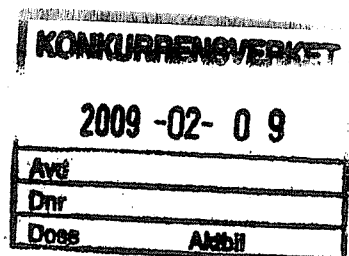


SÖKANDE

AIG Europe S.A., 516401-8060
Box 3506
103 69 Stockholm

MOTPARTER

1. Botkyrka kommun
2. Danderyds kommun
3. Ekerö kommun
4. Haninge kommun
5. Huddinge kommun
6. Järfälla kommun
7. Lidingö kommun
8. Nacka kommun
9. Norrtälje kommun
10. Nynäshamns kommun
11. Sollentuna kommun
12. Solna stad
13. Södertälje kommun
14. Tyresö kommun
15. Täby kommun
16. Upplands Väsby kommun
17. Vallentuna kommun
18. Vaxholms kommun
19. Värmdö kommun
20. Österåkers kommun



Ombud för 1 - 20: Stockholmsregionens Försäkring AB
Box 16179
103 24 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår AIG Europe S.A.:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 19 december 2008 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Stockholmsregionens Försäkring AB ("SRF") har på uppdrag av och som ombud för Botkyrka kommun, Danderyds kommun, Ekerö kommun, Haninge kommun, Huddinge kommun, Järfälla kommun, Lidingö kommun, Nacka kommun, Norrtälje kommun, Nynäshamns kommun, Sollentuna kommun, Solna stad, Södertälje kommun, Tyresö kommun, Täby kommun, Upplands Väsby kommun, Vallentuna kommun, Vaxholms stad, Värmdö kommun och Österåkers kommun ("kommunerna") genomfört en samordnad upphandling av olycksfalls- och tjänstereseförsäkring (Dnr SRF 35/08).

I tilldelningsbeslut, som avsänts samordnat till alla anbudsgivare från SRF den 15 december 2008, beslöt kommunerna att i upphandlingen anta anbud från Europeiska Försäkrings AB ("Europeiska"). Av tilldelningsbesluten framgår bl.a. att det vid anbudsöppningen endast hade inkommit ett anbud från AIG, att kommunerna inte funnit skäl att utesluta AIG från upphandlingen, att AIG vid leverantörskvalificeringen bedömts uppfylla kraven för att få lämna anbud, att AIG:s anbud inte bedömdes lämpligt samt att kommunerna med stöd av 4 kap. 5 § 1 LOU övergick till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Vidare framgår att kommunerna valde att separera tjänstereseförsäkringen från återförsäkringsupplägget varefter en offert därefter inkommit från Europeiska avseende både olycksfalls- och tjänstereseförsäkringen.

YRKANDEN M.M.

AIG Europe SA ("AIG") ansöker om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten skall besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att AIG tilldelas kontraktet och i andra hand att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför AIG i huvudsak följande. AIG lider skada genom att AIG inte har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och att upphandlingen inte heller har

skett på det öppna sätt som krävs vid offentlig upphandling. AIG är den enda anbudsgivaren som har lämnat ett korrekt anbud i tid och borde därför rätteligen ha tilldelats kontraktet. När så inte skett lider AIG skada till följd av utebliven affär. SRF:s anbudsfrågan är mycket komplicerad, bland annat för att den innehåller en rad ovanliga krav som i vissa fall även efter att frågor har ställts och besvarats är otydliga. AIG har lagt ned sju veckors intensivt arbete fram till anbudstidens utgång för att kunna lämna ett anbud som trots alla komplicerade och annorlunda krav uppfyller samtliga skallkrav. AIG kan inte efter en så lång och kostsam process acceptera att bli utestängda på felaktiga grunder. Om SRF inte var nöjd med utfallet av upphandlingen borde man omedelbart ha frågat sig varför upphandlingen inte lockade fler anbudsgivare. Upphandlingen borde i så fall ha stoppats och gjorts om. I stället har SRF ändrat kriterier, fördröjt AIG:s förhandlingsinbiter, ignorerat skriftliga uppmaningar om rättelse från AIG och i stället för att avbryta upphandlingen och annonsera en ny, genomfört en otillåten direktupphandling. SRF:s brott mot upphandlingssekretessen innebär även att konkurrenter har kunnat göra bedömningar och dra slutsatser av vad AIG skulle komma att lämna i sitt anbud vilket är till nackdel för AIG både i den aktuella upphandlingen och för framtiden.

Transparenskravet

I tilldelningsbeslutet görs gällande att AIG:s anbud inte uppfyller transparenskravet. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att transparens är ett utvärderingskriterium eller på annat sätt skall ligga till grund för utvärdering eller bedömning. För det första stämmer det inte alls att AIG:s anbud skulle ge upphov till sämre transparens. Varje del av AIG:s prissättning följer till punkt och pricka anbudsformuläret och försäkringen kostar exakt så mycket som anges i anbudet, varken mer eller mindre. ”Transparens” anges inte heller som ett skallkrav. Punkten 2.3 i upphandlingsunderlaget är snarast skriven som en vision och kan inte på något vis anses vara ett skallkrav. Det samma gäller för punkten 1.2 i upphandlingsunderlaget. Faktum är att ordet ”skall” inte nämns en enda gång i någon av punkterna.

AIG vill särskilt betona att även om detta hade varit uttryckt som skallkrav uppfyller AIG:s anbud samtliga skallkrav.

