



Datum: 2025-03-21
Diarienummer: 0032/25

Kammarrätten i Göteborg

Inges till Förvaltningsrätten i Göteborg
Endast per e-post:
forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Överklagande av dom i mål nr 837-25

Klagande:	Göteborgs Stad, Nämnden för inköp och upphandling
Överklagat avgörande:	Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 28 februari 2025 i mål nr 837-25
Motpart:	Optimalt Brandskydd bear AB, 559443-6353 (Optimalt Brandskydd)
	Ombud: Advokaterna Claes Henriksson Svegfors och Maria Lidbom
Saken:	Offentlig upphandling – begäran om prövningstillstånd

Nämnden överklagar rubricerad dom och ansöker om att kammarrätten beviljar prövningstillstånd samt yrkar och anför följande.

1 Yrkanden

Nämnden yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Nämnden yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår Optimalt Brandskydds ansökan om överprövning då anbudet är onormalt lågt och förklaringen inte kan betraktas som tillfredställande.

2 Skäl för prövningstillstånd

Förvaltningsrätten har i sin dom funnit att Nämnden inte haft förutsättningar för att förkasta Optimalt Brandskydds anbud på grunden att det är onormalt lågt. Huvudfrågan i målet rör främst om en tillfredställande förklaring som bygger på kostnadstäckning, ska utgå från den verkliga lönen (som Nämnden menar) eller kan utgå från en teoretisk lön (som Optimalt Brandskydd menar). För en konsulttjänst av detta slag är lönen den avgörande kostnadsposten. Optimalt Brandskydd har i sin förklaring utgått från teoretiska löneuppgifter för att motivera att anbudet har kostnadstäckning. Den teoretiska löneuppgiften är på 30 000 kr, medan den verkliga lönen är på cirka 45 000 kr. Om den verkliga lönen tillämpas är anbudet underprissatt och förklaringen om kostnadstäckning utifrån en låg kostnadsbild faller. Förvaltningsrätten har vidare godtagit, som en tillfredställande förklaring, att delägarna just i det aktuella avtalet skulle arbeta till lägre löner trots att det motsägs av bolagets tidigare lämnade uppgifter om hur lönemodellen tillämpas. Nämnden menar vidare att det saknas sådan praxis, som förvaltningsrätten baserat sina domskäl på, med innebörden att det kategoriskt är en tillfredställande förklaring att ett företag

avser gå med förlust för att ta marknadsandelar. Det finns därmed skäl att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten kommit till (ändringsdispens).

Det saknas för frågorna i målet vägledande avgöranden från Högsta förvaltningsdomstolen och de rätts- och bevisfrågor som aktualiseras i målet är av stor principiell vikt för tillämpningen av bestämmelsen i 16 kap. 7 § andra stycket LOU. I syfte att bereda Högsta förvaltningsdomstolen möjlighet till ett vägledande avgörande i prejudikatsfrågan föreligger skäl för prövningstillstånd (prejudikatsdispens).

3 Utveckling av skälen för prövningstillstånd

Som skäl för att prövningstillstånd ska meddelas anför Nämnden dels att det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till, dels att det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt.

3.1 Skäl för ändring av förvaltningsrättens dom

3.3.1 Förvaltningsrätten har felaktigt bedömt att lönen i en tillförlitlig kalkyl skulle kunna utgöras av "teoretiska" kostnader

I den aktuella upphandlingen har endast ett pris efterfrågats och Optimalt brandskydd har lämnat ett anbudspris på 437 kr per timme för den aktuella konsultrollen. Priset har framstått som onormalt lågt och Nämnden har därmed begärt en förklaring till priset. I sin förklaring har Optimalt Brandskydd i allt väsentligt hänvisat till låga kostnader som medför att bolaget kommer göra vinst till det offererade priset. Det är alltså fråga om s.k. produktionsbaserade grunder (annorlunda kostnadsstruktur eller lägre kostnadsbild) för förklaringen.

