



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-05-16
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
772-11 E

SÖKANDE

1. Livförsäkringsaktiebolaget Skandia, 502019-6365
Lidenhagensgatan 86
106 55 Stockholm

2. Skandikon Administration Aktiebolag, 556023-4782
Lidenhagensgatan 86
106 55 Stockholm

Ombud för 1 och 2:
Advokat Anna Ulfsson
Jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-05-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

1. Filipstads kommun
682 27 Filipstad

2. Kristinehamns kommun
681 84 Kristinehamn

Ombud för 1 och 2: Jan-Åke Hiller
Kristinehamns kommun
681 84 Kristinehamn

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Skandias ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att KPA:s anbud beaktas utan reducering av anbudssumman med 20 procent.

Dok.Id 33414

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.dom.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kristinehamns kommun, Filipstads kommun och Storfors kommuner genomför upphandling avseende "Pensionsadministrationsförsäkringslösningar". I tilldelningsbeslut den 9 februari 2011 beslöt Kristinehamn kommun att anta anbud från KPA och i tilldelningsbeslut den 10 februari 2011 beslöt Filipstads kommun att anta anbud från KPA.

Skandikon Administration Aktiebolag och Livförsäkringsaktiebolaget Skandia (Skandia) ansöker om överprövning av upphandlingen avseende tilldelningsbeslut fattat av Kristinehamns kommun och Filipstads kommun (kommunerna) och yrkar att de ska rättas. Skandia anför i huvudsak följande.

Kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i LOU. Den 21 januari 2011 skickade inköpssamordnaren för kommunerna ut ett e-brev till anbudsgivarna och frågade anbudsgivarna om de priser som lämnats i anbuden är beräknade exklusive eller inklusive moms. Eftersom pensionsförsäkringar är momsbefriade och då det aldrig förekommer att bolagen beräknar anbudspriser inklusive moms svarar både Skandia och SPP, om än förvånade över frågan, att priserna i anbuden är beräknade exklusive moms. I post den 24 januari 2011 svarar emellertid KPA som enda anbudsgivare att deras anbudspriser är beräknade inklusive moms. Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunerna vad avser KPA:s anbud reducerat anbudspriset med 20 procent för moms. Denna reduktion leder till att KPA:s anbudspris blir lägre än Skandias anbudspris och att det blir KPA som utses till vinnare i upphandlingen.

Av 3 kap. 1 § sista stycket LOU framgår att värdet av upphandlingskontrakt skall beräknas exklusive mervärdesskatt. De prisuppgifter som lämnas i en upphandling är således alltid exklusive mervärdesskatt.

Förhandlingar är inte tillåtna i ett öppet förfarande utan endast i ett förhandlat förfarande. För att säkerställa likabehandling av leverantörer ska alla leverantörer i ett öppet förfarande inkomma med anbud senast vid en viss sista tidpunkt, dvs., senast vid anbudstidens utgång. Uppgifter som rör anbuden får således inte lämnas in efter anbudstidens utgång i ett öppet förfarande. Detta får endast ske i ett

förhandlat förfarande, vilket inte är för handen här. KPA:s nya pris är att jämföra med en förhandling, vilken inte är tillåten enligt LOU i ett öppet förfarande såsom i upphandlingen. Genom att tillåta KPA att sänka sitt pris med 20 procent efter sista dagen för anbudsinslämnande har kommunerna tillåtit en otillåten förändring av anbud.

Ett förtydligande eller en komplettering får inte innebära att nya uppgifter tillförs, utan endast att redan inlämnade uppgifter konkretiseras. Enligt vad som anges i 9 kap. 8 § LOU får komplettering endast ske om det rör sig om en rättelse av en uppenbar felskrivning eller felräkning eller om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ett förtydligande får således inte innebära att inlämnade uppgifter ändras.

