

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-03-14
Meddelad i Stockholm

Mål nr
2243-08
Rotel 225

SÖKANDE

Swedbank AB 502017-7753

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

Ombud: Advokat Sofia Mårtensson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 142 40
104 40 Stockholm

MOTPART

Täby kommun
183 80 Täby

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Swedbank AB:s talan på så sätt att Täby kommuns upphandling avseende finansiella tjänster (referensnummer 0720018) skall göras om.

KONKURRENSVERKET	
2008 -03- 17.	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 311844

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: lansrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Täby kommun (Kommunen) har inlett ett anbudsförfarande avseende upphandling av finansiella tjänster, referensnummer 0720018. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. De finansiella tjänsterna avser koncernkonto med kredit, löneförmedling och betalningsförmedling.

Swedbank AB (Banken) är en av tre leverantörer som kommit in med anbud. Kommunen beslutade den 23 januari 2008 att erbjuda annan leverantör än Banken att teckna kontrakt.

YRKANDEN M.M.

Banken har den 1 februari 2008 ansökt om överprövning enligt LOU av den aktuella upphandlingen och yrkat att länsrätten förordnar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett, och i andra hand att upphandlingen skall avbrytas och göras om.

Till stöd för sin ansökan har Banken anfört i huvudsak följande. Kommunen har i upphandlingen agerat i strid mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om transparens och förutsebarhet, likabehandling och proportionalitet. Kommunen har förkastat Bankens anbud på den grunden att Banken inte ansetts uppfylla uppställt skall-krav i punkt 1.4.3 i förfrågningsunderlaget angående koncernkonto. Detta skall-krav måste ges ett substantiellt innehåll och därför uppfattas som att Kommunen ställer villkoret att man själv äger beslutanderätten över de interna krediter och kreditvillkor som man önskar lägga upp för sina förvaltningar och kommunala bolag i den underliggande koncernkontostrukturen. När Banken svarat att skall-kravet uppfylls, har ett tillägg gjorts med innebörd att interna krediter med individuella kreditvillkor läggs in rent fysiskt av Banken på uppdrag av Kommunen. Detta tillägg skall en-

bart uppfattas som att Banken är Kommunen behjälplig med den faktiska inregistreringen. För Banken framstår det som klart att samtliga anbudsgivare också uppfattat skall-kravet på detta sätt. Kommunen, som sedan många år har avtal och affärsförbindelser med Nordea Bank AB (Nordea), anser i tjänsteutlåtandet den 23 januari 2008 att Nordea, till skillnad från övriga anbudsgivare, uppfyller skall-kravet. Kommunen har mot bakgrund av gamla affärsförbindelser medvetet och fördelaktigt tolkat Nordeas svar, med innebörd att Kommunens användare, utifrån behörighetsönskemålen, kan ges möjlighet att själva göra ändringar i de koncerninterna villkoren, på ett sätt som innebär ett felaktigt underkännande av Bankens konkurrenskraftiga anbud med följd att detta inte utvärderats materiellt sett. Skall-kravet måste primärt tolkas som att Kommunen vill säkerställa att man själv äger beslutanderätten över storleken på internkrediter samt villkoren för dessa. Samtliga anbudsgivare har bekräftat att detta krav uppfylls. Då Kommunen inte frågat efter möjligheten att själv göra ändringar i de koncerninterna villkoren, kan Nordeas svar vid en tolkning inte på ett bättre sätt anses ha uppfyllt ställt skall-krav än övriga anbudsgivare. Till stöd för påståendet att Banken lidit skada, har Banken framfört att Bankens anbud, vid en jämförelse med Nordeas anbud i den del det redovisar en offererad pris-specifikation (med bl.a. räntesatser), är lägre än Nordeas och skulle, under den aktuella avtalsperioden, vara 106 900 kronor billigare för Kommunen. Kommunen har genom att inte utvärdera Bankens anbud, därför omintetgjort möjligheterna att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och yrkar att länsrätten snarast beslutar att upphäva det interimistiska beslutet samt att länsrätten dömer till kommunens fördel så att avtal kan tecknas med vald leverantör. Till stöd för sin inställning anför Kommunen i huvudsak följande. Det aktuella skall-kravet är både klart och tydligt och har inte formulerats i strid mot vare sig kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och förutsebarhet. Kommunen kan inte tolka

Bankens svar på annat sätt än att den inte fullt ut uppfyller skall-kravet.

