



KLAGANDE

Söderberg & Partners Insurance Consulting AB, 556707-7648

Ombud: Oscar Sohl
Söderberg & Partners
Box 3145
169 03 Solna

MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna
2. Landstinget Sörmland
3. Landstinget i Värmland
4. Landstinget Västmanland
5. Örebro läns landsting

Företrädare för samtliga motparter:

Landstinget Sörmland
611 88 Nyköping

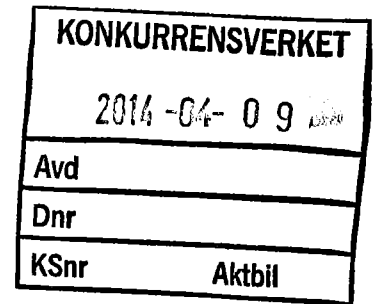
Landstinget Västmanland
721 89 Västerås

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 13 januari 2014
i mål nr 4395-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling



KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.
2. Kammarrätten avslår överklagandet. Kammarrättens interimistiska beslut från den 31 januari 2014 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Söderberg & Partners Insurance Consulting AB yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska utvärderas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Den företagskonstruktion som bolaget använder sig av – där tillstånden att bedriva försäkringsförmedling samlas i ett fåtal s.k. tillståndsbolag medan personalen är anställd i ett antal ägarledda bolag som utövar försäkringsförmedling via tillståndsbolagen – innebär inte att underleverantörer anlitas. De ägarledda bolagen saknar helt möjlighet att självständigt verka på marknaden och bl.a. lämna egna anbud, och bör därför rimligen inte betraktas som underleverantörer. Det är brukligt att med underleverantör avse anlitande av s.k. third parties, dvs. externa och fristående juridiska personer utanför anbudsgivarens kontrollsfär.

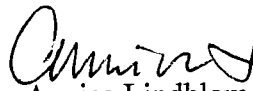
Den nu aktuella formuleringen och tolkningen av begreppet underleverantör kan inte heller anses uppfylla principen om transparens

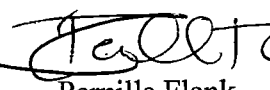
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och att avgöra målet omedelbart.

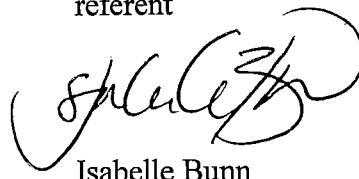
Vad Söderberg & Partners Insurance Consulting AB har anfört och vad som i övrigt framkommit i målet föranleder inte kammarrätten att göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten har gjort. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annica Lindblom
kammarrättsråd
ordförande


Pernilla Flank
kammarrättsråd


Sarah Helaoui
tf. kammarrättsassessor
referent


Isabelle Bunn
föredragande



SÖKANDE

Söderberg & Partners Insurance Consulting AB, 556707-7648

Ombud: Oscar Sohl
Söderberg & Partners
Box 3145
169 03 Solna

MOTPARTER

Landstinget i Dalarnas län
Landstinget Sörmland
Landstinget Värmland
Landstinget Västmanland
Örebro läns landsting

Företrädare för samtliga motparter:
Landstinget Sörmland och Landstinget Västmanland

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (2007:1009), LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Landstinget i Dalarnas län, Landstinget Sörmland, Landstinget Västmanland, Landstinget Värmland och Örebro läns landsting genomför genom Landstinget Sörmland och Landstinget Västmanland (landstingen) en öppen upphandling av försäkringsmäklartjänster, DU-UPP12-216.

Landstingen meddelade ett första beslut om tilldelning av kontrakt den 5 april 2013. I anledning av detta ansökte Willis AB om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten förordnade den 23 augusti 2013 i dom

(mål nr 1835-13) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse vidtagits av anbudsutvärderingen. Ett nytt beslut om tilldelning fattades den 28 augusti 2013 om att tilldela Willis AB kontrakt i upphandlingen.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Söderberg & Partners Insurance Consulting AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att bolagets anbud rätteligen utvärderas.

Bolaget anför som grund för sin talan i huvudsak följande. Enligt aktuell bolagskonstruktion har tillstånden att bedriva försäkringsförmedling samlats i ett fåtal s.k. tillståndsbolag. Personalen är anställd i ett stort antal ägarledda bolag som utövar försäkringsförmedling via tillståndsbolagen. Alla personer som utför försäkringsförmedling är registrerade som fysiska personer hos Finansinspektionen. Alla bolag inom Söderberg-gruppen verkar på marknaden under namnet "*Söderberg & Partners*". Genom att vara en del av "*Söderberg & Partners-gruppen*" och verka genom bolaget garanteras att alla resurser inom gruppen är tillgängliga för det aktuella kunduppdraget.

