

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

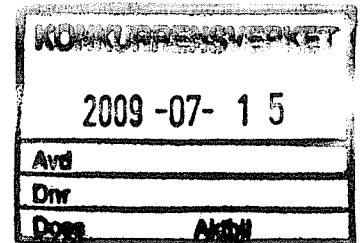
DOM
2009-07-14
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
13294-09
Rotel 221

KLAGANDE

Focus Neon AB, 556196-2332

Ombud: Advokat Sofia Mårtensson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm



MOTPART

Apoteket AB, 556138-6532

Ombud: Advokat Carl Bokwall och jur.kand Amir Mohseni
Advokatfirman Cederquist KB
Box 1670
111 96 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Focus Neons ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 25 juni 2009.

Dok.Id 443171

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Apoteket AB (Apoteket) har genomfört en öppen upphandling avseende ljus- och fasadskyltar. Av tilldelningsbeslut, daterat den 16 juni 2009, framgår att Apoteket har beslutat att anta anbud från Stunt Konsult KB (Stunt Konsult).

Länsrätten har i beslut den 25 juni 2009 beslutat att Apoteket tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Focus Neon AB (Focus Neon) ansöker hos länsrätten om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten vid sin slutliga prövning ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, innebärande att Stunt Konsults anbud ska förkastas och en ny utvärdering av anbuderna genomförs, varvid Focus Neon ska tilldelas kontraktet. Focus Neon yrkar i andra hand att länsrätten vid sin slutgiltiga prövning ska besluta att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Som grund för sin ansökan anför Focus Neon i huvudsak följande. Stunt Konsult ingår i en koncern som ägs av Stunt Förvaltning AB och Stunt Konsult AB. Av senaste årsredovisning framgår att vare sig Stunt Konsult eller koncernens omsättning för de senaste tre åren uppgår till eller överstiger 30 miljoner kronor per år. Stunt Konsult uppfyller således inte skalkravet i punkt 1.1.9 i anbudsformuläret och dess anbud ska därför uteslutas från upphandlingen. Upphandlingen måste således rättas varvid Focus Neon, som enligt tilldelningsbeslutet hade det näst lägsta priset i upphandlingen, ska tilldelas kontraktet. Det av Apoteket utformade och tillämpade förfrågningsunderlaget står i strid med 1 kap. 9 § LOU och de däri innefattande principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens då Apoteket i väsentliga avseenden förändrat ställda krav under anbudstiden.

Apoteket bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Focus Neons begäran om överprövning synes bero på missförstånd angående vilka företag som samverkat med Stunt Konsult i dess utformning av anbud. Stunt Konsult har uppfyllt det av Apoteket uppställda omsättningskravet genom att man i anbudet åberopat samverkande företags ekonomiska kapacitet och även bifogat skriftliga åtaganden från dessa företag. Vid beräkning av omsättningen för Stunt Konsult och de tre samverkande företagen de tre senaste åren har omsättningskravet uppfyllts. Vad beträffar förändringar i förfrågningsunderlaget har Apoteket under anbudstiden vinnlagt sig om att minimera antal förändringar just för att inte riskera ett åsidosättande av de grundläggande principerna i LOU. De förändringar som faktiskt gjorts har inte varit väsentliga. Dessutom har dessa genomförts på objektiva grunder, varit icke-diskriminerande och företagits i god tid innan anbudstidens utgång. Förändringarna har därmed skett i enlighet med LOU och har under inga förhållanden påverkat Focus Neons förmåga att avge anbud eller på annat sätt lett till skada för Focus Neon. Förändringarna har inte heller påverkat utvärderingsprocessen.

Focus Neon anför, i yttranden över vad Apoteket anför, bl.a. följande.

Andra företags kapacitet

Apoteket har, för att försäkra sig om att leverantörerna har en sådan ekonomisk kapacitet att de har möjlighet att fullfölja Apotekets kontrakt, bl.a. uppställt ett krav på viss minsta omsättning. Vid närmare granskning av de bolag vilkas ekonomiska kapacitet Stunt Konsult åberopar kan noteras att underleverantör A förbundit sig att ”genomföra jobbet mellan Stockholm-Linköping, priser enligt ök.”. Av skrivelsen framgår inte och kan inte heller utläsas att underleverantör A tagit del av förfrågningsunderlaget eller

att de står bakom Stunt Konsults offert. Av underleverantör A:s skrivelse framgår inte att detta bolag ställer sina resurser till Stunt Konsults förfogande för att detta senare bolag skall kunna genomföra kontraktet med Apoteket. Vidare anges i skrivelsen "Pris enligt ök.". Priset kan givetvis inte överenskommas. Av utdrag från Creditsafe framgår att underleverantör B inte är kreditvärdig och att bolaget har ett skuldsaldo hos kronofogdemyndigheten. Det ska noteras att det av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivande företag ska uppfylla ställda lagenliga krav avseende skatt- och avgiftsskyldighet. Vidare framgår att anbudsgivare ska ha en tillfredsställande ekonomisk ställning och att detta krav normalt anses uppfyllt om bolagets kreditvärdighet ges betyg tre eller bättre. Underleverantör B:s omsättning kan därmed inte åberopas i upphandlingen till styrkande av finansiell kapacitet. Stunt Konsult har således inte genom underleverantör A:s och underleverantör B:s åtagande visat att de förfogar över nödvändiga resurser för att fullgöra projektet, varför inte heller omsättningskravet på 30 miljoner kronor uppnås. Stunt Konsults anbud ska därmed uteslutas från upphandlingen.