Bankens svar kan inte läsas och tolkas på annat sätt än att det går att lägga upp interna krediter med individuella kreditvillkor och att det i så fall sker genom att detta läggs in av Banken rent fysiskt och inte genom att Kommunen kan göra det på egen hand. Att Kommunen måste kontakta Banken för att få detta gjort kan svårligen tolkas som att Kommunen kan göra detta på egen hand. Hade Kommunen velat ha hjälp av Banken på så sätt som Banken tolkar kravet, hade Kommunen formulerat kravet så. Kommunen har som upphandlande enhet rätt att själv ställa de obligatoriska krav som den anser vara av väsentlig betydelse för verksamheten och betona detta som ett skall-krav i förfrågningsunderlaget. Kommunen har under föregående avtalsperiod haft tillgång till den tjänst skall-kravet avser samt också nyttjat möjligheten vilket understryker väsentligheten i detta krav. Någon hänsyn till det tidigare affärsförhållandet till Nordea har inte tagits vid utvärderingen av om de olika anbuden uppfyller samtliga skall-krav. Kommunen har ställt de obligatoriska krav som bedöms som väsentliga för Kommunen, vid prövning av anbud strikt hållit sig till det förfrågningsunderlag som upprättats och därefter bedömt kriterier utifrån det mervärde övriga krav kan medföra för Kommunen. All information i upphandlingen har varit tillgänglig för alla presumtiva anbudsgivare såväl som faktiska anbudsgivare. Kommunen har inte haft något uppsåt att uppställa krav på ett sådant sätt att endast Nordea kan uppfylla dem. Ingenting tyder på att Bankens anbud vid en fortsatt utvärdering skulle bedömas som det mest ekonomiskt fördelaktiga, eftersom betydligt fler kriterier bedöms i upphandlingen än räntevillkoren.

Banken har därefter yttrat anfört bl.a. följande. En tolkning av ett uppställt skall-krav måste göras mot bakgrund av hur det uppfattas av aktörerna på marknaden och syftet med kravet. För Kommunens del är det viktigt att Kommunen själv skall ha beslutanderätt över de interna krediterna och kreditvillkoren. Banken har i sitt anbud angett att så är fallet. Att Banken rent fysiskt ”trycker på knappen” innebär inte någon inskränkning i denna rätt.

Rent praktiskt innebär hanteringen att Kommunen kontaktar Banken som lägger in ordern, vilket sker på minuten. Det är således inte fråga om någon tidsaspekt eller någon ytterligare administration eller kostnad för kommunens del. Att Bankens medverkan krävs för de aktuella åtgärderna medför inte att någon nackdel uppkommer för Kommunen. Tvärtom bör det anses vara en fördel för Kommunen att Banken medverkar, vilket innebär att kommunen slipper administrationen och inte riskerar en felaktig och ej avsedd hantering. Förändringar av interna krediter och kreditvillkor sker aldrig uteslutande genom kundens åtgärder. Hos alla banker, inkluderat Nordea, sker en bakomliggande kontroll, antingen manuellt eller som en systemaccept. Detta för att kunden inte skall få okontrollerade obalanser i koncernkontosystemet. Kommunen "äger" således inte frågan fullt ut, även om Nordea väljs till leverantör i upphandlingen. Banken har ett stort antal kommuner som kunder avseende motsvarande tjänster. Förändringar avseende interna krediter och kreditvillkor är i stort sett obefintlig efter det att strukturen inledningsvis lagts upp. Såvitt Banken känner till är Nordea den enda leverantören på marknaden som kan uppfylla det aktuella skall-kravet på det sätt som det skall tolkas enligt Kommunen. Genom att Kommunen vid utformningen av skall-kravet tagit sin utgångspunkt i den nuvarande leverantörens, dvs. Nordeas, tjänsteutbud, har Nordea fått en betydande konkurrensfördel jämfört med övriga reella och potentiella anbudsgivare. Kravet utesluter således effektivt all konkurrens i upphandlingen, vilket står i strid med principerna om proportionalitet och likabehandling. För det fall länsrätten inte skulle finna att det står klart att Banken uppfyller nämnda skall-krav, står det i vart fall klart att detta har formulerats på ett sätt som står i strid med kravet på öppenhet och förutsebarhet (transparensprincipen). Härvid hänvisas till Länsrättens i Stockholms län dom i mål 27245-04 samt Kammarrättens i Stockholm dom i mål 1419-05. I övrigt hänvisar Banken till en upphandling av banktjänster som genomförts av Norrtälje kommun där samma skall-krav angående koncernkonto angetts i förfrågningsunderlaget. I den upphandlingen har skall-kravet tolkats på det sätt