Nämnden har förkastat anbudet då förklaringen inte ansetts tillfredställande. Nämndens uppfattning är att en tillfredställande förklaring som bygger på att ett bolag har lägre kostnadsbild och därmed kan avge ett ekonomiskt sunt anbud ska baseras på de verkliga kostnaderna i bolaget för att kunna vara rimlig och övertygande. För en konsulttjänst är lönen den enskilt avgörande kostnadsposten för ett anbudspris. Olika företag har självklart rätt att tillämpa olika lönomodeller, men med begreppet lön i en tillförlitlig och rimligt beräknad kalkyl är det den verkliga lönen som ska användas. En förklaring som bygger på en "teoretisk" lön är däremot inte tillfredställande som förklaring för ett ekonomiskt sunt anbud.

Optimalt Brandskydd tillämpar, såvitt framkommit, en lönomodell med en lägre grundlön och därtill resultatbaserade ersättningar. Bolaget har för egen del uttryckligen uppgett att den totala lönen som erhålls för anställda som arbetar mest i ramavtal är "minst 45 tkr" per månad. I sin förklaring till anbudspriset har bolaget däremot valt att enbart redovisa en lön på 30 000 kr per månad, vilket under processen gång visat sig vara själva grundlönen.

Med lön avses inte enbart delar av en ersättning, utan hela den ersättning – oavsett benämning – som arbetsgivaren betalar till den anställde. Tydligt stöd för detta är den definition av begreppet lön som gäller enligt lönetransperensdirektivet (direktiv (EU) 2023/970) där lön definieras som:

"den ordinarie grund- eller minimilönen samt all övrig betalning i form av kontanter eller in natura som en arbetstagare får, direkt eller indirekt (lönstillägg eller rörliga ersättningar), av sin arbetsgivare med anledning av sin anställning." (se artikel 3.1 a)

Lönekostnaden i ett företag är därmed den *totala* ersättningen som den anställde erhåller. Av EU-domstolens praxis följer att det saknar betydelse om skyldigheten att betala ut ersättning är grundad i lag, kollektivavtal, anställningsavtal eller om den lämnas frivilligt av arbetsgivaren. Det avgörande är att förmånen eller ersättningen kommer från arbetsgivaren och betalas ut på grund av anställningsförhållandet.¹ Om lönen utgörs av grundlön och resultatbaserad lön är lönen därmed den sammanlagda ersättningen. Optimalt Brandskydd har inte redovisat något rättsligt stöd för annat. Förvaltningsrätten har inte heller redovisat något rättsligt stöd för att i detta avgörande avvika från hur begreppet lön ska tillämpas.

Att de anställda som ska utföra uppdragen i verkligheten erhåller löner runt 45 000 kr per månad har i målet visats genom:

- Att Optimalt Brandskydds för egen del (dock inte i förklaringen) angett att personer som arbetar mest i ramavtalen erhåller en lön på "minst 45 tkr" per månad.
- Att lönen för anställd som Optimalt Brandskydd gett in löneuppgifter för var i genomsnitt 46 523 kr för de fem senaste månaderna.
- Att de beslutade arbetsgivaravgifterna för perioden som föregick tilldelningen i upphandlingen indikerar en sådan generell lönenivå.

En förklaring som bygger på en "teoretisk" lön om 30 000 kr blir därmed uppenbart missvisande och kan inte utgöra en tillfredställande förklaring. Optimalt Brandskydd har genom att endast beakta delar av sina nettokostnader gällande lönen skapat en fiktiv kalkyl med kostnadstäckning. Det torde vara ostridigt i målet att förutsättningen för bolagets påstående om kostnadstäckning och vinst till det offererade anbudspriset är att den "teoretiska" lönen tillämpas. Genom att inte beakta de verkliga kostnaderna ger Optimalt Brandskydds förklaring inte en rättvisande bild av anbudets påstådda affärsmässighet. En sådan typ av förklaring är inte tillfredställande och visar inte att anbudet är ekonomiskt sunt beräknat. Nämnden har genom att visa på konkreta och uppenbara brister i förklaringen gjort vad som kan krävas för att inte behöva godta förklaringen som tillfredställande. Genom att förvaltningsrätten baserar sin slutsats om att "bolaget har redogjort för hur timpriset har tagits fram och angett att de kostnader som bolaget har täcks av intäkterna" på den teoretiska lönen blir bedömningen också rättsligt felaktig utifrån vad som avses med lön. En korrekt bedömning, baserad på den verkliga lönen, hade i stället visat att bolagets anbudspris saknat kostnadstäckning och att det därmed, utifrån en förklaring som baseras på produktionsbaserade grunder, inte varit en tillfredställande förklaring.

