



**KAMMARRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 03

DOM

2015-05-13

Meddelad i Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2015 -05- 2 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Edenred Sweden AB, 556253-6341

Ombud: EU-advokat Ida Otken Eriksson och jur.kand. Paula Ulander
Advokatfirman Öberg & Associés AB

Box 2098

103 13 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798

117 99 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 28 augusti 2014
i mål nr 5906-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar att upphandlingen av lunchkuponger och lunchkort i den del som avser lunchkort (projektnummer 10229) ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Edenred Sweden AB (Edenred) yrkar i första hand att upphandlingen, såvitt avser lunchkort, ska få avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Edenred beretts tillfälle att inkomma med handlingar som visar att Prepay Technologies Limited (PPT) är lagligt registrerat och saknar restförda skulder avseende socialförsäkringsavgifter och skatter i sitt hemland. I andra hand yrkar Edenred att upphandlingen ska göras om.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) bestrider bifall till överklagandet och yrkar att kammarrätten, när målet slutligt avgörs, beslutar att någon tiodagarsfrist inte ska gälla.

Edenred hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och anför sammanfattningsvis följande till stöd för sitt överklagande.

Bestämmelsen i 10 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och SKI:s beslut att utesluta Edenred från anbudsutvärderingen står i strid med den EU-rättsliga likabehandlingsprincipen och EU-rättens bestämmelser om fri rörlighet för tjänster och etableringsfriheten i artiklarna 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). I den överklagade domen konstaterar förvaltningsrätten att bestämmelsen i 10 kap. 4 § LOU sannolikt i praktiken oftare gynnar svenska anbudsgivare än utländska. En sådan konstaterad indirekt diskriminering kan inte motiveras utifrån möjligheten till en enkel kontroll angående uppgifter som finns tillgängliga i Sverige. Förvaltningsrätten motiverar inte heller varför den konstaterade indirekta diskrimineringen skulle vara proportionell. Edenred anser att det var oproportionellt att utesluta Edenreds anbud på den angivna grunden.

SKI hade i förevarande situation en på unionsrätten grundad skyldighet att skriftligen begära av anbudsgivarna att de skulle förtydliga sina anbud, för

att undanröja den av förvaltningsrätten konstaterade olikbehandlingen mellan inhemska och utländska anbudsgivare som följer av 10 kap. 4 § LOU. Det hade således varit proportionellt att be Edenred att komplettera sitt anbud med de efterfrågade bevisen och SKI hade en skyldighet att begära en sådan komplettering mot bakgrund av bestämmelsen i 15 kap. 12 § andra stycket LOU.

Förvaltningsrätten ansåg felaktigt att PPT:s verksamhet faller inom ramen för definitionen av en underleverantör. Begreppet underleverantör härstammar från EU-rätten och ska därför tolkas EU-konformt. Att Edenred felaktigt råkade uppge PPT som underleverantör har ingen betydelse för denna rättsliga bedömning.

SKI:s beslut att utesluta Edenred från upphandlingen har orsakat Edenred skada, då Edenreds anbud inte blev utvärderat och Edenred därför gick miste om möjligheten att vinna upphandlingen.

SKI hänvisar till vad som anförts i förvaltningsrätten och anför sammanfattningsvis följande till stöd för sitt bestridande. Edenreds ansökan om överprövning ska endast prövas mot bestämmelserna i LOU och direktivet, inte direkt mot fördragets bestämmelser. Detta framgår av 16 kap. 6 § LOU. Bestämmelsen i 10 kap. 4 § LOU och SKI:s tillämpning av bestämmelsen är förenlig med principerna om likabehandling och icke-diskriminering, då lika situationer inte har behandlats olika eller vice versa. Om kammarrätten skulle finna att en olik behandling har skett av lika situationer så har den motiverats av sakliga skäl. Det har inte uppkommit något hinder för etableringsfriheten eller friheten att tillhandahålla tjänster genom kraven i upphandlingen. SKI saknade såväl skyldighet som möjlighet att låta Edenred komplettera sitt anbud med de handlingar som saknades. SKI har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU genom att pröva Edenreds anbud med PPT som underleverantör. Om kammarrätten skulle finna att SKI i

något avseende har brustit i upphandlingen så har Edenred inte kunnat lida skada av den eventuella bristen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