Banken menar att kravet i den nu aktuella upphandlingen skall uppfattas som ett krav på att Banken skall tillgodogöras. Bankens uttalande skall uppfattas som ett krav på att Banken skall tillgodogöras.

Kommunen har i anledning av Bankens yttrande anfört i huvudsak följande. För att öka förståelsen för behovet av att det uppställda skall-kravet uppfylls kan följande exempel lämnas på en konkret situation där behov av ett snabbt agerande erfordras, dvs. där Kommunen ”på egen hand” kan utöka den interna krediten utan inblandning av extern part (Banken). Kommunens bolag, Täby Fastighets AB, står inför ett snabbt affärsbeslut där likvida medel omedelbart behövs för att säkra köp av en fastighet. Kommunen vill då, enligt skall-kravet, och i egenskap av internbank, ”på egen hand” dvs. utan inblandning av Banken, kunna utöka bolagets internkredit inom koncernkontots ram utan att gå en omväg via Banken med risk för förseningar. Det är ju Kommunens/koncernens egna pengar som Kommunen vill fritt kunna disponera inom koncernkontots ram genom egna åtgärder (”på egen hand”) av personal på Kommunens redovisningsavdelning, som fått sina befogenheter i detta avseende genom beslut i Täby kommunstyrelse. Beträffande den jämförelse som Banken gjort med den av Norrtälje kommun genomförda upphandlingen av banktjänster, ger inte stöd för påståendet att Kommunen i förevarande upphandling ställt ett otydligt krav eller att den gjort en felaktig bedömning när den ansett att Banken inte uppfyllt skall-kravet. Det bestrids vidare att utformningen av skall-kravet strider mot principerna om proportionalitet och likabehandling. Kommunen har ställt det krav som är nödvändigt för Kommunens verksamhet.

Banken har därefter yttrat i huvudsak följande. Banken ifrågasätter i och för sig det troliga i att den situation uppstår som beskrivs i det av Kommunen lämnade exemplet på när ett behov kan finnas hos Kommunen av att utöka den interna krediten utan inblandning av Banken. Ett fastighetsköp kräver rimligen andra och betydligt större förberedelser än i den av Kommunen beskrivna situationen. Vidare hanteras transaktionen normalt som en kon-

cernintern överföring, och inte genom en tillfällig ökning av internkrediten. Det väsentliga är dock att den hantering som Banken erbjuder inte utgör ett hinder mot att fastighetsbolaget omedelbart får tillgång till likvida medel. När Kommunen kontaktar Banken registreras ordern på minuten, utan ytterligare administration eller kostnad för Kommunen. Det är således inte, såsom Kommunen gör gällande, fråga om en risk för förseningar. Det uppställda skall-kravet står i strid med proportionalitetsprincipen eftersom kravet, om det skall tolkas såsom Kommunen gör gällande, inte är nödvändigt för att uppnå det av Kommunen eftersträvar syftet och då "åtgärdens effekt i upphandlingen" utesluter all konkurrens i upphandlingen. Att Banken, liksom flertalet andra banker inte erbjuder en tjänst där Kommunen "själva kan trycka på knappen" är ett medvetet ställningstagande för att tjänsten skall fungera på det för kunden bästa sättet utan risker för felhantering.

