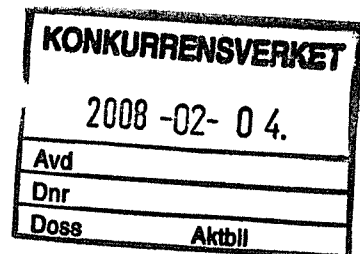


**LÄNSRÄTTEN I
SÖDERMANLANDS LÄN****BESLUT**
2008 -01- 31
Meddelat i NyköpingMål nr
3780-07
Enhet 2Handläggare:
Kristofer Laasbärg**SÖKANDE**Länsförsäkringar Södermanland, 519000-6519
Box 147
611 24 NYKÖPINGOmbud:
Jur.kand. Katerina Strömsholm
Wistrand Advokatbyrå
Box 4149
203 12 MALMÖ**MOTPART**Vingåkers kommun
643 80 VINGÅKER**ÖVERKLAGAT BESLUT**Kommunfullmäktiges i Vingåkers kommun beslut den 26 november 2007
gällande "Delägarskap i Förenade Småkommuners Försäkrings AB",
diariernr 271/2005 043**SAKEN**

Ansökan om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Kommunfullmäktige i Vingåkers kommun beslutade den 26 november 2007 att ansluta Vingåkers kommun som delägare i Förenade Småkommuners Försäkrings AB (nedan FSF AB) samt att placera sitt försäkringsavtal för 2008 i FSF AB.

Länsförsäkringar Södermanland (nedan Länsförsäkringar) begär i en till länsrätten den 19 december 2007 inkommen framställning överprövning av Vingåkers kommuns (nedan Kommunen) förfarande varigenom Kommunen har anslutit sig som delägare till FSF AB för att anskaffa försäkringstjänster från FSF AB utan att iaktta bestämmelser i LOU. Länsförsäkringar yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats samt att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan har Länsförsäkringar anfört i huvudsak följande. Kommunen har den 26 november 2007 beslutat att in-

Dok.Id 48614

Postadress Box 194 611 25 Nyköping	Besöksadress Folkungavägen 4	Telefon 0155-20 04 50 E-post: lansrattenisodermanland@dom.se	Telefax 0155-20 04 90	Expeditionstid måndag – fredag 09:00 - 12:00 13:00 - 15:00
---	--	--	---------------------------------	--

träda som delägare i FSF AB samt att placera sitt försäkringsavtal för 2008 direkt i FSF AB. FSF AB kommer att tillhandahålla Kommunen försäkrings- skydd från och med den 1 januari 2008. FSF AB är ett captivebolag ägt av 23 kommuner. Det finns inte något skriftligt uppdragsavtal mellan Kommunen och FSF AB. FSF AB skall teckna försäkring för sina delägares risker. Del- ägarna betalar försäkringspremie till captivebolaget. Kommunen är en upp- handlande enhet och måste följa bestämmelserna i LOU. De berörda försäk- ringstjänsterna kan och skall upphandlas i konkurrens. Någon infordran av konkurrerande anbud eller något annat upphandlingsförfarande har ej ge- nomförts. Direktupphandling eller förhandlad upphandling utan föregående annonsering kan i förevarande fall inte komma i fråga då lagliga förutsätt- ningarna för dessa förfaranden inte är uppfyllda. Kommunens förfaringssätt utgör otillåten direktupphandling och strider därmed mot LOU och mot prin- ciper om affärsmässighet och likabehandling. Länsförsäkringar, den nuva- rande leverantören av försäkringstjänster till Kommunen, har genom detta förfarande uteslutits från möjligheten att i konkurrens med andra företag del- ta med anbud. Länsförsäkringar har därmed lidit skada som överstiger Kommunens eventuella skada till följd av ett interimistiskt beslut. En upp- handlande enhet kan tillgodose sina behov genom en egenregiverksamhet eller genom att köpa tjänster från någon annan. I det senare fallet skall upp- handling genomföras enligt LOU. Det är inte tillåtet för Kommunen att utan föregående upphandling köpa tjänster direkt från fristående juridiska perso- ner. FSF AB är en fristående enhet som kan fatta egna beslut oberoende av Kommunen. EG- domstolen har i sin praxis fastslagit att en anbudsfordran inte är obligatorisk om avtalsparten är en från den upphandlande myndighe- ten fristående juridisk person under förutsättning att den offentliga myndig- heten, som är en upphandlande myndighet, utövar kontroll över den friståen- de enheten i fråga. Kontrollen skall motsvara den som den utövar över sin egen verksamhet. Vidare krävs att enheten i fråga utför huvuddelen av sin verksamhet för den eller de upphandlande myndigheter som äger enheten. Detta framgår av bl.a. Teckal, Stadt Halle och Parkin Brixen domarna.

Kammarrätten i Göteborg har i ett antal mål, bl.a. Simrishamns kommuns förfarande varigenom Simrishamns kommun lämnat uppdrag åt Sydsvenska Avfallsbolag att löpande omhänderta kommunens avfall, bedömt detta förfarande som ett köp av tjänster genom direktupphandling. Kammarrätten har i målen funnit att ett aktiebolag, som ägs av 14 kommuner och där Simrishamns kommun endast kontrollerar ca 1,95 procent av kapitalet och rösterna, inte ligger under en sådan kontroll av denna kommun som motsvarar den som kommunen utövar över sin egen förvaltning. Det s.k. kontrollrequisitet var därmed ej uppfyllt (Kammarrätten i Göteborg mål nr. 1236 – 1239-05). Kommunen utövar inte en sådan kontroll över FSF AB som skulle kunna motsvara den kontroll som Kommunen utövar över sin egen förvaltning. FSF AB är en självständig juridisk person med egna rättigheter och förpliktelser. Aktiebolagslagen är fullt tillämplig även på kommunägda aktiebolag. Aktieägarna har inte något ansvar för bolagets förpliktelser och bolaget agerar självständigt gentemot sina borgenärer. Kommunens anslutning till FSF AB är likvärdigt med ett uppdragsavtal direkt mellan Kommunen och FSF AB. EG-domstolen har i mål C-81/98 Alcatel konstaterat att den upphandlande myndighetens beslut innan kontraktet ingås, om med vilken anbudsgivare den skall ingå kontrakt, skall bli föremål för prövning. Detta gäller även när det inte finns ett beslut om tilldelning. Vidare har EG-domstolen i sitt avgörande i Stadt Halle målet uttalat bl.a. följande: ”...medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till effektiv och skyndsam rättslig prövning av den upphandlande myndighetens beslut även omfattar beslut som fattas utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfördran. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Medlemsstaterna har följaktligen inte rätt att låta möjligheten att ansöka om överprövning bero på om det aktuella upphandlingsförfarandet formellt har nått ett bestämt stadium.” Regeringsrätten har i

RÅ 2000 ref. 60 tagit ställning till bl.a. två förslag till avtal mellan landstinget och ett av landstinget och kommunerna i länet gemensamt ägt bolag och anfört bl.a. följande: "Av dessa handlingar framgår att landstinget avser att träffa en överenskommelse om köp av tjänster från beställningscentralen LD Sjukresor, som förs över till AB Dalatrafik. Såsom kammarrätten funnit inefattar en sådan överenskommelse en upphandling av tjänster på vilken LOU är tillämplig." Vingåkers kommuns beslut i förevarande fall innebär ett beslut om vilken försäkringsgivare Kommunen kommer att köpa försäkringstjänster från och beslutet kan därmed överprövas. Möjligheten att ansöka om överprövning tillkommer sålunda var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av överträdelse av LOU. Länsförsäkringar, som har varit en leverantör av försäkringstjänster till Kommunen har både ett intresse och kapacitet att konkurrera om de aktuella tjänsterna.

Länsrätten beslutade den 20 december 2007 med stöd av 7 kap. 2 § andra stycket LOU att Kommunfullmäktiges i Vingåkers kommun beslut den 26 november 2007 gällande delägarskap i Förenade Småkommuners Försäkrings AB, innebärande placering av försäkringsavtal för 2008, inte får avslutas innan något annat har beslutats. Vingåkers kommun överklagade den 28 december 2007 Länsrättens i Södermanlands län interimistiska förordnande. Kammarrätten i Stockholm meddelade inte prövningstillstånd.

Vingåkers kommun har i yttrande den 27 december 2007 bestritt ansökan om överprövning och yrkat att ansökan lämnas utan bifall och anfört bl.a. att kommunfullmäktiges beslut avser inköp av aktier i FSF AB, vilket inte berörs av LOU. Kommunen anför i övrigt bl.a. följande. Bakgrunden till kommunernas ägande är den bristande konkurrens som råder på direktmarknaden för kommunförsäkring med för få leverantörer och att man därför, som LOU föreskriver, söker utnyttja den konkurrensmöjlighet som står till buds. Situationen där endast två eller ibland en leverantör lämnar offert är oacceptabel

för Kommunen för en så betydelsefull tjänst som försäkring. Det finns en fungerande marknad för försäkringar som Kommunen i enlighet med huvudparagrafen i LOU försöker uppnå genom inköpssamverkan tillsammans med andra kommuner i ett captivebolag. Genom denna teknik når Kommunen återförsäkringsmarknaden som är en väl fungerande internationell marknad med många aktörer. På denna marknad råder full konkurrens och Länsförsäkringar samt Trygg Hansa är exempel på försäkringsgivare som har full möjlighet att lämna anbud på det försäkringsprogram som kommunerna gemensamt efterfrågar. Det är en beprövad teknik och används av de stora kommunerna sedan många år. Många andra aktörer använder sig av samma teknik när det är dålig konkurrens på försäkringsmarknaden vilket visar att det inte är något okänt eller ens originellt. Kommunen har för avsikt att bli delägare i captivebolaget FSF AB och låta bolaget upphandla det försäkringsskydd som Kommunen behöver. Bolaget är bildat i detta syfte och har som huvuduppgift att köpa försäkring vilket framgår av gällande bolagsordning. Länsförsäkringar är välkomna att lämna anbud på det gemensamma programmet. Det självbehåll som bolaget svarar för är mycket lågt och är närmast att betrakta som en hantering av kommunernas självrisk. De betydande risknivåer från någon miljon till största skadenivån på flera hundra miljoner kronor i enskild risk är föremål för upphandling av extern försäkringsgivare. En intressant jämförelse i sammanhanget är de kommunalförbund som kommunerna bildar med syfte att för kommunernas räkning göra upphandlingar. Ett sådant kommunalförbund är en upphandlande enhet som, för oftast en stor grupp kommuner, genomför upphandlingar och skriver bindande avtal för kommunernas räkning. Vingåkers kommun hävdar att associationsformen inte kan vara avgörande för tillämpningen av LOU. Försäkringsrörelselagen reglerar hur ett försäkringsbolag skall drivas och organiseras. En försäkringsrörelse kan inte drivas som kommunalförbund vilket annars kanske hade varit lämpligt. Som delägare i FSF AB har Kommunen kontroll över verksamheten och den kan jämföras med den kontroll Kommunen har över sina egna verksamheter jämte att FSF AB bedriver verksam-

het endast åt sina ägare. Länsförsäkringar hävdar att man lidit skada genom att man inte fått möjlighet att leverera ett direktförsäkringsprogram för Kommunen. Kommunens försäkringar förfaller den 31 december 2007. Kommunens uppfattning är att Länsförsäkringar inte lidit någon skada eftersom man haft full möjlighet att erbjuda försäkring för hela eller delar av det återförsäkringsprogram som kommunerna gemensamt upphandlat genom FSF AB. Länsförsäkringar har dock tackat nej. Alla har behandlats lika och affärsmässigt korrekt. Återförsäkringsupphandlingen för FSF AB har full transparens. Inga krav som är irrelevanta eller ägnade att försvåra för någon leverantör förekommer i upphandlingen av försäkringsprogrammet. Kommunens agerande har ännu inte lett fram till ett upphandlingsförfarande. Därför bör Länsrätten avvisa Länsförsäkringars ansökan med motsvarande skäl som Länsrätten i Dalarnas län gjorde i mål 3092-07E avseende prövning av Smedjebackens kommuns anslutning till FSF AB. I avvaktan på länsrättens beslut har Kommunen, för att inte stå utan försäkringsskydd från den 1 januari 2008, en försäkringslösning för 3 månader tecknats.

Länsförsäkringar har i yttrande den 17 januari 2007 anfört bl.a. följande. Vingåkers kommuns förfarande utgör en upphandling av försäkringstjänster och får därför överprövas av länsrätten. Genom sitt beslut den 26 november 2007 har Kommunen anslutit sig till FSF AB i klart syfte att från den 1 januari 2008 erhålla försäkringstjänster. Detta utgör ett avtalsrättsligt förhållande mellan oberoende parter. Kommunen har således beslutat att utan föregående offentlig upphandlingsförfarande anlita FSF AB som leverantör av försäkringstjänster. Av EG-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle framgår att medlemsstaterna är skyldiga att säkerställa en prövning av en upphandlande myndighets beslut som fattats utanför en formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran. Detta gäller särskilt ett beslut som syftar till att klargöra huruvida ett visst kontrakt skall hänföras till det materiella tillämpningsområdet för rådets direktiv 92/50/EEG av den 18 juni 1992 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av tjänster i dess ly-

delse enligt Europaparlamentets och rådets direktiv 97/52/EG av den 13 oktober 1997 eller till den personkrets som direktivet är tillämpligt på. Denna möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en påstådd överträdelse, från den tidpunkt då den upphandlande myndigheten har uttryckt sin vilja på ett sätt som kan ha rättslig verkan. Regeringsrätten har tillämpat denna princip i sitt avgörande den 21 mars 2005 i mål nr 8466-03 Ryanair. I målet har Nyköpings kommun ingått ett avtal med Ryanair avseende marknadsföring. Regeringsrätten har i målet bl.a. tagit ställning till huruvida bestämmelserna om offentlig upphandling är tillämpliga på avtalet. Nyköpings kommun har gjort gällande att avtalet avser upplåtelse av vissa rättigheter och inte tillhandahållande av tjänster enligt LOU. Den omständighet att avtalet är av speciell karaktär föranleder enligt Regeringsrätten inte annan bedömning. Motsvarande kan anföras beträffande Vingåkers kommuns anskaffning av försäkringstjänster från ett captivebolag. Sammantaget kan därför konstateras att Kommunens agerande i förevarande fall utgör ett sådant ställningstagande som faller inom bestämmelserna om offentlig upphandling och kan överprövas. Kommunen har anført att på grund av bristande konkurrens på direktmarknaden för kommunförsäkring söker Kommunen, som LOU föreskriver, utnyttja den konkurrensmöjlighet som står till buds. Detta argument framstår dock enligt länsförsäkringars uppfattning som svårförståeligt, då Kommunen skulle försöka utnyttja konkurrensmöjligheter som står till buds genom att utan erforderlig konkurrensutsättning direkt anlita FSF AB som enda leverantör av försäkringstjänster. Kommunen anskaffar direktförsäkring från FSF AB mot ersättning i form av premier. Det är FSF AB som kommer att tillhandahålla dessa försäkringar. Det utgör således köp av tjänster från en utomstående juridisk person. Det faktum att FSF AB avser att skaffa sig en återförsäkring från återförsäkringsbolag som verkar på återförsäkringsmarknaden genom upphandling ändrar inte denna bedömning. Ett captivebolag skall tillsammans med andra aktörer på direktförsäkringsmarknaden konkur-

rera om offentliga kontrakt. Kommunen har anfört att många andra aktörer använder sig av samma teknik. Dessa captivebolag konkurrerar dock ofta i offentliga upphandlingsförfaranden med traditionella försäkringsbolag. Som exempel kan nämnas Kommunassurans Syd AB som tävlar om att få bli försäkringsgivare åt kommuner. Som ett annat exempel kan nämnas Kammarrättens i Sundsvall avgörande den 23 augusti 2006 i mål 3342-05. Målet handlade om en kommuns upphandling av försäkringar på ett sätt som innebär att mer traditionella försäkringar jämfördes med försäkring i captivebolag. Kammarrätten har i målet funnit att kriterierna i förfrågningsunderlaget var i sig formulerade på ett sådant sätt att anbudsgivarna med ledning av dessa kunnat skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Kammarrätten har däremot funnit att det förelåg brister vid utvärderingen. På dessa exempel kan visas att det är fullt möjligt för traditionella försäkringsbolag att konkurrera om offentliga kontrakt med captivebolag. I förevarande fall skall Kommunen genomföra en offentlig upphandling. Om det möjligtvis även förekommer lösningar liknande den som Kommunen försöker genomföra är sådana inte med automatik förenliga med bestämmelserna om offentlig upphandling. Kommunen har vidare anfört att den har för avsikt att bli delägare i FSF AB och låta bolaget upphandla det försäkringskydd som Kommunen behöver. Kommunen har även anfört att detta kan uppnås genom inköpssamverkan tillsammans med andra kommuner i ett captivebolag. Bolaget är enligt Kommunen bildat i detta syfte. Dessa påståenden är oriktiga. Den återförsäkring som FSF AB ämnar upphandla skall vara till skydd för FSF AB. Det är således inte ägarkommunerna som skall vara försäkrade genom återförsäkring. Ägarkommuner blir direkt försäkrade i FSF AB och det är denna direktförsäkring som Kommunen har anskaffat. Vidare anges i FSF AB:s bolagsordning, § 3, att föremål för bolagets verksamhet är att, inom EES, med begränsning till ägarnas egna risker och egna anställda, meddela direkt och indirekt försäkring hänförlig till följande försäkringsklasser och grupper:

”Direkt och Indirekt försäkring

Grupp e	Försäkring mot brand och annan skada på egendom
Försäkringsklass 13	Allmän ansvarighet
Försäkringsklass 16	Allmän förmögenhetsskada
Försäkringsklass 18	Assistans
Grupp a	Olycksfalls- och sjukförsäkring.

Bolaget får också driva annan med bolagets försäkringsrörelse förenlig verksamhet”

I Kommunens tjänsteutlåtande den 17 oktober 2007 avseende delägarskap i FSF AB anges vidare bl.a. följande. Ett captivebolag tecknar försäkring för sina delägares risker och står betalningsansvarig för skador till den nivå bolaget själv kan betala, bolagets självbehåll. Till den del som överstiger självbehållet tecknar bolaget försäkring på den internationella marknaden för återförsäkring. Delägarna betalar försäkringspremie anpassad till bolagets kostnader för återförsäkring, förväntade utbetalningar inom självbehållet samt drift. Vidare anges att premien är individuell utifrån försäkringsvärden och risktyper. I verksamhetsplan för FSF AB anges bl.a. att FSF AB har som affärsidé att erbjuda mindre kommuner och tillika ägare av bolaget försäkringsskydd. Försäkringsskydd skall även kunna erbjudas till ägarnas dotterbolag och stiftelser. Vidare anges bl.a. att huvudsakligt verksamhetsområde kommer initialt att bli egendoms/följdskadeförsäkring och ansvarsförsäkring, s.k. kommunförsäkring och att bolaget avser att teckna försäkring för de ingående kommunerna. De ovan åberopade handlingarna utgör underlag för Kommunens aktuella beslut. Det framgår således tydligt att FSF AB skall driva försäkringsrörelse och tillhandahålla ägarkommunerna och deras kommunala bolag och stiftelser försäkringstjänster. Det är i detta syfte FSF AB har ansökt om koncession hos Finansinspektionen. Att FSF AB sedan återförsäkrat sig och att denna återförsäkring skall upphandlas är i sammanhanget ovidkommande. Försäkringstjänster är enligt bilagan till LOU

s.k. A-tjänster. Upphandlingens värde lär överstiga det för målet aktuella tröskelvärde om 1 826 000 kr och bestämmelser i 5 kap. LOU skall därmed tillämpas. Värdet av ett tjänstekontrakt skall, när det gäller försäkringstjänster, beräknas med utgångspunkt i den premie som skall betalas och andra former av ersättning. Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges, skall värdet av kontraktet vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid. Enligt det tidigare försäkringsavtalet har årspremien för Kommunen varit ca 870 000 kr och avtalets löptid tre år med optionsmöjlighet. Kontraktets värde har alltså varit ca 2 600 000 kr exklusive optionstiden. Kommunen har i sitt yttrande anfört att det självbehåll som bolaget svarar för är mycket lågt och är närmast att betrakta som en hantering av kommunens självrisk. Denna uppgift, emellertid, stämmer föga överens med Kommunens eget tjänsteutlåtande vari anges följande. ”Ett captive-bolag tecknar försäkring för sina delägares risker och står betalningsansvarig för skador till den nivå bolaget själv kan betala, bolagets självbehåll, vanligen ca 5 000 000 kr per skadehändelse för egendomsskador. Till den del som överstiger självbehållet tecknar bolaget försäkring på den internationella marknaden för återförsäkring.” Upplysningsvis kan även anföras att Länsförsäkringars självbehåll också uppgår till ca 5 000 000 kr. Vidare anges att Kommunens premie skall vara anpassad till bolagets kostnader för återförsäkring och drift samt förväntade utbetalningar inom självbehållet och att prissättningen är individuell utifrån de olika delägarnas försäkringsvärden och risktyper. Det är därför ytterst osannolikt att värdet av det aktuella försäkringsavtalet skulle i upphandlingssammanhanget betraktas som lågt. Skulle dock bedömningen göras att värdet av kontraktet inte överstiger tröskelvärdet, måste Kommunen följa förfarandebestämmelserna i 6 kap. LOU. Förutsättningar för direktupphandling enligt 6 kap. LOU är inte för handen. Kommunen gör gällande att det aktuella förfarandet utgör en kommunal inköpssamverkan och är jämförbar med ett kommunalförbund som kommunerna bildar med syfte att för kommunernas räkning göra upphandlingar. Som anförts ovan, är FSF AB:s syfte att erbjuda ägarna försäkringsskydd och

meddela försäkring samt driva annan med bolagets försäkringsrörelse förenlig verksamhet. FSF AB kan således inte jämföras med en kommunal inköpssamverkan eller ett kommunalförbund. En sådan jämförelse är inte aktuell. En kommunal samverkan är dessutom inte med automatik utesluten från LOU:s tillämpningsområde. Avgörande för LOU är tillämplig är om den aktuella situationen avser tilldelning av kontrakt med motprestation eller om det är en bidragssituation/anslutning till en lagstadgad taxeersättning. Det är bidrag, gåvor och liknande transaktioner utan krav på motprestation som är undantagna den direkta tillämpningen av LOU (jfr. NOU:s rapport den 31 januari 2007 Uppdrag rörande lagen (1992:1528) om offentlig upphandling och kommunal samverkan och RÅ 2006 ref. 26 avseende samverkansavtal enligt lagen om ersättning för sjukgymnastik). I förevarande fall har Kommunen från FSF AB, som är en från kommunen fristående juridisk person, mot ersättning anskaffat kommunförsäkring. Någon kommunal inköpssamverkan föreligger inte. Det finns inte något undantag från LOU:s tillämpningsområde vad gäller transaktioner mellan kommuner inbördes eller mellan en kommun och en av kommunen tillsammans med annan ägd juridisk person, oavsett om värdet av transaktionen understiger tröskelvärdet (jfr. bl.a. SOU 2006:28, s. 259-265). Det finns inte heller något undantag vad gäller upphandling från kommunalförbund. Bedömning skall istället göras av varje individuellt förfarande med utgångspunkt i de av EG-domstolen fastställda kriterierna. Utifrån dessa kriterier räcker det i princip att avtalet har ingåtts mellan en lokal myndighet och en med denna myndighet fristående person för att det skall utgöra ett offentligt avtal. Det kan endast förhålla sig på annat sätt om den lokala myndigheten utövar en kontroll över personen i fråga motsvarande den som den utövar över sin egen förvaltning, samtidigt som nämnda person bedriver huvuddelen av sin verksamhet tillsammans med den eller de myndigheter som innehar den (se EG domstolens avgörande i mål c-349/97, konungariket Spanien mot Europeiska gemenskapernas kommission, p. 204). Det är således inte associationsformen som är avgörande. Kommunen har inte kontroll över FSF AB motsvarande den som Kom-

munen utövar över sin egen förvaltning. Såsom redan har anförts, är det tveksamt huruvida en ägarkommun kan utöva sådan kontroll över ett aktiebolag. Vidare är Kommunen enbart en av ca 23 ägarkommuner och dess inflytande är därmed begränsat för att ge den nödvändiga kontrollen. Kommunen anför vidare att Länsförsäkringar inte lidit någon skada eftersom man haft full möjlighet att erbjuda försäkring för hela eller delar av det återförsäkringsprogram som kommunerna gemensamt upphandlar genom FSF AB. Detta argument är inte godtagbart. Kommunen har genom ett otillåtet direktförfarande anskaffat direktförsäkring. Det är denna direktförsäkring som borde ha upphandlats i konkurrens. Länsförsäkringar har därmed avskurits från möjligheten att i konkurrens med andra bolag, inklusive FSF AB, tävla om detta försäkringsavtal. Länsförsäkringar har därmed lidit skada. Vad gäller återförsäkring, är det FSF AB som upphandlar återförsäkring i egen skap av upphandlande enhet och för sin egen räkning. Denna upphandling avser ett annat tjänsteavtal, nämligen återförsäkringsavtal. Den direkta försäkringen och återförsäkringen är två skilda typer av tjänster som erbjuds på två skilda marknader av helt skilda aktörer. FSF AB:s upphandling av återförsäkring är inte föremål för prövning i förevarande mål. Länsförsäkringar är dessutom inte en leverantör av återförsäkring och har därmed inte någon möjlighet att delta i upphandling av återförsäkring.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 7 kap. 1 och 2 §§ LOU finns bestämmelser om överprövning. Enligt 1 § får en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda

lagrum. Enligt 2 § skall länsrätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Förutsättningen för att länsrätten skall kunna ta ställning till åtgärder enligt 7 kap. 1 och 2 §§ är att det förfarande som angrips är att hänföra till ett upphandlingsförfarande.

Av EG-domstolens dom i målet Alcatel (dom den 28 oktober 1999 i mål C-81/98) framgår att medlemsstaterna är skyldiga att tillhandahålla ett prövningsförfarande genom vilket en klagande, innan ett kontrakt ingås, kan utverka undanröjande av den upphandlande myndighetens beslut att tilldela kontraktet en viss anbudsgivare, om beslutet visar sig vara felaktigt (punkt 43).

Av EG-domstolens dom i målet Stadt Halle (dom den 11 januari 2005 i mål C-26/03) framgår att medlemsstaternas skyldighet att säkerställa möjligheter till en effektiv och rättssäker prövning av en upphandlande myndighets beslut även omfattar beslut som fattats utanför ett formellt upphandlingsförfarande och före en formell anbudsinfordran. Överprövning skall vara möjligt fr.o.m. den tidpunkt då det finns en viljeyttring, med avseende på ett kontrakt, från den upphandlande enhetens sida och viljeyttringen kan ha rättslig verkan. Att inleda konkreta avtalsförhandlingar med en person utgör en sådan viljeyttring (punkt 39). Domstolen uttalade dock att en ansökan om överprövning inte kan riktas mot sådana åtgärder som endast utgör förstudie inför ett kontrakt eller som är rent förberedande och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikte på offentlig upphandling (punkt 35). Regeringsrätten har åberopat nämnda dom i RÅ 2005 ref. 10.

Av Kammarrättens i Göteborg dom i målet 1241—1244-05 framgår bl.a. följande. I målet hade Tomelilla kommun lämnat i uppdrag åt ett avfallsbolag att löpande omhänderta kommunens avfall. Några upphandlingskontrakt hade inte tecknats och de aktuella uppdragen hade inte tillkommit genom något upphandlingsförfarande. Avfallet levererades till bolaget i enlighet med ett konsortieavtal, vilket kommunen tillträdde genom beslut av kommunfullmäktige. Konsortieavtalet reglerade kommunens rättigheter och skyldigheter i förhållande till övriga delägarkommuner med avseende på delägarnas samverkan i det gemensamt ägda bolaget. Kammarrätten fann att kommunens förfarande var av sådan art att överprövning enligt LOU kunde ske.

Regeringsrätten har i RÅ 2004 ref. 24 konstaterat att varken en uppsägning eller en utebliven uppsägning av ett avtal utgjorde en del av något upphandlingsförfarande som skulle kunna göras om eller rättas efter ett domstolsbeslut.

Länsrätten gör följande bedömning

Av handlingarna i målet framgår att kommunen har för avsikt att ansluta Vingåkers kommun som delägare i FSF AB samt avsätta 2 miljoner kronor för aktiekapital i FSF AB. Kommunfullmäktige har vidare beslutat att godkänna förslag till placeringspolicy, verksamhetsplan, bolagsordning samt aktieägaravtal för FSF AB. Kommunen har även bemyndigat FSF AB:s interimsstyrelsens ordförande att företräda Kommunen vid den konstituerande bolagsstämman samt utsett en aktieföreträdare och dennes ersättare i FSF AB. Kommunen har vidare meddelat Länsförsäkringar att 2008 års försäkringsavtal kommer att placeras direkt i FSF AB. Länsrätten anser vid en samlad bedömning att kommunens viljeyttring är av förberedande art och ryms inom ramen för den upphandlande myndighetens interna överväganden med sikt på offentlig upphandling. Det har med andra ord inte

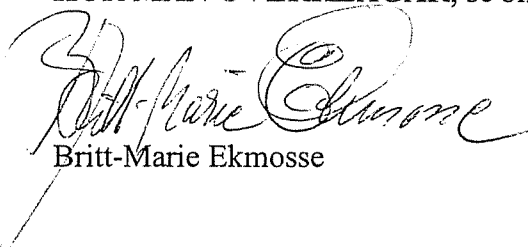
inletts några konkreta avtalsförhandlingar som kan ha någon rättslig verkan med avseende på en kommande upphandlingssituation. Mot bakgrund av det anförda finner därmed Länsrätten att bolagets ansökan om överprövning skall avvisas.

DOMSLUT

Länsrätten avvisar överklagandet

Länsrättens interimistiska beslut den 20 december 2007 gäller därmed inte längre.

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



Britt-Marie Ekmosse



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

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

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