

hamilton

Hur ska de nya reglerna om onormalt låga anbud tillämpas i praktiken?

Mikael Dubois

20 september 2016



Program

- ▶ Inledning – kort om nuvarande reglering
- ▶ Föreslagen ny reglering – vilka är skillnaderna?
- ▶ HFD:s domar från januari 2016 om onormalt låga anbud
- ▶ Praktisk tillämpning och tips

Regleringens betydelse och syften

- ▶ En juridiskt och affärsmässigt intressant fråga
- ▶ Motstående intressen – för AG och UM
 - ▶ AG vill å ena sidan ta bra betalt under avtalet och å andra sidan maximera chansen att vinna upphandlingen
 - ▶ UM vill å ena sidan betala ett lågt pris under avtalet och å andra sidan minimera risken för att avtalstvister uppkommer
- ▶ Syftar till att skydda såväl AG som UM
 - ▶ AG:s skydd mot godtycke från UM
 - ▶ UM:s skydd mot oseriösa AG

Nuvarande reglering

- ▶ 12 kap. 3 § LOU
 - ▶ Onormalt låga anbud får förkastas, dock först efter att förklaring begärts.
 - ▶ Exempel på förklaringars innehåll (kostnadseffektiva metoder, tekniska lösningar m.m.).
 - ▶ AG ska få tillfälle att yttra sig över UM:s skäl för att förkasta anbudet.
- ▶ Det finns ingen skyldighet att förkasta onormalt låga anbud enligt nuvarande reglering (dock måste likabehandlingsprincipen iakttas).

Onormalt låga anbud i förslaget till ny LOU

▶ 16 kap. 7 § nya LOU:

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

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

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

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

Viktiga skillnader mellan nuvarande och nya LOU

- ▶ UM är skyldig att begära förklaringar från AG avseende ett onormalt lågt anbud
 - ▶ Vad innebär det att ett anbud ”förefaller” vara onormalt lågt?
- ▶ Förkastande av onormalt låga anbud blir en skyldighet, inte en möjlighet!
 - ▶ Att inte förkasta ett onormalt lågt anbud kan vara grund för överprövning.
- ▶ Har de nya bestämmelserna i EU-direktivet direkt effekt?
 - ▶ AG ej uppfyllt miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Förfarandet – steg för steg

- ▶ Steg 1 – identifiering av anbud som förefaller vara onormalt låga
 - ▶ Steg 2 – begäran om förklaringar
 - ▶ Steg 3 – granskning av de förklaringar som lämnats av AG
 - ▶ Steg 4 – beslut om förkastande eller godtagande av anbudet
- ▶ Ska AG ges tillfälle att yttra sig över skälen för beslutet?

HFD 2016 ref. 3 – I

- ▶ Anbudet från två olika bolag i samma koncern (moderbolag och dotterbolag) hade, i en ramavtalsupphandling avseende flyttjänster, lämnat korsvis höga respektive låga priser på vissa efterfrågade tjänster. Båda anbuden förkastades som onormalt låga.
- ▶ HFD: Priserna är i sig onormalt låga. Ingen godtagbar utredning finns som förklarar prissättningen i respektive anbud. Bolagen hade lämnat olika priser på samma tjänster, och skillnaden lämnade utrymme för leveransstrategiskt handlande i samband med avrop. Bolagen har inte kunnat visa att den tidigare erfarenheten haft betydelse för prissättningen. UM har haft fog för att förkasta anbuden.

HFD 2016 ref. 3 – II

- ▶ I en entreprenadupphandling skulle ett stort antal poster prissättas. Ett anbud innehöll negativa priser för vissa poster, dvs. priser som innebar att AG skulle utge ersättning till UM om dessa tjänster avropades. Anbudet förkastades som onormalt lågt.
- ▶ HFD: Negativa priser är i sig onormalt låga. AG:s förklaringar är emellertid detaljerade och noggrant redovisade, och det saknas anledning att ifrågasätta uppgifterna. Upphandlingen är omfattande, avsåg leveranser under maximalt sex års tid och innefattade totalt 227 poster (endast ett fåtal innehöll negativa priser). UM har inte haft fog för att förkasta anbudet.

Kommentarer till HFD:s avgöranden

- ▶ Måste UM följa det föreskrivna förfarandets alla steg?
 - ▶ AG hade fått argumentera i domstolen.
 - ▶ Skaderekvisitets tillämpning.
- ▶ Varför blev det olika utgång i målen trots liknande förklaringar från AG?
 - ▶ Detaljerad utredning.
 - ▶ Misstänkt anbudsstrategi?
- ▶ Vilken roll spelar upphandlingens omfattning?
 - ▶ Ju färre ”låga” poster, desto mindre risk för förkastande.

Praktisk tillämpning – När är ett anbud onormalt lågt?

- ▶ Ingen definition i direktiv eller LOU. Bedömning i det enskilda fallet.
- ▶ Marknadspris och produktionskostnad är en rimlig utgångspunkt.
- ▶ ”Avvikande” lågt är inte detsamma som onormalt lågt.
- ▶ Historik avseende AG kan vara relevant.
- ▶ Kan tillämpas på hela eller delar av anbudet.
- ▶ UM har bevisbördan!

Praktisk tillämpning – Vilka förklaringar från AG är godtagbara?

- ▶ Uppräkningen i bestämmelsen är exemplifierande, inte uttömmande.
- ▶ Att gå med förlust är inte förbjudet.
- ▶ Anbudet måste vara seriöst menat. AG måste leverera på angivna villkor.
- ▶ Stordriftsfördelar är av betydelse.
- ▶ Relativt stort utrymme för UM att avgöra om förklaringar är godtagbara.
- ▶ AG har bevisbördan!

Praktisk tillämpning – Att tänka på

- ▶ De nya reglerna innebär en skyldighet att begära förklaringar och förkasta onormalt låga anbud som inte förklarats tillfredställande.
- ▶ Vidta åtgärder som förhindrar att onormalt låga anbud inkommer
 - ▶ Minska prisets betydelse i utvärderingen
 - ▶ Prisintervall och golvpriser
 - ▶ Tydliga sanktioner i avtalet
- ▶ Var uppmärksam på ”misstänkt” låga anbud
 - ▶ Granska utvärderingsmodellen och avtalsvillkoren

Mikael Dubois

Advokat



Telefon: +46 8 505 501 06

Mobil: +46 70 21 77 21

mikael.dubois@hamilton.se

hamilton

Hamngatan 27, Box 715

101 33 Stockholm

+46 8 505 501 00

www.hamilton.se