

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
6578-14

meddelad i Stockholm den 28 januari 2016

KLAGANDE

NCC Roads AB, 556302-3307

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Trafikverket
781 89 Borlänge

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 26 november 2014 i mål nr 2091-14

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver underinstansernas avgöranden och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från NCC Roads AB inte ska förkastas på den grunden att det är onormalt lågt.

Dok.Id 165659

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Trafikverket genomför med tillämpning av ett öppet förfarande en upphandling avseende totalentreprenad för utförande av basunderhåll på allmänna vägar i Borlänge under maximalt sex år (inklusive optioner). Lägsta pris har angetts som tilldelningsgrund. De lämnade anbuden summerades till mellan 137 och 195 miljoner kr. NCC Roads AB:s (NCC) anbud förkastades eftersom detta enligt Trafikverket var onormalt lågt då prissättning med negativa belopp skett på ett flertal konton och NCC inte lämnat någon tillfredsställande förklaring till prissättningen. Trafikverket ansåg att det kunde befaras att arbetena som omfattades av aktuella konton inte skulle komma att utföras i enlighet med kontraktsvillkoren.

NCC begärde överprövning av upphandlingen och yrkade att den skulle rättas på så sätt att bolagets anbud skulle utvärderas. Bolaget invände dels att Trafikverket inte följt det kontradiktoriska förfarande som föreskrivs i 12 kap. 3 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, dels att anbudet inte är onormalt lågt eftersom godtagbara förklaringar lämnats.

Förvaltningsrätten i Falun avslag ansökan om överprövning, (mål nr 1387-14). Kammarrätten i Sundsvall avslag NCC:s överklagande.

Högsta förvaltningsdomstolen har den 8 december 2014 interimistiskt förordnat att avtal inte får ingås i den aktuella upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen har vidare i beslut den 22 juni 2015 avvisat ny bevisning från Trafikverket och NCC.

YRKANDEN M.M.

NCC yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av kammarrättens dom, ska förordna om rättelse av upphandlingen på så sätt att bolagets anbud ska tas upp till utvärdering. NCC anför i huvudsak följande.

Trafikverket har inte följt de förfaranderegler som lagen innehåller vad gäller förkastande av anbud på grund av onormalt lågt pris. Verket har inte i enlighet med 12 kap. 3 § LOU först skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och därefter gett NCC tillfälle att yttra sig över verkets skäl för att förkasta anbudet.

När det gäller anbudspriserna är dessa inte onormalt låga och NCC har lämnat en fullgod förklaring till det offererade priset. Det förhållandet att enstaka poster har låga priser saknar betydelse för anbudsgivarens incitament och/eller förmåga att utföra kontraktsarbetena på avtalat sätt om anbudspriset i dess helhet inte är onormalt lågt. Det är anbudspriset i dess helhet som ligger till grund för de intäkter och den vinstmarginal som anbudsgivaren kommer att ha vid utförandet av kontraktet. Bedömningen av priset ska vidare göras i förhållande till kontraktsföremålet. NCC:s prissättning grundar sig på kommersiella bedömningar baserade på lång erfarenhet av Trafikverket som kund. Konkurrensen om kontrakt av aktuellt slag är mycket hård. En anbudsgivare måste därför pressa priset och erbjuda kommersiella rabatter. NCC har valt att lämna rabatt genom negativa priser för ett fåtal konton i stället för en mera generell rabatt.

Sådana kontrakt som det nu är fråga om öppnar nya affärsmöjligheter även gentemot andra lokala kunder. Vidare gäller att vid sådana kontrakt tillkommer erfarenhetsmässigt, utöver upphandlade tjänster, stora mängder ändrings- och tilläggsarbeten. Bolaget har inte möjlighet att överdebitera tjänster där man satt negativa priser och det skulle leda till synnerligen hårda kontraktuella följder att inte leverera på offererade villkor. För det fall NCC inte utför uppdragen skulle bolaget begå kontraktsbrott och verket skulle då ha rätt att avhjälpa bristerna på NCC:s bekostnad och dessutom ha rätt till såväl vite som skadestånd. Dessutom skulle Trafikverket kunna häva kontraktet.

NCC har tidigare offererat negativa priser till Trafikverket och verket har inte påstått att bolaget brustit i utförande av de kontrakten. Trafikverkets agerande strider mot principen om transparens då verket tidigare godtagit negativa priser

och det inte någonstans i förfrågningsunderlaget framgått att sådan prissättning inte skulle vara tillåten i förevarande upphandling.

Trafikverket bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande.

När det gäller förfarandet följer av EU-domstolens praxis att vad unionslagstiftaren velat åstadkomma är att myndigheten ska vara skyldig att kräva att anbudsgivaren ska lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att anbud som är onormalt låga ändå är allvarligt menade. Trafikverket har uppfyllt kravet på ett kontradiktoriskt förfarande genom att vid anbudsgenombgången ta upp vad som framstod som onormalt låga priser, därefter ge NCC tillfälle att skriftligen återkomma i saken och sedan ge bolaget tillfälle att yttra sig över skälen för beslutet. NCC har inte konkretiserat på vilket sätt verkets handlande medfört skada eller risk för skada för bolaget.