Kommunernas agerande, att låta KPA förtydliga och/eller komplettera sitt anbud för att ändra ingivet anbudspris, är således otillåtet. Kommunerna har låtit KPA inkomma med nya uppgifter vilka står i strid med tidigare angivna uppgifter. Detta har inneburit att KPA, genom komplettering och/eller förtydligande, fått möjlighet att tillföra uppgifter för att få en fördel i förhållande till andra anbudsgivare.

Av mervärdesskattelagen framgår att mervärdesskatt inte beräknas på försäkringstjänster, vilket givetvis innebär att alla anbudsgivare alltid lämnar sina priser exklusive moms. Det är helt osannolikt att en aktör som KPA med stor vana av att offerera försäkringstjänster plötsligt skulle börja lämna priser på dessa tjänster inklusive mervärdesskatt. KPA har inte heller i sitt anbud angett att de priser som KPA offererat var offererade inklusive mervärdesskatt. Tvärtom framgår på ett ställe i KPA:s anbud att lämnat pris är exklusive mervärdesskatt. I KPA:s anbud avsnitt 4.1.11 framgår följande:

”Kostnad för beräkning av frilagd premie vid alternativ lösning hos KPA-P eller Folksam Liv AB är 0 kronor, om premien läggs hos annat livbolag är kostnaden för beräkning 1 000 kronor exklusive moms”

Det finns inget som indikerar att någon prisuppgift i anbudet skulle vara angiven inklusive mervärdesskatt. KPA:s svar att KPA har lämnat sina priser inklusive moms är en efterhandskonstruktion i syfte att på så vis kunna lämna ett nytt lägre pris i samband med att kommunerna frågade om detta. Om KPA inte hade tillåtit justera sitt pris på detta vis hade Skandia, som annars offererat det lägsta priset och därmed det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, blivit utsett till vinnare i upphandlingen.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

För kommunerna var det väl känt att ersättning för försäkringslösningar inte var mervärdesskattepliktigt medan motsatsen förelåg beträffande ersättning för pensionsadministration. I anbudsförfrågan hade kommunerna inte redovisat att anbudspriserna skulle vara exklusive mervärdesskatt.

Spridningen av anbudsgivarnas belopp enligt upphandlingsrapporten för Kristinehamns och Filipstads kommuner under "Pensionsadministration A Pris" förbryllade kommunerna. Efter att ha upptäckt att anbudsförfrågan inte innehöll någon föreskrift om att anbudspriserna skulle vara exklusive mervärdesskatt beslutade kommunerna att ställa en kontrollfråga till anbudsgivarna om priserna i respektive anbud för pensionsadministration/försäkringslösning var exklusive mervärdesskatt.

Kommunerna är väl medvetna om att ersättning för försäkringslösningar inte är mervärdesskattepliktig och motsatsen gäller för ersättning för pensionsadministration. Kommunerna har endast tillåtit rättelse såvitt avser KPA:s begärda ersättning för pensionsadministration.

Kommunerna har inte förhandlat utan ställt en kontrollfråga och där- efter genomfört en rättelse av uppenbart felaktiga uppgifter. Eftersom varken kommunerna i anbudsförfrågan, vilket kommunerna brukar göra, eller anbudsgivarna i sina respektive anbud redovisat om priset var med eller utan mervärdesskatt fann kommunerna ingen annan möjlighet än att ställa ovan redovisad kontrollfråga för att reda ut denna oklarhet. I annat fall saknades möjlighet att jämföra anbudet.

Att KPA:s svar skulle vara en efterhandskonstruktion ter sig långsökt eftersom prisreduceringen är högst betydande, 20 procent, och lämnad prisuppgift gavs när absolut anbudssekretess rådde. Enligt kommunerna var det osannolikt att KPA under nämnda förhållanden skulle lämna en felaktig uppgift. Felet var enligt kommunerna uppenbart och kommunerna beslutade därför tillåta KPA att rätta sitt anbudspris med 20 procent motsvarande mervärdesskatten.

