



SÖKANDE

KPMG AB, 556043-4465
Box 260
901 06 Umeå

MOTPART

Storumans kommun
923 81 Storuman

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2014-06-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår kommunens yrkande om att ansökan om överprövning ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 41644

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00

Telefax
090-13 75 88

E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Storumans kommun (kommunen) genomför en upphandling av revisions-tjänster för perioden januari 2013-december 2014 med möjlighet till ett års förlängning.

Kommunen beslutade den 20 december att tilldela Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (PwC) kontraktet. KPMG AB (KPMG) ansökte om överprövning av beslutet och i dom den 19 april 2013 (mål nr 12-13) beslutade Förvaltningsrätten i Umeå att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts i form av att kommunen genom ett nytt tilldelningsbeslut skulle anta KPMG:s anbud.

I ett nytt tilldelningsbeslut den 13 maj 2013 tilldelade kommunen KPMG upphandlingskontraktet. PwC ansökte om överprövning och Förvaltningsrätten i Umeå beslutade den 20 november 2013 (mål nr 894-13) att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbuden. KPMG överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Sundsvall som i beslut den 19 december 2013 (mål nr 3302-13) avvisade överklagandet med hänvisning till att KPMG saknar talerätt.

YRKANDEN, M.M.

KPMG

KPMG ansöker om överprövning och yrkar i första hand rättelse på så sätt att KPMG ska delta i anbudsutvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Som grund för yrkandena anförs bl.a. följande.

Kommunen har felaktigt tolkat förvaltningsrättens domslut som att KPMG måste uteslutas vid den nya utvärderingen. Kammarrätten avvisade

KPMG:s överklagande med hänvisning till att domslutet inte uteslöt KPMG från den nya anbudsutvärderingen. Kommunen har därför förfarit felaktigt då den uteslöt KPMG från den nya utvärderingen med hänvisning till förvaltningsrättens dom utan att självständigt pröva om anbudet ska diskvalificeras i kvalificeringsfasen. Då kommunen inte prövat om KPMG klarar kvalificeringsfasen har kommunen brutit mot LOU.

Förvaltningsrättens dom den 20 november 2013 är felaktig. Det saknas anledning att utesluta KPMG från utvärderingsfasen då anbudet inte är villkorat. KPMG har accepterat samtliga skallkrav i anbudsunderlaget. Den reservation som gjorts beträffande det fasta priset har sin grund i de regler som gäller för revisionsbyråer som är medlemmar i FAR, således även för PwC. Enligt FAR är det inte tillåtet att lämna fasta priser utan reservation då det kan leda till att revisionsbolaget inte uppfattas som opartiskt och självständigt.

Det är orimligt att kräva att en revisor ska lämna ett fast pris oavsett vilken omfattning uppdraget sedermera kan visa sig få. Att diskvalificera en revisionsbyrå för att den följer de anvisningar som gäller för den verksamhet som upphandlas kan inte vara förenligt med de principer som LOU bygger på. Om KPMG diskas får PwC ett tilldelningsbeslut eftersom de, till skillnad från en branschkollega, är beredda att göra avsteg från gällande regelverk för verksamheten. Leverantörerna behandlas inte på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

KPMG har uppgett att arvudet är fast om inte verksamheten förändras på ett sådant sätt att det väsentligt påverkar arbetets omfattning. Reservationen är jämförbar med vad som annars kan anses gälla enligt 36 § avtalslagen och allmänna avtalsrättsliga principer. Part är inte bunden vid sitt åtagande vid väsentliga avvikelser såvitt avser under vilka förhållanden ett anbud avgivits.

Den formulering som förvaltningsrätten hänger upp sitt resonemang på har sin grund i okunskap om under vilka förutsättningar en revisionsbyrå kan åta sig uppdrag på. Den upphandlande enheten kan inte ha rätt att ställa upp villkor för deltagande i upphandling som innebär att anbudsgivarna måste bryta mot de bindande branschregler som gäller för prissättningen av erbjudna tjänster. Kommunen har inte rätt att kräva att revisionsbyrån ska bryta mot FAR:s regler för att kvalificera sig för utvärdering av anbudet.

Kommunen tycks ha glömt eller avsiktligt utelämnat att upphandlingen även omfattar revision av kommunens aktiebolag och inte endast sakkunnigt biträde. För de kommunala bolagen är FAR:s regler i högsta grad relevanta. KPMG menar inte att FAR:s regler står över svensk lag utan att LOU ska tolkas och tillämpas med beaktande av de bestämmelser som gäller enligt FAR, och som även omfattar PwC och allmänna avtalsrättsliga principer.

