligheter för anbudsgivare att förklara onormalt låga anbud på ett framgångsrikt vis.

Framställningens *kapitel fyra* redogör för huruvida de i uppsatsen undersökta upphandlingsregelverken föreskriver ett fakultativt eller obligatorisk förkastande av onormalt låga anbud.

I *kapitel fem* undersöks hur bevisbördan i mål om onormalt låga anbud fördelats utifrån rättspraxis. Avsnittet redogör även till viss del för hur ett antal grundläggande bevisbördeteorier fördelar bevisbörda mellan parter. Syftet med detta är att finna underbyggande argument för hur bevisbördan bör placeras innan samt efter ett tilldelningsbeslut där ett onormalt lågt anbud förkastats eller antagits.

Uppsatsens *sjätte kapitel* fokuserar på den leverantör som förlorat en upphandling där ett onormalt lågt anbud tilldelats upphandlingskontraktet.

Kapitlet undersöker vilka rättsmedel som står den förlorande leverantören till buds samt dennes möjligheter att vinna framgång med en överprövningsansökan utifrån de i uppsatsen undersökta upphandlingsregelverken.

I analysen, vilken återfinns i *kapitel sju*, besvaras de inledande frågeställningarna och uppsatsens slutsatser presenteras avslutningsvis.

## 2 Identifiering av onormalt låga anbud

### 2.1 Avsaknad av entydig definition

Trots att bestämmelser om hanteringen av onormalt låga anbud har existerat i EU-direktiv i årtionden<sup>22</sup> har en uttrycklig definition av begreppet ”onormalt lågt anbud” varken förekommit i direktivbestämmelser eller inom rättspraxis.<sup>23</sup> Europeiska Kommissionens förslag till nytt upphandlingsdirektiv<sup>24</sup> innehöll dock en föreslagen metod för att fastställa vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud. Metoden baserades på att då minst fem anbudsgivare lämnat anbud ska ett anbud vara att betrakta som onormalt lågt i det fall anbudspriset är 50 % lägre än det genomsnittliga priset för de övriga anbuden och dessutom 20 % lägre än priset i det näst lägsta anbudet. Den föreslagna bestämmelsen tillät även möjligheten att identifiera onormalt låga anbud på andra grunder.<sup>25</sup> Denna identifieringsformel har dock uteslutits i det slutliga Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU vilket har resulterat i att vi alltjämt står utan en definition av begreppet onormalt låga anbud. EU-domstolen och även våra svenska domstolar har emellertid berört frågan om hur man identifierar ett onormalt lågt anbud vid ett antal tillfällen och lämnat vägledande uttalanden beträffande detta.<sup>26</sup> Vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud har dessutom diskuterats flitigt inom olika samhällsinstitutioner och doktrin.<sup>27</sup> Då själva identifieringen av ett onormalt lågt anbud är väsentlig för upphandlingsförfarandet och hanteringen av ett anbud kommer i följande avsnitt en kortare skildring av dessa yttranden och diskussioner att presenteras.

---

<sup>22</sup> Redan det första Upphandlingsdirektivet 71/305/EEG innehöll en bestämmelse om hanteringen av onormalt låga anbud.

<sup>23</sup> Skovgaard Ølykke (2010) s. 20.

<sup>24</sup> Europeiska Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig.

<sup>25</sup> Art. 69 Europeiska Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig.

<sup>26</sup> Se bland annat de förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini & Mantovani;

HFD 2016 ref. 3 I & II.

<sup>27</sup> Skovgaard Ølykke (2010) s. 251.



## 2.2 Identifiering enligt EU-domstolen

EU-domstolen uttalade i de förenade målen *Lombardini och Mantovani*<sup>28</sup> att det varken förekom någon definition av begreppet onormalt lågt anbud eller ett fastslaget tillvägagångssätt för att beräkna eller identifiera ett sådant i det då gällande Upphandlingsdirektivet 2004/18/EG. Uppgiften att klarlägga något sådant ankommer enligt EU-domstolen således på de olika medlemsstaterna.<sup>29</sup> EU-domstolen meddelade i målet emellertid att det är förbjudet för medlemsstaterna att införa bestämmelser som tillåter att matematiska formler används för att automatiskt förkasta anbud som är att betrakta som onormalt låga.<sup>30</sup> En automatisk uteslutning grundad på att ett anbud enbart granskas utifrån ett matematiskt kriterium skulle enligt EU-domstolen strida mot det grundläggande upphandlingsrättsliga syftet att främja utveckling av effektiv konkurrens då det fråntar anbudsgivaren möjligheten att förklara anbudets seriositet.<sup>31</sup> EU-domstolen menade dock att gemenskapsrätten inte utgör hinder för att tillämpa matematiska formler för själva identifieringen av onormalt låga anbud, så länge denna identifiering efterföljs av det kontradiktoriska förfarandet innan ett eventuellt förkastande av ett sådant anbud.<sup>32</sup> Den valda identifieringsmetoden måste enligt EU-domstolen även vara objektiv och icke-diskriminerande.<sup>33</sup>

I de förenade målen *Lombardini och Mantovani* diskuterar EU-domstolen även den upphandlande myndighetens möjlighet att använda sig av en identifieringsmetod som går ut på att beräkna ett tröskelvärde baserat på medelvärdet för anbuden för en viss upphandling. Visserligen riskerar en sådan identifieringsmetod att medelvärdet förvanskas genom att leverantörer som inte har för avsikt att sluta avtal lämnar anbud endast i syfte att påverka resultatet av beräkningen av ett sådant medelvärde. Av denna anledning har EU-domstolen särskilt belyst att då en upphandlande myndighet använder sig av ett sådant tröskelvärde för att identifiera onormalt låga anbud ska det inte vara omöjligt för myndigheten att frångå det angivna tröskelvärdet. Detta gäller särskilt om det visar sig nödvändigt med hänsyn till vilka tröskelvärden som använts i jämförbara upphandlingar samt utifrån de lärdomar som den upphandlande myndigheten kunnat dra av allmän erfarenhet.<sup>34</sup>

---

<sup>28</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini & Mantovani*.

<sup>29</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini & Mantovani* p. 67.

<sup>30</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini & Mantovani* p. 45.

<sup>31</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini & Mantovani* p. 47.

<sup>32</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini & Mantovani* p. 73.

<sup>33</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini & Mantovani* p. 69.

<sup>34</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 *Lombardini & Mantovani* p. 71, 72.

## 2.3 Identifiering enligt svensk rättspraxis

Av EU-domstolens rättspraxis på området kan följaktligen urskiljas att det i sig inte uppställts något hinder för de nationella lagstiftarna att själva fastställa riktlinjer för vad som ska betraktas som ett onormalt lågt anbud. Själva resultatet av sådana riktlinjer ska dock kunna omprövas av den upphandlande myndigheten. Således är det möjligt att på nationell nivå presumera att alla anbud vilka understiger en viss nivå ska anses som onormalt låga. Den svenska lagstiftaren har dock inte fastställt några sådana riktlinjer för svensk del.<sup>35</sup> Lagstiftaren har i förarbetena till LOU uttalat att anbudspriset måste bedömas i förhållande till upphandlingsföremålet och att vad som avses med ett onormalt lågt anbud därav ska bedömas från fall till fall, medför att det inte är nödvändigt att ange sådana riktlinjer i lagstiftningen.<sup>36</sup> I svensk rättspraxis kan emellertid viss generell vägledning i frågan urskönjas. HFD har i ett antal mål från 2016, angående tillämpningen av bestämmelserna om onormalt låga anbud, uttalat sig kortfattat i frågan om vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud. HFD menar att då det varken finns någon definition av begreppet onormalt låga anbud i LOU eller i Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG ankommer det på den upphandlande myndigheten att göra en bedömning av ett anbud med hänsyn till det handlingsutrymme som bestämmelsernas utformning ger.<sup>37</sup> I ett av målen hade anbudsgivaren NCC lagt ett anbud som innehöll negativa priser, det vill säga bolaget hade erbjudit sig att betala den upphandlande enheten för att få utföra vissa arbeten. HFD ansåg att anbudet var onormalt lågt då dessa negativa priser förekom i anbudet.<sup>38</sup>

I ytterligare ett mål<sup>39</sup> från 2016 fann HFD att två anbud var att betrakta som onormalt låga. Målet rörde upphandling avseende ramavtal av flyttjänster. Två anbudsgivare, Rexab och Flyttningsbyrån, hade lämnat anbud som enligt kommunen innehöll onormalt låga priser och därav var att se som onormalt låga anbud. Enligt bolagen skulle emellertid inte anbuden betraktas som onormalt låga då det endast var vissa prisposter i anbuden som ifrågasatts och således inte de samlade anbudspriserna.<sup>40</sup> HFD konstaterade till att börja med att den upphandlande myndigheten har att bedöma om ett anbud innehåller priser som medför att anbudet kan misstänkas vara onormalt lågt. Vidare fann HFD att då Rexab och Flyttningsbyrån i sina anbud lämnat priser om 1 eller 10 kronor per enhet

---

<sup>35</sup> Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2011:1 s. 68.

<sup>36</sup> Prop. 2006/07:128 s. 407.

<sup>37</sup> HFD 2016 ref. 3 I s. 3 f.; HFD:s dom målnr 6159-14, 6160-14 s. 5.

<sup>38</sup> HFD 2016 ref. 3 II s. 13.

<sup>39</sup> HFD 2016 ref. 3 I.

<sup>40</sup> HFD 2016 ref. 3 I. s. 3.

avseende ett stort antal poster i upphandlingen, saknades det skäl att invända mot den upphandlande myndighetens ingripande att granska anbuden närmare.<sup>41</sup>

Frågan angående tillåtna identifieringsmetoder för att urskilja vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud har även varit föremål för kammarrätternas prövning i flertalet mål. Kammarrätten i Göteborg avgjorde en överprövning av en upphandling där den upphandlande myndigheten Göteborgs Stads Upphandlings AB redan i upphandlingens förfrågningsunderlag meddelat ett krav på att anbudsgivare skulle bifoga en förklaring till anbud som innehöll timpriser som underskred 300 kronor. Göteborgs Stads Upphandling AB hade fastställt den aktuella prisgränsen utefter Stålbyggnadsinsitutets beräkningar om självkostnad för byggnadssektorn i Göteborg för ifrågavarande år.<sup>42</sup> I domskälen uttalar kammarrätten att upphandlande myndighet har en möjlighet att redan i upphandlingens förfrågningsunderlag yttra sin åsikt angående vilka prisnivåer som betraktas som lägsta tänkbara för att betraktas som ett ”normalt” anbud. Kammarrätten menade även att ett sådant agerande från upphandlande myndighets sida ofta underlättar värderingen av om ett anbudspris bör ifrågasättas. Den i upphandlingen angivna prisgränsen ansåg kammarrätten utgjorde goda skäl för att begära förklaringar till anbud och Göteborgs Stads Upphandlings AB hade enligt domstolen därmed använt sig av en accepterad metod för att identifiera onormalt låga anbud.<sup>43</sup>

Värt att uppmärksamma är även ett mål där Göteborgs Stads Upphandlings AB var part i överprövningen av ytterligare en upphandling gällande redan i förfrågningsunderlaget uppställda prisgränser för vad som var att betrakta som ett onormalt lågt anbud. Upphandlingen blev föremål för Kammarrätten i Göteborgs prövning under 2013. Myndigheten ifråga hade tagit fram en prisgräns på 650 kronor per timme efter en dialog med representanter från bransch- och arbetsgivarorganisationer. I förfrågningsunderlaget annonserades att anbud som understeg denna nivå betraktades som misstänkt låga och att leverantörer som lagt sådan anbud ombads bifoga förklaring angående sina beräknade omkostnader för upphandlingen. Den upphandlande myndigheten menade vidare att denna nivå var utformad i enlighet med EU-domstolens praxis som utgår från ett resonemang om ”cost & profit” där det offererade priset ska täcka kostnaderna som är kopplade

---

<sup>41</sup> HFD 2016 ref. I s. 5.

<sup>42</sup> Förvaltningsrätten i Göteborg mål nr 13295-12 E, 13381-12 E, 13385-12 E, 13429-12 E s.3 f.; jmf Kammarrätten i Göteborg mål nr 2598-2601-13.

<sup>43</sup> Kammarrätten i Göteborg mål nr 2598-2601-13 s. 14.

till kontraktetsföremålet.<sup>44</sup> Kammarrätten ansåg även i detta mål att den upphandlande myndighetens satta prisgräns var väl avvägd.<sup>45</sup>

## 2.4 Identifiering enligt Konkurrensverket

Konkurrensverket har i ett yttrande<sup>46</sup> till Förvaltningsrätten i Göteborg gett sin syn på vissa aspekter på tillämpningen av bestämmelserna om onormalt låga anbud. I Konkurrensverkets rapport 2013:6 har verket även utvecklat sin syn i dessa hänseenden och bland annat angett att själva bedömningen av om ett anbudspris är lågt ska göras i förhållande till upphandlingsföremålet. Vidare anser Konkurrensverket att man vid bedömningen av vad som utgör ett ”normalt” anbud ska iaktta stor försiktighet vid jämförelser med andra anbud i en upphandling. Särskild försiktighet bör vidtas inom branscher som präglas av en stark prispress och där det råder inslag av osund konkurrens. Exempelvis kan timpriser mellan liknande tjänster inom olika upphandlingar inte jämföras om det finns olikheter i de skilda upphandlingsavtalens villkor för vilka kostnader eller utlägg som leverantören får debitera för. Konkurrensverket menar att vägledning för om ett anbud är misstänkt lågt bland annat kan finnas hos branschorganisationer eller fackförbund vilka har uppgifter angående exempelvis genomsnittliga timkostnader för utförande av många av de tjänster som vanligtvis upphandlas. I de fall prisbilden i upphandlingen används för att jämföra anbud måste det dock ske med försiktighet och i förhållande till upphandlingsföremålet.<sup>47</sup>

Även erfarenheter från tidigare upphandlingar kan vägas in i bedömningen av vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud enligt Konkurrensverkets mening. Om till exempel prisnivån i en tidigare upphandling bidragit till utebliven leverans eller överdebiteringar kan det tyda på att prisbilden i denna föregående upphandling varit onormal. Då upphandlande myndighet kan göra gällande att leverantörer i tidigare upphandlingar försökt omförhandla avtalade priser för att debitera till ett högre pris än offererat vid upphandlingstillfället kan myndigheten enligt Konkurrensverket ha acceptabla skäl att betvivla seriositeten för anbud som ligger i nivå med den tidigare upphandlingen även i framtida upphandlingar.<sup>48</sup>

---

<sup>44</sup> Kammarrätten i Göteborg målnr 4719-13 s. 3.

<sup>45</sup> Kammarrätten i Göteborg målnr 4719-13 s. 8.

<sup>46</sup> Konkurrensverkets yttrande till Förvaltningsrätten i Göteborg Dnr 83/2013.

<sup>47</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 63 ff.

<sup>48</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 66.

## 2.5 Identifieringsmöjligheter enligt doktrin

Inom doktrin tycks två olika ståndpunkter angående identifieringen av onormalt låga anbud intagits, nämligen en risk för att anbudsgivaren inte kommer att leverera eller ett synsätt som cirkulerar kring kostnad och vinst för anbudsgivaren.<sup>49</sup> Den första av dessa identifieringsmöjligheter innebär att den upphandlande myndigheten utpekar ett anbud som onormalt lågt i de fall det låga priset medför misstankar om att anbudsgivaren inte kommer att kunna leverera upphandlingsföremålet till det offererade priset och kontraktsvillkoren.<sup>50</sup> Vissa svårigheter uppkommer vid användandet av denna metod exempelvis i situationer där anbudspriset är väldigt lågt men omständigheter hänförliga till anbudsgivarens ekonomiska ställning gör att det i praktiken inte finns någon risk för att anbudsgivaren inte kommer att *kunna* leverera i enlighet med det offererade priset.<sup>51</sup> Därav bör inte denna identifieringsmetod vara den enda som används för att urskilja onormalt låga anbud. Den andra av dessa identifieringsmetoder som förordats i doktrin urskiljer ett anbud som onormalt lågt i de fall det innehåller priser som inte täcker kostnaderna för utförandet av upphandlingsföremålet. Ett problem med denna metod är dock att det tycks råda viss osämja kring vad som ska ingå i beräkningen av en sådan kostnad.<sup>52</sup> Som vi sett i avsnittet ovan har båda dessa identifieringsmetoder fått visst genomslag i svensk rätt.<sup>53</sup>

I doktrin har även framhållits att det faktum att ett anbud är *väsentligt* lägre än andra inkomna anbud i en upphandling kan vara tillräckligt för att förefalla vara onormalt lågt. Det bör emellertid understrykas att den upphandlande myndigheten under alla omständigheter ska ha utrymme att bedöma vad som är ett onormalt lågt anbud i det enskilda fallet.<sup>54</sup>

---

<sup>49</sup> Skovgaard Ølykke (2010) s. 251.

