



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Oskar Viström
 förvaltningsrättsnotarie

DOM
 2014-08-27
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 2253-14

SÖKANDE

Wassum Värdepappersaktiebolag, 556533-1492
 Box 5759
 114 87 Stockholm

MOTPART

Borlänge kommun
 781 81 Borlänge

Ombud: UpphandlingsCenter i Ludvika kommun
 771 82 Ludvika

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-08-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Wassum Värdepappersaktiebolags ansökan om överprövning.

Dok.Id 117504

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Borlänge kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende risk- och allokeringsansvarig (dnr UH-2013-692). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Kommunen har genom tilldelningsbeslut, den 16 april 2014 antagit Söderberg & Partners Placeringsrådgivning AB:s (SPP:s) anbud.

Wassum Värdepappersaktiebolag (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, i första hand, att SPP:s anbud ska förkastas då det inte uppfyller ställda skall-krav och att kontraktet ska tilldelas bolaget. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. I skall-kraven för upphandlingen framgår att *"En förutsättning för uppdraget är att den risk- och allokeringsansvarige är oberoende och inte har kopplingar till förvaltnings- och fondverksamhet. Med detta menas att denne inte skall bedriva denna typ av verksamhet i egen regi eller i samarbete med annan aktör"*. Under anbudstiden ställdes en del frågor angående detta krav och bl.a. ställdes frågan vad som gäller för bank med förvaltnings- och fondverksamhet i dotterbolag. Kommunen svarade att *"Upphandlande myndighet vill ha en oberoende risk och allokeringsansvarig (5.3.1 Placeringspolicy, stycke två). Dotterbolag som bedriver förvaltnings- och fondverksamhet är i beroendeställning till moderbolag."* SPP har ett systerbolag, Amrego Kapitalförvaltning AB (Amrego), som bedriver fondverksamhet och SPP är inte oberoende från denna verksamhet. Inom samma koncern som SPP finns även, förutom Amrego, andra utländska fondbolag och fonder. Syftet med skall-kravet i upphandlingen måste vara att säkerställa att den risk- och allokeringsansvarige befinner sig på mer än en armlängds avstånd från så kallad löpande ("vanlig") kapitalförvaltning. Att tillåta att förvaltnings- och fondverksamhet bedrivs, som i det nu aktuella fallet, i en nära besläktad juridisk person – som därtill är placerad i samma affärsområde som den risk- och allokeringsansvarige – kan inte vara förenligt med vare sig kravets lydelse eller

syfte. Om det vore tillåtet skulle exempelvis en bank som bedriver kapitalförvaltning utan svårighet kunna kringgå regleringen, helt enkelt genom att låta ett koncernbolag, vilket som helst som inte bedriver förvaltnings- och fondverksamhet, avge anbudet. Det är irrelevant att SPP:s systerbolag har en helt annan kundgrupp än SPP och skulle SPP inte anses beroende är skall-kravet i upphandlingen helt verkningslöst. Att en systerbolagsrelation till skillnad från en moder-/dotterbolagsrelation innebär att skall-kravet är uppfyllt är orimligt. Om det föreligger ett koncernförhållande är den enda giltiga slutsatsen att skall-kravet inte kan anses vara uppfyllt. Det saknar vidare betydelse att SPP inte är en bank. Huruvida ett bolag ska anses oberoende eller beroende har lika lite att göra med företagets art som arten av koncernförhållandet.

Det finns högst sannolikt ett antal potentiella leverantörer som avstått från att lämna anbud i den aktuella upphandlingen på grund av de krav på oberoende som kommunen ställt. De frågor och svar som ställdes under upphandlingstiden tyder på det. Bolaget har verkat på marknaden i 20 år och har sällan – om någonsin – sett så få anbudsgivare. Förutom att detta indikerar att kommunen och SPP torde vara relativt ensamma om tolkningen att SPP är oberoende, är det allvarligt att kommunen, om kraven som ställts inte visar sig vara gällande, gått miste om större konkurrens.

Kommunen anser att förvaltningsrätten ska avslå bolagets ansökan och åberopar till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Endast det faktum att det i samma koncern som SPP finns ett bolag som bedriver förvaltnings- och fondverksamhet kan inte anses innebära att SPP bedriver denna verksamhet i egen regi eller i samarbete med annan aktör. Kommunens klagörande i frågor och svar-funktionen fastställer endast beroendet mellan dotterbolag och moderbolag. Kommunen har inte definierat hur beroendeställningen dotterbolag sinsemellan definieras. Upphandlingens förfrågningsunderlag och efterföljande utvärdering har utformats och genom-

förts på ett korrekt sätt enligt gällande lagstiftning och rättspraxis. Skäl för ingripande enligt LOU saknas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad bolaget fört fram är visat att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iakttä principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

När som i förevarande fall bolaget har gjort gällande såväl brister i förfrågningsunderlagets utformning, hänförliga till den konkurrensuppsökande fasen, som brister i anbudsförfarandet avser förvaltningsrätten att först pröva brister hänförliga till den konkurrensuppsökande fasen.

Brister förfrågningsunderlaget i transparens?

Av transparensprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sådant sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet och tydlighet i alla delar av förfrågningsunderlaget. EU-domstolen har uttalat att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se Mål C-19/00 *SIAC Construction*, punkt 32).

