



KLAGANDE

1. Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

2. Härryda kommun
435 80 Mölnlycke

3. Stenungsunds kommun
444 82 Stenungsund

4. Kungälv kommun
Nämndhuset
442 81 Kungälv

5. Lerums kommun
443 80 Lerum

6. Ale kommun
449 80 Alafors

Ombud för 2–6: Kungsbacka kommun

MOTPART

Willis AB, 556426-5295
Fabriksgatan 7
412 50 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Hallands läns dom den 12 maj 2009 i mål
nr 587-09, 596–598-09 och 609–610-09, se bilaga A

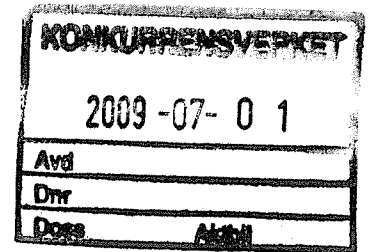
SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

Kungsbacka, Härryda, Stenungsunds, Kungälv, Lerums och Ale kommuner yrkar att kammarrätten ska upphäva länsrättens dom och avslå ansökan om överprövning samt anföra huvudsakligen följande. Båda anbudsgivarna har på respektive förhandlingsmöte fått likvärdig information. Inga prisindikationer lämnades till någon av anbudsgivarna. Att Marsh inledde förhandlingsmötet med att lämna ett nytt pris ska inte ses som ett nytt grundanbud, utan som resultat av förhandlingen. Så har den nya prisbilagan också beaktats av kommunerna. LOU innehåller inga formföreskrifter inför förhandlingar. Det finns inte heller något hinder enligt LOU att anbudsgivare vid förhandling lämnar skriftliga bud. Vid förhandlat förfarande får man förhandla om priset, några hinder mot detta finns inte i LOU. Willis har haft samma möjligheter som Marsh att komma in med ett nytt pris, men har valt att inte göra det.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målet till omedelbart avgörande.

Även med beaktande av vad kommunerna nu anfört gör kammarrätten samma bedömning som länsrätten. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)


Berit Nilsson

referent


Roland Nordberg


Niclas Falkendal


/Sofia Olin



SÖKANDE

Willis AB, 556426-5295
Fabriksgatan 7
412 50 Göteborg

MOTPARTER

1. Kungsbacka kommun (mål nr 587-09)
Stadshuset
434 81 Kungsbacka
2. Härryda kommun (mål nr 596-09)
435 80 Mölnlycke
3. Stenungsunds kommun (mål nr 597-09)
444 82 Stenungsund
4. Kungälv kommun (mål nr 598-09)
Nämndshuset
442 81 Kungälv
5. Lerums kommun (mål nr 609-09)
443 80 Lerum
6. Ale kommun (mål nr 610-09)
449 80 Alafors

Ombud för 2-6: Kungsbacka kommun, Stadshuset, 434 81 Kungsbacka

SAKEN

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

DOMSLUT

Med bifall till Willis AB:s talan beslutar länsrätten att Kungsbacka, Härryda, Stenungsunds, Kungälv, Lerums och Ale kommuners upphandling av försäkringsförmedlare får avslutas först efter rättelse på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid Marsh AB:s anbud skall bedömas med bortseende från den svarsbilaga avseende pris som gavs in till Kungsbacka kommun den 5 mars 2009.

Länsrättens beslut den 27 mars 2009 i mål nr 587-09, 596-598-09 samt den 30 mars 2009 i mål nr 609-610-09 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Kommunerna Kungsbacka, Härryda, Stenungsund, Kungälv, Lerum och Ale (Kommunerna) har inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende försäkringsförmedlare. Upphandlingen administreras av Kungsbacka kommun. Vid anbudstidens utgång hade två anbud inkommit, från Willis AB (Willis) och från Marsh AB (Marsh). Härryda och Stenungsunds kommuner har i tilldelningsbeslut den 18 mars 2009 meddelat att Marsh tilldelats upphandlingskontrakt. Kungsbacka, Kungälvs, Lerums och Ale kommuner har i tilldelningsbeslut den 20 mars 2009 meddelat likalydande besked.

Willis har ansökt om överprövning av upphandlingen och därvid yrkat att länsrätten beslutar om interimistiska åtgärder.

Det antecknas att Länsrätten i Göteborg genom beslut den 27 mars 2009 har överlämnat målen avseende kommunerna Härryda, Stenungsund och Kungälv till Länsrätten i Hallands län. Vidare har Länsrätten i Vänersborg genom beslut den 30 mars 2009 överlämnat målen avseende kommunerna Lerum och Ale till Länsrätten i Hallands län.

Länsrätten har den 27 mars 2009 beslutat att upphandlingen i den del den gäller Kungsbacka, Härryda, Stenungsunds och Kungälvs kommuner inte får avslutas innan annat förordnats. Den 30 mars 2009 har länsrätten beslutat att upphandlingen i den del den gäller Lerums och Ale kommuner inte får avslutas innan annat förordnats.

