



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 32

DOM
 2017-10-18
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 15167-17

SÖKANDE

Nordea Bank AB, 516406-0120

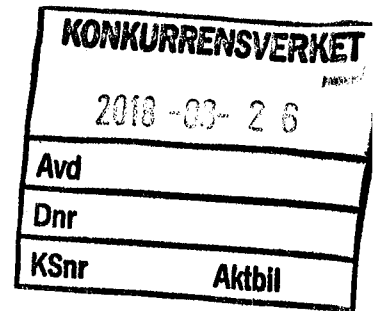
Ombud: Juristerna Daniel Lidman och Sara Dahlén
 Tenders Sverige AB
 Nygatan 34
 582 19 Linköping

MOTPART

Riksgäldskontoret, 202100-2635
 103 74 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Nordea Bank ABs ansökan om överprövning.

Dok.Id 898586

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30

BAKGRUND

Riksgäldskontoret (Riksgälden) genomför upphandling av ramavtal avseende kort- och resekontotjänster för statliga myndigheter och affärsverk, referens RG 2017/33. Upphandlingen genomförs i form av öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och avser två delområden; korttjänster respektive resekontotjänster, inom vilka separata tilldelningsbeslut fattas och inom vilka separata avtal tecknas. Riksgälden avser att välja två leverantörer per delområde. Rangordning tillämpas.

Nordea Bank ABs ansökan om överprövning avser delområdet resekontotjänster.

Av upphandlingsdokumentet framgår att upphandlingskontrakt avseende resekontotjänster tilldelas de två leverantörer som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om två eller flera anbudsgivare landar på exakt samma jämförpris för resekontotjänster kommer anbudsgivaren med lägsta faktiska anbudspris vinna. Om det faktiska anbudspriset är lika kommer lottning avgöra tilldelning.

Fem anbud inkom i upphandlingen och inkluderades i utvärderingen. Efter utvärderingen för resekontotjänster genomförts hade fyra anbudsgivare samma jämförpris och dessutom samma pris för resekonto;

- Diners Club Nordic AB (Diners),
- Eurocard AB (Eurocard),
- SEB Kort Bank AB (SEB) och
- Nordea Bank AB.

Tilldelning av kontrakt med två leverantörer i upphandlingen fick därför i enlighet med upphandlingsdokumentet ske genom lottning. Det vinnande anbudet på första plats med högsta rangordning blev anbud från Diners Club

Nordic AB. Det andra vinnande anbudet på andra plats med näst högsta rangordning blev anbud från Eurocard AB.

YRKANDEN M.M.

Nordea Bank AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ålägger Riksgälden att vidta rättelse av utvärderingen på så sätt att anbuden från Diners och Eurocard inte ska beaktas.

Som grund för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. Riksgälden har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § och 13 kap. 3 § 4 LOU. Anbudsgivaren SEB är moderbolag till anbudgivarna Diners respektive Eurocard. Dessa anbudsgivare hänvisar till samma produkt/tjänst som tillhandahålls av SEB. Varken Diners eller Eurocard erbjuder således de tjänster som upphandlingsföremålet avser i egen regi. Detta innebär i praktiken att Riksgälden erhållit två avtalsparter men endast en motpart vad gäller själva tjänsten. Det kan därför ifrågasättas huruvida de tre anbuden kan anses utgöra separata anbud och huruvida det kan anses att Riksgälden antagit två leverantörer. Det torde dessutom vara tveksamt om Diners och Eurocard uppfyllt det obligatoriska kravet på viss omsättning utan åberopandena avseende annans kapacitet. SEB, Diners och Eurocard har som koncernbolag utnyttjat den i princip obegränsade rätten att åberopa annans kapacitet, som framgår av 14 kap. 6 § LOU, på ett sådant sätt som kan ifrågasättas med tillämpningen av 13 kap. 3 § 4 LOU och 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579). Eftersom SEB nyttjat sina dotterbolag för att skapa sig bättre odds i den direkt avgörande lottningsprocessen finns det tillräckligt sannolika indikationer på att SEB, Diners och Eurocard har samarbetat i samband med anbudsgivningen i syfte att snedvrیدا konkurrensen. Eftersom upphandlingen avser cirka 772 utgivna resekonton med en omsättning på cirka 2 800 000 000 kronor, vilket utgör en dominerande andel av marknaden för resekonton, kan marknaden snedvridas genom resultatet i den förevarande

upphandlingen. Riksgälden skulle därför rätteligen ha uteslutit anbuderna från Diners och Eurocard. Genom att inte göra detta har Riksgälden genomfört utvärderingen på felaktiga grunder, vilket lett till att Nordea felaktigt har frångått möjligheten att teckna kontrakt.

Riksgälden anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Riksgälden har företagit prövning, kvalificering och utvärdering av erhållna anbud i enlighet med LOU. Som upphandlande myndighet har Riksgälden en skyldighet att beakta alla anbud som lämnas i en upphandling om de har kommit in i rätt tid, uppfyller alla krav och inte kan uteslutas. En leverantör har rätt att för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser teknisk och yrkesmässig kapacitet. Denna rätt gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelsen mellan leverantören och företagen. Riksgälden har inte angett i upphandlingsdokumentet att underleverantörer inte får anlitas för utförande av tjänsten eller del därav. En leverantör kan således inte uteslutas på grund av att den åberopar andra företags kapacitet. Det är korrekt att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrida konkurrensen. Eftersom det inte finns någon vägledande praxis i denna fråga har Riksgälden tittat på konkurrenslagen. Vid tillämpning av reglerna om konkurrensbegränsande samarbete mellan företag är det ett rekvisit att syftet med samarbetet ska ha varit att hindra, begränsa eller snedvrida konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Marknaden är i det aktuella fallet marknaden för resekontotjänster. Enligt Riksgäldens bedömning kan konkurrensen på hela marknaden för resekontotjänster inte anses snedvriden på grund av resultatet i upphandlingen av resekontotjänster. Grund för uteslutning har därför inte förelagat.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

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 iaktas (4 kap. 1 § LOU). Om den upphandlande myndigheten har brutit mot dessa grundläggande principer 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 (20 kap. 6 § LOU).