Lämpligt anbud – anbudssumman

Efter att anbudstiden gått ut har kommunerna dels i e-post dels vid ett möte med AIG ifrågasatt varför bruttopremien är så mycket högre i det anbud som AIG har lämnat jämfört med vad kommunerna betalar idag. Det är uppenbart i kommunikationen med kommunerna att just detta förhållande vid den tidpunkten kom att bli ett huvudkriterium för kommunerna. I förfrågningsunderlaget anges dock inte att någon sådan värdering av och jämförelse mellan nuvarande försäkringslösningar och den efterfrågade skulle utgöra ett tilldelningskriterium. Det ska vidare sägas att en sådan jämförelse inte heller är relevant på grund av att den efterfrågade försäkringslösningen skiljer sig radikalt på mycket väsentliga punkter. För respektive kommuninvånare är skillnaden i försäkringsskydd minimal om ens någon, men i försäkrings- och avtalsstrukturen med bland annat återförsäkring till SRF är skillnaderna stora. Sammanfattningsvis innebär skillnaderna att bruttopremien för den efterfrågade försäkringslösningen inte alls kan jämföras med de försäkringar som kommunerna har idag. Det ska poängteras att alla de skillnader som leder till den högre bruttopremien helt är relaterade till SRF:s roll och SRF:s särskilda krav. AIG skrev i sitt brev till SRF den 1 december att om kommunerna och SRF hade efterfrågat ett program som motsvarar det kommunerna har idag, hade AIG kunnat erbjuda en bruttopremie som var lika med eller lägre än det kommunerna har idag. Detta är något som AIG fortfarande står för. – Lösningen som sådan är komplex och liknar inget annat på marknaden, medan det tidigare upplägg var en traditionell försäkringslösning som alla kommuner har. Att den önskade lösningen är speciell framgår även av det faktum att AIG var den enda anbudsgivaren. Om kommunerna hade upphandlat en traditionell försäkringslösning som den tidigare gällande skulle man ha fått in anbud från åtminstone fyra anbudsgivare. Den okonventionella lösningen och dess effekt på försäkringsmarknaden illustreras även väl av den samtidigt

genomförda upphandlingen av motorfordonsförsäkring. Där använde sig kommunerna av en motsvarande konstruktion och där lämnades inte några anbud. Kommunernas eventuella förväntan om att premien skulle bli lägre genom det upplägg som man valde saknar betydelse för en prövning av om upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU eller ej.

Lämpligt anbud – omkostnadspremie

I tilldelningsbeslutet görs gällande att AIG inte har lämnat en separat omkostnadspremie enligt vad som begärts i förfrågningsunderlaget. Detta är direkt felaktigt. AIG har lämnat en separat omkostnadspremie på det sätt som kommunerna har efterfrågat. Kommunerna gör gällande att AIG har "bakat in omkostnadspremie" i övrig premie, vilket inte stämmer. Det är anmärkningsvärt att detta påstående skrivs i tilldelningsbeslutet trots att AIG så tydligt klargjort att så inte är fallet. Kommunerna anger att AIG:s mycket låga prissättning av den så kallade omkostnadspremie innebär att AIG inte uppfyller skall-kravet om att sådan premie skall anges. Det är helt felaktigt. Omkostnadspremie är ett tilldelningskriterium och i punkt 5.16 i förfrågningsunderlaget anges uttryckligen att den lägsta omkostnadspremie efterfrågas. Det är möjligt att kommunerna hade förväntat sig ett betydligt högre belopp. AIG har dock utgått från att ju lägre beloppet är desto bättre, precis som det anges i förfrågningsunderlaget. Om avsikten varit någon annan borde det ha angivits i tilldelningskriterierna. Detta förfarande strider mot LOU och resulterar i att AIG lider skada. - På inget ställe i upphandlingsunderlaget anges några gränser för vad som är att anse som ett för högt respektive för lågt delpris. AIG har utgått ifrån att den av kommunerna angivna modellen för tilldelningskriterier speglar det kommunerna har önskat uppnå. - Om kommunerna ansåg att AIG inte uppfyllde samtliga skall-krav åligger det kommunerna att visa detta. Av kommunernas tilldelningsbeslut framgår att AIG uppfyllde samtliga krav och gick vidare till anbudsutvärderingen. Kommunerna gör gällande att omkostnadspremie ska spegla försäkringsbolagets faktiska kostnader. Något skall-krav på att omkostnadspremie ska spegla försäkringsbolagets faktiska kostnader finns inte i upphandlingsunderlaget. Ett sådant krav skulle om

det fanns komma att lämna stort utrymme för tolkningar och därmed troligen strida mot transparenskravet.

Övergång till förhandlad upphandling

Kommunerna har övergått till förhandlad upphandling utan föregående annonsering i strid med 4 kap. 5 § LOU. Kommunerna anför att deras första tanke var att avbryta upphandlingen på grund av att de inte var nöjda med AIG:s anbud som också var det enda som inkommit. Enligt Regeringsrättens avgörande RÅ 2008 ref. 35 föreligger en rätt att avbryta en upphandling om endast en lämplig anbudsgivare återstår. Eftersom kommunerna åberopar detta rättsfall som stöd för sin talan, tolkar AIG detta som att AIG:s anbud av SRF ansågs vara lämpligt, annars saknar rättsfallet relevans. Om AIG:s anbud var lämpligt enligt SRF, kan SRF inte samtidigt hävda att man hade rätt att agera som man gjorde därför att AIG:s anbud inte var lämpligt. Det räcker inte att man i efterhand anför att man har haft en tanke att avbryta upphandlingen. AIG vill påminna om det brev som AIG skickade till SRF och kommunerna den 1 december 2008 i vilket AIG vädjade till SRF att återgå till det öppna förfarandet alternativt att avbryta upphandlingen och göra om densamma. Inte heller då valde SRF att avbryta upphandlingen. - Övergång till förhandlat förfarande får enligt LOU 4 kap. 5 § endast ske om ingen anbudsgivare uppfyller skall-kraven. AIG uppfyller samtliga skall-krav. Därmed saknas laglig grund för sådan övergång. – En upphandling kan avbrytas om det sker på affärsmässiga grunder. Detta har i rättspraxis klarlagts sedan tidigare. En affärsmässig grund kan t.ex. vara ett pris som väsentligt överstiger den upphandlande myndighetens budget för upphandlingen. I sådana fall skall upphandlingen dock avbrytas, vilket kommunerna inte har gjort. Nästa steg är att myndigheten går igenom sitt förfrågningsunderlag för att se om det finns anledning att ändra underlaget i syfte att få ned priset. Tredje steget är att myndigheten genomför en ny upphandling. Kommunerna hänvisar till Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 2991-06. I det målet hade kommunen i förfrågningsunderlaget angett att alltför höga prisnivåer kunde medföra att upp-