Den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på EU-direktiv om offentlig upphandling. Den ska därför tillämpas och tolkas i enlighet med ordalydelsen i och syftet med direktivens bestämmelser. Både genomförande av direktiv i nationell lagstiftning och tolkning av sådana bestämmelser ska vidare ske med iakttagande av unionsrätten som helhet och således enligt FEUF, EU-domstolens praxis och de grundläggande unionsrättsliga principerna.

Frågan om underleverantör

Den första frågan som kammarrätten tar ställning till är om PPT är att anse som Edenreds underleverantör och därmed omfattas av de ifrågasatta kraven. Nästa fråga är om förfrågningsunderlagets definition av underleverantör strider mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 2.1.3.1 avses med underleverantör en sådan leverantör som träder i Ramavtalsleverantörens ställe för att utföra hela eller delar av uppdraget/leveransen och inte de leverantörer som levererar diverse varor och tjänster till Ramavtalsleverantören.

Förfrågningsunderlagets definition av begreppet underleverantör ska tolkas mot bakgrund av 6 kap. 11 § LOU, som anger 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. Någon definition av begreppet

underleverantör finns inte i LOU utan begreppet får tolkas i ljuset av artikel 25 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (klassiska direktivet). Där anges att 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 samt vilka underleverantörer som föreslås.

Enligt kammarrättens mening leder en direktivkonform tolkning av 6 kap. 11 § LOU till slutsatsen att uttrycket underleverantör ska förstås som varje annan juridisk eller fysisk person som anbudsgivaren avser att anlita för att genomföra hela eller del av uppdraget (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 7 april 2014 i mål nr 567-14). En direktivkonformtolkning av begreppet underleverantör skiljer sig således inte på något avgörande sätt från definitionen i förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten konstaterar att Edenred i sitt anbud har angett PPT som underleverantör. Vidare har Edenred som svar på SKI:s begäran om komplettering den 17 februari 2014, om vilka tjänster PPT ska tillhandahålla inom ramen för Edenreds anbud, svarat att PPT bl.a. tillhandahåller saldoinformation och transaktionshistorik. Som SKI har anfört kan dessa tjänster direkt kopplas till uppdraget genom att det i förfrågningsunderlagets avsnitt 4.2.18 uppställs ett krav på att anställda via sin inloggning eller på annat sätt ska kunna se gjorda transaktioner, saldo samt byta pin-kod. Mot denna bakgrund anser kammarrätten att SKI har haft fog för sin bedömning att PPT är Edenreds underleverantör enligt förfrågningsunderlagets definition, även när denna tolkas mot bakgrund av 6 kap. 11 § LOU och artikel 25 i det klassiska direktivet.

Vad sedan gäller frågan om förfrågningsunderlagets definition av underleverantör står i strid med transparensprincipen så instämmer kammarrätten i den bedömning som förvaltningsrätten har gjort.

SKI har alltså inte överträtt LOU i dessa avseenden.

Frågan om kraven på att inge bevis om betalning av socialförsäkringsavgifter och skatter samt om registrering

Enligt EU-domstolens fasta praxis innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (jfr EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, punkt 27). Principen syftar till att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, oberoende av nationalitet (jfr EU-domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, Parking Brixen, punkt 48).