Skandia tillägger bl.a. följande.

Vad gäller försäkringslösningar har KPA inte inkluderat moms utan i den delen av anbudet har KPA lämnat priser exklusive moms. KPA har således i ett och samma anbud lämnat vissa priser exklusive

moms (försäkringslösningar) och andra inklusive moms (pensionsadministration).

I vissa upphandlingar har upphandlande myndigheter i sina förfrågningsunderlag uttryckligen angett att priser ska lämnas exklusive moms. Skandia ser inte detta som något krav utifrån LOU eftersom huvudregeln är den att alla priser alltid lämnas exklusive moms.

I förfrågningsunderlaget saknas skrivning om att priserna ska lämnas exklusive moms. Detta var dock ingenting Skandia ens funderade på innan det lämnade in sitt anbud eftersom det aldrig inkluderar moms på sina priser i offentliga upphandlingar. Huruvida moms ska läggas på de aktuella tjänsterna i ett senare skede eller inte är ovidkommande och saknar betydelse. Det avgörande är hur priser normalt lämnas i upphandlingar av pensionsadministration och försäkringslösningar.

Skandia har studerat förfrågningsunderlagen i 20 nyligen genomförda offentliga upphandlingar som KPA deltagit i. Resultatet av denna genomgång redovisas nedan.

- Vid en genomgång av tjugo upphandlingar av pensionsadministration och/eller försäkringslösningar som KPA deltagit i kan Skandia konstatera att anbudspris inte i någon av dessa upphandlingar har efterfrågats inklusive moms.
- I 19 av de 20 förfrågningsunderlagen framgår att anbudspriser ska anges exklusive moms.
- Priserna från KPA lämnades, såvitt Skandia har kunnat utläsa, i alla dessa granskade upphandlingar exklusive moms.

I en av de granskade 20 upphandlingarna, gällande Solna Stad, saknade anbudsfrågan uppgift om att priserna skulle lämnas exklusive moms, dvs. situationen var densamma som i förevarande upphandling.

Detta visar ytterligare på att praxis i branschen är att lämna priser exklusive moms och att alla leverantörer på marknaden, även KPA, lämnar sina priser exklusive moms. I KPA:s prisbilaga till Solna Stad framgår bland annat:

”Priserna är exklusive moms, de anges i svenska kronor (SEK) och gäller under avtalsperioden.”

Enligt vad Skandia erfar har KPA aldrig tidigare i någon offentlig upphandling angett sina anbudspriser inklusive moms. Att KPA:s anbudspriser skulle vara beräknade inklusive moms just i förevaran-

de upphandling när detta aldrig har skett tidigare förefaller således i alla delar som en efterhandskonstruktion och ett knep som KPA tagit till för att kunna inkomma med otillåtna kompletteringar i efterhand.

Spridningen i anbudspriserna berättigar inte till kontrollfråga och rättelse. Även om det är spridningen i de av de tre anbudsgivarna lämnade priserna, så kan skillnaderna i pris omöjligt vara så pass stora att det går att sluta sig till att det handlar om en uppenbar felskrivning eller felräkning. Den spridning som finns gäller nämligen inte mellan Skandia och KPA som ligger förhållandevis nära varandra utan mellan SPP och övriga anbudsgivare. Det är SPP som ligger väsentligen högre i anbudspris än övriga anbudsgivare. SPP har emellertid klart och tydligt angivit att deras priser är beräknade exklusive moms. Det ”förtydligande” som kommunerna lät KPA göra förklarade på intet sätt den prisspridning som finns mellan SPP och övriga anbudsgivare. Tvärtom ökade KPA:s otillåtna komplettering denna spridning ytterligare.

Beräkningen av den frilagda premien är en pensionsadministrations-tjänst och inte en försäkringspremie. KPA har i sitt anbud tydligt markerat att kostnaden för denna pensionsadministrationstjänst är angiven exklusive moms.