I anledning av Bankens yttrande, har Kommunen yttrat i huvudsak följande. Med hänvisning till SEB:s broschyr "Elektroniska tjänster, Online Cash Management", kan Kommunen bevisa att åtminstone två av Sveriges största banker klarar av att uppfylla det aktuella skall-kravet. Att det dessutom finns ytterligare banker inom Europa som uppfyller kravet – såsom det angivits av Kommunen – finner Kommunen ytterst troligt. SEB uppfyller skall-kravet såsom detta anges av Kommunen. Därmed är ur Bankens synpunkt kravet på proportionalitet och likabehandling tillgodosett.

Banken har slutligen anfört följande. Av bilagan framgår bl.a. att det genom den tjänst som SEB erbjuder "är enkelt att administrera företagets cash pool och koppla interna räntor och limiter till enskilda konton". Av bilagan framgår inte att SEB:s tjänst innebär att Kommunen själv har möjlighet att "trycka på knappen", utan endast att tjänsten finns och är lätt att administrera. Av inhämtade uppgifter från SEB står det också klart att SEB inte erbjuder sina kunder att själva lägga in interna krediter med individuella kreditvillkor inom koncernkontosystemet. Detta sker av SEB:s personal efter in-

struktion av kunden. Vad Kommunen anför avseende SEB är således inte korrekt, och SEB skulle således inte uppfylla det ställda skall-kravet såsom det skall förstås av Kommunen. Koncernkonton som produkt finns endast i en begränsad del av Norden och erbjuds över huvud taget inte i övriga Europa.

Länsrätten har den 1 februari 2008 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

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.

Enligt 1 kap. 22 § LOU skall en upphandlande enhet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad.

Enligt 7 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § första stycket LOU framgår bl.a. följande. 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 lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Konkurrenskravet innebär att de konkurrensmöjligheter som finns skall utnyttjas, varmed avses att den marknad skall uppsökas som finns för den upphandling som görs. Det skall emellertid inte krävas av den upphandlande enheten att den skall åstadkomma konkurrens. Detta innebär att den totala marknaden inte alltid behöver uppsökas. I affärsmässigheten ligger att den upphandlande enheten inte bör ställa upp krav som kan innebära en begränsning av konkurrensen. Begreppet affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Allmänt sett är det den upphandlande enheten som bestämmer vad som skall upphandlas. Av det följer att det är den upphandlande enheten som måste avgöra vilka skall-krav som skall uppfyllas av de leverantörer som vill vara med och konkurrera i upphandlingen. Det finns inte några regler i LOU som anger vilka skall-krav som skall ställas när en upphandling görs av en viss vara eller en tjänst utan den bedömningen har den upphandlande enheten att göra i varje enskilt fall. Hänsyn måste då tas till bl.a. vad som skall upphandlas, den verksamhet som den upphandlande enheten bedriver och de specifika förutsättningar som gäller inom det verksamhetsområdet etc. Den upphandlande enheten kan därför sägas ha en betydande frihet och ett betydande utrymme för skönsmässig bedömning när det gäller att bestämma vad som är viktigt och vad som skall tillmätas betydelse i en upphandling. Detta har den upphandlande enheten möjlighet att uttrycka i anbudsförfrågan bl.a. genom de skall-krav som måste vara uppfyllda av en

leverantör för att kunna komma i fråga för ett kontrakt avseende den aktuella varan eller tjänsten. Den upphandlande enhetens frihet vid utformningen av skall-kraven begränsas dock av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna.

I förevarande mål har Banken i huvudsak påstått att upphandlingen strider mot kravet på affärsmässighet i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet. Orsaken till det uppges vara att Kommunen utformat det aktuella skall-kravet avseende koncernkonto på ett sätt som dels medför att Banken inte utan vidare kunnat avgöra i förväg om den offererade tjänsten kommer att uppfylla kravet, dels inneburit att Banken inte kunnat konkurrera på lika villkor eller Kommunen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Länsrättens bedömning

Av Kommunens förfrågningsunderlag framgår såvitt nu är av intresse bl.a. följande. Täby kommunkoncern använder sig i dag av ett gemensamt koncernkontosystem i Nordea. Detta avtal löper ut den 31 mars 2008. I koncernkontostrukturen ingår Täby kommun, Täby FastighetsAB, Täby Holding AB, Södra Roslagens Brandförsvarsförbund och Täby kommuns egna konto i Roslagsvatten AB. I punkt 1.4.3 i förfrågningsunderlaget anges de skall-krav som gäller i den del upphandlingen avser koncernkonto. Där anges bl.a. följande skall-krav:

”Täby kommun skall på egen hand kunna lägga upp interna krediter med individuella kreditvillkor inom koncernkontosystemet. Uppfylls kravet?”

