

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**
Allmänna avdelningen

DOM
2010-01-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22814-09
Enhet 12

KONKURRENSVERKET

KONKURRENSVERKET
2010-01-13
Avt
2010-01-13
Dnr
Avt
Avt
Dnr
Avt

SÖKANDE

Borgstaden AB, 556764-0569
Gustav III:s Boulevard 46
169 73 Solna

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsdotter Forssell och Elisabeth Legnerfält
samt Jur.Kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi & Co AB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad, Idrottsförvaltningen
Fastighetsavdelningen
Box 8313
104 20 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 9 november 2009 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas upphör därmed att gälla.

Dok.Id 482394

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

Stockholms stad, Idrottsförvaltningen (Staden) har genomfört en upphandling av Digitalkameran 2, nybyggnad av kontor, anläggningsnummer 829 (Upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut daterat den 20 oktober 2009 beslutade Staden att anta ett annat anbud än anbudet från Borgstaden AB (Bolaget). Av tilldelningsbeslutet framgår att det vinnande anbudet var det enda som klarat uppställda kvalifikationskrav i utvärderingskriteriet.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att länsrätten ska besluta att Upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Bolagets anbud tas upp till utvärdering. Till stöd för sin talan anför Bolaget i huvudsak följande. Staden har felaktigt förkastat Bolagets anbud med hänvisning till att Bolagets anbud inte har uppfyllt skall-kravet avseende att leverantörerna ska ha minst riskklass 3 enligt UC eller kreditupplysningsföretag. Staden har därvid underlåtit att göra en sådan individuell bedömning avseende Bolagets ekonomiska kapacitet som det enligt RÅ 2005 ref 47 åligger Staden att göra. Om Staden inte på detta sätt hade brutit mot LOU skulle Bolagets anbud inte ha förkastats utan i stället upptagits till utvärdering. Bolaget skulle då, som det ekonomiskt mest fördelaktigt anbudet, ha tilldelats ramavtal. Stadens brott mot LOU har därmed inneburit att Bolaget har lidit skada. Staden har brutit mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU genom att förkasta Bolagets anbud eftersom Bolaget har påvisat en god ekonomisk stabilitet. Bolaget hade inte rating 3 enligt UC eller motsvarande. Däremot har Bolaget i sitt anbud beskrivit bolagets organisation, ekonomi och bakgrund. Av detta framgår att Bolaget är nystartat och att någon

årsredovisning inte har lämnats till Bolagsverket, dvs. någon rating genomförd av ett kreditinstitut kan inte erhållas. Bolaget har istället bifogat sin balans- och resultaträkning som tydligt visar att Bolaget har goda förutsättningar att motsvara kravet på riskklass 3 hos UC eller motsvarande. Av en analog tolkning av 11 kap. 7 § första stycket andra punkten LOU framgår att balans- och resultaträkning utgör fullgoda bevis på en leverantörs ekonomiska ställning. Bolaget har vidare åberopat kapacitet hos sitt dotterbolag S&Q Bygg AB (S&Q) som hos kreditinstitutet Creditsafe har rating 84 av maximalt 100. Det framgår även av anbudet att Robert Hellgren, som har skrivit under anbudet i Upphandlingen, är behörig firmatecknare för S&Q. En leverantör har rätt att åberopa ett annat bolags kapacitet för att uppfylla krav på ekonomisk ställning. Detta framgår analogt av 11 kap. 12 § LOU och av EG-domstolens dom i mål C-176/98 Holst Italia SpA. Bolaget lämnade in anbudet den 20 augusti 2009 och skickade in ändringsanmälan till Bolagsverket avseende S&Q den 1 september 2009. Den 18 september 2009 tillträdde Robert Hellgren som VD och styrelseledamot i S&Q och var därmed behörig firmatecknare för detta bolag när tilldelningsbesluten fattades. Det är enligt förfrågningsunderlaget Staden som ska inhämta uppgifter avseende anbudsgivarens ekonomiska ställning och i detta får anses ligga ett ansvar att inhämta uppgifter som är så färska som möjligt. Hade Staden företagit en ny undersökning hade staden funnit att Robert Hellgren var behörig firmatecknare för S&Q. Staden har förkastat Bolagets anbud enbart på grundval av den kreditupplysning från UC som Staden själv inhämtat och detta utan att bereda Bolaget möjlighet att med egen utredning bemöta de upplysningar som Staden inhämtat och det kreditomdöme som UC lämnat. Staden borde ha inhämtat kreditupplysningar även från andra kreditinstitut på marknaden vilket anges i förfrågningsunderlaget (jmf länsrättens dom den 29 oktober 2009 i mål 2111-09). Dessutom skickade Bolaget den 1 oktober 2009 in en ytterligare kreditupplysning för dotterbolaget S&Q. Kreditupplysningen var från SYNA som också visade klass 3 av en skala 1-5. Staden har inte gjort vad som ankommer på

denna för att säkerställa att Staden haft tillräckligt underlag att göra en sådan individuell bedömning som Staden är skyldig att göra.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Varken Bolaget eller det dotterbolag, S&Q, som Bolaget åberopat resurser hos, har uppfyllt de i förfrågningsunderlaget ställda skall-kraven gällande UC-rating med lägst riskklass 3.0. Bolaget hade UC-rating 1.0 och S&Q hade UC-rating 2.0. Robert Hellgren tillträdde som styrelseledamot i S&Q först en månad efter anbudstidens utgång. Bolaget förfogade således inte över S&Q:s resurser vid tidpunkten då anbudet inlämnades. Det var dessa handlingar som låg till grund för tilldelningsbeslutet den 20 oktober 2009 och att sedan Robert Hellman vid en senare tidpunkt tecknade firman saknar betydelse. Enligt grundläggande regler i LOU får inget läggas till eller dras ifrån ett inlämnat anbud. För att, med stöd av 11 kap. 12 § LOU, kunna åberopa resurser hos ett annat företag till styrkande av uppfyllande av skall-krav måste leverantören kunna visa ett åtagande från det åberopade företaget eller på annat sätt kunna visa att man kommer att förfoga över de åberopade resurserna när kontraktet ska fullföljas. Något sådant styrkande dokument eller annan handling som stöd för detta ingick inte i anbudet. Alltså var kvalifikationskravet inte uppfyllt. Att Bolaget sedan i sitt anbud hade bifogat en balans- och resultaträkning från företaget S&Q utgör inte en sådan handling och påverkar därför inte upphandlingsbeslutet. Beträffande rating och olika företag som sysslar med den typen av verksamhet, t.ex. kreditinstitutet Creditsafe som Bolaget hänvisar till vad beträffar S&Q, så använder sig Stockholms stads olika upphandlande enheter oftast av uppgifter som inhämtas från Upplysningscentralen (UC). Detta för att i alla de upphandlingar som görs, få en enhetlig och jämförbar bedömningskala. Att jämföra ett värde hos UC med andra värden och helt andra skalar hos andra företag låter sig därför inte utan vidare göras. Den kreditupplysning för dotterbolaget S&Q som skickades in den 1 oktober 2009 kan

inte tillmätas betydelse eftersom den är tillkommen efter anbudstidens utgång den 20 augusti 2009.

Länsrätten har den 9 november 2009 interimistiskt förordnat att Staden inte får avsluta Upphandlingen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 11 kap. 7 § LOU anges följande. Bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet kan utgöras av

1. uppgift om företagets samlade omsättning och, i förekommande fall, omsättningen för det verksamhetsområde som upphandlingen gäller för de tre senaste verksamhetsåren eller den kortare tid under vilken verksamheten bedrivits,
2. balansräkningar eller utdrag ur dem, eller
3. intyg från banker eller, i förekommande fall, bevis på relevant ansvarsförsäkring för verksamheten.

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Enligt 12 kap. 1 § LOU gäller följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredning i målet

I Upphandlingens förfrågningsunderlag anges på sidan 6 under rubriken AFB.31 "Anbuds form och innehåll" bl.a. att anbud ska innehålla samtliga uppgifter som efterfrågas i förfrågningsunderlaget med risk att anbudet i annat fall förkastas.

I förfrågningsunderlaget under rubriken AFB.51 "Prövning av anbudsgivare" anges bl.a. följande.

Anbudsgivare skall uppfylla följande kvalifikationskrav:

Anbudsgivaren kommer att kontrolleras med avseende på juridisk, ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk förmåga och kapacitet. Endast anbudsgivare som uppfyller kraven enligt LOU samt de krav som redovisas i denna handling, samt övrig lämnat uppgift enligt pkt AFB.31 tas upp till anbudsprövning. Följande krav ställs på anbudsgivaren:

1. ...

...

5. UC uppgifter eller motsvarande. UC rating med riskklass minst 3.0 krävs för kvalificering. (Tas fram av beställaren). För utländska företag från likvärdigt kreditvärderingsinstitut i det egna landet. Om det anbudsgivande företaget inte lever upp till kravet (exempelvis p.g.a. att företaget är nystartat), skall en beskrivning lämnas som påvisar och styrker att företaget har samma förutsättning att motsvara kravet på angiven riskklass.

I Bolagets anbud daterat den 20 augusti 2009 anges bl.a. följande.

Balans- och resultaträkning för 2008 bifogas då bolaget inte har lämnat in någon årsredovisning eftersom bolaget startade år 2008. Upprättande av årsredovisning pågår och vid anfordran kan ett revisorintyg erhållas. Bolaget åberopar även resurserna i S&Q, som är ett dot-

terbolag till Borgstaden AB. S&Q har mycket god kreditvärdighet. Även ett närbesläktat bolag till Borgstaden AB åberopas, Borgstaden Fastigheter AB, för sin ekonomiska styrka. Undertecknad Robert Hellgren tecknar samtliga bolag.

Enligt registreringsbevis från Bolagsverket avseende företaget S& Q framgår att Anders Hellgren registrerats som firmatecknare den 19 september 2009.

Länsrättens bedömning

De grundläggande principer som skall efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad Bolaget har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande skall bli aktuellt krävs också att Bolaget kan visa att det lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Frågan i målet är om Bolaget har uppfyllt skall-kravet i förfrågningsunderlaget AFB.51, punkten 5. För att uppfylla detta krav skall det av UC-uppgifter eller motsvarande framgå att Bolaget har en UC-rating med riskklass minst 3.0. Uppgifterna tas fram av Staden. Om ett nystartat företag inte kan leva upp till detta krav skall bolaget lämna en beskrivning som påvisar och styrker att företaget har samma förutsättning att motsvara kravet på angiven riskklass.

Av handlingarna i målet framgår bl.a. följande. Bolaget hade vid tiden för anbudets utgång en UC-rating riskklass 1.0. Bolaget anförde i sitt anbud daterat den 20 augusti 2009 att företaget startade sin verksam-

het under 2008 och att någon årsredovisning därmed ännu inte hade upprättats. I anbudet åberopades Bolaget resurser i sitt dotterbolag S&Q Bygg AB och i ett närbesläktat bolag, Borgstaden Fastigheter AB. Bolaget bifogade med anbudet en ratingbedömning från kreditinstitutet Creditsafe gällande S&Q samt balans- och resultaträkning avseende S&Q. Bolaget uppgav vidare Robert Hellgren som behörig firmatecknare för samtliga bolag.

En förutsättning för att Bolaget ska få åberopa andra företags ekonomiska resurser är att Bolaget kan tillhandahålla ett åtagande från dessa företag eller på annat sätt visa att bolagen kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras (jmf 11 kap 12 § LOU och EG-domstolens dom den 2 december 1999 i mål C-176/98, Holst Italia SpA). Enligt registreringsbevis från Bolagsverket avseende S&Q registrerades Robert Hellgren som verkställande direktör och behörig firmatecknare fr.o.m. den 18 september 2009. Detta innebär att han vid avgivandet av Bolagets anbud den 20 augusti 2009 inte var behörig firmatecknare för S&Q. Det har inte framkommit några uppgifter i målet att Robert Hellgren vid aktuell tidpunkt på något annat sätt skulle ha haft rätt att företräda S&Q i Upphandlingen. Länsrätten finner med hänsyn härtill att Staden har haft fog för att inte godkänna Bolagets åberopade resurser hos S&Q. Länsrätten anser vidare att Bolaget, vid anbudets avgivande, inte heller på något annat sätt har påvisat eller styrkt att det har samma förutsättningar att motsvara kravet på UC-rating med riskklass minst 3.0. Staden har enligt länsrättens bedömning gjort den individuella prövning av Bolagets ekonomiska förhållanden som krävs. Mot bakgrund av ovanstående anser länsrätten att Staden har haft skäl att förkasta Bolagets anbud på den grunden att anbudet inte uppfyllt skall-kravet i AFB. 51, punkten 5. Länsrätten finner vidare att det Bolaget anfört inte ger stöd för att Upphandlingen har skett i strid med någon av de gemenskapsrättsliga principerna eller

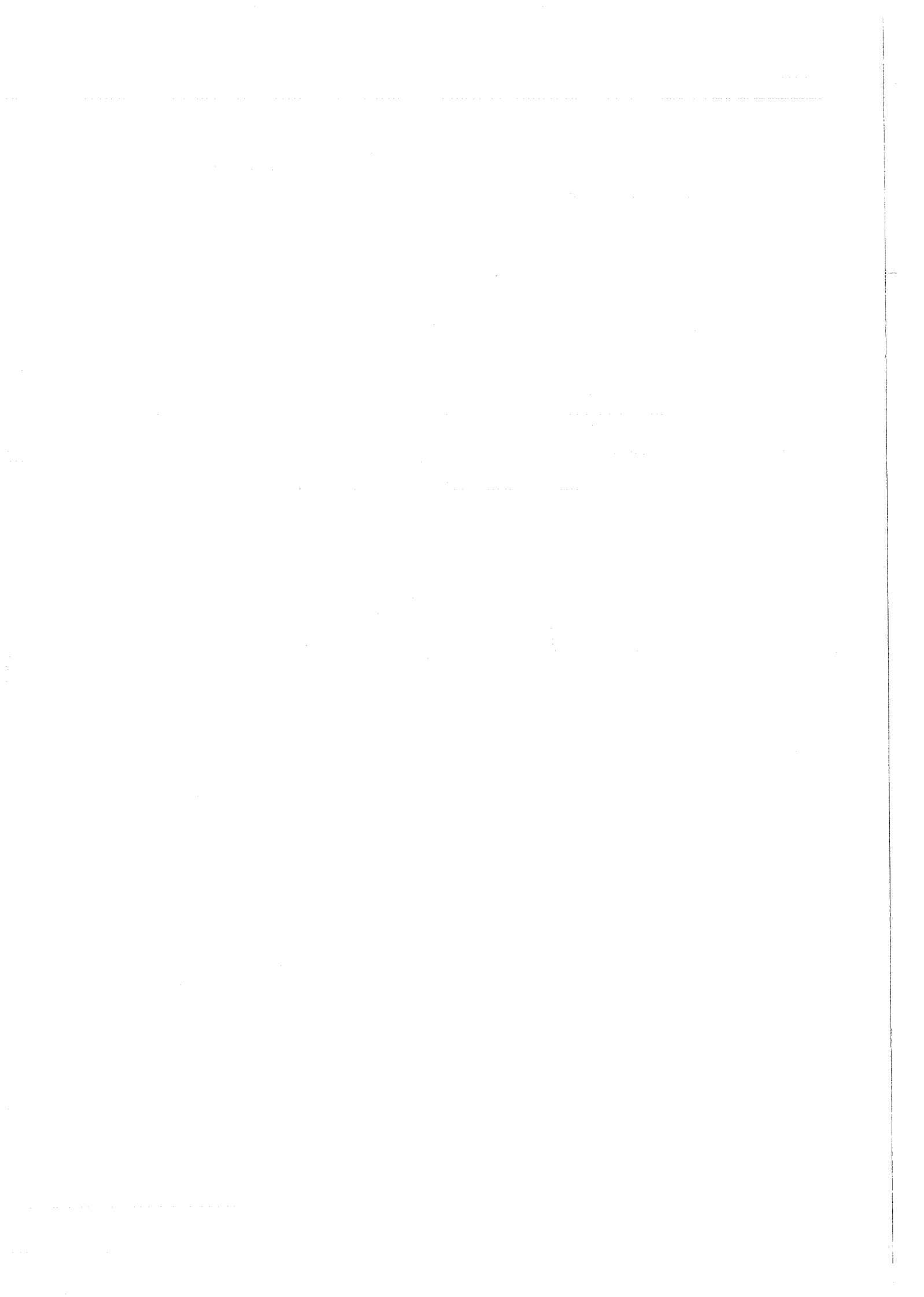
reglerna i LOU. Bolagets yrkande om att Upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse gjorts, på så sätt att en ny anbudsvärdering genomförs där Bolagets anbud tas upp, ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)


Anna Vilgeus Hult

Länsrättsfiskal

Föredragande har varit Åsa Backholm.





HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