Förändringar i förfrågningsunderlaget

Det är normalt inte tillåtet att under upphandlingens gång tillföra eller dra ifrån krav. Av Konkurrensverkets rapport "Länsrättens domar om offentlig upphandling" framgår att en upphandlande myndighet inte under upphandlingens gång kan förändra ett bristfälligt förfrågningsunderlag, utan i dessa fall måste avbryta upphandlingen. I vart fall gäller detta enligt Konkurrensverket om förändringarna är av väsentlig karaktär, "vilket alltid är fallet om ändringen rör s.k. skall-krav". Den tekniska specifikationen i förevarande upphandling har genomgått ett flertal förändringar. De största förändringarna har skett i och med den sista revideringen den 6 april 2009, vilket måste anses vara mycket sent i upphandlingsprocessen då anbud

skulle lämnas senast den 27 april 2009. Förändringarna i de tekniska kraven har bl.a. avsett materialval och bokstävernas tjocklek, men även specifikationen av lysdioderna, vilka är centrala komponenter i skylten. Kraven på lysdioderna har bl.a. förändrats avseende livstid, spridningsvinkel, effekt, ljusmängd samt vilken omgivningstemperatur de ska klara av. De förändringar som skett i förfrågningsunderlaget har varit av väsentlig karaktär och förfrågningsunderlaget strider därmed mot LOU. Apotekets förändringar av förfrågningsunderlaget på ett otillåtet sätt har inneburit skada för såväl Focus Neon som för potentiella anbudsgivare. Då den senaste och mest omfattande förändringen av kraven genomfördes så sent som den 6 april 2009 har Focus Neon därutöver lidit direkt skada då bolaget därigenom haft mycket kort tid på sig att utforma sitt anbud. Hade bolaget haft erforderlig tid att utforma sitt anbud hade detta kunnat göras än mer konkurrenskraftigt.

Apoteket anför, till bemötande av vad Focus Neon anført, bl.a. följande:

Andra företags kapacitet

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. Regeln gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelsen mellan leverantören och det företag vars kapacitet denne stöder sig på och kan utgöras av en överenskommelse mellan företagen. Några formaliakrav avseende utformningen av ett sådant åtagande har inte uppställts i LOU. Det är därmed inte erforderligt att det av åtagandet framgår att det andra företaget har tagit del av förfrågningsunderlaget eller dylikt. Det avgörande är istället att leverantören visat att denne förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Vad gäller åberopandet av underleverantör A:s resurser har Stunt Konsult tillhandahållit ett åtagande från underleverantör A. Av åtagandet framgår att underleverantör A "förbinder sig att genomföra omskyllning av Apoteket AB". Därmed har Stunt Konsult visat att företaget kommer att förfoga över underleverantör A:s resurser när kontraktet ska fullgöras, det vill säga vid omskyllning av Apotekets lokaler.

Vad gäller åberopandet av underleverantör B:s resurser menar Focus Neon, såvitt Apoteket förstår, att underleverantör B:s resurser inte kan åberopas då underleverantör B inte uppfyller kriterierna som uppställs i punkterna 1.1.2 och 1.1.10 i förfrågningsunderlaget. Såsom framgår av förfrågningsunderlaget är kriterierna i punkterna 1.1.2 och 1.1.10 hänförliga till anbudsgivaren. Dessa kriterier har inte uppställts för eller varit avsedda för eventuella underleverantörer. I detta fall är anbudsgivaren Stunt Konsult. Stunt Konsult har i samband med anbudet visat att företaget uppfyller de uppställda kriterierna. Apoteket kan därför inte utesluta Stunt Konsults anbud då anbudet uppfyller de uppställda skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Även om förfrågningsunderlaget i punkterna 1.1.2 och 1.1.10 inte uppställer några krav på underleverantören kan det tilläggas att enligt anbudsgivaren är underleverantörens skattesaldo reglerat.

Sammanfattningsvis har Stunt Konsult uppfyllt samtliga uppställda skallkrav samt visat att företaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förändringar i förfrågningsunderlaget

Vad beträffar ändringar i förfrågningsunderlaget har dessa, som framförts tidigare, inte varit av väsentlig karaktär. Vidare har de genomförts på objektiva grunder, varit icke-diskriminerande och företagits i god tid innan anbudstidens utgång. Förändringarna har därmed skett i enlighet med LOU.