Av det svar Banken lämnat på denna fråga framgår att Banken besvarat frågan jakande och att följande tillägg gjorts:

”Inlägges rent fysiskt av Swedbank AB på uppdrag av kommunen.”

Eftersom Kommunen med hänsyn till detta tillägg ansett att Banken inte uppfyller skall-kravet, har Bankens anbud förkastats. Detta har fått till följd att någon materiell prövning av anbudet inte har gjorts av Kommunen.

Frågan om förfrågningsunderlaget uppfyller kravet på transparens

Den första fråga som länsrätten har att avgöra är om Kommunens förfrågningsunderlag i nu aktuellt avseende kan anses uppfylla kravet på transparens genom att på ett klart och tydligt sätt ange de krav som ovillkorligen måste vara uppfyllda i upphandlingen.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. För att anbudsgivarna skall få samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt. Det skall vidare framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet skall kunna antas. Ställda krav i förfrågningsunderlaget får sålunda inte ändras under upphandlingen. Den upphandlande enheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock under vissa förutsättningar godtas om de principer som bär upp LOU inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Enligt Banken måste en tolkning av det aktuella skall-kravet göras mot bakgrund av hur det uppfattas av aktörerna på marknaden och syftet med det. Enligt Banken innebär den reservation som Banken gjort genom tillägget inte att Kommunen fråntas beslutanderätt över de interna krediterna och kreditvillkoren. Att Bankens åtgärder ingår som ett moment i Kommunens handläggning innebär enligt Banken inte någon inskränkning i denna rätt. Inte heller innebär upplägget någon ytterligare administration eller kostnad för kommunens del. Att Bankens medverkan krävs för de aktuella åtgärderna medför inte någon egentlig nackdel, ens tidsmässig, för Kommunen.

Kommunen har å sin sida framfört att skall-kravet utformats utifrån de behov Kommunen har av att på egen hand kunna utöka den interna krediten utan inblandning av extern part. Enligt Kommunen kan Bankens reservation inte förstås på annat sätt än att Banken inte fullt ut uppfyller skall-kravet. Bankens svar kan inte ges någon annan innebörd än att det inte är möjligt för Kommunen att lägga upp interna krediter med individuella kreditvillkor utan att detta sker genom Bankens försorg. Enligt Kommunen innebär upplägget inte att Kommunen kan göra detta på egen hand. Hade Kommunen velat ha hjälp av Banken på det sätt som Banken tolkar kravet, hade Kommunen formulerat kravet så.

Länsrätten kan mot den bakgrund som nu lämnats konstatera att det uppställda skall-kravet är avsett att säkerställa att Kommunen skall kunna lägga upp interna krediter med individuella kreditvillkor inom koncernkontosystemet. Detta följer redan av kravets ordalydelse. Frågan är vilken betydelse det har för Kommunen att detta skall vara möjligt att göra *på egen hand*. Om denna kvalificering kan anses innebära någon skillnad för Kommunen, jämfört med ett upplägg som innebär att en extern part måste involveras, bör den också tillmätas avgörande betydelse vid tolkningen av kravet. Enligt länsrätten bör detta gälla även om skall-kravet måste underkännas på annan grund än att det strider mot kravet på transparens. Det som skall prö-

vas är således om kravet framgår på ett klart och tydligt sätt av förfrågningsunderlaget och inte om det i och för sig kan anses befogat. I målet är ostridigt att det avtal som Kommunen för närvarande har med Nordea innebär en möjlighet för de användare som Kommunen bestämmer att själva göra ändringar i de koncerninterna villkoren. Det är också med den innebörden som Nordea utvecklat sitt svar i upphandlingen på frågan om skallkravet är uppfyllt. Kommunen har vidare uppgett att den organiserat verksamheten så, att det är personal på Kommunens redovisningsavdelning, vars befogenheter i detta avseende beslutats av Täby kommunstyrelse, som också utför åtgärderna. Enligt länsrätten är det mot denna bakgrund som skallkravet bör tolkas. Den skillnad i uppläggen som Kommunen avsett att vara avgörande i upphandlingen måste också, enligt länsrätten, anses ha kommit till uttryck i skallkravet. Avgörande här är den innebörd som kvalificeringen ”på egen hand” har. Länsrätten finner således inte annat än att skallkravet framgår av förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt klart och tydligt sätt och att kravet på transparens därmed får anses uppfyllt. Kommunen har därför haft fog för sin bedömning att Banken inte uppfyllt skallkravet.