När det gäller priserna utgör det NCC anført närmast förklaringar och klargör inte på ett betryggande sätt att bolaget trots prissättningen kommer att utföra uppdragen. Trafikverket är ansvarigt för att hålla vägarna säkra året om och kan inte riskera att vissa delar av uppdraget inte utförs. Eftersom NCC angett negativa priser tjänar bolaget på att inte utföra uppdraget. När kontraksarbete inte utförs kan vite tas ut, men vitesbeloppet blir betydligt lägre än vad NCC ska betala om arbetet utförs. För ett konto gäller exempelvis att om inget arbete utförs på ett år blir viteskostnaden knappt en fjärdedel av kostnaden för att utföra arbetet. NCC:s prissättning sätter kontraktmekanismerna ur spel. NCC:s spekulationer om tillkommande arbeten visar på ett högt risktagande och att lämnade priser inte är seriöst menade. I andra kontrakt mellan Trafikverket och NCC där det förekommer negativa priser har det varit fråga om lägre belopp.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Vad målet gäller

Målet gäller frågan om en av Trafikverket genomförd upphandling ska rättas på grund av att verket saknat fog för att förkasta ett anbud från NCC. För att besvara den frågan ska prövas dels om Trafikverket åsidosatt de förfaranderegler som gäller för att upphandlande myndigheter ska kunna förkasta ett onormalt lågt anbud, dels om det sedan NCC lämnat förklaringar till sin prissättning funnits skäl att förkasta anbudet.

Rättslig reglering m.m.

I målet är fråga om tillämpning av bestämmelserna i 12 kap. 3 § LOU om förkastande av anbud som anses onormalt låga. En upphandlande myndighet får inte förkasta ett sådant anbud innan den begärt förklaringar av anbudet genom ett i paragrafen föreskrivet förfarande. Bestämmelserna genomför artikel 55 i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Någon definition av begreppet onormalt låga anbud finns varken i LOU eller i direktivet. Det ankommer således på den upphandlande myndigheten att i varje enskilt fall bedöma denna fråga inom det handlingsutrymme som reglernas utformning ger.

EU-domstolen har i sitt avgörande i de förenade målen C-285/99 och C-286/99, Lombardini och Mantovani, punkt 55, med hänvisning till en då gällande direktivbestämmelse som motsvarar den nu aktuella direktivbestämmelsen, uttalat att det ankommer på den upphandlande myndigheten att *för det första* identifiera misstänkta anbud, *för det andra* bereda de berörda företagen tillfälle att visa att deras anbud är seriösa genom att från dem begära de förklaringar som den upphandlande myndigheten anser vara betydelsefulla, *för det tredje* bedöma relevansen av förklaringar som de lämnar och *för det fjärde* fatta beslut om att godta eller förkasta dessa anbud. Domstolen konstaterade vidare att de krav som sammanhänger med den kontradiktoriska karaktären av förfarandet för kontroll av

onormalt låga anbud i direktivet har uppfyllts endast när samtliga dessa delar har genomförts i tur och ordning.

Direktivbestämmelsen innefattar ett krav på att myndigheten i samråd med anbudsgivaren ska granska anbudet med beaktande av förklaringarna. Detta krav har i 12 kap. 3 § tredje stycket LOU utformats så att myndigheten ska ge anbudsgivaren tillfälle att yttra sig över myndighetens skäl för att förkasta anbudet med beaktande av de lämnade förklaringarna.

En begäran om förklaring kan enligt paragrafens andra stycke t.ex. avse anbudsgivarens möjligheter att utnyttja kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden för att fullgöra kontraktet. Begäran om förtydligande kan också avse egenarten hos de varor, tjänster eller byggentreprenader som föreslås av anbudsgivaren, om anbudsgivaren iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på den ort där kontraktet ska fullgöras eller om anbudsgivaren fått möjlighet att erhålla statligt stöd.

I EU-domstolens avgörande i de förenade målen C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso, punkt 26, nämns även som trovärdiga och seriösa förklaringar möjligheten att dra nytta av betydande skalfördelar eller pressande av vinstmarginaler för att på ett effektivare sätt kunna ta sig in på den aktuella marknaden.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Det kontradiktoriska förfarandet

Regleringen innefattar en möjlighet för myndigheten att förkasta ett onormalt lågt anbud. Om myndigheten anser att ett anbud förefaller onormalt lågt och också överväger att förkasta detta på den grunden inträder en skyldighet för myndigheten att undersöka det låga anbudet. Detta ska ske genom det anvisade skriftliga förfarandet.

Det framgår redan av de exempel på vad en begäran om en förklaring kan gälla att bestämmelserna avser att förebygga att myndigheter ingår kontrakt när det finns en inte obetydlig risk för att leverantören inte kommer att utföra arbetet – eller delar av det – i enlighet med kontraktet.