<sup>50</sup> Arrowsmiths (2014) s. 802.

<sup>51</sup> Arrowsmith (2014) s. 807 ff.

<sup>52</sup> Skovgaard Ølykke (2010) s. 251 ff.

<sup>53</sup> Jmf. avsnitt 2.3.

<sup>54</sup> Arrowsmith (2014) s. 802 ff.

# 3 Förfarandet då ett onormalt lågt anbud har identifierats

## 3.1 Det kontradiktoriska förfarandet

I 12 kap. 3 och 4 §§ LOU återfinns reglerna om hur en upphandlande myndighet tidigare skulle hantera anbud som identifierats som onormalt låga. 12 kap. 3 § 1 st. LOU föreskrev att en upphandlande myndighet fick förkasta ett anbud om den fann att priset var onormalt lågt. Bestämmelsen utgick från att den upphandlande myndigheten uppfyllt sin plikt att utvärdera alla inkomna anbud som återstod vid utvärderingsskedet av förfarandet.<sup>55</sup> Enligt denna, dock vid dagens tidpunkt upphävda, bestämmelsens ordalydelse fanns inte någon uttrycklig skyldighet för myndigheten att förkasta ett anbud som den ansåg var onormalt lågt. Myndigheten fick emellertid inte förkasta ett anbud som föreföll onormalt lågt på denna grund innan den begärt en förklaring till det låga anbudet.<sup>56</sup> Med andra ord var myndigheten skyldig att undersöka anledningen till det låga anbudet om den ville ha en möjlighet att förkasta det på grund av att det var att betrakta som onormalt lågt. Myndighetens begäran om förklaring till det låga anbudet skulle enligt bestämmelserna i LOU dessutom vara skriftlig.<sup>57</sup>

Enligt den nya bestämmelsen om onormalt låga anbud som finns i 16 kap. 7 § nya LOU ska den upphandlande myndigheten begära att anbudsgivaren förklarar det låga priset om anbudet förefaller vara onormalt lågt. I och med detta förefaller ingen skillnad mellan den tidigare bestämmelsen och den nya just i fråga om hur myndigheten ska agera innan ett onormalt lågt anbud kan förkastas. I bägge fallen krävs att den upphandlande myndigheten iakttar ett särskilt förfarande benämnt *ett kontradiktoriskt förfarande* där den begär att leverantören lämnar en förklaring till det låga anbudet innan ett rättsenligt förkastande av anbud kan ske.<sup>58</sup> Den praxis som utformats kring hur detta förfarande bör vara utformat och vilken vilar på de tidigare bestämmelserna i LOU kan därför i detta avseende fortfarande anses relevant för den framtida hanteringen av onormalt låga anbud.

---

<sup>55</sup> SOU 2014:51 s. 300.

<sup>56</sup> Karnov lagkommentar, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 §, Nord.

<sup>57</sup> SOU 2014:51 s. 300.

<sup>58</sup> Jmf. 12 kap. 3 § LOU & 16 kap. 7 § nya LOU.

Då en förklaring till ett onormalt lågt anbud inkommit till myndigheten är det upp till myndigheten att ta ställning till förklaringens kvalitet. I de fall myndigheten bedömer att förklaringen inte är tillfredsställande ska själva förkastandet av anbudet föregås av att myndigheten ger anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl att förkasta anbudet. Ett tillvägagångssätt som föreslagits i doktrin för att uppfylla lagens krav är att den upphandlande myndigheten skriver ett utkast till beslut och sänder detta till anbudsgivaren ifråga, vilken sedan får lämna synpunkter på skälen till förkastandet. Ett sådant förfarande har rekommenderats då det kan anses vara arbetsbesparande för myndigheten som då inte riskerar att ouppslutligt fatta ett beslut vars grunder inte kommunicerats till anbudsgivaren.<sup>59</sup>

Den unionsrättsliga bestämmelse som de svenska reglerna om onormalt låga anbud i LOU bygger på återfinns i art. 55 i Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG. I ett antal avgöranden har EU-domstolen uttalat hur artikel 55 i Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG och dess motsvarigheter i äldre upphandlingsdirektiv ska tolkas. Principen om anbudsgivarens rätt att bli hörd innan uteslutning på grund av ett onormalt lågt anbud och det så kallade *kontradiktoriska förfarandet* som ska föregå ett eventuellt förkastande av ett onormalt lågt anbud är några exempel på ämnen som varit föremål för dessa domstolsprövningar. EU-domstolen har i dessa domar klarlagt att unionslagstiftarens vilja varit att kräva av den upphandlande myndigheten att den ska undersöka onormalt låga anbuds innehåll och åläggas en skyldighet att kräva nödvändiga förklaringar av anbudsgivaren innan förkastandet av sådana anbud.<sup>60</sup> EU-domstolen har även klargjort att detta kontradiktoriska förfarande mellan den upphandlande myndigheten och anbudsgivaren krävs enligt artikel 55 Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG för att det ska vara möjligt att säkerställa en sund konkurrens mellan företagen och för att undvika ett godtyckligt förkastande av anbud från den upphandlande myndighetens sida.<sup>61</sup> I målet *Transporoute*<sup>62</sup> tydliggjorde EU-domstolen att då en upphandlande myndighet anser att ett anbud är att betrakta som onormalt lågt i förhållande till den tjänst som upphandlas föreligger en skyldighet för myndigheten att, innan ett tilldelningsbeslut fattas, begära att anbudsgivaren lämnar en förklaring till anbudspriset alternativt informerar anbudsgivaren om i vilket avseende myndigheten anser att anbudet är onormalt lågt och dessutom lämnar anbudsgivaren en skälig tidsfrist för att komplettera med upplysningar gällande anbudet.<sup>63</sup>

---

<sup>59</sup> Karnov lagkommentar Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 §, Lexino.

<sup>60</sup> C-599/10 SAG p. 29; (se för ett liknande resonemang de förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani p. 46–49).

<sup>61</sup> C-599/10 SAG p. 30; (se för ett liknande resonemang, de förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani p. 57).

<sup>62</sup> Mål C-76/82 Transporout.

<sup>63</sup> C-76/81 Transporoute p. 18.

EU-domstolen har, vilket har presenterats i uppsatsens tidigare avsnitt, även konstaterat att det inte är tillåtet att automatiskt utesluta låga anbud utifrån matematiska modeller eller kriterier. Detta då en sådan automatisk uteslutningsgrund skulle frånta anbudsgivaren möjligheten att visa att dennes anbud trots allt är seriöst menat.<sup>64</sup> EU-domstolen har däremot accepterat att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ställer krav på att anbudsgivarna i samband med insändandet av anbud ska ge en förklaring till ett lågt pris i det fall anbudet understiger ett i förfrågningsunderlaget angivet pris, dock under förutsättning att den upphandlande myndigheten därefter uppfyller det i direktivet uppställda kravet på en kontradiktorisk kontroll.<sup>65</sup>

### **3.2 Godtagbara respektive ej godtagbara förklaringar till onormalt låga anbud**

I 12 kap. 3 § LOU samt 16 kap. 7 § nya LOU anges exempel på vilka omständigheter som en begäran om en förklaring kan utgöra. Bestämmelsen om en begäran om förklaring till det onormalt låga priset ses vanligtvis som en skyddsparagraf för anbudsgivaren då den stadgar att en leverantör inte ska kunna uteslutas på grund av sitt låga anbud utan att ha getts en möjlighet att förklara det låga priset.<sup>66</sup> EU-domstolen har vid flertalet tillfällen tydligt markerat att det är av yttersta vikt att en anbudsgivare som misstänks ha lämnat ett onormalt lågt anbud på ett ändamålsenligt vis får göra sin åsikt hörd genom att denne ges möjlighet att lämna alla förklaringar till anbudets olika delar. Genom att den berörda leverantören får lämna förklaringar till sitt anbud ges leverantören tillfälle att visa att anbudet är seriöst menat trots det låga priset.<sup>67</sup>

Frågan är dock vad som kan anses vara en tillfredsställande förklaring till ett onormalt lågt anbud. 16 kap. 7 § nya LOU räknar precis som 12 kap. 3 § LOU upp att en begäran om en förklaring kan bestå av anbudsgivarens möjligheter att utnyttja särskilt kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet ifråga. Ytterligare förhållanden en begäran om förklaring kan avse är enligt bestämmelsen egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren, hur leverantören avser att fullgöra kontraktet

---

<sup>64</sup> C-103/88 Fratelli Costanzo p. 18; se även de förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani.

<sup>65</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani p. 62-66.

<sup>66</sup> de Joune; Norman (2016).

<sup>67</sup> Se bland annat C-76/81 Transporoute p. 17-18, C-103/88 Fratelli Costanzo p. 3.



med avseende på tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter eller om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd. Inte heller i detta avseende finns några betydande skillnader mellan den tidigare bestämmelsen i LOU och den nya bestämmelsen i nya LOU, mer än några språkmässiga uppdateringar. Med anledning av detta torde den rättspraxis och de uttalanden som finns angående förteckningen i 12 kap. 3 § LOU även vara av relevans för det framtida tillämpandet av motsvarande förteckning i 16 kap. 3 § nya LOU.

Av ordalydelsen framgår det att de i bestämmelserna listade omständigheterna inte är uttömmande förteckningar över möjliga begäranden om förklaringar. Detta har inom doktrin tolkats som att den upphandlande myndigheten på eget initiativ får begära en förklaring av det slag den själv anser är mest relevant och att anbudsgivaren även har möjlighet att lämna förklaringar avseende andra punkter än de som efterfrågats. I beaktande bör såväl upphandlande myndighet som anbudsgivare dock ha de allmänna principerna för upphandling där de efterfrågade omständigheterna ska ha en koppling till upphandlingsföremålet.<sup>68</sup> Anbudsgivaren måste vid detta skede avväga hur den ska förhålla sig till vad den upphandlande myndigheten efterfrågar för förklaringar och vad anbudsgivaren som leverantör vill berätta om eventuella företagshemligheter. Detta då den relativt stränga upphandlingssekretess som råder för uppgifter som lämnas till myndigheter lindras vid upphandlingsförfarandets slut och de eventuella företagshemligheter som förklaringar till låga anbud kan bestå av kan spridas i större utsträckning.<sup>69</sup>

Den unionsrättsliga reglering som fungerat som förebild för 12 kap. 3 § LOU återfinns i artikel 55.1 i Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG. EU-domstolen har uttalat att trots att förteckningen i art. 55.1 i upphandlingsdirektivet 2004/18/EG inte är uttömmande så ska den inte ses som rent indikativ. Således menar EU-domstolen att den upphandlande myndigheten inte har fullständig frihet att fastställa vilka förhållanden som är relevanta att beakta innan ett eventuellt förkastande av ett onormalt lågt anbud.<sup>70</sup> Uppräkningen av tänkbara ämnen för en begäran om förklaring till ett onormalt lågt anbud torde i ljuset av EU-domstolens yttrande inte endast vara exempel på vilka omständigheter som kan utgöra en sådan begäran utan även fungera som en anvisning om vilka typer av förklaringar till ett onormalt lågt anbud som bör godtas.<sup>71</sup>

---

<sup>68</sup> SOU 2014:51 s. 300.

<sup>69</sup> Karnov lagkommentar, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 §, Nord.

<sup>70</sup> C-292/07 Kommissionen mot Belgien p. 159; C-599/10 SAG p. 30.

<sup>71</sup> Förvaltningsrätten i Umeå målnr 20144-15 s. 3 f.

Anbudsgivaren ska vidare kunna lämna alla tänkbara förklaringar som kan anses lämpliga baserat på upphandlingens karaktär och särart.<sup>72</sup> En sådan tänkbar tillfredsställande förklaring kan enligt EU-domstolen vara att anbudsgivaren kan utnyttja stordriftsfördelar. Enligt EU-domstolen har anbudsgivaren emellertid inte någon skyldighet att visa att denne gör en vinst genom upphandlingskontraktet. Istället kan en leverantör ha ett intresse av att offerera ett lågt pris och pressa sina vinstmarginaler för att till exempel vinna marknadsandelar på en ny marknad.<sup>73</sup> Viktigt att poängtera är dock att ett sådant agerande kan stå i strid med andra regelverk såsom KL:s förbud mot missbruk av en dominerande ställning.<sup>74</sup>

HFD har tagit ställning till tillämpningen av 12 kap. 3 § LOU i två avgöranden<sup>75</sup> från januari 2016. De båda målen rörde särskilt frågan om förklaringar till onormalt låga anbud. Det första målet<sup>76</sup> gällde frågan huruvida det i Eskilstunas kommuns upphandling gällande ramavtal av flyttjänster funnits skäl att förkasta anbud lämnade av Rexab och Flyttningsbyrån. De båda bolagen hade lämnat anbud innehållandes korsvis låga priser på 1 till 10 kronor respektive höga priser på olika tjänstekategorier. Kommunen beförde att ett antagande av de bägge leverantörerna skulle medföra att Rexab vid en avropsförfrågan skulle slussa uppdraget vidare till sitt dotterbolag Flyttningsbyrån i de fall Flyttningsbyrån erbjöd väsentligt högre priser för samma tjänstepost och vice versa för de tjänster Rexab offererade högre priser än Flyttningsbyrån. Kommunen menade således att de bägge anbudsgivarna använt sig av strategisk prissättning i form av koncernstrategisk anbudsgivning vilket gjorde att kommunen skickade ut en förfrågan om förklaring till de låga prisposterna till respektive bolag. De bägge leverantörerna menade att priserna baserades på bolagens stora erfarenhet av kommunens behov och avropsvolym. De tjänstekategorier där kommunen historiskt sett avropat i mindre utsträckning hade leverantörerna offererat lägre priser för än för de poster där avropen skett mer frekvent. Anbudsgivarna menade även att anbuderna som helhet skulle komma att ge full täckning för kostnader samt ge skälig vinst. Utöver detta skulle kontraktet med kommunen även komma att resultera i synergieffekter för deras övriga verksamhet. I övrigt menade bolagen att deras ekonomi var mycket god och att de aldrig tidigare underlåtit att leverera i enlighet med kontraktsvillkor.<sup>77</sup> HFD slog i målet fast att det är den upphandlande myndigheten som när den fått in förklaringar till ett onormalt lågt anbud har att bedöma om förklaringarna är

---

<sup>72</sup> De förenade målen C-285/99 och C-286/99 Lombardini och Mantovani p. 82.

<sup>73</sup> De förenade målen C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso p. 26.

<sup>74</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 72.

<sup>75</sup> HFD 2016 ref. 3 I & II.

<sup>76</sup> HFD 2016 ref. 3 I.