YRKANDEN M.M.

Willis yrkar att länsrätten skall besluta att genomförd utvärdering avseende pris, skall göras om och beräknas utifrån den ursprungliga lämnade prisbi-

lagen från anbudsgivarna. Willis anför i huvudsak följande. Upphandlande myndigheter har brutit mot LOU, vilket medför att Willis kommer att lida ekonomisk skada i form av utebliven intäkt under den avtalsperiod upphandlingen avser. Utvärdering avseende pris är genomförd först efter det att kraftig prissänkning skett från Marsh. Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande. Efter utgången av sista dag för inkomna anbud kallade upphandlande myndighet (Kungsbacka kommun) till förhandlingsmöte. Möte mellan Willis och kommunen hölls den 27 februari 2009, vilket resulterade i komplettering till lämnat anbud. Möte mellan Marsh och kommunen hölls den 5 mars 2009, vilket också resulterade i komplettering till lämnat anbud, där följande bör noteras. En ny svarsbilaga avseende pris överlämnades på mötet. Totalpriset var kraftigt sänkt i denna, från 975 000 kr till 558 500 kr. Prissänkningen om 416 500 kr motsvarar 43 procent. En förklaring som ges till den kraftiga prissänkningen är att Marsh säger sig ha ett handikapp jämfört med övriga anbudsgivare eftersom Marsh vet hur mycket arbete de tidigare lagt ned på en av de upphandlande enheterna (Kungsbacka kommun). Totalt antal timmar som respektive kommun använt sig av försäkringsförmedlare under 2008 är en uppgift som klart och tydligt framgått för samtliga anbudsgivare redan i förfrågningsunderlaget. Marshs argument att företaget sedan tidigare kände till mängden arbete som krävts, talar snarare för att Marsh borde ha kunnat lämna ett mer korrekt pris redan i den ursprungliga offerten. Såsom ytterligare skäl till prissänkningen om 43 procent anges följande i mötesanteckningarna: "Viktigt för Marsh att få behålla det långa samarbetet med Kungsbacka kommun. Hade det varit för Marsh okända kommuner så hade anbudspriserna inte reviderats." Av den reviderade prisbilagan framgår dock att sänkning skett för samtliga kommuner. Kungsbacka kommun, vilka ansvarar för upphandlingen, får den största sänkningen för egen del – från 250 000 kr till 85 000 kr (66 procent). Efter prissänkningen om 43 procent hamnade Marsh prismässigt i paritet med Willis. Anmärkningsvärt är även att det av protokollet framgår att kommunen informerat Marsh om

att de ”ligger väldigt långt bort prismässigt för att vara konkurrenskraftiga”. Detta är information som uppenbart gynnat Marsh. – Vid förhandlat förfarande med föregående annonsering skall en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbudet till de krav som myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap. 1 § LOU. Lagstiftarens ambition med förhandlad upphandling torde inte vara att ge utrymme för kraftiga prissänkningar efter det att anbud lämnats. Denna upphandling är inte förenlig med gällande lagstiftning.

Kommunerna motsätter sig det som yrkas och anför i huvudsak följande. Upphandlingen genomförs genom förhandlat förfarande. Sista anbudsdag för grundanbud var den 21 januari 2009. Utvärderingen har skett enligt kriterierna i förfrågningsunderlaget. Därefter bjöds samtliga anbudsgivare in till förhandlingsmöte. Willis bokades in den 27 februari 2009 och Marsh den 5 mars 2009. Samma förutsättningar gällde för båda anbudsgivarna, som också hade samma möjligheter att justera priserna fram t.o.m. den 6 mars 2009. Inga ”limitar” lämnades av kommunerna. Mötesanteckningar fördes vid båda mötena. Mötet med Marsh inleddes med att företaget lämnade en ny skriftlig prisbilaga. Denna visade en markant prissänkning jämfört med ursprungspriserna, vilket föranledde kommunens fråga under punkt fyra i mötesanteckningarna. Kommunerna bestrider Willis påstående att informationen gynnat Marsh, eftersom de nya priserna tillkännagavs innan frågan ställdes. Det finns inga hinder enligt LOU för en anbudsgivare att i förhandlat förfarande kraftigt sänka sina priser så länge priset inte blir onormalt lågt. I detta fall finns inga skäl att bedöma det nya priset som onormalt lågt, då det ligger i nivå med övrig anbudsgivare. Skälen för prissänkningen som Marsh anger i mötesanteckningarna regleras inte i LOU och torde därför sakna betydelse för den rättsliga prövningen. I anteckningarna från mötet med Willis framgår under andra punkten att Willis avvaktade till sista dagen den 6 mars 2009 att meddela att de inte justerade

priserna i sitt anbud. Kommunerna hade alltså inte kännedom om Willis slutpris förrän dagen efter Marsh lämnat sitt pris. Slutligt resultat av upphandlingen efter förhandling framgår av anbudssammanställningen. Sammanfattningsvis finns inget fog för uppfattningen att LOU inte tillåter att i förhandlat förfarande förhandla om priset.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall 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.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket framgår att 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.