handlingen kommer att avbrytas. AIG menar att rättsfallet i och för sig saknar relevans i nu aktuellt ärende, eftersom kommunerna inte har valt att avbryta upphandlingen. Noteras bör att i det ovan nämnda rättsfallet hade kommunen i förfrågningsunderlaget angivit att alltför höga prisnivåer kunde medföra att upphandlingen skulle kunna avbrytas. Någon motsvarande text finns inte i kommunernas förfrågningsunderlag. AIG:s skrivning om omotiverat högt pris ska läsas som ett svar på SRF:s påstående om att så skulle vara fallet. AIG:s prissättning är motiverad. Dels är den en rent matematisk konsekvens av de krav som kommunerna ställt i sin upphandling och dels är den en anpassning till marknaden och de grunder som kommunerna har angivit för utvärdering. - Dessa regler är undantagsregler som enligt EG-domstolens rättspraxis skall tolkas restriktivt. Istället begränsas förutsättningarna för en sådan övergång till ett antal situationer som anses innefatta tillräckliga skäl för en övergång till ett förhandlat förfarande. Bevisbördan för att det föreligger tillräckliga skäl åvilar enligt EG-domstolens praxis den upphandlande myndighet som vill frångå ett öppet eller ett selektivt förfarande. Enligt LOU får övergång till förhandlad upphandling ske om det bl.a. "inte har lämnats några lämpliga anbud". Vad som skall anses utgöra ett inte lämpligt bud och om bedömningen därvid skall ske på subjektiv eller objektiv grund framgår emellertid inte av lagtexten. Någon närmare vägledning ger inte heller bestämmelsens förarbeten. I tjänstedirektivets engelska avfattning, art. 11.3 (a), anges att förhandling får tillgripas i fall av "absence of ... appropriate tenders". Tjänstedirektivets lydelse antyder således ett objektivt, snarare än ett subjektivt, förhållningssätt, det vill säga att föreliggande anbud på objektiva grunder skall vara omöjliga att anta för att en övergång till förhandlat förfarande skall kunna ske. Någon medveten nyansskillnad i betydelse mellan lagtextens och direktivets lydelse framgår varken av aktuella förarbeten eller på området känd doktrin. EG-domstolen har i flera avgöranden givit uttryck för att möjligheten till förhandlat förfarande skall tolkas restriktivt. I standardverket "The Law of Public and Utilities Procurement" anger professor Sue Arrowsmith närmare vilka förutsättningar som enligt tjänstedirektivet

gäller för övergång till förhandlad upphandling. Hon anger följande fyra förutsättningar för övergång till förhandlad upphandling utan föregående annonsering: (a) inga anbud har inkommit alls eller (b) de anbud som kommit in är inte är möjliga att anta, (c) avser orimligt lågt pris eller (d) kommer från leverantörer som inte kan komma ifråga. Rekvisitetet inte godtagbara anbud menar Arrowsmith skall tolkas restriktivt och närmast uppfattas som att inget av de anbud som ingivits i upphandlingen av formella skäl kan upptas till slutlig prövning eller antas i upphandlingen. Ett sådant förhållande kan exempelvis föreligga om inget av de inkomna anbuden fullt ut uppfyller de formella villkoren för anbudens form. Något utrymme för den upphandlande enheten att övergå till förhandlat förfarande på grund av att enheten av något skäl bedömer anbudet som onödigt dyrt föreligger således inte enligt Arrowsmith. Den upphandlande enheten är i en sådan situation däremot naturligtvis oförhindrad att avbryta upphandlingen och måhända utlysa ett nytt förfarande med ändrade, och förhoppningsvis förbilligande, anbudsförutsättningar. Något klagande i svensk praxis föreligger inte huruvida till synes omotiverat höga priser kan utgöra tillräckligt skäl för förhandling vid direktivstyrd upphandling. I analogi med lagens övriga bestämmelser om förbud mot ändring av anbud efter anbudstidens utgång torde detta inte vara fallet. Liknande slutsats följer även av på området gällande gemenskapsrättslig doktrin. De upphandlande myndigheterna bör i förekommande situationer istället vara hänvisade till att avbryta pågående upphandlingar för att måhända utlysa dem på nytt, möjligen med justerade avtalsvillkor. I varje fall framstår det som helt oacceptabelt att AIG inte bjuds in att delta i förhandlingarna, när AIG var den ende anbudsgivaren inom ramen för det öppna förfarandet och där AIG:s anbud dessutom uppfyllde samtliga skall-krav.

Vem får man förhandla med?