<sup>77</sup> HFD 2016 ref. 3 I s. 1 ff.

godtagbara och om anbudet trots det låga priset är seriöst menat. Vidare fann HFD att bedömningen av förklaringarnas seriositet får göras i varje enskilt fall med beaktande av upphandlingsföremålet. För att säkerställa effektiv konkurrens ska dessutom alla betydande omständigheter som anbudsgivaren presenterat och vilka hänför sig till kontraktsföremålet beaktas vid denna bedömning. HFD kom fram till att bolagens påståenden om att anbuderna bygger på deras tidigare erfarenhet av kommunen inte kunde vinna stöd av bolagens anbud. Detta då bolagen offererat olika priser på samma tjänstekategorier, utan någon koppling till tidigare avrop eller volymantaganden. HFD fann således att det, beroende på utgången av upphandlingen av ramavtalet, skulle skapas utrymme för leveransstrategiskt handlande från bolagens sida i samband med avrop. Bolagen hade enligt HFD:s mening varken kunnat precisera på vilket sätt erfarenheten av kommunen som tidigare kund haft betydelse för deras prissättning eller lämnat rimliga förklaringar för det sätt de lämnat självständiga anbud för i upphandlingen gemensamma tjänstekategorier. Med anledning av detta ansåg HFD att de båda bolagen inte kunnat prestera någon utredning som förklarat de ifrågasatta priserna på ett godtagbart sätt och HFD fann således att kommunen haft fog att förkasta anbuderna.<sup>78</sup>

Det andra aktuella målet<sup>79</sup> där HFD prövade frågan om förkastandet av ett onormalt lågt anbud gällde en vägunderhållsupphandling där Trafikverket förkastat två anbud från NCC Roads AB (NCC). NCC hade lämnat anbud innehållande negativa priser. Enligt Trafikverket hade de i anbudet låga priserna inte förklarats på ett tillfredsställande sätt och inneburit att Trafikverket haft anledning att misstänka att NCC inte skulle komma att utföra arbetet i enlighet med upphandlingskontraktets villkor. NCC menade emellertid att det var anbudspriset i sin helhet som skulle beaktas vid en bedömning av om anbudet var onormalt lågt samt att deras prissättning grundat sig på kommersiella bedömningar som baserats på NCC:s långa erfarenhet av att ha Trafikverket som kund. NCC förklarade vidare sitt låga anbud med att baserat på NCC:s erfarenhet hade bolaget utgått från att andra mängder än vad Trafikverket räknat med skulle komma att efterfrågas. Ytterligare förklaringar från NCC:s sida var att bolaget har synnerligen god ekonomi vilket även framgår av bolagets omsättning och rörelseresultat och att företaget dessutom kan dra nytta av stordriftsfördelar. HFD fann NCC:s förklaringar vara detaljerade och noggrant redovisade samt att det inte visats att förklaringarna skulle sakna affärsmässighet eller orsaka befogad anledning att misstänka att det låga priset skulle resultera i leveransvägran eller liknande. I och med att det saknades anledning att ifrågasätta det låga anbudet menade HFD att Trafikverkets förkastande av NCC:s anbud

---

<sup>78</sup> HFD 2016 ref. 3 I s. 6 ff.

<sup>79</sup> HFD 2016 ref. 3 II.

saknade rättslig grund varpå domstolen förordnade om att upphandlingen skulle rättas på så vis att NCC:s anbud inte skulle förkastas på grund av att det var onormalt lågt.<sup>80</sup>

I doktrin har ytterligare exempel på godtagbara förklaringar till onormalt låga anbud ansetts vara att leverantören har annorlunda och effektiva tekniska lösningar eller att leverantören kan uppnå synergier med andra kunder, vilket gör att anbudsgivaren kan erbjuda ett lågt pris som trots allt är affärsmässigt och seriöst.<sup>81</sup> Att en anbudsgivare på grund av kostnadsfördelar i sitt hemland kan erbjuda ett lågt anbud har utpekats som ytterligare en godkänd förklaring till ett onormalt lågt anbud. För att denna förklaring ska anses tillfredsställande krävs dock att dessa kostnadsfördelar inte åstadkommit genom brott mot skatteregler och att anbudsgivaren uppfyllt sina förpliktelser vad gäller sociala avgifter och liknande.<sup>82</sup> En annan förklaring som sällan utgör skäl att förkasta ett anbud är att en leverantör kan erbjuda låga priser på grund av en tillfällig överkapacitet som kan bero på sakförhållanden inom bolaget eller en konjunkturedgång på marknaden ifråga. En anbudsgivare kan då ha ett intresse av att fullgöra ett uppdrag om än under sämre finansiella villkor istället för att tvingas skära ned på sin verksamhet på olika vis. Konkurrensverket menar dock att en upphandlande myndighet gör bäst i att kräva att anbudsgivaren styrker ett sådant påstående med en utredning för att försäkra sig om anbudets seriositet.<sup>83</sup>

Enligt konkurrensverkets mening erbjuder den direktivbestämmelse som 12 kap. 3 § LOU grundar sig på, stort utrymme för den upphandlande myndigheten att själv bedöma i vilken mån anbudsgivarens förklaringar till ett onormalt lågt anbud kan anses vara tillfredsställande.<sup>84</sup> EU-domstolen har även fastställt att unionsbestämmelsen möjliggör för den upphandlande myndigheten att avgöra om förklaringarna är godtagbara.<sup>85</sup> Konkurrensverket har särskilt belyst att förutom upphandlingens utformning och upphandlingsföremålet så kan även utformningen av det aktuella avtalet påverka den upphandlande myndighetens bedömning av anbudsgivarens förklaringar. I de fall ett upphandlingskontrakt inte innehåller någon leveransskyldighet för leverantören tilltar risken för att anbudsgivaren uppväger sitt låga anbud med att överdebitera eller exempelvis inte lämna svar på avrop. En sådan utformning av ett avtal ökar därmed upphandlande myndighets behov av att kunna förkasta ett onormalt lågt anbud då

---

<sup>80</sup> HFD 2016 ref. 3 II s. 11 ff.

<sup>81</sup> de Jonge; Norman (2016).

<sup>82</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 71; jmf. även C-74/09 WISAG.

<sup>83</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 73.

<sup>84</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 81.

<sup>85</sup> C-76/81 Transporoute p. 17.

myndigheten i dessa fall har en tämligen liten möjlighet att under kontraktperioden följa upp att leverantören levererar i enlighet med kontraktsvillkoren. Ytterligare situationer som kan påverka bedömningen av om ett onormalt lågt anbud bör förkastas är när den upphandlande myndigheten har en minskad möjlighet att kontrollera att anbudsgivaren lever upp till avtalet på grund av uppdragets natur.<sup>86</sup>

Andra tänkbara förklaringar till ett anbuds låga pris kan vara att anbudsgivaren har missförstått villkoren för upphandlingen, räknat fel eller på något annat vis slarvat vid beräkningen av priset. I undantagsfall kan en uppenbar felskrivning eller felräkning rättas.<sup>87</sup> I det fall ett misstag är hänförligt till ett otydligt förfrågningsunderlag torde det inte vara grund för uteslutning.<sup>88</sup> Ett förfrågningsunderlag ska nämligen vara så precist och tydligt formulerat att alla som är rimligt informerade samt normalt omsorgsfulla ska tolka underlaget på samma vis.<sup>89</sup>

---

<sup>86</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 81 f.

<sup>87</sup> Se 9 kap. 7 § LOU respektive 4 kap. 9 § nya LOU.

<sup>88</sup> Konkurrensverkets rapport 2013:6 s. 76.

<sup>89</sup> C-368/10 Max Havelaar p. 144.

# 4 Fakultativt respektive obligatoriskt förkastande av ett onormalt lågt anbud

## 4.1 Enligt Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG, LOU & rättspraxis

Art. 55 i Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG anger inte någon uttrycklig skyldighet för upphandlande myndighet att förkasta onormalt låga anbud som inte förklarats på ett tillfredsställande vis. Inte heller stadgar direktivet någon explicit skyldighet för upphandlande myndighet att undersöka och begära förklaringar till alla anbud som ger intryck av att vara onormalt låga. Det ter sig som att direktivet föreskriver att en undersökningsplikt endast infinner sig då myndigheten *har för avsikt* att förkasta ett onormalt lågt anbud. EU-domstolens dom i målet SAG<sup>90</sup> har emellertid delvis omskakat denna tolkning.<sup>91</sup> I domen uttrycker EU-domstolen att det finns en skyldighet för upphandlande myndighet att undersöka onormalt låga anbud.<sup>92</sup> Denna del av domen har väckt många frågor angående vad 2004 års Upphandlingsdirektiv egentligen kräver av en upphandlande myndighet vid en upphandling där ett onormalt lågt anbud förekommer. Att EU-domstolen i sitt uttalande inte kopplar samman denna undersökningsplikt med de situationer då den upphandlande myndigheten vill förkasta ett onormalt lågt anbud har inom viss doktrin tolkats som att EU-domstolen menar att denna undersökningsskyldighet föreligger i alla de fall där onormalt låga anbud förekommer. Detta skulle innebära att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att begära förklaringar till alla onormalt låga anbud oavsett om myndigheten har för avsikt att förkasta dessa onormalt lågt anbud eller inte. En möjlig tolkning är i sådana fall att om det existerar en skyldighet för upphandlande myndighet att alltid undersöka ett onormalt lågt anbud så kan det även föreligga en skyldighet att förkasta ett sådant anbud i de fall undersökningen visar att det inte finns någon tillfredsställande förklaring till det låga priset. Förespråkare för denna tolkning menar att det i annat fall inte skulle finnas någon mening med en skyldighet att undersöka alla onormalt låga anbud. Utifrån detta synsätt

---

<sup>90</sup> C-599/10 SAG ELV Slovensko.

<sup>91</sup> Arrowsmith (2014) s. 803 f.

<sup>92</sup> C-599/10 SAG ELV Slovensko p. 33.

skulle det främsta syftet bakom art. 55 i Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG vara att motverka onormalt låga anbud.<sup>93</sup>

Det har även hävdats att en undersökningsplikt och en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud kan härledas från den upphandlingsrättsliga principen om likabehandling. Om en upphandlande myndighet misslyckas med att undersöka och förkasta ett anbud, vilket väckt misstankar om exempelvis en risk att inte leverera enligt kontraktsvillkoren, bör det kunna göras gällande att den upphandlande myndigheten bryter mot denna grundläggande princip. Detta då den upphandlande myndigheten genom sin särbehandling av det onormalt låga anbudet, som inte skulle ha vunnit på en affärsmässig marknad, gynnar denna anbudsgivare på ett otillbörligt sätt. Den upphandlande myndigheten bryter i sådana fall även mot upphandlingens syfte att skydda nyttjandet av offentliga medel, tillgodose konkurrensmöjligheter samt se till att upphandlingen genomförs affärsmässigt.<sup>94</sup>

Konkurrensverket tycks emellertid vara av en annan åsikt. Verket har i ett yttrande<sup>95</sup> till Förvaltningsrätten i Göteborg i ett antal mål<sup>96</sup> angående onormalt låga anbud framfört uppfattningen att EU-domstolens praxis inte kan uppfattas på så sätt att upphandlande myndigheter har en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud enligt bestämmelserna i Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG. Enligt Konkurrensverkets mening syftar EU-domstolens uttalande endast på den upphandlande myndighetens skyldighet att tillämpa ett kontradiktoriskt förfarande innan ett onormalt lågt anbud förkastas. Konkurrensverket menar även att ett antagande av ett onormalt lågt anbud som är så lågt att det riskerar att vara oseriöst inte heller i sig utgör ett brott mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU. Detta motiverar Konkurrensverket med förklaringen att samtliga villkor, även ett lågt anbudspris, gäller när avtalet väl ingåtts. Att anta ett anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga respektive har det lägsta priset menar Konkurrensverket inte kan utgöra ett brott mot de grundläggande principerna även om anbudet efter ett kontradiktoriskt förfarande alltså betraktas som ett onormalt lågt anbud.<sup>97</sup> Utifrån detta synsätt är det endast i fall där den upphandlande myndigheten, vid leverans eller avrop, ändrar villkoren i det upphandlande avtalet på grund av att ett anbud inte varit seriöst menat eller då leverantören av andra anledningar vägrar att leverera enligt anbudet som myndigheten överträder de upphandlingsrättsliga

---

<sup>93</sup> Arrowsmith (2014) s. 804 f.

<sup>94</sup> Arrowsmith (2014) s. 804 ff.

<sup>95</sup> Konkurrensverkets yttrande till Förvaltningsrätten i Göteborg Dnr 83/2013.

<sup>96</sup> Förvaltningsrätten i Göteborg målnr 13295-12 E, 13381-12 E, 13385-12 E, 13429-12 E, 2013-04-03.

<sup>97</sup> Konkurrensverkets yttrande till Förvaltningsrätten i Göteborg Dnr 83/2013 p. 19, 20.

bestämmelserna. Exempel på handlanden som innebär överträdelser kan vara att myndigheten accepterar ett högre pris eller på något annat vis medger förändring som inte stämmer överens med den ursprungliga upphandlingen. Enligt Konkurrensverket bör inte ett ingripande enligt överprövningsreglerna i 16 kap. LOU kunna ske endast på grund av att det kan anses föreligga en risk för att myndigheten i en efterföljande fas kan komma att överträda bestämmelserna i LOU.<sup>98</sup>

Kammarrätten i Stockholm meddelade i februari och mars 2011 ett antal domar rörande frågan om hanteringen av onormalt låga anbud och även så kallade nollanbud. Fyra av målen<sup>99</sup> gällde Stockholms läns landstings upphandling av ramavtal av bemanningstjänster inom hälso- och sjukvård. Upphandlingen hade överklagats av leverantörer som förlorat upphandlingen och vilka menade att Landstinget genom godkännande av onormalt låga anbud brutit mot bestämmelser i LOU såsom likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Upphandlingen var konstruerad på ett vis som gjorde att Landstinget godtog att koncernbolag lämnade anbud såväl enskilt som gemensamt. De olika offererade bemanningstjänsterna delades in i normal arbetstid och övrig tid och en prissättning skedde utefter detta i olika kategorier. Det angivna tilldelningskriteriet i upphandlingen var lägsta pris beräknat på ett sammanlagt pris för de olika tidskategorierna. Efter att upphandlingen avslutats skulle ett ramavtal tecknas där tjänsterna skulle avropas enligt en viss rangordning bestående av de leverantörer som antagits. Enligt ramavtalet fanns dock ingen skyldighet för leverantörerna att leverera de efterfrågade tjänsterna, vilket innebar att en leverantör helt utan efterföljande konsekvenser kunde tacka nej till ett uppdrag med hänvisning till att de exempelvis inte hade tillräckliga resurser för den efterfrågade tjänsten vid avropstidpunkten. Det var bland annat dessa faktorer de klagande leverantörerna menade möjliggjorde att vissa leverantörer kunde lämna ett mycket lågt totalpris och därigenom vinna upphandlingen. Enligt de klagande leverantörerna var detta en medveten strategi från de vinnande anbudsgivarnas sida, vilken gick ut på att leverantörerna skulle komma att avböja att leverera till de mycket låga priserna i vissa kategorier men trots detta ligga kvar högt upp i rangordningen i de kategorier där ett högre pris erbjudits. De anbudsgivare som ingick i koncerner kunde dessutom strategiskt erbjuda mycket låga timpriser för vissa kategorier medan andra bolag i samma koncern satte högre priser inom de tidskategorierna men lägre för andra kategorier. De klagande leverantörerna anförde att koncernbolagen på detta sätt medvetet konstruerat det sammanlagt lägsta

---

<sup>98</sup> Konkurrensverkets yttrande till Förvaltningsrätten i Göteborg Dnr 83/2013 p. 21.

<sup>99</sup> Kammarrätten i Stockholm målnr. 5913-10, 5914-10, 5915-10, 2011-02-18; Kammarrätten i Stockholm målnr 5603-10, 2011-03-21.



priset avseende vissa tjänstekategorier. Detta i samband med det i upphandlingen bristande kravet på leveransskyldighet kunde enligt de klagande resultera i att den vinnande leverantören gavs möjlighet att avböja att leverera de tjänster där de offererat ett mycket lågt pris. Istället skulle Landstinget avropa från ett annat bolag i samma koncern som stod näst på tur i avropsordningen, men som offererat tjänsterna till ett avsevärt högre pris. Enligt de klagande var de mycket låga priserna därför aldrig avsedda att faktiskt offereras Landstinget utan endast till för att medvetet konstruera ett sammanlagt lågt anbud. De klagande leverantörerna menade därför att koncernbolagen gynnades i denna upphandling medan små och medelstora företag missgynnades vilket skulle strida mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.<sup>100</sup>

Kammarrätten i Stockholm gjorde bedömningen att utformningen av upphandlingens förfrågningsunderlag medförde att en leverantör kunde bli placerad högt i rangordningen för olika områden utan att erhålla någon leveransskyldighet. En anbudsgivare som offererat ett mycket lågt pris i en tidskategori kunde på så vis avböja att leverera i denna kategori och istället hänvisa till efterföljande leverantör i rangordningen. Enligt kammarrätten medförde detta att principen om lägsta pris inte fick det i upphandlingen avsedda genomslaget och att förfrågningsunderlaget därför stod i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.<sup>101</sup> Således verkar kammarrätten anse att det endast var själva utformandet av upphandlingens förfrågningsunderlag som stod i strid med LOU och följaktligen inte själva antagandet av onormalt låga anbud. I doktrin har det spekulerats i om utgången i målet blivit en annan i det fall ramavtalets villkor utformats på ett sätt som skulle ha lett till att leverantörer inte haft möjlighet att avböja att leverera vid avrop. En sådan utformning skulle i sådana fall troligtvis leda till att mycket låga priser som ett resultat av taktiskt prissatta anbud fortfarande skulle godtas med förutsättning att leverans skulle komma att ske till de offererade priserna.<sup>102</sup>

Vidare har Kammarrätten i Sundsvall i ett mål<sup>103</sup> från 2009 uttalat sig i frågan om LOU uppställer hinder för att anta ett onormalt lågt anbud. Enligt kammarrättens mening finns det inte något sådant hinder mot bakgrund av syftet med LOU, att stimulera konkurrens bland anbudsgivare på så sätt att offentliga medel används effektivt.<sup>104</sup> Kammarrätten i Jönköping har även

---

<sup>100</sup> Kammarrätten i Stockholm målnr. 5913-10, 5914-10, 5915-10, 2011-02-18 s. 2 f; Kammarrätten i Stockholm målnr 5603-10, 2011-03-21 s. 2 f.