SKI har i förfrågningsunderlaget ställt upp obligatoriska krav på att det för utländska leverantörer och underleverantörer till anbudet ska biläggas dels bevisning om att företaget inte har restförda skulder avseende socialförsäkringsavgifter och skatter i det egna landet, dels bevis om att företaget är registrerat i aktiebolags- eller handelsbolagsregister eller liknande register som gäller i det egna landet. SKI har sedan förkastat Edenreds anbud när detta saknat sådana bevis i fråga om bolagets utländska underleverantör PPT. Några motsvarande krav, och därmed motsvarande uteslutningsgrunder, har inte tillämpats på svenska anbudsgivare som inte har anlitat utländska underleverantörer. Avseende dessa svenska leverantörer och underleverantörer anges det i förfrågningsunderlaget att SKI självt, genom kontakt med Skatteverket och Creditsafe, kontrollerar att bolaget har fullgjort sina förpliktelser avseende socialförsäkringsavgifter och skatter samt att det är bolagsregistrerat. Om SKI inte kan få tillgång till

de aktuella uppgifterna ska dessa anbudsgivare, när SKI så begär, vara beredda att tillhandahålla uppgifterna. Det föreligger således en olik behandling av utländska anbudsgivare och svenska anbudsgivare som anlitar en utländsk underleverantör jämfört med svenska anbudsgivare utan utländska underleverantörer.

SKI har motiverat denna olikbehandling med att det rör sig om olika situationer, varför en olik behandling är tillåten. Om kammarrätten skulle anse att en olik behandling har skett av lika situationer anser SKI att olikbehandlingen har motiverats av sakliga skäl eftersom skyldigheten enligt 10 kap. 4 § LOU för upphandlande myndigheter att inhämta uppgifter från behörig myndighet endast omfattar socialförsäkringsavgifter och skatter i Sverige. Vidare anför SKI att utländska företag har kännedom om byråkratin i sina hemländer och är betydligt bättre lämpade att utverka nödvändiga handlingar än en svensk upphandlande myndighet är.

Enligt kammarrättens mening måste frågan om det rör sig om lika situationer besvaras utifrån det klassiska direktivets syfte, vilket är att utveckla en effektiv konkurrens så att det bästa anbudet kan väljas (jfr EU-domstolens dom den 22 juni 1993 i mål C-243/89, Storebælt, punkt 33). Därmed förbjuder likabehandlingsprincipen generellt olikbehandling av företag som är i en likvärdig konkurrenssituation (jfr Arrowsmith, Sue, The law of public and utilities procurement, 2005, s. 426). Något annat har inte framkommit än att Edenred befinner sig i en likvärdig konkurrenssituation i förhållande till svenska leverantörer som inte anlitar en utländsk underleverantör. Således rör det sig om en olik behandling av lika situationer.

Vad sedan gäller frågan om denna olikbehandling motiveras av sakliga skäl, anser kammarrätten att bestämmelsen i 10 kap. 4 § LOU skulle kunna utgöra ett sakligt skäl för SKI att, vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatter,

tillämpa en olik behandling av anbudsgivare som har sådana åligganden i Sverige jämfört med anbudsgivare som har sådana åligganden i ett annat land. Däremot så utgör bestämmelsen inte ett sakligt skäl för en olik behandling på grundval av anbudsgivarens nationalitet, vilket är fallet i SKI:s förfrågningsunderlag. Kraven på att bilägga bevis om socialförsäkringsavgifter, skatter och registrering gäller ju endast utländska anbudsgivare/underleverantörer. Som förvaltningsrätten har påtalat kan även svenska anbudsgivare ha åligganden avseende skatter och avgifter i andra länder på samma sätt som utländska anbudsgivare kan ha sådana åligganden i Sverige. Beträffande kontroll av bolagsregistrering finns det i LOU inte någon bestämmelse som hindrar SKI att begära in de efterfrågade bevisen även från svenska leverantörer.

Enligt kammarrättens mening kan den aktuella olikbehandlingen inte heller rättfärdigas enbart med hänsyn till vad SKI åberopat om att utländska företag är betydligt bättre lämpade att utverka handlingarna från utlandet än vad svenska upphandlande myndigheter är. De administrativa fördelar för den upphandlande myndigheten som det innebär att företaget självt införskaffar handlingarna kan inte anses vara ett godtagbart sakligt skäl för en olikbehandling. Det behöver inte heller nödvändigtvis vara svårare för en upphandlande myndighet att få de aktuella bevisen från en utländsk myndighet än från en svensk sådan.