Kommunerna tillägger bl.a. följande.

I 19 av upphandlingarna har de upphandlande myndigheterna uttryckligen angivit att priserna skulle lämnas exklusive mervärdesskatt. I nu aktuell upphandling har kommunerna inte lämnat den upplysningen. Skandias redovisning styrker dessutom att det är brukligt att i förfrågningsunderlag ange att priser ska lämnas exklusive mervärdesskatt. I en upphandling har anbudsgivaren tydligt redovisat att priset är exklusive mervärdesskatt. Upphandlingen skiljer sig även i det avseendet att ingen anbudsgivare i sina respektive anbud har angivit om priserna för administrationen är med eller utan moms.

Skandias hänvisning till 3 kap. 1 § LOU är inte relevant eftersom den bestämmelsen syftar till bestämningen av upphandlingens värde för att avgöra om upphandlingen ska genomföras enligt reglerna över respektive under tröskelvärdet. Hur anbudspriser lämnas är en helt annan sak.

Oavsett om skrivningen i KPA:s anbud, 1 000 kronor exklusive moms syftar till administrationsdelen eller premiedelen, kan den enskilda uppgiften inte tas till intäkt för att KPA och övriga anbudsgivares priser för administration är angivna exklusive mervärdesskatt.

Förvaltningsrätten har den 21 februari 2011, i avvaktan på att rätten avgör målet slutligt eller förordnar på annat sätt, meddelat att förlängd avtalsspärr råder i upphandlingen.

DOMSKÄL

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 5 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 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, enligt samma lagrum, principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap. LOU.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om kommunerna har haft rätt att genomföra en minskning av KPA:s anbud efter nytillkomna uppgifter under utvärderingen.

Av utredningen i målet framgår att den aktuella upphandlingen annonserades av kommunerna den 15 november 2010 och att anbudstiden löpte ut den 29 december 2010. Kommunerna ställde emellertid den 21 januari 2011 en fråga till samtliga anbudsgivare, varvid anbudsgivarna ombads svara om anbud avseende pensionsadministration och försäkringslösning var beräknade exklusive eller inklusive moms. Kommunerna har därvid anfört att det i förfrågningsunderlaget inte framgick om priserna skulle anges exklusive mervärdesskatt och att spridningen av anbudsgivarnas lämnade anbudspriser förbryllade kommunerna. Kommunerna har därefter vid anbudsutvärderingen godtagit en reducering av KPA:s anbudssumma med 20 procent.

Skandia har i målet anfört att priser ska lämnas exklusive mervärdesskatt och att otillåten komplettering eller ett otillåtet förtydligande har skett.

Förvaltningsrättens uppfattning är att förekomsten av spridning av anbudspriser inte berättigar till en kontrollfråga från en upphandlande myndighet. Förvaltningsrätten finner att förfarandet därför inte kan klassificeras som en begäran om att anbuden förtydligas eller kompletteras, utan måste bedömas som en form av prispförhandling. I ett öppet förfarande får den upphandlande myndigheten endast tillämpa förhandlat förfarande under förutsättningar som anges i 4 kap. LOU.

Förvaltningsrätten finner att kommunerna i förevarande fall skulle ha godkänt anbudsgivarnas anbudspriser som lämnats vid tidpunkten för anbudsgivningen. Kommunerna skulle därmed inte ha utvärderat de senare inkomna uppgifterna om att beloppen inkluderade mervärdesskatt och har därmed inte haft rätt att godta en ny anbudssumma från KPA. Skandia har genom förfarandet riskerat att lida skada och det föreligger i följd härav grund för ingripande med stöd av 16 kap. 5 § LOU. Förvaltningsrätten bi-

faller således Skandias ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att KPA:s anbud beaktas utan reducering av anbudssumman med 20 procent.

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



Nathalie Lemaire

Målet har föredragits av förvaltningsrättsjuristen Josephine Wilson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas; anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU