



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-10-12
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 17752-11
 Enhet 12

SÖKANDE

Swedbank Robur Kapitalförvaltning AB, 556550-4783
 Malmskillnadsgatan 32
 105 32 Stockholm

Ombud: Advokat Johan Gregow och jur.kand. Victoria Hellman
 Ashurst Advokatbyrå AB
 Box 7124
 103 87 Stockholm

MOTPART

Österåkers kommun
 Upphandlingsenheten
 184 86 Åkersberga

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2011-10-12	
Avd	
Dnr	LOU
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning enligt LOU och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 165037

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Österåkers kommun (kommunen) genomför en upphandling av Kapitalförvaltning och finansiell rådgivning. Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. I tilldelningsbeslut, som fattades den 23 augusti 2011, tillkännagavs det att kommunen beslutat att anta annat anbud än anbudet från Swedbank Robur Kapitalförvaltning AB.

Swedbank Rubor Kapitalförvaltning AB (Swedbank) ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att rätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar Swedbank att rätten ska förordna om att en ny utvärdering ska göras och att Söderberg & Partners anbud ska förkastas. Till stöd för sin talan anför Swedbank bl.a. följande.

Upphandlingen strider mot principerna om transparens och likabehandling. Utvärderingskriterierna är utformade så att de uppenbart gynnar en befintlig leverantör eller en leverantör som redan arbetar för kommunen. Den vinnande anbudsgivaren, Söderberg & Partners, har arbetat med en förstudie och utformat en placeringspolicy för Österåkers kommun. Det är ett arbete som har pågått under flera månader och som har utförts i nära tidsmässig anslutning till den aktuella upphandlingen. Kommunen och Söderberg & Partners har ingått ett avtal avseende upprättande av finanspolicy. I avtalet anges att Söderberg & Partners uppdrag i förhållande till kommunen omfattade att göra en genomgång av aktuell finanspolicy för att klargöra hur väl kommunens aktuella policy överensstämde med dess mål och riskbenägenhet, vilken koppling policyn hade till kommunens mål och dess skuldsida och att bedöma om de riskbegränsningar som anges i policyn är relevanta. Söderberg & Partners uppdrag omfattade också att bistå kommunen med förslag på en ny effektiv finanspolicy utifrån önskemål och krav och att biträda kommunen med rådgivning i övrigt. De

felaktigt utformade utvärderingskriterierna har haft en direkt påverkan på den vinnande anbudsgivarens möjligheter att vinna upphandlingen eftersom kriterierna uppenbart gynnar en leverantör som redan har arbetat med kommunen. I upphandlingen ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Utvärderingskriterierna är uppdragsbeskrivning, som värderas till 80 procent, och pris, som värderas till 20 procent. Till grund för kriteriet uppdragsbeskrivning, som ska vara en sorts "kvalitets-kriterium", ligger kravspecifikationen som regleras i avsnitt fyra i förfrågningsunderlaget. I kravspecifikationen finns elva kriterier som poängsätts med 0-5 poäng. Flertalet av kriterierna är utformade i uppenbar strid mot LOU. De felaktiga kriterierna är följande:

- 2) Har anbudsgivaren tillräcklig kunskap om Österåkers kommuns organisation och ansvarsfördelning för att kunna utföra uppdraget?*
- 3) Har anbudsgivaren tillräcklig kunskap om Österåkers kommuns placeringsregler?*
- 4) Har anbudsgivaren tillräcklig kunskap om Österåkers kommuns övergripande förvaltningsmål?*
- 7) Finns tillräckliga administrativa rutiner för rapportering till Österåkers kommun?*
- 8) Har anbudsgivaren tillräcklig kunskap om Österåkers kommuns önskemål avseende rapporteringens innehåll vid extern förvaltning?*

För det första är detta förhållande som en uppdragstagare sätter sig in i när uppdraget erhålls. Det är uppenbart att anbudsgivarens förkunskaper om kommunens organisation och ansvarsfördelning inte ska avgöra vilken leverantör som erhåller uppdraget. Även om ingen anbudsgivare skulle ha haft en bakgrund som tidigare leverantör eller samarbetspartner till kommunen är de ifrågavarande kriterierna i så hög grad i strid med LOUs grundläggande principer att upphandlingen måste göras om. Enligt de mest grundläggande principerna i LOU är det uppenbart att en upphandlande

myndighet inte får inrikta utvärderingen av anbuderna på anbudsgivarnas kunskaper om och erfarenheter av den upphandlande myndigheten. Utvärderingskriterierna är i stor utsträckning inte heller relevanta för en utvärdering. De kriterier som anges i form av om det finns ”tillräcklig kunskap” är istället till sin karaktär kvalificeringskrav. Även om sådana skulle kriterierna dock vara otillåtna eftersom de på ett påtagligt sätt gynnar en befintlig leverantör och dessutom skulle vara oproportionerliga. Det finns också ett skalkrav om att anbudsgivaren ska genomföra uppdraget i enlighet med placeringspolicy, vilket också visar att det inte kan vara riktigt att dessutom tillämpa ett utvärderingskriterium rörande tillräcklig kunskap om kommunens placeringsregler. Även i detta avseende är kriteriernas utformning grund för att upphandlingen ska göras om.

Kommunen har utvärderat priset fel och antingen är förfrågningsunderlaget otydligt i fråga om vad som ska ingå i offererat pris eller så är Söderberg & Partners anbud felaktigt och omfattar inte hela upphandlingsföremålet. I punkten 4.2. i förfrågningsunderlaget anges att anbudslämnaren ska ange ett fast uppdragspris per år. Swedbank har offererat ett pris i sitt anbud som omfattar dels rådgivningen beträffande vilka placeringsåtgärder som ska vidtas, dels fondförvaltningen. Anbudspriset inkluderar alltså tjänsten att tillhandahålla fonderna, ta emot kommunens kapital och förvalta kapitalet i fonderna. Av Söderberg & Partners anbud framgår att anbudspriset enbart omfattar den finansiella rådgivningen, men inte kapitalförvaltningen, dvs. kostnaderna för fonderna. Söderberg & Partners har inte någon egen fondförvaltning utan anlitar istället olika banker i vars fonder kapitalet placeras. Det är därför uppenbart att det inte går att jämföra anbuderna.

Österåkers kommun motsätter sig bifall till Swedbanks talan och anför bl.a. följande. Kommunen har idag inget avtal avseende kapitalförvaltning och finansiell rådgivning. Swedbanks påstående att det idag skulle finnas en befintlig leverantör avseende denna tjänst är således felaktigt. Däremot

har kommunen sedan den 1 maj 2011 ett avtal med Swedbank avseende finansiella tjänster. Påståendet att kommunen i den aktuella upphandlingen skulle gynna befintlig leverantör faller därför på sin egen orimlighet. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är ett omfattande kapital antagen leverantör ska förvalta och kommunen har utformat ställda bedömningskriterier med utgångspunkt i att det för beställaren tydligt ska gå att urskilja om anbudslämnaren har den kunskap och kompetens som uppdraget kräver. Kravspecifikationen är fullständigt transparent i det avseendet, inklusive de frågor som anbudsgivaren vid presentation av sitt anbud ombeds besvara. Principen om transparens innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att skapa öppenhet genom att lämna information om upphandlingen och hur den kommer att genomföras. Principen om likabehandling innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och ges lika förutsättningar. Det gäller även leverantörer som tidigare har genomfört uppdrag åt kommunen. Upphandlande myndighet har genom att tydligt utformat förfrågningsunderlag givit anbudslämnare information om hur upphandlingen kommer att genomföras. Upphandlande myndighet har vidare utvärderat samtliga inkomna anbud på lika sätt och i enlighet med förfrågningsunderlaget antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen genomförde 2010 en upphandling avseende framtagande av policy för förvaltning av pensionsmedel, vilket inte är att likställa med en generell placeringspolicy. Upphandlande myndighet har efterfrågat fast uppdragspris per år. Av jämförda anbudsgivares svar kan ingen annan skillnad utläsas än att Swedbanks anbud är dyrare än Söderberg & Partners anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

Förfrågningsunderlaget

I avsnitt 4, Kravspecifikation, i förfrågningsunderlaget anges under punkt 4.1.2. under rubriken "Frågor och utvärderingskriterier" följande krav.

1/ Har anbudsgivaren tillräckliga sakkunskaper för att utföra uppdraget?

2/ Har anbudsgivaren tillräcklig kunskap om Österåkers kommuns organisation och ansvarsfördelning för att kunna utföra uppdraget?

3/ Har anbudsgivaren tillräcklig kunskap om Österåkers kommuns placeringsregler?

4/ Har anbudsgivaren tillräcklig kunskap om Österåkers kommuns övergripande förvaltningsmål?

5/ Visar anbudsgivaren att denne kan säkerställa att kommunens övergripande förvaltningsmål nås?

6/ Vilken förvaltningsstrategi har anbudsgivaren, inbegripet riskbegränsning?

7/ Finns tillräckliga administrativa rutiner för rapportering till Österåkers kommun?

8/ Har anbudsgivaren tillräcklig kunskap om Österåkers kommuns önskemål avseende rapporteringens innehåll vid extern förvaltning?

9/ Har anbudsgivaren väl fungerande rutiner för samarbete med Österåkers kommun?

10/ Hur tillgänglig och nåbar är kundansvarig?

11/ Visar anbudsgivaren tillräcklig drivkraft och engagemang för att utföra uppdraget?

På varje fråga tilldelas anbudet 5, 3, 1 eller 0 poäng.

Under rubriken ”5.1.1. Ekonomiskt mest fördelaktigt anbud” anges att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet kommer att antas. Vid bedömningen tas hänsyn till uppdragsbeskrivningen (80 %) och priset (20 %).

Förvaltningsrättens bedömning

En överprövning enligt LOU innebär en kontroll av om upphandlande myndighet följt de principer för offentlig upphandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU samt övriga bestämmelser i LOU. Som huvudregel har den sökande part som gör gällande att en upphandling inte har genomförts i enlighet med bestämmelserna i LOU bevisbördan för att så är fallet.

Swedbank har anfört bl.a. att de utvärderingskriterier som anges i förfrågningsunderlaget i form av om det finns ”tillräcklig kunskap” är felaktiga eftersom de till sin karaktär är kvalificeringskrav.

Att utse vinnande anbud i en upphandling sker i två steg. Först kontrolleras anbudsgivarna, det som kallas kvalificeringsfasen, och sedan, i utvärderingsfasen, kontrolleras själva anbuden. Stegen kan utföras samtidigt

men är ändå två separata bedömningar som ska göras utifrån olika kriterier. I Mål C 532/06 Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl. uttalade EU-domstolen bl.a. följande. Det följer av rättspraxis att även om det enligt direktiv 92/50 teoretiskt sett inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt, står det klart att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet nämligen utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet (kallade "kriterier för kvalitativt urval") som avses i artiklarna 31 och 32 i nämnda direktiv. Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av de kriterier som anges i artikel 36.1 i samma direktiv, nämligen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall är det visserligen riktigt att det i artikel 36.1 i direktiv 92/50 inte ges någon uttömmande uppräkningslista av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och att denna myndighet enligt denna bestämmelse således ges möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet kan följaktligen inte anses utgöra "kriterier för tilldelning".

Av de elva kriterier som har ställts upp som utvärderingskriterier av Österåkers kommun i förfrågningsunderlaget rör åtta uttryckligen anbudsgivarens förmåga att utföra projektet. Inget av dessa kriterier avser den tjänst som ska utföras. Dessa kriterier är därför inte att anse som utvärderingskriterier i LOUs mening, vilket innebär att förfrågningsunderlaget har utformats på ett sätt som strider mot LOU. Bristen är sådan att Swedbank kan komma eller har lidit skada. Eftersom bristen rör

utformningen av förfrågningsunderlaget har det påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför inte tillräckligt att upphandlingen rättas. Upphandlingen ska därför göras om.

Vid denna utgång saknas det skäl för förvaltningsrätten att ta ställning till de övriga invändningar som Swedbank har anfört.

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

Ann-Jeanette Eriksson

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Elin Rosén.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 3109/1A LOU