<sup>101</sup> Kammarrätten i Stockholm målnr. 5913-10, 5914-10, 5915-10, 2011-02-18 s. 3 f.; Kammarrätten i Stockholm målnr 5603-10, 2011-03-21 s. 3 f.

<sup>102</sup> de Jounge; Norman (2016).

<sup>103</sup> Kammarrätten i Sundsvall målnr 2767-2768-09, 2009-12-15.

<sup>104</sup> Kammarrätten i Sundsvall målnr 2767-2768-09, 2009-12-15 s. 4.

uttalat att det inte finns en skyldighet för upphandlande myndighet att förkasta onormalt låga anbud enligt LOU.<sup>105</sup>

## 4.2 Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU

I det nya Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU regleras hanteringen av onormalt låga anbud i artikel 69. Artikel 69 stadgar en skyldighet för upphandlande myndighet att av anbudsgivaren begära förklaringar om de priser som föreslås i anbudet medför att anbudet förefaller onormalt i förhållande till upphandlingsföremålet.<sup>106</sup> Redan här kan man urskilja en olikhet från Upphandlingsdirektiv 2004/18 där artikel 55 endast innehåller en reglering för hur upphandlande myndighet ska agera innan ett rättsenligt förkastande av ett onormalt lågt anbud kan ske. Någon uttrycklig faktisk skyldighet att begära en förklaring enbart med anledning av att anbudet är onormalt lågt finns alltså inte i det äldre direktivet, även om viss doktrin har hävdat att en sådan skyldighet bör kunna läsas ut av EU-domstolens dom i målet SAG.<sup>107</sup> Denna nya uttryckliga undersökningsskyldighet i artikel 69 i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU kan från den synvinkeln sägas vara en kodifiering av domen i målet SAG. Huruvida det föreligger en allmän skyldighet för upphandlande myndighet att förkasta onormalt låga anbud vilka inte förklarats på ett tillfredsställande vis ger det nya Upphandlingsdirektivet dock inte uttryckligt svar på. En bokstavstolkning av ordalydelsen i artikel 69 kan indikera på att det inte föreligger någon sådan skyldighet att förkasta onormalt låga anbud utan endast en möjlighet att göra detta. Detta då, vilket kommer att behandlas nedan, en ny uttrycklig reglering vilken innebär en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud som inte uppfyller vissa villkor har införts i artikel 69 i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU. Att en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud vid en specifik situation har införts i direktivet indikerar på att det inte föreligger en allmän skyldighet att förkasta alla onormalt låga anbud som inte förklarats på ett tillfredsställande vis.<sup>108</sup>

Som nämnts kort ovan innehåller artikel 69 i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU en nyhet gällande en skyldighet för upphandlande myndighet att förkasta ett anbud som är onormalt lågt på grund av att anbudsgivaren inte uppfyllt åtaganden som omnämns i direktivets artikel 18.2. Artikel 18.2 tar sikte på att viss miljö-, social- och arbetsrättslig lagstiftning ska iakttas. I övriga fall anger det nya Upphandlingsdirektivet att en upphandlande

---

<sup>105</sup> Kammarrätten i Jönköping målnr 1247-09, 2009-07-02 s. 3.

<sup>106</sup> Art. 69.1 Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.

<sup>107</sup> Jmf. avsnitt 5.1.

<sup>108</sup> Arrowsmith (2014) s. 813 f.

myndighet endast får förkasta ett onormalt lågt anbud när de ingivna förklaringarna inte förklarar det onormalt låga priset på ett tillfredsställande sätt.<sup>109</sup> Således anger det nya Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU inte uttryckligen att en upphandlande myndighet har en skyldighet att förkasta onormalt lågt i alla tänkbara fall, det vill säga den fakultativa möjligheten att underlåta att utesluta ett onormalt lågt anbud tycks vara kvar till viss del. I ett avseende, nämligen gällande anbudsgivarens bristande uppfyllelse av sociala-, miljö- och arbetsmässiga hänsyn enligt direktivets artikel 18.2 har möjligheten emellertid ersatts av en skyldighet att förkasta anbudet.<sup>110</sup> I skäl 103 i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU anges dessutom att den upphandlande myndigheten ”bör” ha rätt att förkasta det onormalt låga anbudet om anbudsgivaren inte kan ge en tillfredsställande förklaring. Vidare anges i skälen att detta agerande ”bör vara obligatoriskt” om myndigheten konstaterat att det onormalt låga priset beror på att anbudsgivaren åsidosatt tvingande unionsrätt på miljö-, social- eller arbetsrättens område eller bestämmelser i internationell arbetsrätt.<sup>111</sup>

### 4.3 Nya LOU

Bestämmelsen om onormalt låga anbud i 16 kap. 7 § nya LOU stadgar att i det fall ett anbud förefaller vara onormalt lågt *ska* den upphandlande myndigheten efterfråga en förklaring till det låga anbudet av leverantören ifråga. Ytterligare en nyhet som bestämmelsen föreskriver är att en upphandlande enhet *ska* förkasta ett onormalt lågt anbud om anbudsgivarens förklaring inte förklarar det låga priset på ett tillfredsställande sätt. I 16 kap. 7 § nya LOU finner vi vidare ett krav på att upphandlande myndighet *ska* förkasta onormalt låga anbud om det onormalt låga priset beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Dessa åtstramande regler om hanteringen av onormalt låga anbud har varit föremål för diskussion under arbetet med att ta fram det nya regelverket för upphandling. De berörda remissinstanser som tillfrågades under utredningsarbetet med det nya regelverket uttryckte delade meningar angående det som då endast utgjorde ett lagförslag över de nu aktuella nya bestämmelserna. Ett antal remissinstanser anförde att lagförslaget gick längre än vad som kunde anses krävas enligt artikel 69 i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU. Att den svenska lagstiftaren avsåg att införa ett renodlat krav på upphandlande myndigheter att förkasta samtliga

<sup>109</sup> Art 69.3 Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.

<sup>110</sup> SOU 2014:51 s. 302.

<sup>111</sup> Skäl 30 Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.

onormalt låga anbud som ej kunnat förklaras på ett tillfredsställande vis ansåg somliga remissinstanser inte var ett beslut som gick att härleda från direktivbestämmelserna.<sup>112</sup> Bland dessa remissinstanser var Trafikverket som menade att det enligt lagförslaget skulle bli obligatoriskt att förkasta ett anbud om priset konstaterats vara onormalt lågt, oavsett vad det var baserat på. Enligt utredningen bakom lagförslaget kan detta härledas från art. 69 i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU som ska förstås på så vis att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att förkasta anbud som den betraktar som onormalt låga. Denna synvinkel kritiseras dock av Trafikverket som menar att utredningen överhuvudtaget inte har angett hur den kommit fram till detta i övervägandena. Vidare menar Trafikverket att utredningens tolkning av direktivtexten är felaktig. Enligt Trafikverkets mening följer av den aktuella direktivtexten att den upphandlande myndigheten *får* förkasta ett anbud endast när anbudsgivaren inte förklarat anbudets låga pris på ett tillfredsställande sätt. Detta kan inte tolkas som att en skyldighet att förkasta anbudet inträder för myndigheten om förklaringarna inte är tillfredsställande.<sup>113</sup>

Även Konkurrensverket kritiserade den då föreslagna bestämmelsen och framförde att det fanns en risk att bestämmelsen skulle komma att krångla till grundkonstruktionen med förfarandet som syftar till att hindra osund konkurrens och oseriösa leverantörer. Vidare anförde bland annat Konkurrensverket att den föreslagna bestämmelsen angående obligatoriskt förkastande av onormalt låga anbud medför en risk för en kraftig ökning av mängden överprövningar som bygger på att ett vinnande anbud utpekats som onormalt lågt och att det därmed borde ha förkastats.<sup>114</sup>

Även Upphandlingsmyndigheten var bland dem som uttryckte farhågor för att de nya bestämmelserna medför ökade möjligheter för förlorande leverantörer att ifrågasätta den upphandlande myndighetens bedömningar gällande anbud med onormalt låga priser.<sup>115</sup> Regeringen har framfört en förståelse för dessa misstankar men har emellertid framhållit att tydligare formulerade bestämmelser såsom regeln angående en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud anses vara, möjliggör en mer förutsebar tillämpning av reglerna och en minskad förekomst av onormalt låga anbud i upphandlingar i det långa loppet. Enligt regeringen bör det även noteras att skyldigheten att förkasta ett anbud blir aktuell först sedan myndigheten kommit fram till att

---

<sup>112</sup> Prop. 2015/16:195 s. 793 ff.

<sup>113</sup> Trafikverkets remissvar ärenden: TRV 2014/54799 s. 11.

<sup>114</sup> Konkurrensverkets yttrande diarienumr 510/2014 s. 17 f.

<sup>115</sup> <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/ny-lagstiftning/nya-lagarna---en-overblick/nya-lagen-om-offentlig-upphandling-nya-lou/onormalt-laga-anbud/2016-12-06>.

anbudet är onormalt lågt och anbudsgivarens förklaring till detta ej varit tillfredsställande.<sup>116</sup>

Kammarkollegiet har i sitt remissyttrande uppmärksammat att införandet av skyldigheten att förkasta onormalt låga anbud medför ett antal problem. Precis som andra remissinstanser påpekat innebär en sådan ordning att antalet överprövningar grundade på att vinnande anbud är onormalt lågt och borde ha förkastats på grund av detta, kan komma att öka kraftigt i antal. Då antalet överprövningar inom upphandling redan i nuläget är ett problem kan detta komma att medföra stora svårigheter för domstolsverksamheten. Enligt Kammarkollegiets mening skulle dessa nya överprövningar även komma att medföra betydande utredningssvårigheter då domstolarna skulle vara tvungna att fastställa om ett anbud är onormalt lågt och om anbudsgivarens förklaring kan anses godtagbar. Till skillnad från andra utslutningsgrunder torde domstolarna dessutom tvingas att göra dessa utredningar på mycket lösa grunder. Kollegiet förordade andra åtgärder för att ta itu med problemet med onormalt låga anbud, exempelvis att upphandlande myndigheter i förfrågningsunderlaget lägger en lämplig nedersta gräns för anbudspris som anbudsgivaren inte får understiga.<sup>117</sup>

Enligt utredningen bakom SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling* innebär de nya bestämmelserna angående onormalt låga anbud i Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU att möjligheten att förkasta ett onormalt lågt anbud förvisso ännu existerar, men att de nya punkterna tillsammans betyder en restriktivare syn på möjligheten att acceptera sådana anbud. Utredningen menar vidare att vad som kan fastställas vara ”onormalt lågt” inte är jämförbart med vad som kan påstås vara ”allmänt vedertagna affärsmässiga hänsyn”. En av de upphandlande myndigheternas skyldigheter är att säkerställa att upphandlingen är effektiv vilket bland annat innefattar att säkerställa att leverans kan ske i enlighet med avtalet. Detta innebär enligt utredningen att då ett onormalt lågt anbud visserligen kan förklaras men trots det inger misstankar angående osäker leverans, kan det påstås att det generella kravet på upphandlande enheter om att beakta skälig omsorg vid förberedandet av en upphandling leder till att det i den faktiska tillämpningen inte existerar något utrymme för myndigheten att anta ett anbud av sådant slag.<sup>118</sup>

---

<sup>116</sup> Prop. 2015/16:195 s. 795.

<sup>117</sup> Kammarkollegiets remissvar Dnr 3.1-1188-16 s. 2 f.

<sup>118</sup> SOU 2014:51 s. 303; se även Prop. 2015/16: s. 794 f.

# 5 Bevisbördans placering

## 5.1 Inledande om bevisbördans placering i mål om offentlig upphandling

I situationer där det föreligger tvistiga omständigheter uppkommer vanligtvis frågor gällande placering av bevisbörda. Bevisbördan gäller faktiska omständigheter, det vill säga konkreta rättsfakta.<sup>119</sup> Då ett anbud har förkastats med stöd av bestämmelserna om onormalt låga anbud är en av de bevismässiga tvistefrågorna huruvida omständigheterna är sådana att anbudet ska anses som allvarligt och seriöst menat eller om anbudet ska betraktas som onormalt lågt utan tillfredsställande förklaringar till anbudets låga pris. Ytterligare frågor av denna karaktär som kan uppstå är huruvida det i anbudet offererade priset är så pass lågt i förhållande till upphandlingsföremålet att det överhuvudtaget är att betrakta som onormalt lågt och således alls kan väcka befogade misstankar om bristande seriositet. En annan fråga som kan aktualiseras är om den upphandlande myndigheten har beaktat det kontradiktoriska förfarandet och berett anbudsgivaren tillfälle att förklara det låga anbudet innan det har förkastats.<sup>120</sup> I och med de nya bestämmelserna om onormalt låga anbud i 16 kap. 7 § nya LOU väcks även frågor angående fördelning av bevisbördan då en förlorande leverantör vill klaga på att en upphandlande myndighet underlåtit att begära en förklaring till ett onormalt lågt anbud och sedan även åsidosatt skyldigheten att förkasta ett sådant anbud.<sup>121</sup>

Att formulera en generell riktlinje för bevisbördans placering i mål om offentlig upphandling är förenat med viss problematik. Upphandlingslagtexten uttalar nämligen sällan vem av parterna som bevisbördan är placerad på. Bestämmelserna är istället ofta fokuserade på vilken materiell utgång en viss situation kan komma att få. Så är även fallet för bestämmelserna om onormalt låga anbud. Varken i något av de båda Upphandlingsdirektiven 2004/18/EG och 2014/24/EU eller i de svenska bestämmelserna om onormalt låga anbud framgår hur bevisbördan ska fördelas mellan parterna då ett anbud riskerar att förkastas på grund av att det betraktas som onormalt lågt. Inom förvaltningsmål finns särskilda bevisbördeprinciper som kan vägleda i de fall den tillämpliga materiella

---

<sup>119</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 289.

<sup>120</sup> Konkurrensverkets yttrande dnr 510/2014 s. 9 ff.

<sup>121</sup> Jmf. Prop. 2015/16:195 s. 793.

rättsregeln inte ger något svar på hur bevisbördan ska fördelas.<sup>122</sup> I allmänhet inom förvaltningsprocessrätten placeras bevisbördan på den enskilda parten i mål där denna försöker erhålla en förmån från det allmänna. Medan i förvaltningsrättsliga mål rörande ingripanden eller andra betungande utslag från det allmännas sida gentemot den enskilde är det vanligtvis det allmänna som är bevisskyldig. I mål om överprövning av offentliga upphandlingar rör det sig inte om någon av dessa två traditionella förvaltningsrättsliga situationer. Trots att mål om offentlig upphandling anhängiggörs genom en enskilds ansökan hos förvaltningsrätt skiljer sig dessa mål oerhört från övriga mål som handläggs av domstolarna på förvaltningsrättens sida.<sup>123</sup> Mål om offentlig upphandling har av HFD tillerkänts en särskild ställning i förhållande till resterande mål som utgör föremål för förvaltningsdomstolarnas prövning. HFD har i RÅ 2009 ref. 69 uttalat att offentlig upphandling i princip gäller ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare. Mot bakgrund av detta fann HFD dels att den förvaltningsrättsliga officialprincipen ska tillämpas med försiktighet avseende mål om offentlig upphandling<sup>124</sup>, dels att huvudregeln inom dessa mål bör vara att det är den part som gör gällande att en upphandling är felaktig som har att bevisa vilka omständigheter dennes talan grundar sig på.<sup>125</sup> Detta avgörande i kombination med upphandlingsrättsliga måls karaktär som kommersiella och tvistemålsliknande talar för att vägledning för placeringen av bevisbördan i upphandlingsmål bör hämtas i de bevisbördeprinciper som används i tvistemålsprocessen i allmän domstol.<sup>126</sup> Låt oss titta närmare på några av dessa bevisbördeteorier.