Dessutom kan åtgärderna inte anses proportionerliga eftersom SKI kunde ha kontrollerat att utländska leverantörer och underleverantörer fullgjorde sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter och skatter i det egna landet samt att de var bolagsregistrerade på ett mindre ingripande sätt. Detta kunde t.ex. ha skett genom att SKI, i enlighet med vad som gäller för svenska leverantörer, självt kunde ha försökt inhämta bevisen innan anbudsgivaren ålades att ge in dem, eller genom att bevisen endast inhämtades från den utländska leverantör eller leverantör med en utländsk underleverantör som eventuellt skulle tilldelas kontraktet. De förhållanden som de begärda

handlingarna ska visa är naturligtvis av berättigat intresse för den upphandlande myndigheten. Det är dock inte proportionerligt att en brist på bifogade handlingar ska leda till uteslutning i detta skede av upphandlingen.

Sammanfattningsvis anser kammarrätten att de aktuella kraven, såsom de är formulerade, strider mot principerna om likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet enligt 1 kap. 9 § LOU.

Frågan om skada m.m.


Kammarrätten har funnit att SKI har brutit mot LOU genom att i förfrågningsunderlaget ställa krav på att enbart utländska leverantörer och leverantörer med utländska underleverantörer till anbudet ska bifoga viss bevisning. För att grund för ingripande ska föreligga krävs därutöver att Edenred visar att Edenred har lidit eller kan komma att lida skada av de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

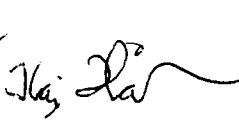
Edenred har anfört att bolaget har lidit skada eftersom Edenreds anbud på grund av de otillåtna kraven inte har blivit utvärderat samt att Edenred därmed gått miste om möjligheten att vinna upphandlingen. Kammarrätten anser att den omständighet att en leverantör felaktigt har uteslutits från utvärdering i regel får anses medföra att leverantören kan komma att lida skada (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 18 februari 2013 i mål nr 8896-12). Edenred har därmed visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. De konstaterade bristerna har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, varför rättelse inte är en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen ska därför göras om i den del som avser lunchkort.


Vid denna utgång har SKI:s yrkande om att någon tiodagarsfrist inte ska gälla förfallit.

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


Ingrid Engquist
kammarrättsråd
ordförande


Cecilia Bohlin
kammarrättsråd


Kaj Håkansson
kammarrättsråd
referent


Souléf Sellidj
kammarrättsfiskal
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 17

DOM
2014-08-28
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
5906-14

SÖKANDE

Edenred Sweden AB, 556253-6341

Ombud: Advokat Ulf Öberg och jur.kand. Mattias Schain
Advokatfirman Öberg & Associés AB
Box 2098
103 13 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
117 99 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandena om att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen och yttrande från Konkurrensverket.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att tiodagarsfrist inte ska gälla.

Dok.Id 502870

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en upphandling av ramavtal avseende lunchkuponger och lunchkort. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU).

Av tilldelningsbeslut den 7 mars 2014 framgår att SKI beslutat att teckna avtal med en annan leverantör än Edenred Sweden AB (Edenred) avseende lunchkort. Av beslutet framgår vidare att Edenreds anbud inte har utvärderats eftersom anbudet inte uppfyllt ställda krav i förfrågningsunderlaget. Det saknades information om en underleverantör, både avseende bevis om betalda skatter och socialförsäkringsavgifter och avseende bevis om registrering.