Kommunerna har meddelat tilldelning av kontraktet till försäkringsbolaget Europeiska trots att Europeiska inte har lämnat något anbud under anbudstiden. Ett sådant förfarande innebär en otillåten direktupphandling. Över-

gång till förhandlat förfarande kan ske enligt LOU 4 kap. 2 § och 4 kap. 6 §. I övergången till det förhandlade förfarandet får endast de anbudsgivare som deltog i upphandlingen genom att lämna anbud och som uppfyllde kraven i 10 och 11 kap. LOU delta. Anbudsgivare som inte deltagit i upphandlingen får således under inga omständigheter delta i det förhandlade förfarandet. Om också andra anbudsgivare skall delta måste det förhandlade förfarandet annonseras enligt LOU 4 kap. 2 §. Upphandlingen måste annonseras om den upphandlande enheten inte tillåter alla anbudsgivare som lämnat formellt korrekta anbud, att delta i det förhandlade förfarandet. Kommunerna gör gällande att det står den upphandlande myndigheten fritt att förhandla enligt 4 kap. 5 § 1 LOU med anbudsgivare som kan bedömas vara lämpliga under förutsättning att de ursprungliga kontraktsvillkoren inte ändras väsentligt. AIG vill påpeka att det bara fanns en anbudsgivare, AIG, och att kommunerna uppenbarligen har bedömt AIG som lämplig eftersom man har låtit AIG medverka i utvärderingsfasen.

Väsentlig förändring av avtalsvillkoren

Vidare är övergång till förhandlat förfarande enligt i tilldelningsbeslutet angivet lagrum endast möjligt om de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändras väsentligt. Vid större förändringar måste upphandlingen göras om. En väsentlig ändring är en ändring som skulle få till följd att en leverantör skulle ändra sitt beslut att lämna eller inte lämna anbud. Vid tilldelningen har kommunerna tillåtit Europeiska att teckna tjänstereseförsäkringarna helt utanför återförsäkringsstrukturen, dvs. utanför den struktur som ger upphov till den största delen av den bruttopremieskillnad som SRF har ifrågasatt så mycket och som AIG flera gånger har förklarat för SRF är ett viktigt skäl till densamma. Denna separation som har gjorts mellan å ena sidan olycksfallsförsäkringen och å andra sidan tjänstereseförsäkringen är ett kraftigt avsteg från den grundläggande beskrivningen i upphandlingen – “vad den aktuella upphandlingen avser” – se punkt 2.6 i upphandlingsunderlaget som uttryckligen efterfrågar en “kombinerad olycksfalls- och tjänstereseförsäkring”. Det är troligt att flera andra leve-

rantörer, inklusive Europeiska, skulle ha lämnat anbud om dessa förutsättningar hade tillämpats från början. AIG:s anbud hade helt klart sett annorlunda ut. Den genomförda ändringen av förutsättningarna utgör därmed en sådan väsentlig ändring att en övergång till förhandlat förfarande på det sätt som kommunerna har gjort är otillåten. – Kommunerna vill göra gällande att den förändring som har gjorts beträffande tjänstereseförsäkringsdelen är en så liten förändring/del att man inte kan anses ha genomfört en väsentlig förändring. Detta är enligt AIG felaktigt. Även om premien för tjänstereseförsäkringsdelen utgör en liten del av totalen saknar det betydelse. Ändringen som sådan är ett totalt avsteg från den lösning som kommunerna har valt att upphandla. Att göra en sådan ändring i det skede som kommunerna har gjort den – och dessutom uteslutande för att tillfredsställa ett önskemål från Europeiskas sida – är definitivt att betrakta som väsentligt. Om kommunerna inte hade gjort det avsteget hade Europeiska uppenbarligen inte medverkat till någon lösning. Det torde därmed vara alldeles uppenbart att förändringen är väsentlig. AIG vill vidare betona att bolaget inte, liksom övrig försäkringsmarknad, har fått samma möjlighet som Europeiska om ett sådant avsteg från förfrågningsunderlaget. - Kommunerna har uppgett att parterna låg så långt ifrån varandra att det inte längre uppfattades som rimligt att förhandla vidare och att en annan aktör avsevärt bättre svarade upp mot de krav som ställdes i förfrågningsunderlaget. Detta påstående framstår som synnerligen anmärkningsvärt. För det första var AIG den enda anbudsgivaren. För det andra stämmer det inte att Europeiska bättre svarade upp mot de krav som ställdes, inklusive efterfrågad återförsäkringslösning. Europeiska medverkade ju endast till en lösning om kommunerna gjorde en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget.

Kommunerna har i flera fall brutit mot upphandlingssekretessen

Under anbudstiden har AIG begärt förtydliganden av kommunerna. Vid AIG:s genomgång av dokumentationen inför författandet av det brev som skickades den 1 december har de sett att kommunerna har skickat ut svaret, kopierat in konkurrent och uttryckligen skrivit att det är AIG som ställt

frågan. Även om den konkurrent som blivit inkopierad inte är samma som enligt tilldelningsbeslutet får kontraktet innebär det att upphandlingssekretessen är bruten och att det inte längre finns någon kontroll över hur informationen sprids. Bifogade nyhetsbrev tyder dessutom på att SRF:s VD Lars Nilsson redan under vecka 50 har uttalat sig i media om att återförsäkringen för olycksfallsförsäkringen redan är placerad hos SRF, vilket alltså sker innan tilldelningsbeslutet har skickats ut.

Utvärderingen

Vidare framgår det av tilldelningsdokumentet att kommunerna har använt sig av "en viktad formel". AIG utgår ifrån att det är samma formel som finns beskriven i under rubriken 5.16 i anbudsfrågan. Det är svårt att förstå hur den kan användas då kommunerna gjort så väsentliga ändringar i försäkringsstrukturen som ju ligger till grund för själva formeln. AIG menar att kommunerna borde ha redovisat de ingående detaljerna och utfallet från användandet av den viktade formeln i tilldelningsbeslutet.

SRF:s roll

Utifrån de former som denna upphandlingsprocess har kommit att anta kan man inte annat än konstatera att SRF har klara svårigheter att skilja på sin roll som ombud för kommunerna i upphandlingen och sin roll som återförsäkringsgivare i försäkringslösningen.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Kommunerna har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Kommunernas förfarande har således inte medfört att AIG lidit skada eller kommer att lida skada. Kommunerna påbörjade under hösten 2008 en upphandling av olycksfalls- och tjänstereseförsäkring. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande och endast ett anbud, AIG:s, inkom. AIG:s anbud låg långt över budgeterade kostnader för den aktuella försäkringen.

Det kunde vidare konstateras att ett antal oklarheter förelåg i anbudet och att i vart fall ett skall-krav inte var uppfyllt.

Lämpligt anbud – anbudssumman

Vad gäller portföljpremien är den ca tre gånger högre än 2008 års nivåer, detta utan att riskbilden ökat. Detta kan inte bedömas på annat sätt än att premien är "för hög". Portföljpremien liksom även återförsäkringspremien och omkostnadspremien måste kalkyleras från aktuella utgångspunkter. AIG kan naturligtvis göra detta på vilka grunder som helst i konkurrens med andra i ett anbud. Om man anger ett pris som är tre gånger högre än det gällande utan att riskbilden ändrats, kan man förstås inte med säkerhet räkna med att "ta hem affären". Återstår bara ett anbud på den nivån, kan det förstås inte antas av beställaren. AIG vet för övrigt som försäkringsgivare under 2008 för huvuddelen av de aktuella kommunerna vilken premie som då gällde och kan väl inte på allvar rimligen ha trott att de skulle kunna ta hem affären på nivån tre gånger högre än tidigare pris. Kommunerna påstår inte att upplägget är detsamma som tidigare riskbilden har inte förändrats och det finns därför inte objektiva skäl till att portföljpremien ska bli tre gånger högre än motsvarande premier för 2008. AIG bedömer även att vid en traditionell direktförsäkring bör premienivåerna ligga någonstans i storleksordningen 13 - 14 mkr/år för samtliga 20 kommuner. Att kommunerna valt att öka sitt eget risktagande skulle alltså enligt AIG medföra en merkostnad för kommunerna om mer än 22 mkr/år. Detta är en orimlig inställning.

Lämpligt anbud - omkostnadspremien

AIG har inte lämnat en separat omkostnadspremie enligt vad som begärs i förfrågningsunderlaget utan bakat in den i premien och för själva omkostnadspremien angivit ett öre. Att ange en omkostnadspremie på 1 öre kan inte ses som något annat än ett försök att uppfylla ett skall-krav i förfrågningsunderlaget utan att egentligen uppfylla kravet. Omkostnadspremien skall avspegla försäkringsgivarens ersättning för faktisk hantering av ska-

dor, ca 1 700 stycken per år, vari innefattas administration, rådgivning, besvarande av frågor kring försäkringarna, skadehantering, redovisning och rapportering samt kontakt med SRF i fråga om återförsäkring. Att AIG:s ersättning för detta skulle uppgå till endast 1 öre är naturligtvis helt orimligt och anbudet i den delen kan därför inte tillmätas någon som helst betydelse. AIG har emellertid vidhållit i samband med förhandlingar att priset för omkostnadspremien är 1 öre och att kostnaderna inte är inbakade i totalpremien. Anledningen till att en separat redovisad omkostnadspremie efterfrågas i förfrågningsunderlaget är att kommunerna önskar göra en fullständig genomlysning av samtliga kostnader som rör försäkring i ett perspektiv utvidgat till kommunal riskhantering. Enligt kommunernas mening uppfyller AIG således inte samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget. - I förfrågningsunderlaget under punkten 3.5. anges att en fast summa för omkostnadsbeloppet skall anges och det också beskrivs tydligt vad den omfattar. I förfrågningsunderlaget motiveras dessutom varför kommunerna önskar ha insyn i kostnadskomponenterna. En anbudsgivare kan alltså inte vara omedveten om detta. - Att ett (1) öre skulle motsvara de kostnader som uppkommer för de beskrivna tjänsterna måste i så fall betraktas som en uppenbar och allvarlig felräkning på omkostnadspremien. - AIG framhåller att det inte på något ställe i upphandlingsunderlaget anges några gränser för vad som är att anse som ett för högt respektive för lågt pris. Dock finns där en mycket tydlig matematisk modell för hur priset ska poängsättas. Omkostnadspremien och portföljpremien är två helt skilda saker och förfrågningsunderlaget definierar av naturliga skäl inte några gränser. Det är i och för sig riktigt att AIG inte behöver ange sina exakta omkostnader samt hur dessa räknas fram. Kommunerna frågar dock inte efter detta utan de frågar efter de omkostnader som kommunen skall betala. Kommunerna vill ha dessa kostnader angivna och har också rätt att kräva detta.

Övergång till förhandlat förfarande

AIG menar att det faktum att kommunerna åberopar Regeringsrättens avgörande RÅ 2008 ref. 35 skulle medföra att kommunerna därigenom med-