Nämnden är av uppfattningen att ett resonemang där ett företag inte skulle behöva förklara sina verkliga kostnader, utan på olika kreativa sätt kan ange "teoretiska" kostnader motverkar syftet med bestämmelsen om onormalt låga anbud. Hela avsikten med bestämmelsen vad gäller produktionsbaserade grunder är att det låga anbudspriset kan förklaras genom en särskild kostnadseffektivitet (genom lägre kostnadsbild eller kostnadsstruktur) hos ett bolag. Det kan då röra sig om låga löner, förutsatt att det är fråga om att den verkliga lönen och inte enbart *en del* av den verkliga lönen. I detta fall kan konstateras att Optimalt Brandskydds verkliga lönekostnad ligger **högre** än konkurrenterna, medan den "teoretiska" lönen som bolaget angett i sin förklaring ligger väsentligen under konkurrenternas lönenivå. Förklaringen med den "teoretiska" låga lönen blir en konstruktion, men visar inte tillförlitligt på en lägre kostnadsbild än övriga marknadsaktörer som

¹ Se SOU 2024:40, s. 81 och hänvisningen till EU-domstolens dom av den 9 februari 1982, Garland v British Rail Engineering Ltd, 12/81, EU:C:1982:44 och dom, Barber, EU:C:1990:209, p. 16.

motiverar anbudspriset som ekonomiskt sunt. Nämndens uppfattning är att den teoretiskt konstruerat låga kostnadsbilden, som inte har stöd i verkliga omständigheter, inte utgör en tillfredställande förklaring.

Att en tillfredställande förklaring till produktionsbaserade grunder behöver handla om verkliga lönekostnader har också till syfte att skapa likabehandling mellan bolag med olika lönemodeller. I annat fall kan ett bolag, likt Optimalt Brandskydd, positivt särbehandlas genom att i sin förklaring endast ta hänsyn till *del* av den verkliga lönen på ett sätt som skulle strida mot likabehandlingsprincipen, vars syfte är att främja en sund och effektiv konkurrens mellan de företag som deltar i en upphandling.

3.3.2 Förvaltningsrätten har gjort en felaktig bedömning kring påståendet om att delägarna skulle arbeta till lägre löner i det kommande ramavtalet

Optimalt Brandskydd har under överprövningsprocessen – när det visat sig att den angivna lönen inte varit den verkliga lönekostnaden – i stället förklarat sitt anbud med att delägarna just för detta avtal, om så krävs, skulle vara beredda att arbeta till enbart grundlönen.

Vidare förklarar bolaget att vissa typer av administrativa arbetsuppgifter utförs utanför kontorstid. Förvaltningsrätten tycks i sina domskäl ha ansett att sådana argument, utan vidare, kan utgöra en tillfredställande förklaring till ett lågt anbudspris.

Nämndens uppfattning är att förklaringar som bygger på att en leverantör, i ett specifikt avtal, ska arbeta för lägre löner än annars i verksamheten – och därmed ändå kunna göra vinst – som utgångspunkt måste behandlas med försiktighet. Om en sådan förklaring alls ska kunna beaktas behöver det i vart fall finnas verkliga omständigheter som backar upp trovärdigheten. I detta fall har Optimalt Brandskydd inte visat att bolagets lönemodell och anställningsavtal stödjer påståendet. Det finns inte heller något stöd för att Optimalt Brandskydd i verkligheten tillämpar en lönemodell där de som utför arbetet i avtal med lägre ersättningsnivåer enbart erhåller grundlönen. I sådant fall hade Optimalt Brandskydd knappast, för egen del, uttryckt följande i korrespondens under avtalsspärren:

"Medarbetarna på Optimalt Brandskydd har en lön som utgörs av grundlön och extra löneutbetalningar, vilka utbetalas när vissa kriterier avseende bolagets totala omsättning är uppfyllda. Konsulter med betydande del uppdrag i våra nuvarande ramavtal får därmed lön för del av den vinst som allt arbete i projekt utanför ramavtal med högre timarvoden och fastprisersättning genererar. Detta innebär att även dessa medarbetare erhåller en marknadsmässig och konkurrenskraftig lön, de medarbetare som arbetar mest i ramavtal har under de senaste månaderna uppburit månadslöner i storleksordningen minst 45 tkr."