Frågan om skallkravet strider mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen

Till stöd får påståendet att skallkravet strider mot de gemenskapsrättsliga principerna om proportionalitet och likabehandling, har Banken i huvudsak gjort gällande att det med hänsyn till dess utformning innebär att endast en bank, nämligen Nordea, kan komma ifråga för kontrakt i upphandlingen. Banken menar att Kommunen vid utformningen av skallkravet tagit sin utgångspunkt i Nordeas tjänsteutbud och därigenom gett Nordea en betydande konkurrensfördel jämfört med övriga reella och potentiella anbudsgivare. Det uppställda skallkravet anses, med den innebörd som Kommunen lägger i det, inte nödvändigt för att uppnå det av Kommunen eftersträfvade

syftet. Att Banken, liksom flertalet andra banker inte erbjuder en tjänst där Kommunen "själv kan trycka på knappen" är ett medvetet ställningstagande för att tjänsten skall fungera på det för kunden bästa sättet utan risker för felhantering. Vidare har Banken, med hänvisning till Kommunens påståen- de att även SEB erbjuder tjänster som skulle uppfylla skall-kravet, framfört att det av inhämtade uppgifter från SEB står klart att inte heller den banken erbjuder sina kunder att själva lägga in interna krediter med individuella kreditvillkor inom koncernkontosystemet. Vad Kommunen påstått angående SEB:s tjänster är därför inte korrekt enligt Banken. Slutligen har Banken gjort gällande att koncernkonton som produkt endast finns i en begränsad del av Norden och över huvud taget inte erbjuds i övriga Europa.

Kommunen har å sin sida framfört att den under föregående avtalsperiod haft tillgång till den tjänst som skall-kravet avser, och också nyttjat möjlig- heten vilket understryker väsentligheten i kravet. Någon hänsyn till det tidi- gare affärsförhållandet till Nordea har inte tagits vid utvärderingen av om de olika anbuden uppfyller samtliga skall-krav. Kommunen har ställt de obligatoriska krav som bedömts som väsentliga för Kommunen. All infor- mation i upphandlingen har varit tillgänglig för alla presumtiva anbudsgiva- re såväl som faktiska anbudsgivare. Kommunen har inte haft något uppsåt att uppställa krav på ett sådant sätt att endast Nordea kan uppfylla dem. Kommunen vill i egenskap av internbank "på egen hand", dvs. utan in- blandning av Banken, kunna utöka en internkredit inom koncernkontots ram utan att gå en omväg via Banken med risk för förseningar.

I denna del gör länsrätten följande bedömning.

När det som i detta mål satts i fråga om kravet på proportionalitet är upp- fyllt, skall en prövning göras av om de krav som ställs i en upphandling har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som skall täckas genom upphandlingen. Principen om proportionalitet innebär att den

upphandlande enheten inte får ställa högre krav på leverantörerna än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Den upphandlande enheten bör vidare inte ställa upp krav som kan innebära en begränsning av konkurrensen eller som försvårar för leverantörer att delta i en upphandling på lika villkor. EG-domstolen har uttalat att reglerna skall tolkas i ”funktionella termer”, dvs. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdernas effekter vid den enskilda upphandlingen som skall bedömas (se NOU:s yttrande den 8 maj 2006 med diarienummer 2005/0138-21). I detta sammanhang kan även nämnas kravet på att alla leverantörer skall ges så lika förutsättningar som möjligt att delta i en upphandling. Således måste den upphandlande enheten, för att inte riskera att upphandlingen anses strida mot likabehandlingsprincipen, se till att lika information lämnas till alla leverantörer och att informationen finns tillgänglig för alla leverantörer samtidigt. Kravet innebär också att en upphandlande enhet inte får anta ett anbud som t.ex. inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget eller att en leverantör i något relevant avseende gynnas framför andra.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om principen åsidosatts skall genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg. För det första skall en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträlvade syftet. För det andra skall en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträlvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Slutligen skall bedömas om den negativa effekten som åtgärden får – på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker – är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträlvade syftet.