ger att AIG:s anbud var att betrakta som lämpligt. Hänvisningen till domen avser inget annat än att kommunerna därigenom vill visa på att det förelåg grund för avbrytande av upphandlingen vare sig AIG:s anbud bedömts som lämpligt eller inte. Det Regeringsrätten fastslagit i domen är att det är tillåtet att avbryta en upphandling även om det finns ett lämpligt anbud. Kommunerna förklarar också varför ett avbrytande inte ansågs som någon optimal lösning vid den aktuella tidpunkten. Samtliga kommuner hade då redan sagt upp sina försäkringar varför eventuella optionsår inte längre var möjliga att utnyttja. Trots att tidigare försäkringsavtal var uppsagda synes AIG mena att kommunerna i detta läge ändå borde ha förhandlat om ett utnyttjande av optionsåret. AIG:s anbud bedömdes av kommunerna vara sådant att det var nödvändigt att få en närmare redovisning av innehållet i anbudet så att inga uppenbara felskrivningar eller felräkningar förelåg i anbudet. Kommunerna bedömde att en eventuell rättelse kunde vara aktuell då den offererade premien var tre gånger högre än den gällande premien för 2008. Detta trots ett upplägg som exponeringsmässigt, i fråga om det direkta försäkringsprogrammet, skulle vara detsamma som för 2008, i varje fall enligt kommunernas mening. SRF kallade till ett möte med anbudsgivaren varvid AIG redogjorde övergripande för sina resonemang och vilka faktorer som de ansåg väsentliga som grund för sitt anbud och det offererade priset. De vidhöll prisets riktighet. En särskilt viktig delförklaring till det höga priset låg i den kreditrisk som de bedömde att SRF utgjorde genom sitt självbehåll, återförsäkringslösning. Kommunerna kunde inte acceptera en premie av denna storleksordning då den avsevärt översteg vad som var budgeterat för den aktuella försäkringen. Kommunernas första tanke var att avbryta upphandlingen då det förelåg klara skäl för ett sådant beslut. Detta kunde ske dels på grund av att endast en anbudsgivare lämnat anbud, se Regeringsrättens avgörande RÅ 2008 ref. 35, dels på grund av ett orimligt högt pris – utanför budget – dels på grund av att ingen anbudsgivare uppfyllde samtliga skall-krav. Då kommunerna konstaterade att det anbud som inkommit inte var lämpligt beslutades om att övergå från öppet förfarande till förhandlad förfarande utan föregående annonsering i enligt

het med 4 kap. 5 § 1 LOU. – Det enda anbud som inkommit, AIG:s, var inte lämpligt, dels på grund av att det inte uppfyllde samtliga efterfrågade skall-krav, dels på grund av att det innefattade ett orealistiskt högt pris. Som objektivt godtagbart skäl för att avbryta en upphandling anges som exempel bl.a. ett pris som överstiger budget. I en sådan situation kan anbudet betraktas som olämpligt på grund av det höga priset, se t.ex. Kammarrättens i Sundsvall dom den 27 februari 2007 där lägsta avgivet pris översteg kommunens budget med 25 procent. För högt pris gör att anbud kan betraktas som olämpliga i så avseende att de kan utgöra skäl för avbrytande av upphandling. I brist på tydliga regler och praxis förefaller det rimligt att motsvarande tolkning görs i en situation där en bedömning av icke lämpliga anbud skall göras enligt 4 kap. 5 § 1 LOU. Det av AIG offererade priset uppgår till 36 000 000 kr. Kommunernas tidigare kostnader för motsvarande försäkring uppgick till drygt 12 000 000 kr för år 2008. Skadefallet har de senaste åren har i genomsnitt uppgått till ca 4 500 000 kr/år. AIG har gjort gällande att den aktuella kostnadsfördyringen i huvudsak berott på ett upplägg på försäkringen som inte kan jämföras med den tidigare, befintliga, försäkringslösning som kommunerna haft. Det föreligger vissa förändringar i den lösning som här är föremål för prövning jämfört med den tidigare lösningen. Dessa förändringar borde snarare ha föranlett en sänkning av totalpremien än en höjning av den. Sammantaget fanns det i vart fall två skäl för att betrakta AIG:s anbud som icke lämpligt i det avseende som avses i 4 kap. 5 § 1 LOU.

Vem får man förhandla med?

AIG påstår att förhandling enligt 4 kap. 5 § LOU endast får ske med anbudsgivare som inkommit med anbud under anbudstiden. Detta påstående vinner inte stöd vare sig i lagtext, förarbeten eller direktiven. – Det står kommunerna fritt att vid tillämpningen av 4 kap. 5 § 1 förhandla med godtagbara aktörer oavsett de lämnat anbud eller inte i det föregående öppna förfarandet under förutsättning att de ursprungliga kontraktsvillkoren inte ändras väsentligt. Kommunerna vill här också påpeka att AIG bedömdes

som lämpligt såsom försäkringsbolag. Det som inte bedömdes som lämpligt var AIG:s anbud. – Efter att anbudet inkommit kontaktades AIG för klargöranden då deras anbud framstod som eventuellt felräknat dels på grund av den orimligt höga premienivån, dels på grund av den märkligt låga omkostnadspremien. Ett möte hölls med AIG som alltjämt vidhöll sitt anbud och att anbudet var korrekt uppfattat av SRF. Efter beslut om att övergå till förhandlat förfarande utan föregående annonsering inbjöds till förhandling med flera aktörer. Självklart inbjöds även AIG. AIG var emellertid kallsinniga till ändringar av sitt anbud om inte villkoren för upphandlingen avsevärt förändrades. I e-postbrev till SRF den 19 november 2008 ställer AIG upp ett antal krav på förändringar i den efterfrågade tjänsten för att de skall kunna genomföra förändringar i sitt ursprungliga anbud. Parterna låg så långt ifrån varandra att det inte längre uppfattades som rimligt att förhandla vidare. Detta i synnerhet som annan aktör avsevärt bättre svarade upp mot de krav som ställdes i förfrågningsunderlaget, inklusive efterfrågad återförsäkringslösning. – Det är riktigt att AIG uppfyllt de allmänna kvalificeringskraven som anbudsgivare. Detta innebär emellertid inget annat än att AIG som företag betraktat skulle kunna komma ifråga som leverantör. I utvärderingsfasen konstaterades emellertid att AIG varken uppfyllt samtliga skall-krav eller att deras anbud var lämpligt på grund av det höga priset. De kunde således aldrig komma i fråga som leverantör i det öppna förfarandet.

Väsentlig förändring

Den enda förändring som gjorts till följd av övergången till förhandlat förfarande är att återförsäkring med avseende på tjänstereseförsäkringen inte behöver ske genom självbehåll hos SRF. Tjänstereseförsäkring är av mycket liten omfattning. Premienivån för år 2008 var ca 600 000 kr och antalet skador är i genomsnitt drygt 10 skador totalt per år för samtliga 20 kommuner tillsammans. Då försäkringen är liten till sin omfattning och har få skador ansåg både kommunerna och Europeiska att det endast skulle vara en omotiverad administrativ merkostnad med den valda ursprungs-

modellen i denna del eftersom bolaget redan var försäkringsgivare för merparten av kommunerna. Tjänstereseförsäkringen finns alltså i samma bolag som olycksfallsförsäkringen. En förändring av detta slag påverkar knappast potentiella anbudsgivares bedömning av huruvida anbud skall lämnas eller inte. – Anledningen till förändringen var inte att tillfredsställa önskemål från Europeiska. Kommunerna vill framhålla att det avgörande för bedömningen om huruvida en förändring är väsentlig eller inte är frågan om förändringen skulle ha fått aktörer som inte lämnat anbud att lämna anbud i det öppna förfarandet som föregått det förhandlade förfarandet. Enligt kommunernas mening är den aktuella förändringen inte sådan utan endast en administrativ förändring av marginell karaktär.

Utvärderingen

AIG har vidare påstått att det föreligger oriktigheter kring utvärderingen. Utvärderingen har gjorts på ett sätt som är tillfyllest. Trots förhandlingar kom AIG inte att lämna ett anbud som uppfyllde de grundläggande skallkraven. Då de inte uppfyllde skallkraven återstod endast en anbudsgivare som uppfyllt skallkraven och det var Europeiska. Det gjordes därefter en utvärdering där det konstaterades att Europeiska lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till tilldelningskriterierna kvalitet och pris. Att i det läge som uppstått använda den viktade formeln var uteslutet. Dessutom finns det ingen anledning att använda formeln när endast en anbudsgivare avlämnat anbud i det öppna förfarandet. Formeln är till för att jämföra anbud och rangordna dem. I förevarande fall fanns inget att jämföra med.

SRF:s roll

SRF har varit kommunernas ombud i den ifrågavarande upphandling. Kommunerna tar också genom självbehåll, konstruerat som en återförsäkring, en gemensam förhöjd självrisk för de 20 kommunerna. Att detta skulle innebära någon sammanblandning av roller kan vare sig SRF eller kommunerna se.

Länsrätten har den 19 december 2008 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

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

I 4 kap. 5 § 1 är följande föreskrivet. En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Under punkten **5.16 Tilldelningskriterier** i aktuellt förfrågningsunderlag har bl.a. följande angetts.

De upphandlande kommunerna antar det anbud som med hänsyn till de följande angivna tilldelningskriterierna A-D är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Detta kalkyleras m.h.t. en poängsättningsmodell, där det mest fördelaktiga anbudet är det som erhållit den högsta poängen.

A = Portföljpremie (kr) med vikten 30 %

B = Omkostnadspremie (kr) med vikten 30 %

C = Återförsäkringspremie (till SRF överförd nettopremie) (kr) för den gemensamma självriskan (självbehållet) med vikten 30 %

D = Kvalitet (uppfyllda bör-krav) med vikten 10 %. Kvaliteten värderas efter hur mycket en anbudsgivares offererade prestation avviker från ett bör-krav.

Sammanvägd poäng (P) för ett anbud

Poängen resp. tilldelningskriterium för en anbudsgivare vägs med de procenttal som anges för resp. kriterium och summeras därefter. Maximal poäng per kriterium är 50. Vinnande anbud är det som sammanlagt uppnår den högsta vägda poängsumman (P).

[...]

B Omkostnadspremie (kr)

Anbudet skall innehålla ett fast pris för alla omkostnader för år 2009 omfattande bl.a., men inte begränsat till, administration, rådgivning, och besvarande av frågor kring försäkringarna, skadehantering, redovisning och rapportering och kontakter med SRF i fråga om återförsäkring. I detta skall också ingå att leverera underlag eller mallar för sådana försäkringsbevis som varje kommun normalt behöver.

Den anbudsgivare som erbjuder lägsta B får 50 poäng. Övriga anbudsgivare erhåller en poäng reducerad i proportion till avvikelsen från det bästa anbudet.

En upphandling enligt LOU skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna skall ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas. Uppställda krav får inte frångås.

Lämpligt anbud – anbudssumman

Viss vägledning för bedömningen av om det förekommit lämpliga anbud under det öppna förfarandet kan enligt länsrättens mening hämtas från den rättspraxis som rör förutsättningarna för att en upphandlande myndighet skall kunna avbryta en pågående upphandling. Möjligheten till övergång från en öppen eller selektiv upphandling till en förhandlad upphandling enligt 4 kap. 5 § 1 LOU har nämligen tillkommit bl.a. för att en upphandlande myndighet inte skall behöva avbryta den pågående upphandlingen när inga lämpliga anbud eller inga anbud alls har lämnats i upphandlingen och tvingas påbörja en helt nytt upphandlingsförfarande (jfr. *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sue Arrowsmith, 1996, s. 265). Parterna i målet har under skriftväxlingen utförligt redogjort för sina respektive uppfattningar om den konstruktion av den aktuella försäkringen som anges i förfrågningsunderlaget. Länsrätten konstaterar härvid att det är den upphandlande myndigheten som definierar föremålet för en upphandling och den av kommunerna valda konstruktionen kan således inte i sig anses strida mot LOU. Vidare har inte framkommit annat än att priset enligt det enda anbud som ursprungligen gavs in i upphandlingen avsevärt översteg vad som var budgeterat för den aktuella försäkringen. Vid sådant förhål-

lande finner länsrätten att denna omständighet i sig utgör tillräckliga skäl att betrakta AIG:s anbud som inte lämpligt i den betydelse begreppet har i 4 kap. 5 § 1 LOU.