Kommunens tolkning och uppfattning av förvaltningsrättens dom saknar relevans såvitt avser domens rättskraft och frågan om res judicata. Domslutet innebär att KPMG måste tillåtas en överprövning av det nya beslutet eftersom KPMG annars skulle förvägras en rättslig prövning av om det varit korrekt av kommunen att inte ta med KPMG:s anbud i utvärderingsfasen.

Kommunen

Kommunen yrkar i första hand att KPMG:s ansökan om överprövning ska avvisas och i andra hand att ansökan om överprövning ska avslås. Kommunen och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Den aktuella upphandlingen har prövats i omgångar av förvaltningsrätten och i kammarrätten. Kommunen anser att det råder res judicata och negativ

rättskraft till följd av förvaltningsrättens dom den 20 november 2013 i mål nr 894-13. KPMG:s ansökan om överprövning tillför inga nya sakomständigheter utan upprepar vad som redan angivits i tidigare prövningar. Kommunen ställer sig också frågande till hur många gånger samma upphandling kan överprövas på samma grunder och därmed förhindra ett lagkraftvunnet tilldelningsbeslut.

Kommunen anser att KPMG:s hänvisning till FAR:s vägledningar är irrelevanta för prövningen i detta ärende. Resonemanget utgår från en vägledning som tar sikte på situationer då revisionsbyråer upphandlas för att som valda revisorer utföra lagstadgad revision. Så kan aldrig vara fallet i en kommun, där revisorer är förtroendevalda som nomineras och väljs inom ramen för det politiska systemet och inte upphandlas inom ramen för LOU.

Det av KPMG felaktigt villkorade priset avser upphandling av sakkunnigt biträde till de förtroendevalda revisorer som ska utföra revision enligt kommunallagen. Av "Kommunallagen – Med kommentarer och Praxis" 5:e uppl. s. 555 framgår: "Att branschorganisationen för revisorer och rådgivare (FAR) ger rekommendationer för bolagsrevisorernas del innebär inte att lagstiftaren gett denna förening några särskilda befogenheter inom bolagsrättens område, och än mindre att sådana rekommendationer skulle ha någon rättslig betydelse för kommunal revision". En yrkesförenings vägledning till sina medlemmar är inte överställd svensk lag (LOU). Även om så vore fallet är den vägledning som KPMG åberopar inte tillämplig i denna upphandling eftersom det framgår att den inte tar sikte på sakkunniga biträden till kommunala revisorer samt att den betonar att upphandling inom den offentliga sektorn regleras i LOU. LOU gäller självständigt och eventuella konflikter med branschorgans vägledningar uppstår med säkerhet vid ett flertal tillfällen utan att det har någon inverkan på bedömningen enligt LOU.

Kommunen har rätt att genomföra en upphandling enligt LOU och det blir då upp till anbudsgivarna att formulera sina anbud på så sätt att de uppfyller relevanta lagkrav för deras verksamhet och ställda krav i förfrågningsunderlaget. KPMG uppger att de lämnat ett fast pris, men också att fasta priser är otillåtna, med reservation för sådant som är jämförbart med 36 § avtalslagen och allmänna avtalsrättsliga principer. Anbudet innehåller dock reservationer som går mycket längre än så, då priset bara gäller vid villkor som rör kvaliteten på redovisningen, intern kontroll, överenskomna tidsplaner samt information och dokumentation.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

2.2. Sakkunniga till lekmannarevisorerna för granskning av kommunens aktiebolag
[...]

Det administrativa arbetet består i huvudsak av följande (exempel):

- [...]
- Sammanställning och analytisk sammanfattning av årets granskningar/iakttagelser samt förslag till revisionsberättelse inklusive förslag till utlåtande i ansvarsfrågan.

5.2 Anbudsutvärdering mot kriterier

Det/de anbud kommer att antas som sammantaget bedöms vara ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn tagen till nedan angivna kriterier. För bedömning av anbudena tillämpas en absolut beräkningsmodell med prissättning av kriterierna. Beställaren antar det/de anbud som får lägst jämförtal. Vid varje kriterium nedan beskrivs hur prissättningen ska gå till.

5.2.1 Pris

Prisuppgifter skall lämnas enligt följande

För uppdragen sakkunniga till kommunens revisorer samt sakkunniga till lekmannarevisorerna i kommunens aktiebolag (punkt 2.1 och 2.2 ovan i tillämpliga delar):

Fast pris lämnas på

Processtöd till revisorernas arbete med riskbedömning för kommunen och koncernen, som underlag för revisorernas planering.

Processtöd till revisorernas arbete för att upprätta revisionsplan.

Granskning av delårsrapport inklusive förslag till utlåtande till kommunfullmäktige.

Granskning av årsredovisning.

Grundläggande årlig granskning (basgranskning, ansvarsgranskning) av varje revisionsobjekt.

Sammanställning och analytisk sammanfattning av årets granskningar/iakttagelser samt förslag till revisionsberättelse inklusive förslag till utlåtande i ansvarsfrågan.