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundat sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört finns anledning att ingripa mot upphandlingen.

Åberopande av annans kapacitet

Anbudsgivarna SEB, Diners och Eurocard, som ingår i samma koncern, har genom korsvisa kapacitetsåtaganden åberopat varandras ekonomiska och finansiella samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Nordea har mot denna bakgrund bl.a. gjort gällande att det kan ifrågasättas huruvida Riksgälden, för det aktuella delområdet i upphandlingen, har antagit två leverantörer och att det är tveksamt huruvida vinnande anbudsgivare har uppfyllt det obligatoriska kravet på viss omsättning utan åberopande av annans kapacitet.

Förvaltningsrätten konstaterar att leverantör, enligt 14 kap. 6 § första stycket LOU, har rätt att för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Denna rätt gäller, enligt 14 kap. 6 § andra stycket LOU, oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Rätten att åberopa annans kapacitet gäller således även företag inom samma koncern.

Av avsnitt 7 i upphandlingsdokumentet ”Krav på leverantören” framgår att leverantören ska ha sådan ekonomisk stabilitet och finansiell ställning att ramavtalet kan genomföras utan risk för störningar på grund av ekonomiska problem.

Enligt 14 kap. 6 § andra stycket sista meningen LOU är det leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras. Med hänsyn till att anbudsgivarna SEB, Diners och Eurocard har gett in kapacitetsåtaganden som en bilaga till sina anbud är detta uppfyllt. Vid sådant förhållande är det inte visat att vinnande anbudsgivare, Diners och Eurocard, inte uppfyller de obligatoriska kraven på ekonomisk stabilitet och finansiell ställning.

Under avsnitt 7 i upphandlingsdokumentet ”Krav på leverantören” framgår vidare att Riksgälden tecknar avtal med ramavtalsleverantören samt att denna leverantör ansvarar för eventuella underleverantörers arbete såsom för eget arbete. Ramavtalsleverantören utgör, enligt upphandlingsdokumentets definitioner, den leverantör med vilken Riksgälden har ingått ramavtal med.

Mot denna bakgrund utgör, enligt förvaltningsrättens bedömning, anbuderna från SEB, Diners och Eurocard separata anbud oaktat dessa anbudsgivares åberopanden av annans kapacitet. Även om vinnande anbudsgivare Diners

och Eurocard skulle åberopa moderbolaget SEBs kapacitet vid utförandet av den upphandlade tjänsten anser förvaltningsrätten således att det inte heller är visat att Riksgälden inte har antagit två leverantörer i enlighet med upphandlingsdokumentet.

Överenskommelser som syftar till att snedvrیدا konkurrensen

Nordea har vidare gjort gällande att SEB och de vinnande anbudsgivarna Diners och Eurocard, som koncernbolag på ovan angivet sätt, har utnyttjat rätten att åberopa annans kapacitet på sådant sätt som kan ifrågasättas med tillämpning av 13 kap. 3 § 4 LOU och konkurrenslagstiftningen.

Av 13 kap. 3 § 4 LOU framgår att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om, myndigheten har tillräckligt sannolika indikationer på att leverantören har ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen.

Eftersom det av avsnitt 4 i upphandlingsdokumentet ”Tilldelning”, under underrubriken ”Uteslutning av leverantörer”, framgår att anbudsgivaren kommer att uteslutas från att delta i upphandlingen om någon av omständigheterna angivna i 13 kap. 1 – 3 §§ LOU föreligger har uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § 4 LOU, som i vanliga fall är fakultativ, gjorts obligatorisk.

Enligt förvaltningsrättens bedömning omfattar uteslutningsgrunden i 13 kap. 3 § 4 LOU, i avsaknad på uttryckligt undantag, även sådana överenskommelser som ingåtts mellan koncernbolag under förutsättning att upphandlande myndighet har tillräckliga indikationer på att sådan överenskommelse ingåtts i syfte att snedvrیدا konkurrensen.

Nordea har anfört att Riksgälden haft tillräckligt sannolika indikationer på att SEB, Diners och Eurocard har samarbetat i syfte att snedvrیدا konkurrensen. Till stöd för detta har Nordea anfört att SEB nyttjat sina dotterbolag för att skapa sig bättre odds i lottningsprocessen och att marknaden genom resultatet av upphandlingen kan snedvridas eftersom upphandlingen avser en dominerande andel av marknaden för resekontotjänster.

Som ovan har konstaterats omfattar rätten att åberopa annans kapacitet även företag inom samma koncern. Enligt förvaltningsrättens bedömning kan Nordea inte enbart genom sina påståenden anses ha visat att Riksgälden haft tillräckliga indikationer på att överenskommelse ingåtts mellan SEB, Diners och Eurocard i syfte att snedvrیدا konkurrensen. Vid sådant förhållande har Riksgälden inte haft skäl att utesluta anbuden från Diners och Eurocard på denna grund.

Inte heller i övrigt har Nordea visat att Riksgälden förfarit på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Vad Nordea anför föranleder ingen annan bedömning.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Nordea inte har visat att Riksgälden har brutit mot bestämmelserna i LOU vid genomförandet av upphandlingen avseende delområdet resekontotjänster. Det finns därför inte skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/ 1A LOU).

Eva Bäckström

Rådman

Camilla Brizzi har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