Det kontradiktoriska förfarandet syftar till att skydda anbudssökande och anbudsgivare från godtycke från den upphandlande myndighetens sida (76/81 Transporoute, punkt 17) och att säkerställa en sund konkurrens mellan företagen (C-599/10 SAG ELV Slovensko, punkt 29). Genom myndighetens undersökning ska anbudsgivaren få tillfälle att lämna nödvändiga förklaringar för att bevisa att det lämnade anbudet är allvarligt menat (punkt 28). Myndigheten ska tydligt formulera den begäran som riktas till de berörda anbudsgivarna så att dessa har möjlighet att på ett fullständigt och ändamålsenligt sätt förklara sina anbud (punkt 31).

I det första steget har alltså den upphandlande myndigheten att bedöma om ett anbud innehåller priser som medför att anbudet kan misstänkas vara onormalt lågt. I NCC:s anbud förekommer negativa priser, dvs. bolaget erbjuder sig att betala Trafikverket för att få utföra vissa arbeten. Det saknas skäl att invända mot verkets åtgärd att granska anbudet närmare.

NCC har på eget initiativ vid anbudsinlämnandet gett in en förklaring till sin prissättning. Trafikverket har efter öppnandet av anbuderna kallat NCC till ett möte för genomgång av anbuderna och därvid bett bolaget att ta med ifyllda betalningsplaner. Utifrån parternas argumentation och ingivna handlingar i underinstanserna framgår att priser och betalningsplaner har diskuterats vid detta möte.

Utredningen i målet tyder på att Trafikverkets närmare granskning av NCC:s anbud inte strikt följt det förfarande som anvisas i 12 kap. 3 § LOU. Innan Trafikverket den 10 mars 2014 beslutade att förkasta anbudet har verket dock skriftligen, med hänvisning till 12 kap. 3 § tredje stycket, underrättat NCC om på

vilka grunder verket ifrågasatte att anbudet var seriöst menat och gett bolaget tillfälle att yttra sig inom viss tid.

Högsta förvaltningsdomstolen finner därför i denna del att NCC inte kan anses ha lidit skada till följd av bristerna i Trafikverkets förfarande.

Har det funnits skäl att förkasta anbudet?

När myndigheten fått in förklaringar till anbudet ska den bedöma om förklaringarna är godtagbara och anbudet trots det låga priset är seriöst menat. Denna bedömning får göras i varje enskilt fall med hänsyn till upphandlingsföremålet (prop. 2006/07:128 s. 407).

Av EU-domstolens praxis framgår, som tidigare nämnts, att det är anbudsgivaren som ska ge in bevisning som förklarar det låga priset (se SAG ELV Slovensko, punkterna 28 och 29). Anbudsgivaren är också den som har bäst tillgång till sådana uppgifter som kan tydliggöra att det egna anbudet är allvarligt menat.

I syfte att säkerställa effektiv konkurrens ska alla relevanta faktorer som anbudsgivaren gjort gällande och som hänför sig till kontraktsföremålet beaktas vid myndighetens granskning av huruvida ett anbud är onormalt lågt (se Lombardini och Mantovani, punkt 82 och SAG ELV Slovensko, punkterna 29 och 30).

De förklaringar NCC har gett in till Trafikverket och ytterligare utvecklade under rättegången har framförallt avsett att NCC:s prissättning grundas på tidigare omfattande erfarenhet av Trafikverket som beställare, att NCC utgår från att andra mängder kommer att efterfrågas än vad Trafikverket räknat med, att Trafikverket har anlitat NCC under flera år, att bolaget har en synnerligen god ekonomisk ställning vilket framgår av dess omsättning och rörelseresultat samt att bolaget kan dra nytta av stordriftsfördelar.

Mål nr
6578-14

Förklaringarna är detaljerade och noggrant redovisade. Det saknas anledning att ifrågasätta uppgifterna. Högsta förvaltningsdomstolen fäster vidare avseende vid att fråga är om en omfattande upphandling som avser leveranser under maximalt sex års tid och omfattar sammanlagt 225 konton.

Det har inte visats att NCC:s förklaringar och överväganden skulle sakna affärsmässighet eller ge befogad anledning anta att det låga anbudet skulle leda till leveransvägran eller på annan grund leda till att upphandlingen inte skulle få avsett resultat.

Sammanfattande bedömning

Det saknas anledning att förordna om rättelse på grund av de brister i förfarandet som förekommit hos Trafikverket. Förutsättningar att förkasta NCC:s anbud såsom onormalt lågt har däremot inte förelegat. Underinstansernas avgöranden ska därför upphävas och upphandlingen rättas på så sätt att NCC:s anbud inte ska förkastas på den grunden att det är onormalt lågt.

I avgörandet har deltagit justitieråden Mats Melin, Eskil Nord, Thomas Bull, Inga-Lill Askersjö och Mahmut Baran.

Målet har föredragits av justitiesekreterarna Sofia Lönnberg och Emilia Franke.