Rörligt pris lämnas som genomsnittligt timpris för erbjuden bemanning.

För uppdragen yrkesrevisorer i de kommunala företagen gäller följande:

Anbudet skall innehålla totalpris (samtliga kostnader exklusive moms) för respektive företag samt de erbjudna yrkesrevisorernas timpris.

Fördelning skall ske med timpriser för olika kategorier i erbjuden bemanning (ansvarig revisor, suppleant, granskningsledare, granskare).

4. Formella och administrativa föreskrifter

[...]

Prisreglering

Avtalade priser är fasta avtalets första två år. Därefter finns möjligheter att justera avtalade priser enligt följande.

[...]

Vid tillkommande eller avgående uppdrag, exempelvis då kommunalt bolag tillkommer eller avgår under avtalstiden ska parterna komma överens om nytt pris med utgångspunkt från hur stor del av volymen som tillkommit eller avgått från ursprungligt uppdrag. Prisjustering ska ske till samma pris i förhållande till tillkommande eller avgående volym.

KPMG:s anbud

I anbudet anges på sidan 2 under rubriken *Övrigt* bl.a. att

”KPMG bekräftar att vi uppfyller samtliga skallkrav samt att vi accepterar de avtalsvillkor som finns angivna i Ert förfrågningsunderlag”.

I avsnitt 7. Sakkunnigt biträde för granskning av kommunens styrelse och nämnder anges följande under punkten 7.6.

”Arvode se bifogad utvärderingsblankett.

Förutsättningar för arvodet

- Kvalitet på redovisning och intern kontroll är god och överenskomna tidplaner följs.
- Storumans kommun tillhandahåller information och dokumentation på ett sådant sätt att vi kan bedriva revisionen effektivt.
- Rekommendationer eller andra bestämmelser för revision och revisionsverksamhet förändras inte på ett sådant sätt att det väsentligt påverkar omfattningen av vårt arbete.”

I avsnitt 8. Sakkunnigt biträde för lekmanrevision i kommunens företag anges under punkten 8.6 *Arvode* följande.

”Prisreglering sker i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget.

Lagstadgad mervärdesskatt tillkommer på samtliga priser.

Priser framgår av lämnad bilaga.

Förutsättningar för arvodet

- Kommunens företag tillhandahåller information och dokumentation på ett sådant sätt att vi kan bedriva revisionen effektivt.
- Rekommendationer eller andra bestämmelser förändras inte på ett sådant sätt att det väsentligt påverkar omfattningen av vårt arbete.”

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kommunens yrkande om avvisning

Förvaltningsrätten tar inledningsvis ställning till kommunens yrkande om att KPMG:s ansökan om överprövning ska avvisas. I ett avgörande från den 7 juni 2013 fann Högsta förvaltningsdomstolen bl.a. att regleringen av upphandlingsförfarandet förutsätter att en och samma upphandling kan bli föremål för upprepade överprövningar samt att en förvaltningsrätts avgörande i ett upphandlingsmål inte vinner negativ rättskraft i den meningen att det utgör hinder mot en ny överprövning av upphandlingen (HFD 2013 ref. 36). Något hinder mot att ta upp KPMG:s ansökan om överprövning med åberopande av res judicata föreligger således inte, varför kommunens yrkande härom ska avslås.

KPMG:s anbud

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78). Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och ickediskriminerande, att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt, vilket bl.a. innebär att den upphandlande myndigheten vid prövning av anbuden normalt inte får frånga förfrågningsunderlaget.

Av KPMG:s anbud framgår bl.a. att angivet fast pris gäller så länge rekommendationer eller andra bestämmelser för revision och revisionsverksamhet inte förändras på ett sådant sätt att det väsentligt påverkar arbetets omfattning. Förvaltningsrätten finner att den aktuella skrivningen i KPMG:s anbud innebär en reservation i förhållande till vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget, varför anbudet inte uppfyller uppställt skallkrav

om fast pris för de avsedda tjänsterna. Vidare medför reservationen att kommunen saknar möjlighet att göra relevanta jämförelser mellan de avgivna anbuden. Skallkravet är enligt förvaltningsrätten relevant för upphandlingen och har vidare utformats på ett tillräckligt tydligt sätt. Kommunen har således haft fog för att inte anta KPMG:s anbud. Vad KPMG anfört avseende eventuella motstridigheter mellan skallkravet om fast pris och vad som skrivs angående fasta anbudspriser i FAR:s vägledning föranleder inte någon annan bedömning från förvaltningsrättens sida.

Mot bakgrund det ovan anförda ska KPMG:s ansökan om överprövning avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU)



Karin Granholm

Tf. lagman

Målet har föredragits av Kristin Persson.