



SÖKANDE

Livförsäkringsaktiebolaget Skandia, 502019-6365
103 50 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

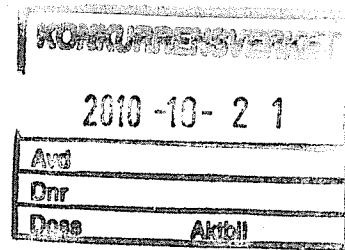
Storumans kommun
923 81 Storuman

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - ÄLOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.



YRKANDEN OCH GRUNDER

Livförsäkringsaktiebolaget Skandia (Skandia) ansöker om överprövning av Storumans kommuns (kommunens) upphandling av pensionsförsäkringar med fortlöpande premieinbetalning. Skandia yrkar att upphandlingen ska göras om genom att kommunen omedelbart ska inleda ett upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU).

Som grund för yrkandet anför Skandia att Storumans kommun med början den 1 januari 2005 genomfört en otillåten direktupphandling i strid med upphandlingslagstiftningen genom att tilldela en leverantör kontrakt utan att följa reglerna om annonsering m.m. Enligt Skandia är värdet av de otillåtna direktupphandlingarna mycket betydande och uppgår till knappt 12 miljoner kr.

Till stöd för ansökan åberopar Skandia bl.a. avtal mellan kommunen och KPA Pensionsförsäkring AB (KPA) daterade den 1 december 2000 respektive den 11 juni 2002 samt ett tilläggsavtal daterat den 14 oktober 2005. Skandia åberopar vidare fakturor från KPA till kommunen avseende perioden 1 januari 2005 – juni 2010 uppgående till ett belopp om sammanlagt 11 877 277 kr.

Kommunen bestrider bifall till Skandias ansökan. Kommunen anser att någon upphandling inte har behövts göras eftersom avtalet från oktober 2005 utgör ett tilläggsavtal till avtalet den 1 december 2000, som upphandlades i enlighet med ÄLOU. Vidare motsätter sig kommunen att göra om någon upphandling.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Parterna har i förvaltningsrätten anfört bl.a. följande.

Skandia (ansökan om överprövning den 2 augusti 2010)

Omständigheter

Skandia, som fått kännedom om att kommunen tecknat avtal avseende pensionsförsäkring med KPA, tillskrev kommunen den 23 mars 2010 för att utröna huruvida detta avtal varit föremål för upphandling enligt gällande upphandlingslagstiftning. I kommunens svar till Skandia, daterat den 31 mars 2010, bekräftade kommunen att man ingått avtal med KPA avseende pensionsförsäkringar. Enligt vad kommunen anför har detta avtal tecknats till följd av en upphandling som kommunen genomförde under år 2000 och där Skandia blev inbjudet att inkomma med anbud. Av förfrågningsunderlaget till denna upphandling framgår emellertid att avtal på grundval av denna upphandling som längst kan äga giltighet till och med den 31 december 2004. Någon upphandling avseende pensionsförsäkringar för tiden efter den 31 december 2004 tycks emellertid inte ha genomförts.

Skandia har fått ta del av avtal avseende försäkring med fortlöpande premiebetalning daterat den 21 november och den 1 december 2000, avtal om pensionsförsäkring daterat den 14 februari och 11 juni 2002 samt ett tilläggsavtal daterat den 20 juni och den 14 oktober 2005. Skandia har vidare fått ta del av fakturor från KPA till kommunen under perioden 1 januari 2005 – juni 2010 uppgående till ett belopp om sammanlagt 11 877 277 kr. Det är således tydligt att kommunen har köpt pensionsförsäkringar av KPA till ett värde om knappt 12 miljoner kr sedan januari 2005.

Det finns inget i handlingarna som tyder på att tilldelningen av dessa kontrakt skulle ha föregåtts av ett annonserat förfarande enligt upphandlingslagstiftningens regler eller att kommunen har för avsikt att avveckla dessa avtal för att genomföra en upphandling av pensionsförsäkringar i enlighet med LOU.

Kommunens agerande i förhållande till gällande rätt

Försäkringstjänster är s.k. A-tjänster enligt bilaga 2 till såväl ÄLOU som LOU. Försäkring är kategoriserad som en A 6a-tjänst. För beräkning av värdet av en försäkringsupphandling ska den premie och de ersättningar som betalas läggas till grund för beräkningen, se 5 kap. 10 § ÄLOU och 3 kap. 11 § LOU. Värdet under perioden 1 januari 2005 till och med juni 2010 uppgår till knappt 12 miljoner kr och tröskelvärdet om cirka 1,9 miljoner kr som gäller för kommunen har överstigits med råge. Kommunen skulle därför rätteligen ha upphandlat denna löpande försäkring och inlösen av pensionsskuld genom ett förfarande över tröskelvärdet, såsom ett öppet eller selektivt förfarande. Sådana förfaranden kännetecknas av att upphandlingarna ska annonseras och att alla leverantörer ska ha rätt att lämna anbud eller ansöka om att få lämna anbud.

Begreppet kontrakt i samband med upphandling ska tolkas vidsträckt och omfattar såväl alla former av ersättning som kan kvantifieras i pengar och som en upphandlande myndighet åtar sig att betala en leverantör, som alla olika sätt på vilka en leverantör, i utbyte mot ersättning, kan åta sig att utföra tjänster för den upphandlande myndighetens räkning. Tillämpningsområdet för ÄLOU ska nämligen vara det största möjliga i syfte att fånga in hela det spektrum av kontraktsförhållanden som skulle kunna övervägas av upphandlande myndigheter för att tillgodose deras särskilda behov. Det är uppenbart att kommunens ifrågavarande köp av pensionsförsäkringar omfattas av upphandlingslagstiftningen.

Huvudregeln är således att köp av pensionsförsäkringar med fortlöpande premiebetalning och ska upphandlas enligt gällande upphandlingslag.

Kommunens direkttilldelning har skett i form av ett tilläggsavtal 2005, baserat på två avtal ingångna under 2000 och 2002. Avtalen från 2000 och 2002 får dock enligt förfrågningsunderlaget till kommunens upphandling 2000 inte löpa längre än till och med den 31 december 2004. Kommunen saknade således helt stöd att tillämpa avtalen från 2000 och 2002 längre än till och med den 31 december 2004. Vidare saknas helt stöd för kommunen att ingå tilläggsavtal grundat på dessa avtal i oktober 2005 eftersom avtalen som tilläggsavtalet grundas på då saknade giltighet.

Kommunen (svar den 23 augusti 2010)

Det avtal som Skandia angriper har upphandlats enligt LOU, vilket Skandia är väl medvetna om. Skandia ville då inte avge något anbud i den offentliga upphandlingen. Eftersom Skandia nu påstår sig vara intresserade av att lämna ett anbud kommer kommunen att inleda ett nytt upphandlingsförfarande i enlighet med LOU. Kommunen motsätter sig dock att göra om någon upphandling. Den tidigare upphandlingen avslutades genom att avtal tecknades i december 2000.

Leverantörsvärdet av pensionsförsäkringarna uppgår till en bråkdel av vad Skandia påstår. Inbetalda pensionspremier ska betalas ut till förmånstagarerna med undantag för förvaltningsavgifter, m.m. Dessa uppgår, i vart fall med nuvarande leverantör, till enstaka procent av de belopp som Skandia angett i sin ansökan.

Skandia (yttrande den 2 och 20 september 2010)

Av kommunens förfrågningsunderlag till den upphandling som skedde år 2000 framgår följande i avsnitt 2.2.

”Avtalstid: 2001-01-01—2003-12-31. Om avtalet inte sägs upp av endera parten minst 3 (tre) månader före avtalets utgång förlängs avtalet att gälla ytterligare 1 (ett) år, tom 2004-12-31.”

När Skandia avstod från att lämna anbud år 2000 gjordes detta val i förvissning om att man skulle få en ny möjlighet att lämna anbud i upphandling för perioden från den 1 januari 2005 och framåt. Någon ny upphandling har emellertid inte gjorts, utan kommunen valde istället att förlänga sitt avtal med KPA ytterligare. Kommunen har till dags dato, utan upphandling förlängt sitt avtal med fem år utöver den maxgräns som stipulerades i förfrågningsunderlaget.

Att tillämpa ett avtal utöver den tid som det får tillämpas enligt förfrågningsunderlaget utgör ett exempel på en otillåten direktupphandling. En sådan tillämpning anses utgöra en väsentlig förändring av ett upphandlat kontrakt, vilket inte är tillåtet. Av Konkurrensverkets lista över exempel på otillåtna upphandlingar framgår bl.a. följande exempel på en otillåten direktupphandling:

”Väsentliga förändringar av ett upphandlat kontrakt

Förlängning, utvidgning, partsbyte, tilläggsleveranser, kompletteringar eller andra väsentliga förändringar av ett upphandlat avtal som enligt avtalet eller någon bestämmelse i LOU eller LUF saknar sådan möjlighet.”

Till stöd för sin talan åberopar Skandia Kammarrättens i Stockholm nyligen publicerade avgörande den 14 september 2010 i mål nr 6784-09, i vilket kammarrätten bedömde huruvida ett tilläggsavtal var förenligt med LOU genom att granska huruvida tilläggsavtalet var omnämnt i den ur-

sprungliga annonsen till huvudavtalet. Då kammarrätten fann att så inte var fallet ansågs avtalet utgöra en otillåten direktupphandling.

Kommunen påstår att leverantörsvärdet av pensionsförsäkringarna uppgår till en bråkdel av vad Skandia påstår. Detta bestrids och de summor som kommunen bevisligen har betalat till KPA är värdet av den otillåtna upphandlingen. Då kommunen inte heller vet vad det korrekta beloppet skulle uppgå till kan Skandia inte heller närmare bemöta detta. Till dess kommunen har kunnat presentera bevis för att dess påstående stämmer kan detta således inte tas i beaktande av rätten.

Eftersom det är oklart om, och i sådant fall när och hur, kommunen har för avsikt att gå ut i en ny upphandling, föreligger alltjämt skäl för rätten att förordna i enlighet med Skandias yrkande.