Edenred Sweden AB (Edenred) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen såvitt den avser lunchkort ska få avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att Edenred beretts tillfälle att inkomma med handlingar som visar att Prepay Technologies Limited (PPT) saknar restförda skulder avseende socialförsäkringsavgifter och skatter. I andra hand yrkar Edenred att upphandlingen ska göras om. Edenred yrkar även att förvaltningsrätten ska inhämta ett förhandsavgörande från EU-domstolen och ett yttrande från Konkurrensverket.

Edenred ger in bl.a. registreringsbevis för PPT och ett intyg om att PPT inte har några obetalda skatter och avgifter.

SKI bestrider bifall till ansökan och yrkar att någon tiodagarsfrist inte ska gälla. Till stöd för sin talan anför SKI bl.a. följande. Det saknas förutsättningar för domstolsingripande i upphandlingen. Det strider inte mot lika-behandlingsprincipen, någon annan princip eller någon bestämmelse i

LOU att förkasta Edenreds anbud på grund av att bevis om betalda skatter och avgifter för PPT eller bevis om registrering inte bifogats. Förfarandet har varit i enlighet med LOU vilken i sin tur är förenlig med EU-rätten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU, dvs. att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs både att sökanden kan visa att upphandlande myndighet agerat på ett sätt som inte är förenligt med den upphandlingsrättsliga regleringen och att sökanden till följd av detta agerande lidit eller kan komma att lida skada.

Anbudet förkastat på grund av att bevis om betalda socialförsäkringsavgifter och skatter och registrering i bolagsregister saknats

Principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt förhåndsavgörande från EU-domstolen och yttrande från Konkurrensverket

Edenred anför sammanfattningsvis följande. I förfrågningsunderlaget har uppställts villkor om att till anbudet bilägga bevis att utländska underleverantörer inte har restförda skulder avseende socialförsäkringsavgifter och skatter i det egna landet och bevis om att utländska underleverantörer är registrerade i bolagsregister i det egna landet. Villkoren strider mot likabehandlingsprincipen och icke-diskrimineringsprincipen, och Edenreds anbud har uteslutits till följd av villkoren. Såväl 10 kap. 4 § LOU som SKI:s tillämpning av bestämmelsen strider mot nämnda principer. Tillämpningen

har försvårat Edenreds deltagande i upphandlingen och medfört alltför betungande administrativa bördor. Lättnaden i den administrativa bördan för svenska leverantörer och underleverantörer avskräcker anbudsgivare från att anlita utländska underleverantörer. PPT är registrerat i det brittiska bolagsregistret. Edenred bilade inte något registreringsbevis till sitt anbud. Om Edenred bara haft svenska underleverantörer hade SKI själva inhämtat uppgift om i vad mån underleverantörerna hade restförda skatter eller avgifter. Med en brittisk underleverantör har Edenred varit ålagd att själv inom anbudstiden på 40 dagar tillhandahålla ett så kallat Tax Clearance Letter. Ett sådant tar fyra veckor för PPT att erhålla från den brittiska skattemyndigheten.

LOU och upphandlingsdirektivet¹ ger den upphandlande myndigheten en möjlighet att fordra sådana intyg respektive bevis som är i fråga. SKI har emellertid använt denna möjlighet olika beroende på vilket land en leverantör är hemmahörande i. För svenska leverantörer infordras bevisen och intygen endast i de fall SKI inte på egen hand kunnat utverka den aktuella informationen. För leverantörer hemmahörande i utlandet kräver SKI istället att handlingarna ges in tillsammans med anbudet, vid äventyr av att anbudet annars förkastas. Detta oavsett SKI:s möjligheter att själv inhämta den efterfrågade informationen. Det föreligger således en olikabehandling.

Ska-kravet för utländska anbudsgivare eller underleverantörer att bilägga bevis till anbudet som visar att företaget inte har restförda skulder avseende socialförsäkringsavgifter och skatter i det egna landet, är också oproportionerligt i förhållande till dess syfte. Den bristande proportionaliteten i att anbudet uteslöts styrs av att de intyg som avses kan ersättas av en ut-saga som har avgetts på heder och samvete eller av en liknande försäkran.

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Det principen om likabehandling inom upphandlingsrätten tar sikte på är inte att alla anbudsgivare ska garanteras någon viss miniminorm enligt upphandlingsdirektiven, utan att anbudsgivarna, oberoende av nationalitet, behandlas lika både när de utarbetar sina anbud och när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. I förevarande fall kan det konstateras att Edenred har missgynnats på grund av att anbudet inkluderat en brittisk underleverantör.

Edenred begär att förvaltningsrätten inhämtar ett förhandsavgörande från EU-domstolen om EU-rättens innebörd i nu aktuellt avseende, dvs. huruvida lättningen i den administrativa bördan för svenska leverantörer och underleverantörer i offentlig upphandling enligt 10 kap. 4 § LOU och om kravet på registreringsbevis från utländska leverantörer strider mot likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering på grund av nationalitet, huruvida detta utgör en inskränkning vid utövandet av etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster i den mening som avses i artiklarna 49 och 56 fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), huruvida särbehandlingen av utländska leverantörer och underleverantörer kan motiveras av några skäl av allmänintresse samt om den i förekommande fall är nödvändig och proportionerlig för att uppnå det angivna målet av allmänintresse. Till ledning för domstolens beslut att hänskjuta målet för förhandsavgörande till EU-domstolen, begär Edenred att domstolen inhämtar ett yttrande från Konkurrensverket.

SKI anför att upphandlingsförfarandet inte strider mot LOU eller någon grundläggande princip att det saknas anledning att inhämta yttrande från Konkurrensverket eller att begära förhandsavgörande från EU-domstolen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska leverantörer vid en upphandling behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, vilket också följer av EU-rätten. Likabehandlingsprincipen innebär bl.a. att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt, t.ex. genom att de ges samma information vid samma tillfälle. Principen innebär vidare att krav inte får vara utformade så att vissa anbudsgivare gynnas eller har avsevärt mycket lättare att lämna anbud. Icke-diskrimineringsprincipen innebär att det är förbjudet att diskriminera leverantörer på grund av nationalitet. Det får exempelvis inte finnas krav som enbart svenska leverantörer kan uppfylla.

Enligt 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling bl.a. om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker. Den upphandlande myndigheten får enligt tredje stycket i samma paragraf begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören på den grunden, utom i de fall som gäller socialförsäkringsavgifter och skatter i Sverige. Vid kontroll av att åligganden avseende sådana avgifter och skatter har fullgjorts ska enligt 10 kap. 4 § LOU i stället uppgifter inhämtas från behörig myndighet. Enligt 10 kap. 2 § första stycket 6 får en leverantör även uteslutas om den i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna upplysningar som begärs med stöd av bestämmelserna i 10 kap. Upphandlande myndighet får också begära att en anbudsgivare visar att han eller hon är registrerad i aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register (11 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrätten finner att bestämmelsen i 10 kap. 4 § LOU innebär ett enklare förfarande för de anbudsgivare som har åligganden i fråga om skatter och socialförsäkringsavgifter i Sverige och att detta sannolikt i praktiken oftare gynnar svenska anbudsgivare än utländska. Bestämmelsen är emellertid utformad på ett sådant sätt att den gäller lika för alla anbudsgivare oavsett om det är en svensk eller en utländsk anbudsgivare. Även

svenska anbudsgivare kan ha åligganden avseende skatter och avgifter i andra länder och således vara tvungna att visa att det inte finns grund för att utesluta dem med anledning av att sådana åligganden inte har fullgjorts i ett annat land. På samma sätt kan en utländsk anbudsgivare omfattas av den enklare kontroll som görs i fråga om skatter och avgifter i Sverige. Även om bestämmelsen i praktiken oftare underlättar för svenska leverantörer medför den ingen ytterligare börda för utländska leverantörer, och utländska leverantörer är inte förhindrade att uppfylla kravet. Vidare kan konstateras att det inte är praktiskt möjligt att uppnå helt identiska förutsättningar för alla anbudsgivare oavsett nationalitet, och det är inte heller syftet med likabehandlings- och icke-diskrimineringsprinciperna. Exempelvis anses det under vissa förutsättningar tillåtet att ange vilket språk ett anbud ska ges in på, trots att detta sannolikt förenklar för företag med viss nationalitet.