I 2 kap. 9 § definieras ”förhandlat förfarande” som ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem.

Enligt 4 kap. 3 § LOU skall, vid förhandlat förfarande med föregående annonsering, en upphandlande myndighet förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat, för att anpassa anbuden till de krav som

myndigheten har angett i annonsen om upphandling och i förfrågningsunderlaget samt för att få fram det bästa anbudet enligt 12 kap 1 §.

Enligt 12 kap. 1 § LOU skall en upphandlande myndighet anta antingen

1) det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller 2) det anbud som innehåller det lägsta priset.

Utredningen i målet

I aktuellt förfrågningsunderlag anges bl.a. följande.

1.7. Upphandlingsform

Denna upphandling genomförs med tillämpning av upphandlingsformen Förhandlat förfarande enligt bestämmelserna i Lagen (2007:1091) om Offentligt Upphandling (LOU), med gällande ändringar och tillägg.

1.12 Anbud skall vara inkommet senast

2009-01-21

För sent inkommet anbud får **inte** tas upp till prövning enligt LOU. Möjligheterna att komplettera uppgifter i anbudet är begränsade. Kommunen får begära att anbud eller ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I anteckningar från förhandlingsmöte med Marsh den 5 mars 2009, undertecknade av företrädare för Kungsbacka kommun respektive Marsh, anges bl.a. följande noteringar.

- Samtliga anbudsgivare har fått samma möjlighet att justera priserna, fram tills fredag 6 mars 2009. Kungsbacka har tydliggjort för samtliga anbudsgivare att inga limitar lämnas.
- Option: skaderapporteringsystemet Marsh Plus. Kan det ingå i grundpriset? *Marsh svar:* Nej, ny prisbilaga gäller.
- Priset på Marsh Plus (incident- och skaderapporteringsystem) billigare för att Marsh enligt egen utsaga "gillar Kungsbacka". Marsh Plus är flexibelt enligt Oscar och Stefan, och kommer att kunna anpassas efter våra behov för dem som väljer systemet.
- Fråga från Kungsbacka: Var har ni missat i anbudet, har ni helt missat omvärldsbevakningen? Ni ligger väldigt långt bort prismässigt för att vara konkurrenskraftigt.
Marsh svar: Vi har kanske ett handikapp i upphandlingen jämfört med andra anbudsgivare, eftersom vi vet hur mycket arbete vi tidigare lagt ner på Kungsbacka.

- Ny svarsbilaga – pris lämnades in skriftligen i samband med mötet. De nya priserna skiljer sig mycket från de tidigare i anbudet lämnade priserna. *Marsh svar:* Det enda som är reviderat är priserna, lägre priser blir INTE på bekostnad av kvaliteten eller tjänsterna. Lämnat anbud gäller, endast priserna är justerade och alltså ingen skillnad på kvalitet. Viktigt för Marsh att få behålla det goda och långa samarbetet med Kungsbacka. Hade det varit för Marsh okända kommuner, så hade anbudspriserna inte reviderats.

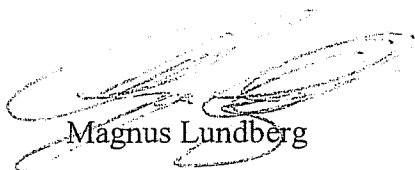
Länsrättens bedömning

Enligt länsrättens mening måste Kungsbacka kommun bedömas ha lämnat information till Marsh i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att under förhandlingsmötet med bolaget upplysa om att dess anbud inte var konkurrenskraftigt i prishänseende. Det framgår dock inte klart av utredningen om den nya prisbilaga som Marsh lämnade vid mötet överlämnades före eller efter kommunens upplysning. Oavsett detta framstår emellertid överlämnandet av den nya prisbilagan inte som föranlett av någon ändring i övrigt av bolagets anbud. Prisbilagan synes inte heller annars ha getts in som resultat av någon egentlig förhandling i form av anpassning av anbudet till de upphandlade myndigheternas krav. Länsrätten finner därför att den nya prisbilagan inte kan ses på annat sätt än som att Marsh lämnat ett nytt anbud.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle anbud ha kommit in senast den 21 januari 2009. Den nya prisbilagan, som gavs in till Kungsbacka kommun den 5 mars 2009, borde därför ha lämnats utan avseende vid utvärderingen av anbuden. Att Kommunerna likväl beaktat den nya prisbilagan såsom del av Marshs ursprungliga anbud innebär att Kommunerna förfarit i strid med 1 kap. 9 § LOU. Förfarandet har medfört att Willis riskerat att lida skada och skall därför föranleda ingripande mot upphandlingen.

Länsrätten anser att rättelse skall ske genom att utvärderingen av anbud skall göras om, varvid den svarsbilaga avseende pris som kom in från Marsh den 5 mars 2009 inte skall beaktas.

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



Magnus Lundberg

/MF

Rådman

Vidmots,
Hjertqvist

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.