Kommunen (yttrande den 7 september 2010)

Kommunen har inte upphandlat något avtal 2005. Avtalet från oktober 2005 ("tilläggsavtalet") avser att bl.a. timanställda inte skulle omfattas av det avtal som upphandlades 2000. Det som Skandia påstår om felaktig upphandling av tilläggsavtalet är irrelevant. Tilläggsavtalet innebär att det är färre personer som ska omfattas av pensionsinbetalningarna. En sådan inskränkning i ett befintligt avtal kan inte vara någon upphandling alls. Skandia kan inte heller lida någon skada av sådana inskränkningar i det avtal som upphandlades år 2000.

DOMSKÄL

Bestämmelser om hur offentliga upphandlingar ska genomföras regleras i den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU) och i den nu gällande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). LOU trädde i kraft den 1 januari 2008. Enligt övergångsbe-

stämmelserna till den lagen ska ÄLOU tillämpas på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2008. Den upphandling som Skandias ansökan om överprövning avser resulterade i avtal med KPA i oktober 2005. Den äldre upphandlingslagen är därför tillämplig. De båda upphandlingslagarna har dock likalydande innehåll i de avseenden som nu är av intresse.

I målet är, genom de handlingar Skandia ingett, klarlagt att kommunen i oktober 2005 ingått ett avtal om pensionsförsäkringstjänster. Skandia anser att genomförd upphandling inte följt gällande regler på området och har till stöd för detta påstående ingett ett antal handlingar från kommunen. Eftersom kommunen inte framfört någon invändning mot innehållet i dessa handlingar lägger förvaltningsrätten dem till grund för prövningen i målet.

Såsom Skandia påpekat upptas pensionsförsäkringstjänster i avdelning A i bilagan till ÄLOU. De omfattas därmed, enligt 5 kap. 1 § ÄLOU, av upphandlingslagstiftningen. Kommunen är därmed skyldig att tillämpa något av de upphandlingsförfaranden som anges i lagen vid upphandling av tjänsterna.

Kommunen menar att avtalet som undertecknats i oktober 2005 utgjort ett tilläggsavtal till ett avtal kommunen tecknat med KPA 2000. Enligt förvaltningsrättens mening ger utredningen i målet inte stöd för annat än att det ursprungliga pensionsförsäkringsavtalet upphört att gälla den 1 januari 2005. Kommunens invändning att avtalet 2005 inte behövde upphandlas eftersom det innebar en inskränkning av befintligt avtal saknar därmed relevans då avtalet, i avsaknad av gällande grundavtal, inte kan betraktas som ett tilläggsavtal eller en avtalsförlängning som är förenlig med LOU, utan som en tilldelning av ett nytt kontrakt.

Någon omständighet som talar för att kommunen genomfört ett annonserat förfarande enligt ÄLOU har inte framkommit. Frågan är då om kommu-

nen, med stöd av bestämmelserna i LOU, kunnat genomföra upphandlingen utan ett sådant förfarande.

Skandias uppgift om att erlagda premier överstiger tillämpligt tröskelvärde enligt 5 kap 4 § ÄLOU har visserligen bestritts av kommunen. Några närmare omständigheter som ger stöd för att avtalet haft ett lägre sammanlagt värde än vad de handlingar som Skandia ingett visar har emellertid inte presenterats av kommunen, varför Skandias uppgift får godtas. Det är således uppenbart att de aktuella pensionsförsäkringstjänsterna har ett värde som överstiger det tillämpliga tröskelvärdet. Kommunen har därmed inte haft möjlighet att genomföra upphandlingen i enlighet med bestämmelserna i 6 kap. ÄLOU, t.ex. som en direktupphandling. Inte heller har framkommit uppgifter som talar för att det skulle ha varit möjligt att genomföra upphandlingen som ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering enligt bestämmelserna i 5 kap. 17 § ÄLOU.

Förvaltningsrätten kan därmed konstatera att Skandia, genom ingivna handlingar, visat att kommunen inte följt gällande upphandlingslagstiftning då avtal ingicks med KPA i oktober 2005. Någon motbevisning har inte presenterats av kommunen. Den omständigheten att kommunen redan slutit ifrågavarande avtal utgör inte ett hinder för förvaltningsrätten att besluta om åtgärd (jfr bl.a. RÅ 2005 ref. 10).

Det har inte framkommit några omständigheter som medför att Skandias ansökan ska avvisas till följd av bristande talerätt. Eftersom Skandia, till följd av den otillåtna upphandlingen, gått miste om möjligheten att lämna anbud har kommunens agerande medfört i vart fall en risk för skada för bolaget.

Genom vad som angetts ovan är samtliga förutsättningar för att besluta om åtgärd gentemot kommunen uppfyllda. Kommunen ska därför, med stöd av

7 kap. 2 § ÄLOU, åläggas att göra om upphandlingen avseende köp av pensionsförsäkringar med fortlöpande premiebetalning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU)


Helén Leijon
rådman

Målet har föredragits av Kristin Persson.