## 5.2 Bevisbördeteorier

Utifrån de *materiella bevisbördeteorier* placeras bevisbördan på ett sådant sätt att den aktuella materiella bestämmelsens innehåll och syfte får så stor effekt som möjligt. I mål om offentlig upphandling kan en fördelning av bevisbördan utifrån det materiella ändamålet dock vara svår att fastslå då det i dessa mål typiskt sett inte är något av parternas intressen som väger tyngre än det andras.<sup>127</sup> Så är även fallet med bestämmelserna om

---

<sup>122</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 290 f.

<sup>123</sup> Lavin (2014) s. 88.

<sup>124</sup> I ett senare avgörande, HFD målnr 6331-14, har HFD emellertid förtydligat att domstolen har ett visst utredningsansvar i mål om offentlig upphandling. HFD uttalade i målet att då en part utan framgång begärt uppgifter från den upphandlande myndigheten ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att utsätta förfarandet för en effektiv granskning och i sådana fall fordra in dessa uppgifter från myndigheten.

<sup>125</sup> RÅ 2009 ref. 69 s. 4 f.

<sup>126</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 291.

<sup>127</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 291.

onormalt låga anbud. Syftet med dessa är som vi konstaterat tidigare dels att skydda anbudsgivarna mot godtyckliga förkastanden från den upphandlande myndighetens sida, dels att skydda upphandlande myndigheter mot oseriösa anbud och osund anbudsgivning genom att möjliggöra för denna att förkasta anbud som inte är seriösa.<sup>128</sup> Mot bakgrund av detta torde bevisbördefrågan inte kunna lösas endast med hänsyn till bestämmelsens ändamål och syfte.

Ytterligare en intressant bevisbördeteori att hämta intryck ifrån är *bevissäkringsprincipen*. Enligt denna teori är det den part som typiskt sett innehar de bästa förutsättningarna och möjligheterna att säkra bevisning gällande ett visst bevisstema som har bevisbördan för detta. Vid användandet av denna princip bör utgångspunkten vara att det finns en metod för att säkra bevisning som normalt mynnar ut i ett tillförlitligt resultat. Inom upphandlingsmål finns goda förutsättningar att använda denna princip då det i upphandlingar vanligtvis finns skriftliga dokument, intyg, protokoll och så vidare som kan fungera som betydelsefulla och vederhäftiga bevismedel.<sup>129</sup> I situationer där en viss part regelmässigt är den som innehar kontrollen över ett händelseförlopp eller en funktion bör bevisbördan placeras på denna.<sup>130</sup> Vidare bedöms det enligt bevissäkringsprincipen som lättare för en part att säkra bevisning om att något *har ägt rum* än för en part att lägga fram bevisning om att något *inte har ägt rum*.<sup>131</sup> Inom doktrinen finns dock vissa invändningar som menar att detta synsätt inte går att applicera på alla situationer då det är alltför vagt och generaliserande. Det har bland annat hävdats att det i vissa fall utan besvär går att bevisa en omständighets icke-existens genom att säkra bevisning av ett annat positivt sakförhållandes existens.<sup>132</sup>

Bevissäkringsprincipen är den bevisbördeteori som utpekats som den som haft störst inflytande på svenska domstolarnas placering av bevisbördan i tvistemål.<sup>133</sup> Denna princip har nämligen ansetts bidra till att förhindra uppkomsten av såväl kontraktsbrott som domstolstvister.<sup>134</sup> Då parternas skyldigheter noggrant dokumenteras leder detta till att de på ett omsorgsfullt sätt arbetar för att fullgöra sina respektive skyldigheter. Därmed minskar risken för kontraktsbrott. Risken för överträdelser av upphandlingslagstiftningen och inledandet av överprövningsprocesser är även mindre då bevissäkringsprincipen bidragit till att båda parterna

---

<sup>128</sup> Mål 76/81 SA Transporoute p. 17; Konkurrensverkets rapport 2013:6 s.59.

<sup>129</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 292 f.

<sup>130</sup> Heuman (2005) s. 503.

<sup>131</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 293.

<sup>132</sup> Heuman (2005) s. 504.

<sup>133</sup> Heuman (2005) s. 501.

<sup>134</sup> Heuman (2005) s. 171 ff.



ansträngt sig för att säkra bevisning.<sup>135</sup> Kritiker menar dock att bevissäkringsprincipen inte utgör incitament för att säkra bevisning då bevisbördans placering inte sällan är känd för affärslivets aktörer. Inom offentlig upphandling skulle en placering av bevisbördan utifrån denna princip emellertid troligtvis ha goda förutsättningar att fungera som handlingsdirigerande för såväl upphandlande myndigheter som anbudsgivare. Vid en jämförelse mellan offentlig upphandling och civilrättsliga tvister av olika slag, genomförs många upphandlingar ofta på liknande sätt med återkommande sakförhållanden avseenden bevisning tillskillnad från tvister på civilrättens områden där det inte förekommer upprepade typsituationer i samma utsträckning. Bevissäkringsteorin torde således kunna ha inflytande på placeringen av bevisbördan i överprövningsmål inom offentlig upphandling.<sup>136</sup>

Vid en tillämpning av *övertviktsprincipen* fördelar inte domstolen bevisbördan mellan parterna utan avgörandet grundas istället på vad som är mest sannolikt. Den part som lyckas frambringa starkast bevisning mot den andra parten vinner framgång med sin talan utifrån denna princip.<sup>137</sup>

Enligt de historiskt viktiga *dogmatiska bevisbördeprinciperna* placeras bevisbördan utifrån generaliserade satser. En av dessa är att käranden har att lägga fram bevisning som styrker dennes talan medan motparten har att bevisa sina invändningar. *Stabilitetsprincipen* är en annan dogmatisk princip. Utifrån denna placeras bevisbördan på den part som yrkar på en förändring, det vill säga den part som vill förändra status quo. Ytterligare en dogmatisk princip framhåller att bevisbördan läggs på den som påstår något. De dogmatiska bevisbördeteorierna har kritiserats från många håll men uppfattningar om att domstolarna tillämpar dessa principer till viss del i upphandlingsmål har även framförts. Bland annat har vanligtvis den sökande leverantören att bevisa grund för ingripande vilket kan härledas från de dogmatiska satserna. Då domstolen sällan redovisar de överväganden vilka de grundat sin placering av bevisbördan på är det dock svårt att dra slutsatser om vilka bevisbördeprinciper som har tillämpats.<sup>138</sup>

Något klart svar på bevisbördans placering i mål om onormalt låga anbud tycks inte kunna fastslås enbart utifrån härledningarna från dessa bevisbördeteorier. Som vi ska se har viss samstämmig rättspraxis dykt upp på området men det råder fortsatt delade meningar kring bevisbördans

---

<sup>135</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 292 f.

<sup>136</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 293 f.

<sup>137</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 295.

<sup>138</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 295 f.

placering i dessa mål.<sup>139</sup> Nedan följer en redogörelse för dels på vilket sätt EU-domstolens avgöranden kan anses besvara frågorna om placeringen av bevisbördan, dels hur de svenska domstolarna valt att fördela bevisbördan samt även hur doktrin och berörda myndigheter och intressenter kommenterat denna fördelning.

### 5.3 Bevisbördans placering enligt EU-domstolens rättspraxis

EU-domstolen har i målet *SAG*<sup>140</sup> uttryckt att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att kräva att anbudsgivaren lämnar förklaringar som är nödvändiga för att bevisa att anbudet är allvarligt menat. I målet uttalade EU-domstolen även att det kontradiktoriska förfarandet, innebärandes att anbudsgivaren vid en relevant tid i granskningen av anbuderna ska kunna bevisa att dess anbud är allvarligt menat, utgör ett krav enligt Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG för att undvika såväl godtyckligt förkastande som att säkerställa en sund konkurrens företagen emellan.<sup>141</sup> I doktrin har det hävdats att EU-domstolen genom denna ovannämnda dom har slagit fast att det är anbudsgivaren som har att bevisa att anbudet är allvarligt menat. En sådan placering kan även anses ändamålsenlig då det är enklare för en anbudsgivare, som är insatt i sin organisation och sin ekonomi, att bevisa att anbudet är seriöst menat än vad det kan anses vara för myndigheten att frambringa bevisning som visar att anbudet är orimligt lågt.<sup>142</sup> Det råder dock inte fullständig enighet om hur EU-domstolens uttalanden ska tolkas. Enligt Konkurrensverkets mening skulle uttalandena i det ovannämnda målet *SAG* kunna tala för att EU-domstolen har för avsikt att placera bevisbördan för anbudets seriositet på anbudsgivaren. Konkurrensverket anser emellertid att dessa yttranden måste förstås i sitt sammanhang, nämligen i kontexten att EU-domstolen uttryckt att anbudsgivaren har en rättighet att få förklara sitt anbud innan detta förkastas på grunden att det är onormalt lågt. I och med detta anser Konkurrensverket att uttalandet inte ger något klart uttryck för fördelningen av bevisbördan utan endast bör ses som en redogörelse för den skyldighet att iakttä ett kontradiktoriskt förfarande som åligger den upphandlande myndigheten. Ytterligare något som talar för detta är att den nationella domstolens begäran om förhandsavgörande i målet *SAG*<sup>143</sup> inte innehöll någon fråga om

<sup>139</sup> Se bland annat Konkurrensverkets yttrande dnr 510/2014 s. 17.

<sup>140</sup> Mål C-599/10 *SAG*.

<sup>141</sup> Mål C-599/10 *SAG* p. 28, 29.

<sup>142</sup> Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 565.

<sup>143</sup> Mål C-599/10 *SAG*.

bevisbördans placering, vilket torde medföra att EU-domstolen saknat skäl att uttala sig kring det.<sup>144</sup>

Enligt Konkurrensverkets mening saknas således vägledning från EU-domstolen gällande placeringen av bevisbördan vid tillämpningen av bestämmelserna om onormalt låga anbud. Utifrån detta synsätt torde det vara upp till den nationella rättsordningen att fördela bevisbördan mellan parterna i förfaranden gällande förkastanden av onormalt låga anbud, under förutsättning att effektivitetsprincipen och likvärdighetsprincipen iaktas.<sup>145</sup>

Ett av de första målen där EU-domstolen uttalade sig om syftet med de unionsrättsliga bestämmelserna om onormalt låga anbud var *SA Transporoute*<sup>146</sup>. I målet uttryckte EU-domstolen att syftet med den dåvarande bestämmelsen<sup>147</sup> var att skydda anbudsgivaren mot godtyckligt förkastande av anbudet från den upphandlande myndighetens sida.<sup>148</sup> Som vi kommer att upptäcka i avsnittet nedan kom detta uttalande att spela en viktig roll för hur våra svenska kammarrätter till en början valde att placera bevisbördan i mål om onormalt låga anbud.

## 5.4 Bevisbördans placering enligt svensk rättspraxis

Historiskt sett har våra kammarrätter placerat bevisbördan på den upphandlande myndigheten, vilka har ålagts att visa såväl att anbudet är onormalt lågt som att anbudsgivaren inte lämnat tillfredsställande förklaringar till det låga anbudet eller att anbudsgivaren saknar förmåga att leverera till det offererade priset.<sup>149</sup> Denna placering av bevisbördan kan bland annat härledas från det ovannämnda uttalandet i målet *Transporoute*.<sup>150</sup> Om syftet med bestämmelsen är att skydda anbudsgivaren från den upphandlande myndighetens godtyckliga förkastanden bör detta syfte nämligen bäst uppfyllas genom att hela bevisbördan placeras på den upphandlande myndigheten. Utifrån denna uppfattning vore det alltså helt upp till den upphandlande myndigheten att bevisa att det föreligger sådana omständigheter som möjliggör ett förkastande av anbudet.<sup>151</sup>

---

<sup>144</sup> Konkurrensverkets yttrande dnr 83/2013 s. 10.

<sup>145</sup> Konkurrensverkets yttrande dnr 83/2013 s. 10.

<sup>146</sup> Mål 76/81 SA *Transporoute*.

<sup>147</sup> Art. 29.5 i Upphandlingsdirektiv 71/305/EEG.

<sup>148</sup> Mål 76/81 SA *Transporoute* p. 17.

<sup>149</sup> Se bland annat Kammarrätten i Göteborg målnr 3356-09; Kammarrätten i Stockholm målnr 235-07.

<sup>150</sup> Se även prop. 2006/07:128 s. 407.

<sup>151</sup> Rosén Andersson m.fl. (2015) s. 565.

Denna ordning har emellertid kritiserats av Konkurrensverket som påpekat att kammarrätterna genom att lägga hela bevisbördan på den upphandlande myndigheten skapar onödiga svårigheter för upphandlande myndighet att förkasta onormalt låga anbud. Det har nämligen ansetts svårare för en upphandlande myndighet att bevisa att leverantören saknar kapacitet att leverera till det offererade anbudspriset än vad det vore för leverantören att lägga fram bevisning om varför dennes onormalt låga anbud trots allt ska godtas. Att den upphandlande myndigheten ska bevisa att anbudsgivaren inte kommer att klara av att leverera enligt kontraktsvillkoren kräver ofta att myndigheten har en insyn i anbudsgivarens bolag, något som vanligtvis inte är möjligt för myndigheten att få.<sup>152</sup>

Under 2013 meddelade Kammarrätten i Göteborg en dom<sup>153</sup> som kom att kallas banbrytande i frågan om bevisbördans placering vid förkastande av onormalt låga anbud.<sup>154</sup> I målet gav domstolen uttryck för ett synsätt i linje med Konkurrensverkets åsikt. Kammarrätten slog fast att det är den upphandlande myndigheten som bör ha bevisbördan för att förhållandena är sådana att anbudet i sig är så pass lågt att det finns skäl att tvivla på dess seriositet. Kammarrätten menade vidare att det sedan är upp till anbudsgivaren att genom förklaringar bevisa att anbudet trots det låga priset är seriöst menat. Domstolen valde följaktligen att placera bevisbördan för anbudets seriositet på leverantören trots att detta skulle kunna medföra svårigheter för anbudsgivarens sekretess för affärshemligheter beträffande kostnadsstruktur och prissättningsstrategier.<sup>155</sup>

Kammarrätten i Jönköping konstaterade i ett mål<sup>156</sup> från 2015 att en upphandlande myndighet agerat i strid med likabehandlingsprincipen då myndigheten förkastat ett anbud på grund av att det var onormalt lågt. Domstolen konstaterade i enlighet med ovannämnda ordning att då en upphandlande myndighet avser att förkasta ett anbud på grund av att det i anbudet offererats ett lågt pris har myndigheten bevisbördan för att anbudet i sig är onormalt lågt. Vidare menade domstolen att om den upphandlande myndigheten lyckats visa att anbudsgivaren lämnat ett onormalt lågt anbud är det upp till anbudsgivaren att visa att anbudet är allvarligt och seriöst menat. Kammarrätten uttalade sedan att då anbudsgivarens förklaringar innehåller kalkyler som stöd för att anbudet ska betraktas som seriöst, är det varken nödvändigt eller lämpligt att domstolen företagsekonomiskt

---

<sup>152</sup> Konkurrensverkets rapport 2011:1 s. 68.

<sup>153</sup> Kammarrätten i Göteborg målnr 2598-2601-13.

<sup>154</sup> <http://upphandling24.se/ett-osakerhetsmoment-mindre/> 2016-10-19.

<sup>155</sup> Kammarrätten i Göteborg målnr 2598-2601-13 s. 13 ff.

<sup>156</sup> Kammarrätten i Jönköping målnr 704-15.

analyserar dessa kalkyler självständigt och ingående. Det är istället upp till den upphandlande myndigheten att peka på konkreta och uppenbara brister i dessa kalkyler som kan göra att anbudet inte kan anses vara seriöst menat.<sup>157</sup> Denna fördelning av bevisbördan har sedan utvecklats i svensk rättspraxis. I de två mål<sup>158</sup> angående onormalt låga anbud som HFD prövade under 2016 har anbudsgivarna utöver bevisbördan för seriositeten av de onormalt låga anbuden även ålagts kravet att visa att förklaringarna de lämnat var att anse som rimliga.<sup>159</sup> HFD har även slagit fast att prövningen inte bör begränsas till omständigheter eller bevisning vilka varit tillgängliga vid tidpunkten för beslutet att förkasta ett onormalt lågt anbud. Detta innebär att ny argumentation kan föras av parterna i domstol i dessa typer av mål.<sup>160</sup> Detta torde bland annat innebära att en anbudsgivare som fått sitt onormalt låga anbud förkastat då denne inte lämnat tillfredsställande förklaringar till det låga anbudet kan ”läka” brister i förklaringarna genom att under en överprövningsprocess i domstol komplettera med ytterligare material.<sup>161</sup>

---

<sup>157</sup> Kammarrätten i Jönköping mål nr 704-15 s. 6.

<sup>158</sup> HFD 2016 ref. 3 I & II.

<sup>159</sup> HFD 2016 ref. 3 I s. 7 f.; HFD 2016 ref. 3 II s. 14.

<sup>160</sup> HFD 2013 ref. 5.

<sup>161</sup> Jmf. resonemang i Kammarrätten i Jönköping mål nr 704-15 s. 5.

# 6 Förlorande leverantörs möjlighet att klaga på upphandlande myndighets underlåtenhet att förkasta ett onormalt lågt anbud

## 6.1 Inledande om förlorande leverantörs möjligheter att ansöka om överprövning

Nya LOU innehåller bestämmelser om överprövning av upphandlingar som i allt väsentligt motsvarar de som anges i LOU.<sup>162</sup> Det finns två former av överprövningar inom offentlig upphandling, *överprövning av upphandling* och *överprövning av avtals giltighet*, reglerna kring detta återfinns numer i 20 kap. nya LOU. Den form av överprövning som främst kan bli aktuell då en upphandlande myndighet underlåtit att förkasta ett onormalt lågt anbud är *överprövning av en upphandling*. Den centrala bestämmelsen för överprövning av en upphandling finns i 20 kap. 6 § nya LOU. I det fall den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § nya LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta dessutom har medfört att den klagande leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska domstolen besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först efter att rättelse har gjorts. En sådan överprövning måste dock ske innan upphandlingskontraktet tecknats, detta då en upphandling inte får överprövas efter det att avtal slutits mellan myndigheten och en leverantör.<sup>163</sup> Flera förutsättningar ska alltså vara uppfyllda för att en leverantör ska ha möjlighet att vinna framgång med en talan avseende överprövning av en upphandling. Det krävs till att börja med att den upphandlande myndigheten har vidtagit en åtgärd eller fattat ett beslut som överhuvudtaget kan utgöra föremål för en ansökan om överprövning. Ett materiellt krav är dessutom att leverantörens ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten i rätt tid. Domstolen har att göra en materiell prövning där en bedömning av om den åtgärd eller det beslut som är föremål för klagan betytt att de grundläggande principerna i 4

---

<sup>162</sup> Prop. 2015/2016:195 s. 2.

<sup>163</sup> 20 kap. 6 § nya LOU.

kap. 1 § nya LOU eller någon annan bestämmelse i lagen har överträtts. Rätten har dessutom att pröva om det så kallade skaderekvisitet är uppfyllt. Denna prövning innebär att domstolen ska bedöma om överträdelsen har inneburit att den leverantör som ansökt om överprövningen har lidit eller kan komma att lida skada.<sup>164</sup> HFD har konstaterat att en leverantör måste konkretisera på vilket sätt denne lider eller riskerar att lida skada.<sup>165</sup> Då den leverantör som rankats som nummer två i en upphandling ansöker om överprövning kan vanligtvis skaderekvisitet anses vara uppfyllt. Redan då en överträdelse inneburit att en leverantörs placering i upphandlingen försämrats kan leverantören emellertid ansetts ha lidit eller riskera att lida skada i upphandlingslagstiftningens mening.<sup>166</sup>

## **6.2 Möjlighet att vinna framgång med en ansökan om överprövning mot bakgrund av Upphandlingsdirektiv 2004/18/EG, LOU och rättspraxis**

Som vi konstaterat i avsnitten ovan är bestämmelsen om hanteringen av onormalt låga anbud i 12 kap. 3 § LOU utformad på så vis att det inte finns en skyldighet för myndigheten att förkasta ett anbud ens om anbudsgivaren inte lyckats förklara sitt låga anbud.<sup>167</sup> Då detta innebär att bestämmelsen i LOU är fakultativ har en missnöjd leverantör historiskt sett inte haft möjlighet att föra en framgångsrik talan baserad på att en upphandlande myndighet gjort sig skyldig till upphandlingsrättsligt fel genom sin underlåtenhet att förkasta ett onormalt lågt anbud.<sup>168</sup> Såväl Kammarrätten i Göteborg som Kammarrätten i Jönköping har meddelat att det inte föreligger någon skyldighet enligt LOU för upphandlande myndighet att förkasta ett anbud på grund av att det är onormalt lågt.<sup>169</sup> Detta har dock ifrågasatts i doktrin där det har hävdats att det kan strida mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU att anta ett onormalt lågt anbud på samma sätt som det strider mot likabehandlingsprincipen att inte utesluta leverantörer som inte uppfyller sina skatteplikter, brister i seriositeten i yrkesutövningen enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU eller som lider brist på

---

<sup>164</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 175.

<sup>165</sup> HFD 2013 ref. 53 s. 3.

<sup>166</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 215.

<sup>167</sup> SOU 2014:51 s. 300.

<sup>168</sup> Zeteo lagkommentar, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 §, Rosén Andersson m.fl.

teknisk eller ekonomisk förmåga att utföra upphandlingskontraktet enligt de krav som uppställs i 11 kap. LOU.<sup>170</sup>

Enligt nuvarande svensk rättspraxis, vilken tillämpat bestämmelserna om onormalt låga anbud i LOU, kan emellertid konstateras att det inte finns någon möjlighet för en missnöjd anbudsgivare att föra talan baserad på uppfattningen att en konkurrerande leverantörs anbud är så lågt att den upphandlande myndigheten rimligen ska förkasta anbudet.<sup>171</sup> Denna ordning befaras dock ändras i och med de nya bestämmelserna på området.

### **6.3 Potentiella möjligheter att vinna framgång med en ansökan om överprövning mot bakgrund av Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU**

Genomförandet av Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU och dess artikel 69 kommer som vi konstaterat i avsnitten ovan att innebära en obligatorisk regel avseende förkastande av onormalt låga anbud på grund av att anbudsgivaren brutit mot miljö-, sociala- eller arbetsrättsliga regelverk. Bestämmelsen stadgar att upphandlande myndighet ska begära att anbudsgivaren lämnar förklaringar till det låga priset i de fall anbudet förefaller onormalt lågt i förhållande till upphandlingsföremålet. Dessutom föreskriver bestämmelsen att den upphandlande myndigheten ska förkasta ett onormalt lågt anbud då den har fastställt att det låga priset beror på att anbudsgivaren åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga villkor. Den upphandlande myndighetens möjlighet att förkasta onormalt låga anbud som föreskrevs i det tidigare upphandlingsdirektivet 2004/18/EG har i och med detta förändrats till en skyldighet att förkasta onormalt låga anbud i dessa fall.<sup>172</sup>

2014 års Upphandlingsdirektiv skulle senast ha varit införlivat i Sverige den 18 april 2016.<sup>173</sup> Sveriges riksdag har dock valt att sätta i kraft de bestämmelser som är nödvändiga för att följa direktivet med start först 1

---

<sup>169</sup> Kammarrätten i Göteborg mål nr 1641-07; Kammarrätten i Jönköping mål nr 1247-09.

<sup>170</sup> Zeteo lagkommentar, Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 §, Rosén Andersson m.fl.

<sup>171</sup> Förvaltningsrätten i Linköping mål nr 4027-16 s. 5 f.

<sup>172</sup> <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/ny-lagstiftning/nya-lagarna---en-overblick/nya-lagen-om-offentlig-upphandling-nya-lou/onormalt-laga-anbud/> 2016-12-06.

<sup>173</sup> Art. 90 Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU.



januari 2017.<sup>174</sup> Detta torde innebära att offentliga upphandlingar som inletts i Sverige efter den 18 april 2016 men innan den 1 januari 2017 befinner sig i en mellantid där särskilda avvägningar av vilka bestämmelser som ska iakttas kan behöva göras. Som utgångspunkt finns två olika möjligheter, nämligen direktivkonform tolkning av LOU eller valet att tillämpa principen om att direktivbestämmelserna ges direkt effekt. Till att börja med krävs en undersökning av hur stora förändringarna är i förhållande till LOU. I det fall förändringarna endast förefaller vara preciseringar snarare än materiella ändringar förordas att en direktivkonform tolkning är utförbar. Om den rättsliga skillnaden mellan bestämmelsen i LOU och det som föreskrivs i det nya direktivet är för stor krävs istället troligen en tillämpning av principen om direkt effekt.<sup>175</sup> För att bestämmelsen ska ha direkt effekt krävs dock att denne kan ge upphov till rättigheter för enskilda, i detta fall anbudsgivare, samt att bestämmelsen ska vara ovillkorlig. Detta betyder att 2014 års Upphandlingsdirektivs bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter tillerkänns utökad handelsfrihet inte kan ges direkt effekt.<sup>176</sup> När det gäller huruvida direktivets bestämmelser om att onormalt låga anbud ska ifrågasättas och i vissa situationer förkastas, ska ges direkt effekt eller om direktivkonform tolkning bör tillämpas under mellantiden kan olika ståndpunkter intas. Till att börja med kan konstateras att det troligtvis inte går att tolka 12 kap. 3 § LOU direktivkonformt så att myndigheten är skyldig att begära förklaringar till och i vissa fall förkasta onormalt låga anbud. Enligt bland annat Upphandlingsmyndigheten skulle en sådan tolkning direkt strida mot bestämmelsen i LOU:s ordalydelse. Det kan emellertid hävdas att utformningen av 12 kap. 3 § LOU inte utgör hinder för att myndigheten faktiskt tillämpar regeln på det sätt som åsyftas i 2014 års Upphandlingsdirektiv. Angående huruvida art. 69 i 2014 års Upphandlingsdirektiv bör anses ha direkt effekt under mellantiden kan göras gällande att artikeln endast medför rättigheter till leverantörer som konkurrerar med den anbudsgivare som lämnat ett onormalt lågt anbud. Huruvida rättighetsrekvisitet bör utsträckas till att även gälla för en konkurrerande leverantör är diskutabelt. Upphandlingsmyndigheten har sammanfattat den rättsliga problematiken med direktivkonform tolkning och direkt effekt gällande bestämmelserna om onormalt låga anbud som att rättsläget är oklart. Upphandlande myndigheter uppmuntras dock till att tillämpa 12 kap. 3 § LOU i överensstämmelse med art. 69 i 2014 års Upphandlingsdirektiv.<sup>177</sup> Mot bakgrund av detta kan en förlorande

<sup>174</sup> Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7 s. 1.

<sup>175</sup> Hettne (2016) s. 1 f.

<sup>176</sup> <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/nyheterna-i-den-kommande-lagstiftningen-och-hur-hanterar-vi-mellantiden.pdf#page=12> 2016-11-06.

<sup>177</sup> <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/nyheterna-i-den-kommande-lagstiftningen-och-hur-hanterar-vi-mellantiden.pdf#page=63> 2016-11-06.

anbudsgivare eventuellt vinna framgång med en talan som baseras på att ett onormalt lågt anbud inte förkastats trots att det inte levtt upp till tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga villkor avseende en upphandling som inletts under ”mellantiden”.

Framgent blir dock av större intresse att undersöka vilka potentiella möjligheter en förlorande leverantör har att vinna framgång med en överprövningsansökan baserad på att den upphandlande myndigheten brutit mot bestämmelser i nya LOU då myndigheten exempelvis underlåtit att förkasta ett onormalt lågt anbud. Dessa bestämmelser trädde som vi sett i kraft 1 januari 2017 vilket innebär att upphandlingar som inletts från och med detta datum kommer att styras utifrån de nya bestämmelserna. Nedan följer en redogörelse för vad detta kan komma att innebära.

## **6.4 Potentiella möjligheter att vinna framgång med en ansökan om överprövning enligt nya LOU**

Den svenska lagstiftaren har i de nya bestämmelserna om onormalt låga anbud i 16 kap. 7 § nya LOU valt att gå längre än vad som krävs för att de aktuella unionsrättsliga bestämmelserna ska införlivas.<sup>178</sup> Som vi konstaterat i ovanstående avsnitt innebär de nya svenska bestämmelserna att upphandlande myndighets skyldighet att ifrågasätta onormalt låga anbud utökas i flera avseenden. Till att börja med ska den upphandlande myndigheten begära att anbudsgivaren förklarar det låga priset om anbudet förefaller vara onormalt lågt. Vidare ska den upphandlande myndigheten förkasta ett anbud om den funnit att priset är onormalt lågt och anbudsgivaren inte lämnat en tillfredsställande förklaring till detta eller om det onormalt låga priset beror på att anbudet inte överensstämmer med tillämpliga miljö-, arbets- eller socialrättsliga skyldigheter. Dessa nya bestämmelser om onormalt låga anbud torde enligt flertalet i den bakomliggande utredningen tillfrågade remissinstanser öppna upp för fler överprövningar av upphandlingar jämfört med den tidigare lagstiftningen.<sup>179</sup>

Såsom lagtexten i 16 kap. 7 § nya LOU är utformad kan en överprövningsprocess i likhet med tidigare rättspraxis inledas av den anbudsgivare vars anbud förkastats då det betraktats som onormalt lågt och

---

<sup>178</sup> Prop. 2015/16:195 s. 793 ff.

<sup>179</sup> Prop. 2015/16:195 s. 795.

inte ansetts ha förklarats på ett tillfredsställande vis. Men även i de fall en upphandlande myndighet inte är säker på om ett anbud är onormalt lågt och trots misstankar godtar anbudet ifråga kan en överprövningsprocess inledas, i och med de skyldigheter som numer åläggs myndigheten. De leverantörer vilka inte tilldelats kontrakt kan då begära överprövning och åberopa att anbudet rätteligen borde ha förkastats på grund av det var onormalt lågt och ej förklarats på ett tillfredsställande vis.<sup>180</sup> De nya bestämmelserna ger således förlorande leverantör nya grunder för överprövning. Detta betyder bland annat att upphandlande myndigheter bör vara uppmärksamma på skyldigheten att förkasta onormalt låga anbud där leverantören inte kan lämna tillräckliga förklaringar till det låga anbudet då en annan förlorande anbudsgivare kan begära överprövning om det onormalt låga anbudet inte förkastats.<sup>181</sup>

En förlorande leverantör kan således grunda sin talan på att den upphandlande myndigheten överträtt bestämmelser i nya LOU på flera punkter. En förlorande leverantör kan då yrka på att en överträdelse av lagen har skett om ett onormalt lågt anbud har antagits trots att myndigheten inte begärt att anbudsgivaren lämnat en förklaring till det låga anbudet eller det onormalt låga anbudet antagits trots att anbudsgivaren inte förklarat det låga priset på ett tillfredsställande sätt. Ytterligare en överträdelse av 16 kap. 7 § nya LOU kan utgöras av att myndigheten underlåtit att förkasta det onormalt låga anbudet trots att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social-, eller arbetsrättsliga skyldigheter. Förutom att visa på en överträdelse av detta slag krävs för att en förlorande leverantör ska kunna vinna framgång med en ansökan om överprövning, även att den förlorande leverantören kan visa på att överträdelsen har medfört att denne har lidit eller kan komma att lida skada.<sup>182</sup> Som konstaterats i avsnitten ovan kan så snart en överträdelse resulterat i att en leverantör kan tänkas ha hamnat i en sämre position avseende tilldelning av kontraktet, än vad som annars hade varit fallet, ha ansetts lidit eller riskera att lida skada till följd av överträdelsen.<sup>183</sup>

---

<sup>180</sup> Konkurrensverkets yttrande diariennr. 510/2014 s. 18 f.

<sup>181</sup> Prop. 2015/16:195 s. 793 ff.

<sup>182</sup> 20 kap. 6 § nya LOU.

<sup>183</sup> Asplund m.fl. (2012) s. 215.

# 7 Analys och slutsatser

## 7.1 Identifiering av ett onormalt lågt anbud

I den följande delen analyseras och diskuteras mot bakgrund av utredningen uppsatsens första frågeställningar: *När är ett anbud onormalt lågt och hur identifieras ett sådant anbud?*

Någon legal definition av vad som ska anses vara ett onormalt lågt anbud existerar varken i något av dagens eller de tidigare tillämpliga upphandlingsrättsliga EU-direktiven. Då upphandlingsdirektiven inte syftar till att detaljreglera medlemsstaternas nationella förfaranden vid offentlig upphandling, utan endast samordna dessa, är det de nationella lagstiftarna som själva kan bestämma vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud. Det har EU-domstolen även slagit fast i de förenade målen Lombardini och Mantovani. För svensk del har det inte fastslagits någon definition av begreppet onormalt lågt anbud. Den svenska lagstiftaren har uttalat att vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud därmed får avgöras genom en in casu-bedömning. Det innebär således att ett anbudspris måste bedömas i förhållande till upphandlingsföremålet. Detta är en naturlig följd av att upphandlingar är av vitt skilda slag och täcker många olika områden. En rättslig definition av begreppet i form av exempelvis en matematisk formel för att räkna ut beloppsgränser torde vara olämplig, då vad som är att betrakta som ett onormalt lågt anbud kan skilja sig åt markant beroende på exempelvis vilken bransch man rör sig inom. En metod som bygger på att räkna ut en gräns för vad som är onormalt lågt utifrån de i en upphandling inkomna anbuden riskerar även att utsättas för manipulation och torde inte ensamt vara en hållbar metod för att identifiera onormalt låga anbud.

Den lucka som finns i rättsläget kring identifieringen av onormalt låga anbud leder till att upphandlande myndigheter har att bedöma huruvida ett anbud ska betraktas som onormalt lågt eller ej på ett relativt flexibelt vis. Viss rättspraxis på området har emellertid utformats vilken kan anpassas till upphandlingsföremålet och sägas utgöra generell vägledning när bedömningen ska göras. Inledningsvis bör anbudspriset jämföras med marknadspriser och uppgifter om kostnader för den aktuella varan eller tjänsten från bransch- och intresseorganisationer. Upphandlande myndigheters tidigare erfarenheter av liknande upphandlingar kan vara

vägledande men hänsyn bör i sådana fall tas till att villkor och andra omständigheter ofta kan skilja sig åt mellan en tidigare och en ny upphandling trots att de liknar varandra. Något som kan vara av betydelse är erfarenheten av att en viss prisbild vid en tidigare upphandling lett till exempelvis utebliven leverans. En sådan erfarenhet kan vägas in i bedömningen då ett anbud i samma prisnivå granskas av upphandlande myndighet i en ny liknande upphandling.

Den upphandlande myndigheten har även en möjlighet att redan i förfrågningsunderlaget annonsera en prisgräns där anbudspriser under en angiven gräns ombeds komplettera med förklaringar till det låga priset. Denna prisgräns ska dock kunna rättfärdigas utifrån exempelvis information från branschorganisationer. Ett sådant tillvägagångssätt underlättar både för upphandlande myndighet och anbudsgivare då det från start blir tydligt vilka anbud som kan förväntas väcka misstankar om att vara onormalt låga.

HFD har uttalat att förekomsten av *negativa priser* i ett anbud medför att anbudet kan misstänkas vara onormalt lågt. Anbud med negativa priser torde därav relativt bekymmerslöst kunna identifieras som onormalt låga. Vidare är det inte endast anbudet i sin helhet som kan orsaka sådana misstankar, även låga priser i *delar* av ett anbud kan leda till att hela anbudet betraktas som onormalt lågt visar 2016 års rättspraxis från HFD.

Utifrån utredningen kan konstateras att det inte finns en ensam identifieringsmetod för att peka ut när ett anbud är onormalt lågt. Möjligheten till den relativt stora skönsmässiga bedömningen som står upphandlande myndighet till buds i sin prövning av om ett anbud ska betraktas som onormalt lågt eller ej har såväl fördelar som nackdelar. En fördel är att anpassningsbara och generella riktlinjer möjliggör bedömningar utifrån just det upphandlingsföremål som anbudet ifråga gäller. En nackdel är självklart den rättsosäkerhet avsaknaden av en tydlig definition innebär för upphandlingars inblandade parter.

## **7.2 Bevisbördans fördelning samt godtagbara förklaringar**

I denna del av framställningen diskuteras frågeställningarna: *Hur är bevisbördan fördelad innan respektive efter ett tilldelningsbeslut samt vad kan anses utgöra en godtagbar förklaring till ett onormalt lågt anbud?*

### *Bevisbördan innan ett tilldelningsbeslut*

Inledningsvis kan konstateras att rättspraxis visar att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att ett anbud överhuvudtaget förefaller vara onormalt lågt och att bestämmelserna om onormalt låga anbud därmed ska kunna tillämpas. Då en upphandlande myndighet väl har identifierat ett onormalt lågt anbud får ett förkastande ske först sedan myndigheten begärt en förklaring till det låga anbudet. Detta kontradiktoriska förfarande som måste tillämpas innan ett förkastande får ske kvarstår även i och med införandet av den nya bestämmelsen om onormalt låga anbud i 16 kap. 7 § nya LOU.

Äldre kammarrättspraxis visar på att den upphandlande myndigheten bör åläggas bevisbördan för att de förklaringar anbudsgivaren lämnat inte är godtagbara och att det onormalt låga anbudet därmed rätteligen kan förkastas. Kammarrätternas uppfattning bygger på att syftet med bestämmelserna om onormalt låga anbud är att skydda anbudsgivarna från godtyckliga förkastanden av anbud från upphandlande myndigheters sida. Genom att placera bevisbördan för förklaringarnas godtagbarhet på upphandlande myndighet kan bestämmelserna på så vis få bäst genomslag och syftet med reglerna uppnås. Denna placering kan underbyggas av bland annat de materiella bevisbördeteorierna där bevisbördan placeras på ett sätt som möjliggör att bestämmelsens innehåll och syfte får så stor effekt som möjligt. Denna ordning har emellertid frångåtts under senare tid då ytterligare ett syfte bakom bestämmelserna om onormalt låga anbud, vilket enligt vissa även bör betraktas som det främsta syftet, har lyfts fram. Detta syfte är att upphandlande myndighet ska skyddas från att behöva anta ett oseriöst anbud. Utifrån detta synsätt har bevisbördan för huruvida förklaringarna till anbudspriset är tillfredsställande förflyttats till anbudsgivaren ifråga, vilken numer har bevisbördan för att det lämnade anbudet trots det låga priset är seriöst och allvarligt menat. Placeringen av bevisbördan enligt dagens rättsläge kan motiveras utifrån bevissäkringsteorin. Enligt denna teori bör bevisbördan placeras på den part som har bäst förutsättningar att säkra bevisning för bevis temat ifråga. I och med att det är anbudsgivaren som har de bästa möjligheterna att säkra bevisning gällande bolagets egna omkostnader, prissättningsstrategier och liknande kan en sådan placering av bevisbördan anses motiverad utifrån bevissäkringsprincipen. Den tidigare placeringen av bevisbördan för anbudets seriositet på myndigheten kan mot bakgrund av detta anses ha varit alltför betungande för myndigheten då denna typiskt sett har betydligt sämre förutsättningar att säkra bevisning kring sådana omständigheter.

HFD har dessutom nyligen slagit fast att anbudsgivaren har att visa att dennes förklaringar till ett onormalt lågt anbud är att anse som rimliga. I de

fall anbudsgivaren kunnat visa detta åligger det den upphandlande myndigheten att visa att anbudet trots de godtagbara förklaringarna ska förkastas. Detta innebär således att om anbudsgivaren kunnat visa på tillfredsställande förklaringar vandrar bevisbördan över på myndigheten som har att peka på konkreta brister i den godtagbara förklaringen för att anbudet rättsenligt ska kunna förkastas på denna grund.

### *Godtagbara förklaringar*

Då dagens rättsläge innebär att anbudsgivaren har bevisbördan för att dennes förklaringar till det onormalt låga anbudet är godtagbara blir det av stor betydelse vilka slags förklaringar som kan visa på att ett anbud trots det onormalt låga priset är seriöst menat. Bestämmelserna om onormalt låga anbud räknar upp ett antal omständigheter som en begäran om förklaring till ett onormalt lågt anbud kan bestå av. I detta avseende sammanfaller 12 kap. 3 § LOU och 16 kap. 7 § nya LOU huvudsakligen. Utifrån EU-domstolens rättspraxis bör bestämmelsernas förteckningar fungera som en anvisning kring vilka slags förklaringar som bör godtas. Kostnadseffektiva metoder, utnyttjandet av tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden och egenarten hos upphandlingsföremålet är några av de förklaringar som kan anses godtagbara. Av särskild betydelse blir även det nytillkomna tillägget i 16 kap. 7 § nya LOU där det anges att en begäran om förklaring nu även kan gälla efterlevnad av miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter samt uppgifter om underleverantörer. Utöver de i bestämmelserna angivna förklaringarna har HFD även slagit fast att en godtagbar förklaring bland annat kan bestå av att anbudet baseras på tidigare erfarenheter av att myndigheten i sitt förfrågningsunderlag ofta uppskattat sitt behov av upphandlingsföremålet felaktigt. Ytterligare förklaringar som visar att ett lågt anbud är seriöst kan utgöras av kostnadsfördelar i hemlandet, stordriftsfördelar eller tillfällig överkapacitet. Vid bedömningen av förklaringarna ska vidare alla relevanta faktorer som kan hänföras till upphandlingsföremålet och som anbudsgivaren gör gällande beaktas. Slutligen kan konstateras att en anbudsgivare har fördel av att presentera en tydlig och detaljerad utredning som visar på dennes förmåga att leverera upphandlingsföremålet enligt de avtalade villkoren för att nå framgång i sitt försvar av det låga anbuds affärsmässighet och seriositet.

Rättspraxis och doktrin har som vi sett utökat antalet tänkbara godtagbara förklaringar till onormalt låga anbud då listan över vad en begäran om förklaring kan gälla, i såväl de svenska bestämmelserna om onormalt låga anbud som motsvarande artiklar i EU-direktiven, inte är uttryckligen uttömmande. EU-domstolen har emellertid uttalat att denna lista inte heller är rent indikativ. Detta uttalande kan tyda på att de upphandlande myndigheterna inte har en *total* frihet att bestämma vilka omständigheter

som är av vikt att beakta innan ett onormalt lågt anbud förkastas. En sådan tolkning av uttalandet leder dock till att efterföljande praxis delvis kan uppfattas som oförenlig med detta. I väntan på klargörande uttalanden från EU-domstolen torde upphandlande myndigheter, för att vara på säkra sidan, utgå från de i Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU och 16 kap. 7 § nya LOU uppräknade omständigheterna gällande vad en begäran om förklaring till ett onormalt lågt anbud kan gälla.

#### *Bevisbörda efter ett tilldelningsbeslut*

En av de största skillnaderna mellan 12 kap. 3 § LOU och 16 kap. 7 § nya LOU är att tillämpandet av bestämmelsen om onormalt låga anbud i nya LOU, till skillnad från bestämmelsen i LOU, är uttryckligen obligatorisk. Den upphandlande myndigheten åläggs i och med nya LOU en skyldighet att undersöka anbud som förefaller vara onormalt låga samt att förkasta ett sådant om leverantören inte kunnat förklara det på ett tillfredsställande vis eller om anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. I och med att bestämmelsen inte längre är fakultativ uppkommer frågor om vad som händer om en upphandlande myndighet underlåter att tillämpa bestämmelsen. Upphandlande myndigheters beslut att inte förkasta onormalt låga anbud kommer med säkerhet att leda till ett större antal överprövningar gällande myndighetens bristande uppfyllelse av sin skyldighet enligt de nya bestämmelserna. Bevisfrågorna kommer att utgöra en springande punkt i dessa överprövningsmål. En viktig fråga blir därför hur bevisbördan bör fördelas efter ett tilldelningsbeslut i ett överprövningsmål där en förlorande leverantör gör gällande att det vinnande anbudet borde ha förkastats på grund av att det är onormalt lågt. De mål av detta slag som hittills har varit föremål för domstolarnas prövning har inte kommit så långt i utredningen att domstolen har uttalat hur bevisbördan ska fördelas. Detta då domstolen gång på gång konstaterat att upphandlande myndighet inte brutit mot LOU genom att underlåta att förkasta ett onormalt lågt anbud då LOU:s bestämmelse om förkastande av onormalt låga anbud är fakultativ. Avsaknaden av ett uttryckligt vägledande uttalande om placeringen av bevisbördan efter ett tilldelningsbeslut gör att detta tillsvidare bör avgöras utifrån allmänna bevisbördeprinciper och huvudprinciper inom upphandlingsmål. Det kan konstateras att i mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett tydligt vis ska ange de omständigheter som utgör grund för dennes talan. Detta talar för att det är sökanden, det vill säga den förlorande leverantören, som har att visa att den upphandlande myndigheten brutit mot det upphandlingsrättsliga regelverket. Även mot bakgrund av våra allmänna rättsprinciper för placering av bevisbörda bör den leverantör som ansökt om överprövning åläggas bevisbördan för att styrka dennes talan. Detta innebär



bland annat att den klagande leverantören inledningsvis bör åläggas bevisbördan för att visa att det vinnande anbudet till att börja med förefaller vara onormalt lågt och sedan även visa att anbudet trots de lämnade förklaringarna ska förkastas. Med tanke på dagens tomrum av vägledande praxis i denna fråga efterlyses förtydliganden om tillämpningen av bestämmelserna i detta avseende och då särskilt gällande fördelningen av bevisbördan i dessa överprövningsmål.

### **7.3 Förlorande leverantörs möjligheter att vinna framgång med en överprövningsansökan**

I följande del besvaras utredningens sista frågeställningar: *Vilka rättsmedel står till buds och hur ser möjligheterna ut för en förlorande leverantör som vill klaga på en upphandlande myndighets underlåtenhet att förkasta ett onormalt lågt anbud?*

Inledningsvis kan konstateras att en förlorande leverantör som vill klaga på en upphandlande myndighets underlåtenhet att undersöka eller förkasta ett onormalt lågt anbud bör använda sig av 20 kap. 6 § nya LOU. Bestämmelsen stadgar att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas i det fall den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § nya LOU eller någon annan av lagens bestämmelser och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. I avsnittet ovan har konstaterats att den förlorande leverantören bör åläggas bevisbördan för att det vinnande anbudet överhuvudtaget är onormalt lågt samt att de omständigheter som utgör grund för att anbudet rätteligen borde ha förkastats på grund av att anbudet är onormalt lågt föreligger. Förutom denna bevisbörda har den förlorande leverantören även att visa att den upphandlande myndighetens underlåtenhet att förkasta det onormalt låga anbudet, har orsakat eller kommer att kunna orsaka skada för denne. Svårigheten i dessa mål torde inte vara att visa på en sådan skada då skaderekvisitet vanligen anses vara uppfyllt redan då en leverantörs placering i upphandlingen försämrats på grund av en överträdelse av regelverket. Historiskt sett har det istället visat sig svårartat för den förlorande leverantören att visa på att den upphandlande myndigheten gjort sig skyldig till en överträdelse av det upphandlingsrättsliga regelverket genom att anta ett anbud trots att det varit onormalt lågt och saknat tillfredsställande förklaringar. Svårigheten i detta har berott på att domstolarna gång på gång tolkat LOU:s bestämmelser om

onormalt låga anbud som fakultativ och därmed inte ålagt de upphandlande myndigheterna någon skyldighet att förkasta onormalt låga anbud.

Regleringen kring onormalt låga anbud har i och med införlivandet av Upphandlingsdirektiv 2014/24/EU i nya LOU inneburit en uppstramning mot antagandet av onormalt låga anbud. Enligt 16 kap. 7 § nya LOU är det obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ifrågasätta anbud som förefaller vara onormalt låga och att dessutom förkasta sådana anbud om förklaringarna till de låga anbudspriserna inte är tillfredsställande eller om anbudet inte lever upp till tillämpliga arbets-, miljö-, och socialrättsliga villkor. Detta betyder även ökade möjligheter för förlorande leverantörer att i framtiden ifrågasätta myndigheternas granskningar och bedömningar av sådana anbud. Att det enligt det upphandlingsrättsliga regelverket numer är en skyldighet för upphandlande myndighet att hantera onormalt låga anbud på detta sätt medför att myndigheters försummelse att följa regelverket, genom att exempelvis anta ett onormalt lågt anbud trots otillfredsställande förklaringar, innebär att myndigheten bryter mot nya LOU. Ett ingripande i enlighet med 20 kap. 6 § nya LOU mot upphandlingar inledda från och med 1 januari 2017 kommer därmed att kunna ske. Förlorande leverantörer har i och med de nya bestämmelserna således en möjlighet att vinna framgång med en överprövningsansökan som grundar sig på upphandlande myndighets underlåtenhet att förkasta ett onormalt lågt anbud, något som tidigare inte varit möjligt.

## 7.4 Avslutande kommentarer

Vi kan i och med det ovan konstaterade se ett skifte i synen på det bakomliggande syftet med reglerna om onormalt låga anbud. Tidigare har huvudpunkten i mål om onormalt låga anbud ansetts vara att bestämmelserna syftar till att skydda anbudsgivare från godtyckliga förkastanden av onormalt låga anbud. I och med denna tolkning av bestämmelsernas ändamål placerades tidigare en betungande bevisbörda på upphandlande myndighet som hade att visa att ett anbud var onormalt lågt och oseriöst då det ej förklarats på ett tillfredsställande vis. För ett par år sedan fick emellertid den svenska rättstillämparen upp ögonen för ytterligare en avsikt med regleringen om onormalt låga anbud. Syftet att upphandlande myndighet bör kunna skyddas mot att behöva anta onormalt låga anbud och ingå oseriösa upphandlingsavtal belystes och bevisbördan fördelades på ett rättvisare sätt utifrån ett bevissäkringsperspektiv. I och med bestämmelserna om onormalt låga anbud i nya LOU kan ytterligare ett skifte gällande fokuset på regleringarnas syfte skönjas. Nu tycks det viktigaste vara att skydda marknaden från skadliga strategiska

prissättningar. De nya strängare reglerna om onormalt låga anbud ger nämligen uttryck för ambitionen att förstärka offentliga upphandlingars motståndskraft mot osund marknadskonkurrens. Frågan är om den svenska lagstiftaren genom att införa en strängare bestämmelse än vad Upphandlingsdirektivet 2014/24/EU kräver främst skapat en onödigt tillkrånglad säkerhetsåtgärd för att uppnå sund konkurrens inom offentliga upphandlingar. I praktiken torde dessa förändringar innebära att såväl den initiala prisbedömningen som pridförklaringen blir mycket betydelsefull samt att detta öppnar upp för förlorande leverantörer att vinna framgång med en klagan grundad på att onormalt låga anbud antagits på felaktiga grunder. Möjligen är bestämmelsen nödvändig för att på sikt utplåna osunda strategiska anbud från den svenska upphandlingsmarknaden. Otvivelaktigt är dock att den striktare bestämmelsen betyder att överprövningsinstitutet står inför en stundande utmaning där allt fler förlorande leverantörer kommer att ta tillfället i akt att klaga på konkurrerande leverantörers onormalt låga anbud.

Den nuvarande knappa rättspraxis på området onormalt låga anbud har främst fokuserat på identifiering av onormalt låga anbud och det kontradiktoriska förfarandet efter en identifiering. Denna inskränkta rättspraxis är dock tyvärr föga hjälpsam för de stundande utmaningar de olika aktörerna inom offentlig upphandling står inför. Med detta sagt efterlyses vägledande klargöranden från domstolarna gällande hur onormalt låga anbud ska hanteras i och med införandet av de på området nya bestämmelserna i nya LOU.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Sverige

#### Propositioner

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

Prop. 2015/16:195 *Nytt regelverk om upphandling.*

#### Riksdagsskrivelser

Riksdagsskrivelse 2016/17:66.

#### Utredningsbetänkanden

SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling.*

#### Utskottsbetänkanden

Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU7 *Nytt regelverk om upphandling.*

## Europeiska unionen

#### Direktiv

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

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

Europeiska Kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig.

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

## Litteratur

Alexandersson Gunnar, Hultén Staffan: 'Orimligt låga bud vid upphandling', *Ekonomisk debatt* 2003, årgång 31, nr 7, s. 5-16.

Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, 3:e upplagan, London 2014.

Asplund, Anders; Ehn, Magnus; Johansson, Daniel; Olsson, Erik: *Överprövning av upphandling- och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, Stockholm 2012.

Bernitz, Ulf; Heuman, Lars; Leijonhufvud, Madeleine; Seipel, Peter; Vogel, Hans-Heinrich: *Finna rätt: juristers källmaterial och arbetsmetoder*, Stockholm 2014.

Heuman, Lars: *Bevisbörda och beviskrav i tvistemål*, Stockholm 2005.

Kleineman, Jan: 'Rättsdogmatisk metod', i: Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund 2013.

Lavin, Rune: *Förvaltningsprocessrätt*, Stockholm 2014.

Norman, Pernilla & de Jounge, Malin: 'Onormalt låga anbud, Offentlig upphandling – En handbok', Stockholm 2016.

Peczenik, Aleksander: 'Juridikens allmänna läror', *Svensk Juristtidning* 2005 s. 249-272.

Pedersen, Kristian: *Upphandlingens grunder en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 3:e upplagan, Stockholm 2013.

Reichel, Jane: 'EU-rättslig metod', i: Korling, Fredric, Zamboni, Mauro (red.), *Juridisk metodlära*, Lund 2013.

Rosén Andersson, Helena m.fl.: *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 2:a upplagan, Stockholm 2015.

Skovgaard Ølykke, Grith: *Abnormally Low Tenders – With an Emphasis on Public Tenderers*, Köpenhamn 2010.

Sundstrand, Andrea: *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Stockholm 2012.

## **Elektroniska källor**

### **Lagkommentarer**

Karnovgroup.se

*Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 §*, Lexino, uppdaterades på Karnov 2016-10-11, *sidan hämtades 2016-11-24*.

Karnovgroup.se

Nord, Eskil: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 §*, *sidan hämtades 2016-11-26*.

Zeteo.wolterskluwer.se

Mühlenbock, Eva-Maj; Piper, Catharina; Rosén Andersson, Helena; Willquist, Henrik: *Lag (2007:1091) om offentlig upphandling 12 kap. 3 §*,

publicerades i Zeteo 2015-05-01, *sidan hämtades 2016-10-28*.

## Myndighetspublikationer

Försäkringskassan.se

Försäkringskassan: *Nya regler om upphandling – DS 2014:25 respektive SOU 2014:51*, Försäkringskassans remissyttrande diariernr 40623-2014, <[https://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/904c9212-fc13-4b05-a7cc-0f2eff82886c/rem040623\\_2014.pdf?MOD=AJPERES](https://www.forsakringskassan.se/wps/wcm/connect/904c9212-fc13-4b05-a7cc-0f2eff82886c/rem040623_2014.pdf?MOD=AJPERES)>, publicerades 2014-09-30, *sidan hämtades 2016-11-06*.

(citeras: ”Försäkringskassans remissyttrande diariernr 40623-2014”)

Kammarkollegiet.se

Kammarkollegiet: *Remissvar – Utkast till lagrådsremiss Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling*, <[http://www.kammarkollegiet.se/sites/default/files/2016-03-18%20Remissvar%20-%20Hänsyn%20vid%20upphandling,%20Finansdep%20\(1.5%20MB\).pdf](http://www.kammarkollegiet.se/sites/default/files/2016-03-18%20Remissvar%20-%20Hänsyn%20vid%20upphandling,%20Finansdep%20(1.5%20MB).pdf)>, Kammarkollegiets remissyttrande Dnr 3.1-1188-16 Fi2016/00530/UR, publicerades 2016-03-18, *sidan hämtades 2016-12-02*.

(citeras: ”Kammarkollegiets remissvar Dnr 3.1-1188-16”)

Konkurrensverket.se

Pedersen, Kristian; Lundvall, Karl: *Osund strategisk anbudsgivning i offentlig upphandling*, Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2011:1, <<https://www.copenhageneconomics.com/dyn/resources/Publication/publica>

tionPDF/7/177/1428660193/osund-strategisk-anbudsgivning.pdf>, sidan hämtades 2016-11-06.

(citeras: ”Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport 2011:1”)

Konkurrensverket.se

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

<<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/byggfram-entreprenad-ab-m.fl.-goteborgs-stads-upphandlings-ab-angpende-overprpovning.pdf>>, sidan hämtades 2016-11-06.

(citeras: Konkurrensverkets yttrande till Förvaltningsrätten i Göteborg Dnr 83/2013)

Konkurrensverket.se

Konkurrensverket: *Osund konkurrens i offentlig upphandling*,

Konkurrensverkets rapport 2013:6,

<<http://www.konkurrensverket.se/globalassets/publikationer/rapporter/osund-konkurrens-i-offentlig-upphandling---om-lagovertradelser-som-konkurrensmedel.pdf>>, sidan hämtades 2016-11-06.

(citeras: ”Konkurrensverkets rapport 2013:6”)

Konkurrensverket.se

Konkurrensverket: *Nya regler om upphandling (Ds 2014:25 respektive SOU 2014:51)*, Konkurrensverkets yttrande dnr 510/2014,

<http://docplayer.se/10552367-Nya-regler-om-upphandling-ds-2014-25-respektive-sou-2014-51.html>, sidan hämtades 2016-11-06.



(citeras: ”Konkurrensverkets yttrande diariernr. 510/2014”)

Skllkommentus.se

Hettne, Jörgen: *Analys av de nya bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU: Kan de ha direkt effekt eller fungera som stöd vid direktivkonform tolkning av LOU?*,

<<https://www.skllkommentus.se/globalassets/kommentus/bloggar/filer/rattsutlatande-hettne.pdf>>, Publicerades 2016-04-24, *sidan hämtades 2016-12-11.*

(citeras: ”Hettne (2016)”)

Trafikverket.se

Trafikverket: *Nya regler om upphandling (Ds 2014:25 respektive SOU 2014:51)*, Trafikverkets remissvar ärendenr TRV 2014/54799,

<[http://www.trafikverket.se/contentassets/8a2244cbf0034e88a2b94d7f32eb2951/2014/remissvar\\_ny\\_lou\\_luf\\_2014\\_ars\\_direktiv.pdf](http://www.trafikverket.se/contentassets/8a2244cbf0034e88a2b94d7f32eb2951/2014/remissvar_ny_lou_luf_2014_ars_direktiv.pdf)>, publicerades 2014-10-01, *sidan hämtades 2016-11-06.*

(citeras: ”Trafikverkets remissvar ärendenr: TRV 2014/54799”)

Upphandlingsmyndigheten.se

Upphandlingsmyndigheten: *Hantering av onormalt låga anbud*,

<<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omraden/stadtjanster/onormalt-laga-anbud/>>, *sidan hämtades 2016-10-09.*

Upphandlingsmyndigheten.se

Upphandlingsmyndigheten: *Onormalt låga anbud*,

<<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/ny-lagstiftning/nya-lagarna---en-overblick/nya-lagen-om-offentlig-upphandling-nya-lou/onormalt-laga-anbud/>>, *sidan hämtades 2016-12-06.*

Upphandlingsmyndigheten.se

Upphandlingsmyndigheten: *Nyheterna i den kommande lagstiftningen – och hur hanterar vi mellantiden?*,

<<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/nyhet>

erna-i-den-kommande-lagstiftningen-och-hur-hanterar-vi-mellantiden.pdf>, sidan hämtades 2016-11-06.

## Övrigt

Lup.lub.lu.se

Daniel Sjöholm: ”För bra för att vara sant” – En studie i hanteringen av onormalt låga anbud vid offentliga upphandlingar, Lunds universitet, <http://lup.lub.lu.se/luur/download?func=downloadFile&recordOId=4222171&fileOId=4279655>, sidan hämtades 2016-11-06.

Skf.se

Ulf Palm: *Rättspraxis m.m. inom upphandlingsområdet*, Sveriges kommuner och landsting,

<[https://skf.se/download/18.7ee92054153504140cd8f96/1457435827436/SKL\\_rattspraxis\\_mars\\_2016.pdf](https://skf.se/download/18.7ee92054153504140cd8f96/1457435827436/SKL_rattspraxis_mars_2016.pdf)>, sidan hämtades 2016-10-19.

Upphandling24.se

Per Eriksson: *Ett osäkerhetsmoment mindre*, Upphandling 24,

<<http://upphandling24.se/ett-osakerhetsmoment-mindre/>>, sidan hämtades 2016-10-09.

Upphandling24.se

Upphandling24: *Skärpta regler kring låga anbud*,

<<http://upphandling24.se/skarpta-regler-kring-laga-anbud/>>, sidan hämtades 2016-11-17.

Zeteo.wolterskluwer.se

de Jonge, Malin; Norman, Pernilla: *Offentlig upphandling. En handbok, kommentaren till 12 kap. LOU under rubriken Onormalt låga anbud*, publicerades 2016-12-13, sidan hämtades 2016-12-15.

(citeras: ”de Jonge; Norman (2016)”)

# Rättsfallsförteckning

## Europeiska Unionen

76/81 *SA Transporoute et travaux mot Ministère des travaux publics*,  
EU:C:1982:49.

C-103/88 *Fratelli Costanzo SpA mot Milano kommun*, EU:C1989:256.

C-143/94 *Furlanis costruzioni generali SpA mot Azienda nazionale autonoma strade (ANAS)*, EU:C:1995:354.

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 (C-285/99) och Impresa Ing. Mantovani SpA mot ANAS - Ente nazionale per le strade och Ditta Paolo Bregoli (C-286/99)*, EU:C:2001:640.

De förenade målen (C-147/06) och (C-148/06) *SECAP SpA (C-147/06) och Santorso Soc. coop. arl (C-148/06) mot Comune di Torino*, EU:C:2008:277.

C-74/09 *Bâtiments et Ponts Construction SA och WISAG Produktionsservice GmbH mot Berlaymont 2000 SA*, EU:C:2010:431.

C-292/07 *Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien*,  
EU:C:2009:246.

C-599/10 *SAG ELV Slovensko m.fl. as, FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe as, TESLA Stropokov as, Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA mot Úrad pre verejné obstarávanie*, EU:C:2012:191.

C-368/10 *Max Havelaar, Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna*, EU:C:2012:284.

## **Sverige**

### **Förvaltningsrätterna**

Förvaltningsrätten i Göteborg målnr 13295-12 E, 13381-12 E, 13385-12 E, 13429-12 E, 2013-04-03.

Förvaltningsrätten i Linköping målnr 4027-16, 2016-09-29.

Förvaltningsrätten i Umeå målnr 20144-15, 2015-12-04.

### **Kammarrätterna**

Kammarrätten i Göteborg målnr 1641-07, 2007-06-28.

Kammarrätten i Göteborg målnr 3356-09, 2009-11-04.

Kammarrätten i Göteborg målnr 2598-2601-13, 2013-10-18.

Kammarrätten i Göteborg målnr 2598-2601-13, 2013-10-22.

Kammarrätten i Göteborg målnr 4719-13, 2013-11-08.

Kammarrätten i Jönköpings målnr 1247-09, 2009-07-02.

Kammarrätten i Jönköping målnr 1247-09, 2009-07-03.

Kammarrätten i Jönköpings målnr 704-15, 2015-07-06.

Kammarrätten i Stockholm målnr 235-07, 2007-04-05.

Kammarrätten i Stockholm målnr 5913-10, 2011-02-18.

Kammarrätten i Stockholm målnr 5914-10, 2011-02-18.

Kammarrätten i Stockholm målnr 5915-10, 2011-02-18.

Kammarrätten i Stockholm målnr 5603-10, 2011-03-21.

Kammarrätten i Sundsvalls dom målnr 2767-2768-09, 2009-12-15.

## **Högsta förvaltningsdomstolen**

RÅ 2009 ref. 69.

HFD 2013 ref. 5.

HFD 2013 ref. 53.

HFD mål nr 6331-14, 2015-10-01.

HFD 2016 ref. 3 I.

HFD 2016 ref. 3 II.