Av förfrågningsunderlaget (punkten 10.3) framgår att det är ett obligatoriskt krav att "...[d]en risk- och allokeringansvarige är oberoende och

inte har kopplingar till förvaltnings- och fondverksamhet. Med detta menas att denne inte skall bedriva denna typ av verksamhet i egen regi eller i samarbete med annan aktör". Kommunen har under upphandlingsförfarandet förklarat att ovan obligatoriska krav ska uppfattas på så sätt att dotterbolag som bedriver förvaltnings- och fondverksamhet är i beroendeställning till moderbolaget. Enligt bolaget – som deras talan får förstås – har kravets lydelse, syfte och ovan angivna precisering givit anledning att anta att koncernförhållande, även i form av systerskap till ett företag som bedriver förvaltnings- och fondverksamhet, ska leda till uteslutning från upphandlingen. Bolaget har anfört att det vore orimligt att i aktuellt hänseende göra skillnad på en systerbolagsrelation och en moderbolags-/dotterbolagsrelation. Enligt bolaget skulle det i ett sådant fall vara mycket enkelt att kringgå kravet.

Enligt förvaltningsrättens mening ger formuleringen av det aktuella kravet inte stöd för den snäva tolkning av detsamma som bolaget förespråkar. Inte heller kan en sådan tolkning anses befogad mot bakgrund av kommunens förklaring av hur den ser på ett dotterbolags beroendeställning till moderbolaget. Rimligtvis bör det kunna antas att ett bolag, som huvudregel, inte äger samma inflytande över ett systerbolag som det gör över ett dotterbolag. Rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer bör därför inte ha uppfattat det som ett hinder att delta i upphandlingen endast med anledning av att det inom samma koncern finns ett systerbolag som bedriver förvaltnings- och fondverksamhet. Förvaltningsrätten finner därmed att det på grundval av vad bolaget anfört inte är visat att förfrågningsunderlaget varit bristfälligt avseende transparens i denna del. Det saknas därför skäl för ingripande på denna grund.

Skulle kommunen ha förkastat SPP:s anbud?

Att förfrågningsunderlaget inte bör uppfattas på så sätt att en systerbolagsrelation i allmänhet utgör hinder mot deltagande i upphandlingen har för-

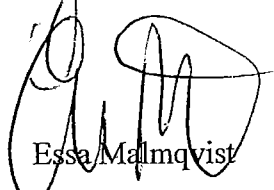
valtningsrätten konstaterat ovan. Vad bolaget anfört om de särskilda förhållandena kring relationen mellan SPP och Amrego ger enligt förvaltningsrätten inte heller skäl att anta att SPP – i strid med de obligatoriska kraven i upphandlingen – är i en beroendeställning till Amrego. Förvaltningsrätten grundar detta på följande.

Av förfrågningsunderlaget framgår att termen ”*oberoende*” ska förstås så att anbudsgivaren inte får bedriva fond- och förvaltningsverksamhet i egen regi eller i samarbete med någon annan aktör. Bolaget har anfört att syftet med det aktuella kravet på oberoende måste vara att säkerställa att den risk- och allokeringsansvarige befinner sig på ett visst avstånd från s.k. löpande kapitalförvaltning. Enligt bolaget kan det därför inte vara förenligt med förfrågningsunderlaget att tillåta att den risk- och allokeringsansvarige är nära besläktad med och tillhör samma affärsområde som en juridisk person som bedriver sådan förvaltning. Enligt bolaget är det i sammanhanget irrelevant att SPP:s systerbolag har en helt annan kundgrupp än SPP och SPP:s anbud borde rätteligen ha förkastats. Bolaget har även anfört att det inom samma koncern som SPP, förutom Amrego, även finns utländska fondbolag och fonder.

Kommunen har i sin sida fört fram att SPP är oberoende och att de uppfyller det obligatoriska kravet i upphandlingen. Vidare har kommunen gjort gällande att SPP erbjuder finansiell rådgivning till institutionella kunder kategoriserade som professionella enligt 8 kap. 16 § lagen (2007:528) om värdepappersmarknaden, medan Amregos verksamhet riktar sig till kunder som enligt 8 kap. 15 § samma lag kategoriseras som privata kunder. Enligt kommunen är det ingen av SPP:s kunder som innehar eller erbjuds de fonder som Amrego förvaltar. Det finns därför inte enligt kommunen någon anledning att anta att SPP skulle vara något annat än oberoende inom ramen för den upphandlande tjänsten.

Bolaget har i målet inte påstått att det skulle råda något moder/dotterbolagsförhållande mellan SPP och Amrego. Att SPP och Amrego tillhör samma affärsområde i den aktuella koncernen är inte heller ifrågasatt. Likaså är det – såsom kommunens talan får förstås – ostridigt att Amrego bedriver fond- och förvaltningsverksamhet, men riktat till andra aktörer. Dessa uppgifter medför dock inte enligt förvaltningsrättens bedömning att bolaget förmått visa att SPP bedriver fond- och förvaltningsverksamhet själv eller i samarbete med Amrego, vilket är det som förfrågningsunderlaget anger. Relationen dem emellan kan därmed inte anses stå i strid med det obligatoriska kravet i upphandlingen och skäl för ingripande enligt LOU saknas därför även på denna grund. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Essa Malmqvist
fådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.