Vad Optimalt Brandskydd påstår i överprövningsprocessen kring den teoretiska företagsekonomiska analysen, som baseras endast på grundlön, stöds alltså inte av bolagets tidigare uppgifter om hur lönemodellen fungerar.

Om den typen av argument accepteras som tillfredställande skulle ett ägarlett bolag i princip alltid ha möjlighet att förklara ett onormalt lågt anbud, genom att som förklaring ange att delägarna just i det aktuella avtalet skulle vara beredda att utföra arbetet till lägre ersättning.

Nämndens uppfattning är att en upphandlande myndighet måste ha ett betydande utrymme för att inte behöva acceptera förklaringar som bygger på att ett bolag just i det aktuella kontraktet skulle utföra tjänsterna med lägre löner än vad bolaget tillämpar annars. Det gäller särskilt när det är fråga om en personalintensiv tjänst och där det saknas faktiska möjligheter att kontrollera den tidsåtgång som sedan kommer debiteras i de projekt som avropas från ramavtalet. De risker som ska avvägas inom ramen för prövningen om ett anbud framstår som seriöst menat kan helt enkelt inte enbart baseras på den enskilda leverantörens ekonomiska risker, utan likväl på generella risker ur köparens perspektiv.

3.3.3 Förvaltningsrätten har felaktigt utgått från att praxis innebär att förlustaffärer för att ta marknadsandelar utgör en tillfredställande förklaring

Förvaltningsrätten tycks i sina domskäl sänkt beviskraven för en tillfredställande förklaring rörande produktionsbaserade grunder genom att beakta *påstådd* praxis om underprissättning för att ta marknadsandelar. Förvaltningsrätten uttrycker det som: "(...) Särskilt inte med beaktande av att det i praxis framkommer att ett bolag får pressa prisbilden för att vinna marknadsandelar, även om det riskerar att leda till förlust i bolaget.". Nämnden anser att förvaltningsrättens bedömning saknar rättsligt stöd utifrån vägledande avgöranden.

Vad förvaltningsrätten anger om "praxis" tycks baseras på vad Optimalt Brandskydd anfört i punkt 4.2.2 i sin ansökan om överprövning (förvaltningsrättens aktbilaga 1) där bolaget anger följande: "I praxis har anbudsgivare exempelvis tillåtit att pressa sina vinstmarginaler eller till och med gå med förlust som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar. Vad som avses med orimligt lågt anbud får därför avgöras från fall till fall (jfr HFD 2016 ref. 3).".

I HFD 2016 ref. 3 uttalar dock Högsta förvaltningsdomstolen **inte** det som bolaget återger kring praxis gällande förlustaffärer som en medveten strategi för att vinna marknadsandelar. Det domstolen faktiskt uttalar är följande:

"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." (se HFD 2016 ref. 3 I, s. 4 i domen)

I den punkt 26 i den bakomliggande domen från EU-domstolen som Högsta förvaltningsdomstolen hänvisar till uttalas följande:

"En tillämpning av regeln om automatiskt uteslutande av onormalt låga anbud på kontrakt som är av ett bestämt gränsöverskridande intresse kan nämligen leda till indirekt diskriminering, genom att näringsidkare från andra medlemsstater missgynnas i praktiken. Dessa näringsidkare, som har andra kostnadsstrukturer och som kan dra nytta av betydande skalfördelar eller som önskar pressa sina vinstmarginaler för att kunna ta sig in på den aktuella marknaden på ett effektivare sätt, skulle kunna lämna ett konkurrenskraftigt, och samtidigt trovärdigt och seriöst, anbud som den upphandlande myndigheten emellertid inte skulle kunna beakta på grund av de nämnda bestämmelserna." (se EU-domstolens avgörande i C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso, punkt 26).

Såväl Högsta förvaltningsdomstolen som EU-domstolen uttrycker tydligt att det handlar om att pressa vinstmarginaler. Det uttalas däremot **inte** att en anbudsgivare kategoriskt

kan hänvisa till att den avser att gå med förlust i syfte att ta sig in på en marknad som en tillfredställande förklaring. Varken Högsta förvaltningsdomstolen eller EU-domstolen har alltså uttalat det som Optimalt Brandskydd påstått följer av praxis och som förvaltningsrätten – utan någon egen rättslig analys – sedan lagt till grund för sin bedömning.

Högsta förvaltningsdomstolen upprepar även just "pressa sina vinstmarginaler" i den s.k. golvprisdomen (jfr HFD 2018 ref. 50) när domstolen hanterar kopplingen till möjligheten att förklara ett onormalt lågt anbud, men uttalar **inte** tillägget om att gå med förlust som en medveten strategi för att vinna marknadsandelar.

Nämnden har aldrig ifrågasatt att Optimalt Brandskydd har rätt att pressa sina vinstmarginaler för att förklara sitt anbud utifrån produktionsbaserade grunder (dvs. lägre kostnadsbild eller annorlunda kostnadsstrukturer). Att Nämnden anser att en sådan lägre kostnadsbild ska vara baserad på *verkliga kostnader* är en annan sak.

Den aktuella skrivningen "Det är tillåtet för anbudsgivare att pressa sina vinstmarginaler – eller till och med gå med förlust – som ett led i en medveten strategi för att vinna marknadsandelar" kan ursprungligen härledas från ett uttalande i Konkurrensverkets rapport från 2013 (se Rapport 2013:6, Osund konkurrens i offentlig upphandling, s. 72). I fotnoten till uttalandet hänvisar Konkurrensverket just till punkt 26 i EU-domstolens avgörande i C-147/06 och C-148/06 SECAP och Santorso. Som framgår av punkt 26 i EU-domstolens avgörande, vilket ovan återgetts i sin helhet, står det dock inget alls om "eller till och med gå med förlust". Det är högst oklart vilket rättsligt stöd Konkurrensverket haft för den extensiva tolkningen av domen för att göra det egna tillägget "eller till och med gå med förlust". Däremot är det tydligt att Högsta förvaltningsdomstolen senare (i HFD 2016 ref. 3 I) – med stöd av samma punkt i domen – **inte** uttalar den slutsatsen. Nämnden anser att det saknas rättsligt stöd för uttalandet och att uttalandet, i vart fall efter HFD 2016 ref. 3, inte kan anses utgöra någon praxis. Kammarrätten i Jönköping har i en dom från 2015 (se kammarrätten i Jönköpings dom den 6 juli 2015 i mål nr 704-15), dvs. tidsmässigt *innan* HFD 2016 ref 3 I, plockat upp skrivningen från Konkurrensverkets rapport och angett den i sina domskäl. Skrivningen återfinns dock inte i något annat avgörande från någon kammarrätt. Nämnden är dock väl medveten om att förvaltningsrätter flitigt återger just detta uttalande som därmed fått status som någon form av etablerad "sanning" (utan stöd i praxis). Förutom att det inte finns stöd för annat än att pressa vinstmarginaler i vägläggande avgöranden förfelar ett kategoriskt uttalande om att det är fritt fram att förklara ett onormalt lågt anbud med att anbudsgivaren avser att gå med förlust också bestämmelsens grundläggande syfte.

Det är i sammanhanget viktigt att skilja på ett kategoriskt uttalande om att "gå med förlust" från s.k. strategisk anbudsgivning i upphandlingar med ett stort antal prispositioner. När det är fråga om ett stort antal prispositioner kan anbudsgivaren (med en övervägd affärsrisk) spekulera i annat utfall än den viktning som utvärderingsmodellen bygger på genom att lägga vissa poster lågt (negativ vinstmarginal) och andra högt (hög vinstmarginal) för att ändå skapa affärsmässighet för anbudet som helhet. Det är alltså inte fråga om att "gå med förlust", eftersom spekulationen bygger på att låga delar kompenseras av högre prissatta delar av anbudet. Det är en helt annan förutsättning än i detta fall, där det handlar om ett anbudspris som ska förklaras. Vad Optimalt Brandskydd hänvisat till gällande praxis kring strategisk prissättning med helt andra förutsättningar än vad som gäller i den aktuella upphandlingen kan därmed lämnas utan avseende.