I SKI:s förfrågningsunderlag anges under avsnitt 2.1.1.3 att för utländska anbudsgivare och underleverantörer ska bevis som visar att företaget inte har restförda skulder avseende socialförsäkringsavgifter och skatter i det egna landet biläggas anbudet. Det anges även att för utländska anbudsgivare och underleverantörer ska bevis som visar att företaget är registrerat i aktiebolags- eller handelsbolagsregister eller liknande register som gäller i det egna landet biläggas anbudet (2.1.2.1). Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad som redovisats ovan att kraven är förenliga med LOU. Förvaltningsrätten finner vidare att utländska leverantörer inte har varit förhindrade eller haft väsentligt svårare att uppfylla kraven. Den skillnad som föreligger får anses vara sakligt motiverad utifrån möjligheterna till en enkel kontroll angående uppgifter som finns tillgängliga i Sverige. Att kravet på bevis kan ersättas av en utsaga som har avgetts på heder och samvete eller av en liknande försäkran innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att kraven är oproportionerliga. Förvaltningsrätten finner således att de berörda kraven i förfrågningsunderlaget inte strider mot de grund-

läggande principerna för upphandling, och det finns inte heller anledning att inhämta yttrande från Konkurrensverket eller förhandsavgörande från EU-domstolen.

Begäran om komplettering

Edenred anför följande. För det fall det inte varit möjligt för SKI att på egen hand få tillgång till uppgifter om socialförsäkringsavgifter och skatter och om registrering i bolagsregister har SKI enligt likabehandlingsprincipen i vart fall varit skyldigt att först begära att Edenred skulle tillhandahålla handlingarna innan anbudet kunde uteslutas. SKI borde åtminstone ha haft en skyldighet att uppmana Edenred att visa att det inte fanns någon grund för att utesluta anbudet, i synnerhet som SKI under förfarandet ställde frågor som var hänförliga till Edenreds underleverantör.

SKI anför att upphandlingsförfarandet inte i någon del strider mot de grundläggande principerna eller upphandlingsreglerna i övrigt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att ett anbud förtydligas och kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det finns dock ingen skyldighet för en myndighet att begära eller erbjuda komplettering. Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att kravet på att ge in bevis om betalda avgifter och skatter och om bolagsregistrering inte strider mot de grundläggande principerna. Det finns därför inte någon anledning att frånga bestämmelsen om att en begäran om komplettering är en frivillig möjlighet för den upphandlande myndigheten. SKI:s förfarande i denna del har således inte stått i strid med upphandlingsregleringen.

Frågan om underleverantör

Edenred anför i huvudsak följande. Det har inte funnits någon skyldighet för Edenred att ge in de efterfrågade bevisen beträffande PPT, eftersom PPT inte ska ses som en underleverantör utifrån definitionen i förfrågningsunderlaget. PPT träder inte i Edenreds ställe för att utföra hela eller delar av uppdraget. Istället tillhandahåller PPT Edenred en tjänst i form av en teknisk betalningslösning. Att Edenred uppgav PPT som underleverantör i sitt anbud berodde på en felläsning av förfrågningsunderlaget. Den huvudsakliga innebörden av affärsmodellen klargjordes för SKI i svar på fråga den 20 februari 2014. För det fall underleverantörsbegreppet i denna upphandling ändå ska ges en vidare betydelse än den Edenred gör gällande, måste det ifrågasättas om förfrågningsunderlaget är i överensstämmelse med transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