Kommunen har gjort gällande att det varit befogat att ställa det aktuella kravet med hänsyn till verksamhetens behov. Kommunen har här framfört att tjänsten inte bara varit tillgänglig genom avtalet med Nordea utan även

nyttjats av Kommunen. Därigenom synes Kommunen mena att det är visat att skall-kravet varit väsentligt och därför varit befogat att ställa i upphandlingen, dvs. att det varit viktigt för verksamheten att Kommunen snabbt kan agera för att t.ex. utöka den interna krediten utan inblandning av Banken. De huvudsakliga motiven för detta synes vara tidsaspekten och att Kommunen vill säkerställa att den själv kan besluta över storleken på internkrediter och kreditvillkor utan att det skall vara nödvändigt att först kontakta Banken. Det framgår emellertid inte i målet i vilken utsträckning Kommunen använt sig av tjänsten på det sättet. Kommunen har inte heller på annat godtagbart sätt förklarat hur viktigt där är för verksamheten att Kommunen kan vidta åtgärderna på egen hand eller i vilken utsträckning, om någon, den tjänst som Banken erbjudit faktiskt skulle kunna fungera som ett fullgott alternativ. Denna frågeställning är relevant av det skälet att Kommunen har att ta hänsyn bl.a. till priset på tjänsten vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har vidare inte invänt – annat än genom att hänvisa till att åtgärder skall kunna vidtas utan att Banken behöver kontaktas – mot Bankens påståenden om att det upplägg på tjänsten som Banken kan erbjuda i sak inte innebär någon inskränkning i Kommunens rätt att göra dispositioner och agera inom ramen för koncernkontostrukturen. Enligt Banken sker alltid en bakomliggande kontroll, antingen manuellt eller som en systemaccept, när kunden vidtagit en åtgärd som rör koncernkontot och att Kommunen därför inte ”äger frågan fullt ut” även om Nordea väljs till leverantör i upphandlingen; förändringar avseende interna krediter och kreditvillkor är i stort sett obefintlig efter det att strukturen inledningsvis lagts upp.

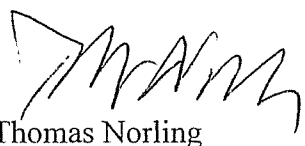
Länsrätten gör mot denna bakgrund den samlade bedömningen att det aktuella skall-kravet innebär att högre krav ställs på leverantörerna än vad som behövs och varit ändamålsenligt. Banken får vidare anses ha visat att det finns mindre ingripande alternativ som är vedertagna inom området för banktjänster. Om länsrätten därutöver kan konstatera att kravet innebär en

begränsning av konkurrensen eller försvårar för leverantörer att delta i en upphandling på lika villkor, skall det också anses strida mot proportionalitetsprincipen. I denna del finner länsrätten att skall-kravet medför att endast Nordeas anbud kan uppfylla skall-kravet, trots att anbud finns som med en annan utformning av kravet hade kunnat konkurrera i upphandlingen, låt vara att dessa anbud innehåller alternativa lösningar på det som är föremål för den. Länsrätten bedömer att denna effekt av skall-kravet är negativ i så måtto att den inte står i proportion till det eftersträvade syftet med upphandlingen.

Sammanfattningsvis strider skall-kravet således mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen. Banken har till följd av denna brist i förfarandet lidit skada. Det finns därför grund för länsrätten att ingripa mot upphandlingen med stöd av 7 kap. 2 § LOU. Eftersom bristen hänför sig till förfrågningsunderlagets utformning skall upphandlingen avbrytas och göras om.

Länsrätten bifaller därför Swedbank AB:s ansökan om överprövning enligt LOU och förordnar att upphandlingen skall göras om.

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



Thomas Norling

Rådman

Föredragande har varit Egil Nordqvist.

