



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 14

Mål nr 2742-11

Rättelse/komplettering

Dom, 2011-02-24

Rättelse, 2011-03-01

Beslutat av: Ulrika Melin *Ulrika Melin*

Rättelse enligt 32 § förvaltningsprocesslagen (1971:291). Under rubriken YRKANDEN M.M. på s. 2 i domen ska det angivna andrahandsyrkandet rätteligen utgå.

KONKURRENSVERKET

2011-03-03

Avd

Dnr

Doss

Aktbil



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-02-24
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2742-11
Enhet 14

KLAGANDE

Setterwalls Advokatbyrå AB, 556774-5772

Ombud:

advokat Ulf Djurberg, advokat Sophia Spala och jur.kand. Fredrik Olsson
Setterwalls Advokatbyrå Stockholm AB
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Regeringskansliet
Förvaltningsavdelningen
103 33 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 104193

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

Regeringskansliet, Förvaltningsavdelningen, genomför en ramavtalsupphandling av konsulttjänster inom området juridik, dnr FA 2010/1355/JA. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt LOU och är uppdelad i två delområden; delområde generell juridik (delområde 1) och delområde juridik med inriktning på affärsjuridik för statligt ägda bolag (delområde 2).

I meddelande om tilldelningsbeslut med bilagd anbudsutvärdering har Regeringskansliet bl.a. uppgett att anbudet från Setterwalls advokatbyrå (Setterwalls) inte uppfyller samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget avseende delområde 2. Regeringskansliet har bedömt att Setterwalls inte har lämnat uppgift om på vilket sätt uppdragen utgör en erfarenhet för anbudsgivaren i enlighet med punkten 5.1.2 A punkten (iii) i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivaren ska enligt denna punkt lämna ”en övergripande beskrivning av vilket arbete som har utförts av anbudsgivaren i uppdraget och på vilket sätt det utgör en erfarenhet i förhållande till ovan uppräknade områden.” Med anledning av detta har Regeringskansliet inte utvärderat anbudet från Setterwalls.

YRKANDEN M.M.

Setterwalls ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen avseende delområde 2 görs om, varvid Setterwalls anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar Setterwalls att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Setterwalls bl.a. följande. Av Setterwalls anbud framgår att Setterwalls arbete omfattat rådgivning i förvärvs- eller försäljningsprocesser avseende olika rättsområden som nämns specifikt för varje

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

uppdrag. Det är självklart att själva rådgivningsarbetet i de redovisade transaktionerna innebär en erfarenhet av rådgivning inom de nämnda rättsområdena i förvärvs- eller försäljningsprocessen. Setterwalls anbud har innefattat en redogörelse över på vilket sätt uppdragen utgör en erfarenhet för anbudsgivaren och har därmed uppfyllt de skall-krav som uppställts i upphandlingen.

Vid en genomgång av de anbud som kvalificerats i upphandlingen kan konstateras att i vart fall två övriga anbudsgivare, Vinge Advokatbyrå (Vinge) och Advokatfirman Delphi KB (Delphi) formulerat sig på så sätt att anbudsgivarna beskriver uppdraget och inte särskilt nämner vilken relevant erfarenhet anbudsgivarna förvärvat (även om det är underförstått att anbudsgivarna genom rådgivningsarbete har erhållit erfarenhet av detsamma). Det framgår tydligt vid en jämförelse mellan anbuden att Regeringskansliet haft uppfattningen att en redogörelse för uppdraget utan att särskilt redogöra för vilken relevant erfarenhet anbudsgivarna förvärvat är acceptabel. Regeringskansliets agerande att inte kvalificera Setterwalls anbud, och därmed behandla alla leverantörer lika, står i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Regeringskansliets agerande strider vidare mot transparensprincipen. Regeringskansliet har behandlat de olika anbuden på ett sätt som inte är transparent eller förutsebart. Vissa anbudsgivare har, i likhet med Setterwalls, inte särskilt redogjort för att rådgivning i de aktuella uppdragen utgör en erfarenhet, likväl har dessa anbudsgivares anbud kvalificerats. Regeringskansliet har således bedömt Setterwalls anbud på ett icke transparent sätt.

Regeringskansliets agerande strider även mot proportionalitetsprincipen, som innebär att de åtgärder som en upphandlande myndighet vidtar, t.ex. att inte kvalificera en leverantör, inte får gå utöver vad som är nödvändigt

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

för syftet med åtgärden. Syftet med punkten 5.1.2 A (i) – (iii) är att bevisa att anbudsgivaren besitter särskild kompetens och erfarenhet avseende företagsstransaktioner. Setterwalls har i sitt anbud redogjort för rådgivning i uppdragen som självklart innebär en erfarenhet av sådan rådgivning. Även om Setterwalls inte uttryckligen nämnt att rådgivningen innebär en erfarenhet kan det inte vara förenligt med proportionalitetsprincipen att inte kvalificera Setterwalls anbud på denna grund. Åtgärden att inte kvalificera Setterwalls anbud får en negativ effekt som är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Upphandlingen ska därför rättas så att ett nytt tilldelningsbeslut fattas, varvid Setterwalls anbud utvärderas.

Regeringskansliet bestrider bifall till Setterwalls yrkanden och yrkar att någon förlängd avtalsspärr inte ska gälla i upphandlingen. Regeringskansliet anför bl.a. följande. Setterwalls uppfyller inte skall-kraven som anges i punkten 5.1.2 A i förfrågningsunderlaget. Regeringskansliet har tydligt angett att anbudsgivaren ska ha jurister med särskild kompetens och erfarenhet i form av tillämpning i uppdrag samt att anbudsgivaren ska göra både en övergripande beskrivning av vilket arbete som har utförts i uppdraget *och* på vilket sätt det utgör en erfarenhet. Det framgår inte att det räcker med att redogöra för tio stycken företagsförvärv eller företagsförsäljningar för att styrka relevant kompetens och erfarenhet. Det har inte heller i förfrågningsunderlaget angetts att det ska göras en bedömning om relevant erfarenhet. I Setterwalls anbud saknas en skrivning som ger ledning eller svarar på frågan på vilket sätt uppdraget utgör en erfarenhet i förhållande till uppräknade områden. LOU ställer stora krav på formalia och är starkt styrande. Regeringskansliet kan vid anbudsutvärderingen inte frångå de uppställda skall-kraven och på eget bevåg tolka in något i Setterwalls anbud som inte framgår. Detta skulle innebära ett åsidosättande av LOU och principerna om bl.a. likabehandling och transparens.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Setterwalls genmäler bl.a. följande. Regeringskansliet utvecklar inte varför övriga anbudsgivares anbud kvalificerats trots att det i dessa anbud inte särskilt redogjorts för på vilket sätt de åberopade uppdragen utgör en erfarenhet. I anbudet från Vinge har information om på vilket sätt uppdragen utgör en erfarenhet genomgående utelämnats. Regeringskansliet menar att helheten i vinnande anbudsunderlag har beaktats. Att acceptera övriga anbudsgivares anbud, genom att se till helheten, men inte se till helheten avseende **Setterwalls** anbud står i strid med likabehandlingsprincipen.

I flera övriga anbud "redogörs" konsekvent för på vilket sätt uppdragen utgör en erfarenhet på följande vis:

"Detta uppdrag utgör genom ärendets omfattning och komplexitet en relevant erfarenhet vad gäller punkterna 5.1.2 A (1) (...). (Anbud från Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB [Mannheimer Swartling]).

"Erfarenhet i förhållande till områdena 2,6,8, 10 och 11." (Anbud från Delphi).

Ovan nämnda information tillför inte något i jämförelse med den information som **Setterwalls** lämnat i sitt anbud. Det är uppenbart oproportionerligt att kvalificera anbud som har med ordet "erfarenhet" och förkasta anbud som utelämnat ordet "erfarenhet", eftersom denna information saknar betydelse i förhållande till syftet med informationen. Syftet är att anbudsgivarna ska visa att de besitter särskild kompetens och erfarenhet avseende företagstransaktioner. Flera kvalificerade anbudsgivare (däribland Vinge och Delphi) har utelämnat information om på vilket sätt uppdraget utgör en erfarenhet, alternativt lämnat information liknande "erfarenhet i förhållande till områdena (...). Det är självklart att även **Setterwalls** anbud borde ha kvalificerats eftersom det framgår på vilket sätt uppdragen utgör en erfarenhet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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 denna lag 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets punkt 1.6.3. 5.1.2 "Ska-krav för specialister" anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska i Svarsbilagan, bilaga 1, ange huruvida kraven i punkterna 5.1.2 A - 5.1.2 E uppfylls.

A. Förutom grundläggande juridisk kompetens ska det finnas jurister hos anbudsgivaren som har särskild kompetens och erfarenhet i form av tillämpning i uppdrag under de tre (3) senaste åren från samtliga följande tolv (12) områden:

1. minst tio (10) större företagsförvärv eller företagsförsäljningar där anbudsgivaren företrätt köpare eller säljare som direkt eller indirekt köpt eller sålt aktier eller andelar i företag för ett pris som i varje enskilt fall överstigit etthundra (100) miljoner kronor, varvid priset i minst två (2) av dessa tio (10) fall dessutom ska ha överstigit femhundra (500) miljoner kronor och där priset i ytterligare en (1) av dessa tio (10) transaktioner (d.v.s. utöver de två transaktionerna om minst femhundra (500) miljoner kronor) ska ha överstigit en (1) miljard kronor,
2. bistått och medverkat vid en bolagiseringsprocess av hel eller del av juridisk person,
3. offentligt uppköpserbjudande avseende bolag noterade vid svensk marknadsplats,
4. börsintroduktion,
5. svensk corporate governance och Svensk kod för bolagsstyrning,
6. svensk aktiebolagsrätt,
7. svensk aktiemarknadsrätt,
8. svensk och EG-rättslig konkurrensrätt och regler om statligt stöd,
9. svensk lagstiftning inom insider- och marknadsmissbruksområdet,

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

10. leda förhandlingar,
11. genomförande/projektledning av due diligencearbete, och
12. processerfarenhet inom ett (1) eller flera av områdena ovan.

Den efterfrågade kompetensen och erfarenheten i punkterna två (2) - tolv (12) ska styrkas med uppgifter om minst ett (1) uppdrag per område genomförda under de tre (3) senaste åren. Vad avser företagstransaktioner under punkten 1 ovan ska, för att styrka sådan kompetens och erfarenhet, istället för ett (1) uppdrag, samtliga tio (10) efterfrågade uppdrag styrkas och redovisas i separata bilagor där endast de efterfrågade uppgifterna tydligt framgår. Med uppgift avses (i) namn på de jurister som deltagit i ärendet och vilka specialkompetenser de innehar, (ii) uppgifter om vilken roll som anbudsgivaren har haft i uppdraget samt (iii) en övergripande beskrivning av vilket arbete som har utförts av anbudsgivaren i uppdraget och på vilket sätt det utgör en erfarenhet i förhållande till ovan uppräknade områden.

(...)

Förvaltningsrättens bedömning

Regeringskansliet har uteslutit anbudet från Setterwalls med motiveringen att anbudsgivaren inte redovisat efterfrågad kompetens och erfarenhet genom att inte uttryckligen ange på vilket sätt det utförda arbetet utgör en erfarenhet i förhållande till de i punkten 5.1.2 A i förfrågningsunderlaget uppräknade områdena.

Setterwalls har anfört att Regeringskansliets bedömning av bolagets anbud strider mot likabehandlingsprincipen, eftersom andra anbud har tagits upp till utvärdering trots att dessa bolag enligt Setterwalls mening inte uttryckligen angett på vilket sätt uppdragen i fråga utgör en erfarenhet. Detta gäller enligt Setterwalls t.ex. anbuden från Vinge, Delphi och Mannheimer Swartling. Setterwalls har vidare anfört att Regeringskansliets bedömning i denna del är oproportionerlig och icke transparent.

Setterwalls har i sitt anbud besvarat förfrågningsunderlagets punkt 5.1.2 A (iii) enligt följande exempel.

- 1.1.1. (iii) "Arbetet omfattade rådgivning under hela uppköpsprocessen inom följande områden: offentligt uppköpserbjudande avseende bolag som var noterat på svensk marknadsplats; svensk corporate governance och Svensk kod för bolagsstyrning; svensk aktiebolagsrätt; svensk aktiemarknadsrätt; Svensk och EG-rättslig konkurrensrätt (...)"
- 1.2.1. (iii) "Arbetet omfattade rådgivning under hela transaktionsprocessen inom följande områden: (...)"

I Vinges anbud anges bl.a. följande.

5.1.2 A Exempel 1. (iii) "Vinge genomförde bl.a. en omfattande juridisk genomlysning (due dilligence) av V&S, upprättade datarum och ledde Q&A processen gentemot budgivarna under auktionsprocessen. Vi genomförde en konkurrensrättslig analys av aktuella budgivare och biträdde bolaget och förvärvaren med den komplicerade fusionskontrollen vid Kommissionen och motsvarande amerikanska konkurrensmyndigheter. Vinge bistod i arbetet med att formulera en målbild för försäljningen samt, tillsammans med investmentbanken, med strategisk planering av transaktionen. Vinge ledde även avtalsförhandlingarna med budgivarna och den slutgiltiga köparen, samt ledde och genomförde det juridiska arbetet i samband med statens ingående av aktieköpsavtalet med Pernod Richard S.A (signing) respektive Pernod Richard S.A:s tillträde till aktierna (closing). Vinge hanterade löpande de aktiebolagsrättsliga frågeställningar som aktualiserades i ärendet. Flera av dem var komplexa. Som ett exempel kan nämnas de aktiebolagsrättsliga analyser som låg till grund för den struktur som Vinge upprättade och genom vilken Beamaktierna urskiljdes från V&S-koncernen. "

I anbudet från Delphi anges bl.a. följande.

5.1.2 A Exempel 1."Delphis roll i transaktionen och en övergripande beskrivning av det arbete som utförts och på vilket sätt det utgör en erfarenhet i förhållande till efterfrågade områdena 2-12:
Svenskt huvudombud för förvärvaren i transaktionen liksom vid Lead Swedish Counsel organiseringen och av det svenska dotterbolaget (köparen) avseende strukturer innebärande DD av det svenska huvudbolaget, genomgång av DD-rapporter från juridiska ombud avseende dotterbolag, DD-rapport till huvudmannen och huvudmannens ombud Jones Day, genomgång av förslag SPA samt justeringar och tillägg, bolagsrättsliga frågor i samband med bildande av svenskt holdingbolag samt konkurrensrättsliga frågor i samband koncentrationsanmälan m.m. Erfarenhet i förhållande till områdena 2, 6, 8, 10 och 11. "

I anbudet från Mannheimer Swartling anges bl.a. följande.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

5.1.2 A Exempel 1 (iii). ”Mannheimer Swartlings uppdrag innefattade bl.a. följande uppgifter: hantering av strukturella frågor i förhållande till planeringen av bolagiseringen och den efterföljande försäljningsprocessen; upprättande av datarum; projektledning av ett stort antal ombud i utlandet; hantering av due dilligence utförd av intressenterna; framtagande och förhandling av aktieöverlåtelseavtal och andra avtal samt reglering av den parallellt genomförda bolagiseringen. Detta uppdrag utgör genom ärendets omfattning och komplexitet en relevant erfarenhet vad gäller punkterna 5.1.2. A 1) (...), 2) (...), och 10) (...).”

Förvaltningsrätten instämmer i Regeringskansliets bedömning att Setterwalls anbud inte innehåller någon information om *hur* uppdragen utgör en erfarenhet. Anbudet innehåller inte någon övergripande beskrivning av vilket arbete som har utförts eller vad arbetet bestått i utan Setterwalls anger endast att arbetet ”omfattat rådgivning under hela processen”. Anbudet från Vinge, Delphi och Mannheimer Swartling, som Setterwalls har hänvisat till, innehåller däremot beskrivningar av vilket faktiskt arbete som utförts i de olika uppdragen. Förvaltningsrätten finner därmed att Setterwalls inte har visat att Regeringskansliet brutit mot någon bestämmelse i LOU genom att inte ta upp bolagets anbud till utvärdering. Ansökan ska därmed avslås. Regeringskansliets yrkande om att förlängd avtalsspärr inte ska gälla medför därmed inte någon åtgärd från förvaltningsrättens sida.

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


Ulrika Melin

rådman

Föredragande har varit Erica Nyström.



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 uppge 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