Lämpligt anbud – omkostnadspremien

Eftersom länsrätten redan har konstaterat att AIG:s anbud inte var att betrakta som lämpligt med hänsyn till priset saknas anledning att ta ställning till om anbudet även var lämpligt med hänsyn till hur AIG har angett omkostnadspremien.

Övergång till förhandlat förfarande

I förevarande fall har såvitt framkommit kommunerna bedömt att AIG som *anbudsgivare* är lämplig, medan *anbudet* dels har bedömts inte uppfylla ett s.k. skall-krav, dels att anbudssumman långt överstigit vad kommunerna hade räknat med. Kommunerna har således inte, vilket AIG gjort gällande, under anbudsprövningen konstaterat att anbudet varit lämpligt för att sedan göra bedömningen att det inte är lämpligt och angett detta som skäl för att övergå till ett förhandlat förfarande.

Vad sedan gäller förutsättningarna för övergång till förhandlad upphandling utan föregående annonsering i förevarande fall har kommunerna som grund för denna åberopat att det i den öppna upphandlingen inte lämnats några lämpliga anbud. Övergång till förhandlat förfarande utgör en undantagssituation och möjligheten därtill skall därför utnyttjas restriktivt. I sammanhanget är av intresse att notera att en upphandlande myndighet enligt rättspraxis inte är skyldig att tilldela kontraktet i upphandlingen till den enda anbudsgivare som vid anbudsutvärdering bedömts lämpad (jfr EG-domstolens dom i mål nr C-27/98). Sammanfattningsvis har således kommunerna med stöd av 4 kap. 5 § 1 LOU ägt övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

Vem får man förhandla med?

Länsrätten konstaterar inledningsvis att möjligheten enligt 4 kap. 5 § 1 LOU att övergå från ett öppet till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering – till skillnad från vad som anges i 4 kap. 2-4 §§ LOU – inte har begränsats till att avse de anbudsgivare som lämnat anbud under det öppna förfarandet. Denna tolkning av lagtexten vinner stöd av bl.a. det faktum att övergång till sådan förhandling bl.a. kan ske då något anbud över huvud inte har lämnats i upphandlingen. Kommunerna har således inte förfarit felaktigt som under det förhandlade förfarandet förhandlat med en leverantör som inte lämnat anbud under det föregående öppna förfarandet.

Vidare har AIG gjort gällande att bolaget inte har bjudits in till dessa förhandlingar, medan kommunerna har hävdats att man förhandlat även med AIG. Länsrätten konstaterar att det framgår av utredningen i målet att kontakter har förekommit mellan kommunerna och AIG efter kommunernas beslut att övergå till det förhandlade förfarandet. Några krav på att dessa kontakter skall ha viss intensitet, form eller leda till något resultat för att betraktas som förhandlingar i LOU:s mening finns inte. Det synes dessutom ankomma på den upphandlande myndigheten att avgöra när förhandlingarna är att betrakta som avslutade. Länsrätten kan därför inte finna annat än att kommunerna har förhandlat även med AIG.

Väsentlig förändring av kontraktsvillkoren

En ytterligare förutsättning för att kunna genomföra en förhandlad upphandling utan föregående annonsering är att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. Enbart den omständigheten att en upphandlande myndighet efter att ha förändrat de ursprungliga kontraktsvillkoren anser det möjligt att anta anbud från leverantör som inte tidigare avgett anbud i upphandlingen kan enligt länsrättens mening inte tas till intäkt för att förändringarna är väsentliga. Detta skulle nämligen innebära att varje förändring av kontraktsvillkoren som medför att ett anbud kan

antas efter ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering närmast per definition befanns vara väsentlig, och att sådant förfarande därför aldrig skulle kunna tillämpas. Vidare torde ur mer språklig synvinkel krävas omfattande förändringar av de ursprungliga kontraktsvillkoren för att dessa skall betraktas som "väsentliga". Samtidigt utgör som ovan angetts ett förhandlat förfarande ett undantag från vad som annars gäller enligt LOU, varför restriktivitet skall iakttas.

Såvitt framkommit är den förändring som gjorts till följd av övergången till förhandlat förfarande att återförsäkring med avseende på tjänstereseförsäkringen inte behöver ske genom självbehåll med SRF. AIG har till stöd för sin uppfattning att detta är fråga om en väsentlig förändring sammanfattningsvis gjort gällande att det saknar betydelse att tjänstereseförsäkringsdelen utgör en liten del av totalen, att ändringen som sådan utgör ett totalt avsteg från den lösning som kommunerna har valt att upphandla samt att ändring uteslutande skett för att tillfredsställa ett önskemål från Europeiska. Kommunerna å sin sida är av åsikten att försäkringen är liten till sin omfattning och har få skador, att den aktuella förändringen knappast påverkar potentiella anbudsgivares bedömning av huruvida anbud skall lämnas eller inte, förändringen inte tillkommit för att tillfredsställa önskemål från Europeiska samt att det endast är en administrativ förändring av marginell karaktär.


Länsrätten konstaterar att det förändrade kontraktsvillkoret endast avser en mycket liten del av upphandlingsföremålet. Länsrätten bedömer därför att ifrågavarande förändring av de ursprungliga kontraktsvillkoren inte är att betrakta som väsentlig i LOU:s mening. Hinder mot att anta Europeiskas anbud i upphandlingen efter det förhandlade förfarandet har således inte förelegat.

Övriga invändningar

Länsrätten bedömer att vad AIG därutöver har gjort gällande i målet angående transparens, SRF:s roll samt utvärderingen inte innebär att upphandlingen genomförts i strid med LOU.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att vad AIG har anfört och åberopat i målet inte innebär att kommunernas upphandling av olycksfalls- och tjänstereförsäkring genomförts i strid med LOU. AIG:s ansökan om ingripande med stöd av 16 kap. 2 § LOU skall därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A).



Peter Lif
rådmän

Föredragande har varit Henrik Grönberg.