EU-domstolen har i C-367/19 Tax-Fin-Lex gjort bedömningen att ett anbud på 0 euro (för den första av två delar i kontraktet som avsåg åtkomst till ett rättsinformationssystem)² inte automatiskt kan förkastas utan behöver utredas enligt det kontradiktoriska förfarandet som gäller för onormalt låga anbud. Det är i sig fullt naturligt och bygger på samma rättsliga grund som golvprisdömmarna från Högsta förvaltningsdomstolen, dvs. att det fastställda förfarandet för hanteringen av onormalt låga anbud inte kan rundas genom automatisk uteslutning. Avgörandet innehåller emellertid inte något uttalande om att förklaringar som bygger på att leverantören med prisdumpning vill slå sig in på en marknad eller få referenskunder kategoriskt är att anse som tillfredställande förklaringar. När den typen av argument anförs måste den upphandlande myndigheten kunna göra riskavvägningar utifrån mer generella farhågor med prissättningen, bl.a. utifrån vilken typ av upphandling det är fråga om. Nämnden vill i detta sammanhang särskilt lyfta skillnaden mellan riskerna för olika typer av upphandlingar och att riskerna för att ett lågt pris kompenseras genom olika former av tilläggsdebiteringar gäller just för personalintensiva tjänster där beställaren saknar kontrollmöjligheter över de faktiska timmarna som debiteras i de avropade projekten. Den aktuella tjänsten gäller just arbeten som inte sällan utförs på distans och beställaren kan då svårtilligen kontrollera om ett lågt timpris kompenseras genom att projektet belastas med tillkommande timmar för att ändå ge affärsmässighet. Sådana farhågor behöver dock inte vara gällande i andra typer av upphandlingar som saknar inslag av timdebitering.

Under alla förhållanden har förvaltningsrätten, eftersom den (felaktigt) nöjt sig med att konstatera att en kategorisk invändning om att det inte finns hinder att gå med förlust som en tillförlitlig förklaring, inte gjort någon egentlig bedömning av förutsättningarna för Optimalt Brandskydd att klara ett underprissatt anbud under avtalstiden.

Om det trots vad Nämnden redovisat ovan ska göras en prognos kring leveransförmågan, utan beaktande av de generella farhågor som gäller för personalintensiva tjänster, ska följande ändå beaktas.

- Optimalt Brandskydd är ett litet företag och har en begränsad ekonomi (bolaget omsatte under sitt första förkortade räkenskapsår på nio månader totalt 2,2 miljoner). Bolaget delade också ut hela sin vinst. Det finns därmed begränsade tillgångar i bolaget för att hantera en underprissättning och intäktsbortfall i verksamheten. Optimalt Brandskydd har rent objektivt varken en sådan storlek eller finansiell styrka som kan motivera en långsiktig leveransförmåga till underprissättning.
- Strategin med att gå in med låga priser i upphandlingar genererar förvisso en bas och säkra betalningar, men knappast någon långsiktig lönsamhet. Dessa avtal skulle då behöva kompenseras med privata avtal till högre priser. Bolaget har för egen del angett att sådana uppdrag sker "ad hoc" och någon egentlig trygghet för sådan finansiering, åtminstone inte genom långsiktigt vinstgivande privata avtal, har inte visats.

² Av prövningsföreläggningarna i målet framgår, vilket också generaladvokaten tydligt noterat, ingen information kring vilka kostnader (intäkter till leverantören) den andra delen av kontraktet skulle kunna medföra. Generaladvokaten uttalar också, kring sådan eventuell strategisk prissättning mellan delarna i upphandlingen: "Det är verkligen inte önskvärt att godta eller främja en uttalad eller outtalad strategi genom vilken ett företag lämnar ett anbud som avsevärt understiger kostnaderna, vilket inbegriper ett anbud på 0 euro, för en del av upphandlingen i förhoppning om att senare kunna omfördela dessa kostnader vid tilldelningen av en annan del av kontraktet", se punkt 65 i generaladvokaten Bobeks förslag till avgörande i mål C-367/19.

- Optimalt Brandskydd är nystartat och kan därmed inte på ett tillförlitligt sätt visa att det tidigare kunnat leverera till kostnadsbilden över en längre tid. Att leverera till låga priser i ett uppstartsskede kan inte likställas med en långsiktig leveransförmåga till priser som saknar affärsmässig bärighet.
- Det aktuella ramavtalet har en helt annan volym än det avtal med Eslövs kommun (eller övriga mindre kommuner) som bolaget refererar till. Det går inte att jämföra en leveransförmåga i ett ramavtal med en väsentligt lägre volym med aktuellt kommande ramavtal (avtalet med Eslövs kommun har en uppskattad volym på 450 tkr per år att jämföra med detta ramavtal som har en uppskattad volym på 6 125 tkr per år). Bolaget skulle, om anbudet antagits, vara det som ska avropas först inom samtliga konsultkategorier från ramavtalets kompetensstyrda fördelningsnyckel. Ramavtalet skulle således kräva en helt annan kapacitet än exempelvis ramavtalet med Eslövs kommun.
- I det kommande ramavtalet har sju leverantörer antagits för att skapa utrymme för effektiv konkurrens för de avrop som kommer ske genom förnyad konkurrensutsättning. Genom att det finns en stor konkurrens för de kommande avropen som sker med den avropsmetoden kan ingen leverantör på förhand utgå från att vinna dessa konkurrensutsättningar, än mindre med en prisbild som skulle kompensera för låga fasta priser för avropen med den kompetensstyrda fördelningsnyckeln.

3.2 Skäl för prejudikatsdispens

Rättsfrågorna i målet kan sammanfattas enligt följande:

- Kan en tillfredställande förklaring som bygger på kostnadstäckning för en lågt prissatt konsulttjänst, där lönekostnaden är den helt avgörande kostnadsposten, baseras endast på del av lönen eller ska förklaringen för att vara trovärdig bygga på den verkliga lönen?
- Kan en tillfredställande förklaring till ett onormalt lågt anbud, när det rör sig om att delägarna kommer vara de som utför uppdragen, baseras på att delägarna uppger att de är villiga att arbeta för lägre löner just i det aktuella avtalet utan stöd i lönomodellen eller anställningsavtal?
- Finns det rättsligt stöd för att en tillfredställande förklaring kan baseras på att anbudsgivaren är villig att gå med förlust för att ta marknadsandelar, och vad krävs i sådana fall för bevisning för att göra påståendet trovärdigt?

Det finns en riklig skara av kammarrättsavgöranden – 27 avgöranden (fler målnummer) – som rör onormalt låga anbud. Högsta förvaltningsdomstolen har prövat frågan om förklaringar till onormalt låga anbud, baserade på s.k. strategisk prissättning (obalanserad budgivning), i två mål (HFD 2016 ref. 3 I och II). Frågorna som aktualiseras i den överklagade domen har inte tidigare prövats av högre instans.

De kan noteras att Förvaltningsrätten i Göteborg, med Nämnden som part, avgjorde ett annat överprövningsärende³ med i princip identisk förklaring – dvs. att delägarna just i det aktuella avtalet var beredda att avstå lön – i närtid till den nu överklagade domen. I det avgörandet bedömde förvaltningsrätten, till skillnad från i den nu överklagade domen, att förklaringen inte var tillfredställande och avslog ansökan om överprövning. Det framstår

³ Se Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 13 februari 2025 i mål nr 529-25

därmed som att rättsläget för hur den här typen av förklaringar ska bedömas är högst oklar. Samma förvaltningsrätt kommer alltså till olika slut gällande en likartad förklaring och det saknas praxis från högre instans.

Rättsfrågorna i målet är av stor principiell betydelse för upphandlande myndigheter som har att göra seriositetsprövningar och riskavvägningar utifrån förklaringar inom ramen för vad som utgör en tillfredställande förklaring i 16 kap. 7 § andra stycket LOU. Det kan i sammanhanget uppmärksammas att regeringen nyligen gett Konkurrensverket i uppdrag att lämna förslag som gör det lättare för upphandlande myndigheter och enheter att förkasta onormalt låga anbud som inte är seriöst menade. Behovet av klagande rättspraxis kring vad som kan utgöra en tillfredställande förklaring, eller inte, till ett anbud som framstått som onormalt lågt är påtagligt. Mot denna bakgrund är det av vikt för ledning av rättstillämpningen att Nämndens överklagande prövas av högre rätt, och det föreligger därmed skäl för kammarrätten att meddela prövningstillstånd med stöd av prejudikatsdispens, jfr 34 a § andra stycket p. 3 FPL (jfr HFD 2020 not. 5 och HFD 2021 not. 20).

GÖTEBORGS STAD, INKÖPS- OCH UPPHANDLINGSNÄMNDEN

Fredrik Rogö
Upphandlingsjurist

Lotta Ståhlberg
Upphandlingsjurist