SKI anför i huvudsak följande. Frågan om PPT ska betraktas som underleverantör måste prövas utifrån vad som anförts i anbudshandlingarna. Edenred angav PPT som underleverantör i sitt anbud efter att ha tagit del av förfrågningsunderlagets definition. En anbudsgivare måste stå för de uppgifter som lämnas i anbud. Andra uppgifter kan inte ligga till grund för bedömning av om SKI gjorde rätt eller fel som betraktade PPT som underleverantör, eftersom det skulle innebära att Edenred tilläts ändra sitt anbud i efterhand. Då SKI fann att registreringsbevis och bevis om inbetalning av skatter och avgifter inte hade bifogats anbudet frågade SKI Edenred vilka tjänster PPT skulle tillhandahålla inom ramen för anbudet. SKI fann utifrån det svar som gavs att PPT var underleverantör för upphandlingen av lunchkort. Vidare uppgav Edenred att PPT bland annat ger ut e-pengar, tillhandahåller konton för anställda och tillhandahåller saldoinformation och transaktionshistorik. Detta innebär, till skillnad från vad Edenred nu anför, att PPT träder i Edenreds ställe och fullgör delar av uppdraget. Utan PPT:s medverkan som underleverantör faller anbudet i sin helhet. Edenred

har tolkat kravet så som SKI avsett att det ska tolkas, att det omfattar leverantörer som utför de tjänster PPT utför.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt förfrågningsunderlaget, avsnitt 2.1.3.1, avses med underleverantör sådan leverantör som träder i Ramavtalsleverantörens ställe för att utföra hela eller delar av uppdraget/leveransen och inte de leverantörer som levererar diverse varor och tjänster till Ramavtalsleverantören.

Förvaltningsrätten finner att definitionen av underleverantör i förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydlig och att samtliga anbudsgivare har fått samma förutsättningar att förstå vad upphandlande myndighet avser med uttrycket. Förvaltningsrätten anser således inte att transparensprincipen har åsidosatts.

Enligt förvaltningsrättens mening faller PPT:s verksamhet såsom den beskrivits inom definitionen för en underleverantör i denna upphandling. Det är vidare ostridigt att Edenred angav PPT som underleverantör i sitt anbud. Att Edenred nu ändrat inställning och förklarar att förfrågningsunderlaget lästs fel saknar betydelse. PPT ska följaktligen betraktas som underleverantör till Edenred och omfattades således av kraven på bevis om socialförsäkringsavgifter och skatter och om bolagsregistrering.

Förvaltningsrättens slutsats

Det är ostridigt i målet att Edenred inte till sitt anbud har bilagt bevis om att PPT inte har restförda skulder avseende socialförsäkringsavgifter och skatter i det egna landet eller bevis om att PPT är registrerat i aktiebolags- eller handelsbolagsregister eller liknande register i det egna landet. Förvaltningsrätten har funnit att Edenred genom det som anförts inte har visat att SKI agerat på ett sätt som inte är förenligt med den upphandlingsrätts-

liga regleringen. Det finns således inte grund för något ingripande enligt LOU, varför Edenreds ansökan ska avslås.

Tiodagarsfrist


SKI har yrkat att någon tiodagarsfrist inte ska gälla och anför i huvudsak följande. Edenreds ansökan är uppenbart ogrundad. Den pågående överprövningen är endast ett sätt att fördröja upphandlingsprocessen. Edenred använder överprövningen som en förevändning för att få de myndigheter som är avropsberättigade i det upphandlade ramavtalet att direktupphandla tjänsten från Edenred i stället.

Edenred bestrider att processen är ett sätt att fördröja upphandlingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. När en förlängd avtalsspärr gäller får en upphandlande myndighet inte ingå avtal förrän tio dagar gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. Rätten får besluta att någon tiodagarsfrist inte ska gälla (16 kap. 10 § första och fjärde stycket LOU). Det har inte framkommit tillräckliga skäl för att besluta att tiodagarsfristen inte ska gälla. Yrkandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Christina Fredin

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Lovisa Klingberg har föredragit målet.

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.