Alla anbud avseende försäkringsförmedling lämnas av bolaget som anbudsgivare. Bolaget utför sedan uppdraget via något eller några av de ägarledda bolag i vilket/vilka personalen är anställd. När det gäller offentlig verksamhet, som i nu aktuell upphandling, utförs dessa uppdrag normalt av S & P Assurans Offentlig AB, med organisationsnummer 556869-1363, och S & P Assurans AB med organisationsnummer 556859-2496. De personer som anges i anbudet är således anställda i S & P Assurans AB eller S & P Assurans Offentlig AB. Det innebär att bolagets åtagande mot uppdragsgivaren utförs via något av de ägarledda bolagen inom "*Söderberg-gruppen*". Avtal har tecknats mellan bolaget och de ägarledda bolagen, i vilket det anges att de ägarledda bolagen ska utföra uppdrag för bolagets

räkning. Genom denna konstruktion säkerställs att bolaget har erforderliga resurser och kapacitet för att kunna utföra de uppdrag man åtar sig.

Det är emellertid korrekt att bolaget inte uttryckligen angivit de ägarledda bolagen som underleverantörer till bolaget. Skälet till detta är att bolaget inte har betraktat bolagets interna bolagsstruktur som sådan att underleverantörs-begreppet skulle kunna aktualiseras.

Genom att förkasta bolagets anbud i upphandlingen har bolaget inte behandlats på ett likvärdigt och proportionerligt sätt. Samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget har således uppfyllts av bolaget vilket också särskilt har bekräftats i bolagets anbud.

Vidare anför bolaget att skall-kravet är otydligt formulerat och brister ifråga om transparens eftersom någon uttrycklig definition av begreppet underleverantör inte återfinns i förfrågningsunderlaget.

På grund av landstingens felaktiga utvärdering har bolaget förlorat kontrakt i upphandlingen varför det anser sig lida ekonomisk skada till följd av utebliven intäkt under den avtalsperiod som upphandlingen avser.

Landstingen motsätter sig ansökan och anför i huvudsak följande. Landstingen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon bestämmelse enligt LOU.

De försäkringsmäklare som bolaget offererat i sitt anbud är inte anställda i det anbudsgivande bolaget utan i andra bolag. Oaktat att dessa bolag ingår i samma koncern är dessa bolag att anse som underleverantörer till bolaget. Av förfrågningsunderlaget framgår ett krav om att ange de underleverantörer som anbudsgivaren avser använda sig av för uppdragets genomförande.

Någon sådan upplysning har emellertid inte lämnats av bolaget och ovan nämnda förhållande blev känt först i efterhand för landstinget.

DOMSKÄL

För att förvaltningsrätten ska förordna om ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU krävs att sökanden kan visa att upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna enligt 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i nämnda lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Rätten har i förevarande mål att först ta ställning till om bolaget för uppdragets genomförande avsett att anlita underleverantör i lagens mening och om det i så fall varit riktigt av landstingen att utesluta bolaget på den grunden att detta inte angivits av bolaget i anbudsformuläret.

Om så är fallet har förvaltningsrätten att ta ställning till om "skall-kravet" om angivande av underleverantör varit tillräckligt tydligt formulerat.

Av punkten 2.5 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlande myndighet ställt krav om angivande av underleverantör för uppdraget. Det är i målet ostridigt att bolaget inte angivit någon underleverantör i anbudsformuläret eftersom bolaget är av den uppfattningen att någon underleverantör inte anlitas för uppdragets genomförande. Det är även ostridigt att de personella resurser som bolaget avser att använda för uppdragets genomförande är anställda i annan juridisk person än det anbudsgivande bolaget.

I förevarande mål har bolaget anfört att den personella kapaciteten är förlagd i annan juridisk person inom samma koncern som det anbudsgivande bolaget. Bolaget menar att den koncernstruktur som föreligger, med ett tillståndsbolag och fysiskt registrerade individer, inte i sig innebär att något underleverantörsförhållande föreligger.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Begreppet underleverantör och uppfyllande av "skall-krav"

De "skall-krav" som uppställts i ett förfrågningsunderlag ska tolkas mot bakgrund av de bestämmelser som lagen anger och syftet med dessa bestämmelser.

Av bestämmelsen i 6 kap. 11 § LOU framgår att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget får begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man och vilka underleverantörer som föreslås.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i LOU saknas en närmare definition av begreppet underleverantör.

Bestämmelsen i 6 kap. 11 § LOU ska tolkas i ljuset av artikel 25 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordningen av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (klassiska direktivet). I artikel 25 det klassiska direktivet anges följande.

I förfrågningsunderlaget får en upphandlande myndighet begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part (third parties) samt vilka underleverantörer som föreslås.

Avseende 6 kap. 11 § LOU uttalas följande i förarbetena till lagstiftningen (prop. 2006/07:128 s. 350).

Bestämmelsen innebär att den upphandlande myndigheten får begära att anbudsgivaren i anbudet anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man. Likaså får myndigheten begära att anbudsgivaren anger vilka underentreprenörer som föreslås. Efterkommer inte anbudsgivaren den upphandlande myndighetens begäran kan detta utgöra grund för att förkasta anbudet.

En direktivkonform tolkning av bestämmelsen i 6 kap. 11 § LOU leder enligt förvaltningsrättens mening till att uttrycket "underleverantör" ska förstås som tredje man (third parties) i förhållande till avtalsrelationen mellan anbudsgivaren och den upphandlande enheten. En sådan tolkning överensstämmer enligt förvaltningsrättens mening med lydelsen av nämnda lagrum.

Enligt förvaltningsrättens mening ligger det således närmast till hands att tolka såväl uttrycket "underleverantör" i LOU som "tredje part" i direktivet som varje annan juridisk eller fysisk person som anbudsgivaren avser att anlita för att genomföra hela eller del av uppdraget.

Den tolkning av bestämmelserna som bolaget gör, och som i förlängningen innebär att man vid bedömningen av vem som är anbudsgivare respektive underleverantör ska beakta olika slag av koncernstrukturer, ägarrelationer mellan olika företag, samarbetsavtal etc., skulle leda till oförutsebarhet vid tillämpning av lagen. En sådan tolkning kan enligt förvaltningsrättens mening inte ha varit avsedd.

Mot bakgrund av den tolkning av uttrycket "underleverantör" som förvaltningsrätten ovan gjort kan konstateras att bolaget inte uppfyllt "skallkravet" om angivande av underleverantör.

Transparens i förfrågningsunderlaget

Frågan är här efter om aktuellt skall-krav i förfrågningsunderlaget om angivande av underleverantör varit tillräckligt tydligt formulerat.

En av de grundläggande principerna för offentlig upphandling är principen om öppenhet eller den s.k. transparensprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Av

denna princip följer bl.a. att en anbudsgivare ska kunna utläsa ur förfrågningsunderlaget vad som krävs för att tilldelas upphandlingskontrakt.

EU-domstolen uttalade i dom C-19/00, SIAC, punkterna 41 och 42 att principen om likabehandling *per se* innebär en skyldighet att möjliggöra insyn, och att tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Enligt förvaltningsrättens bedömning gäller detta även förekomsten av "skall-krav" i ett förfrågningsunderlag.

I RÅ 2002 ref. 50 uttalade Högsta förvaltningsdomstolen som ett uttryck för principen om förutsebarhet och transparens att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt formulerat att det ger vägledning i vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse i upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade vidare att ett förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformat godtas under förutsättning att de principer som bär upp offentlig upphandling inte träds förnär.

I förevarande upphandling får en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget genast klart för sig att de underleverantörer som denne avser att anlita för uppdragets genomförande ska anges i anbudsformuläret. Trots avsaknaden av en legaldefinition av begreppet "underleverantör" finner rätten med hänsyn till den tolkning som gjorts ovan att samtliga anbudsgivare utifrån förfrågningsunderlagets formulering givits samma förutsättningar att förstå vad upphandlande myndighet avser med aktuellt skallkrav. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget, även utan en explicit definition av begreppet "underleverantör", har varit tillräckligt tydligt för att möjliggöra för anbudsgivarna att formulera konkurrenskraftiga anbud. Med hänsyn till att inga omständigheter tyder på att transparensprincipen trätts förnär vid utformningen av underlagen till upphandlingen finner förvaltningsrätten att upphandlingen har skett på ett så öppet och förut-

sebart sätt som förutsätts enligt LOU. Något skäl för ingripande på denna grund föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Leif Gäverth
lagman

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.