Utöver ovanstående kan det konstateras att förutsättningar för överprövning saknas. Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU följer att en leverantör får ansöka om åtgärder mot en eventuell felaktig upphandling endast om det påstådda felet medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada. Även om rätten mot förmodan skulle finna att ändringarna är väsentliga, måste Focus Neon under alla omständigheter visa att man som en direkt följd av ändringarna lidit skada eller kan komma att lida skada. I förevarande fall har ändringarna skett på ett transparent och icke-diskriminerande sätt i förhållande till samtliga anbudsgivare. Focus Neons förmåga att avge anbud har inte påverkats negativt i förhållande till andra anbudsgivare, däribland den vinnande anbudsgivaren. Ändringarna har inte heller påverkat utvärderingsprocessen till nackdel för Focus Neon. Följaktligen har Focus Neon inte visat att företaget lidit skada eller riskerar att lida skada på grund av de aktuella ändringarna. Därmed saknas förutsättningar för överprövning enligt 16 kap. 1 § LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud skall vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Lika-behandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Prövningen i länsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden 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 sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att kraven för att anse ett upphandlingsförfarande strida mot dessa principer numera måste ställas relativt högt.

Andra företags kapacitet

Focus Neon anför att Stunt Konsult inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget nämnda omsättningskravet om 30 miljoner kronor och att bolaget därför ska uteslutas ur upphandlingen. Focus Neon menar att det inte framgår att underleverantör A står bakom Stunt Konsults offert och att underleverantör B inte är kreditvärdig. Apoteket har mot detta invänt att Stunt

Konsult uppfyller det uppställda omsättningskravet genom att man i anbudet återoplat samverkande företags ekonomiska kapacitet och menar att kriterierna i punkterna 1.1.2 och 1.1.10 i förfrågningsunderlaget är hänförliga till anbudsgivaren, inte till underleverantören.

Stunt Konsult har till sitt anbud fogat en skrivelse från underleverantör B i vilken anges att bolaget står bakom den offert som inkommit gällande produktion och omskytning av ljusskyltar för Apoteket i Sverige. Av skrivelsen framgår vidare bolagets årsomsättningar avseende år 2006, 2007 och 2008. Till anbudet har vidare fogats en skrivelse från underleverantör A av vilken framgår att detta bolag förbinder sig att genomföra omskytning av Apoteket och vad bolagets omsättning har uppgått till under år 2006, 2007, 2008. Ett tredje bolag vars kapacitet återoplas har också i en skrivelse angett sin omsättning för år 2006, 2007 och 2008 samt uppgett att de förbinder sig att genomföra projektet.

Att Apoteket beaktat de samverkande bolagens omsättning står enligt länsrättens mening inte i strid med LOU. Vad Focus Neon anfört avseende utformningen av underleverantör A:s skrivelse samt beträffande underleverantör B:s ekonomiska ställning föranleder ingen annan bedömning. Länsrätten finner således att Stunt Konsult, genom att återopla de tre samverkande bolagens ekonomiska kapacitet, har visat att de uppfyller omsättningskravet i förevarande upphandling. Apoteket har därmed enligt länsrättens mening inte åsidosatt de krav som följer av LOU vid sin utvärdering av skall-kravet beträffande omsättning. Grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således inte på denna grund.

Förändringar i förfrågningsunderlaget

Focus Neon har vidare anfört att väsentliga förändringar skett i förfrågningsunderlaget i strid med LOU och menar att bolaget därigenom lidit eller kan komma att lida skada. Apoteket har mot detta invänt att förändringarna i förfrågningsunderlaget inte varit väsentliga och att de genom-

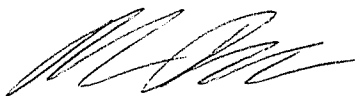
förts på objektiva grunder, varit icke-diskriminerande och företagits i god tid innan anbudstidens utgång.

Av handlingarna i målet framgår att bilaga B, ”Teknisk specifikation avseende ljusskyltar”, har reviderats vid två tillfällen. Den senaste revideringen skedde den 6 april 2009. Sista datum för inlämnande av anbud var den 27 april 2009. De revideringar som skett berör framförallt skyltarnas tekniska beskrivning och förändringar av vissa ritningar.

Länsrätten finner att de förändringar som skett av förfrågningsunderlaget inte kan anses ha varit av sådan art att de kan anses strida mot LOU eller de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Inte heller förhållandet att den sista revideringen skett den 6 april 2009 innebär enligt länsrättens mening att Apoteket brutit mot LOU. Det finns således inget skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det Focus Neon anfört inte ger stöd för att den aktuella upphandlingen skett i strid med reglerna i LOU eller de för all upphandling grundläggande EG-rättsliga principerna på sådant sätt att Focus Neon lidit eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU. Ansökan skall därför avslås. Länsrättens interimistiska beslut från den 25 juni 2009 ska vid detta förhållande upphävas.

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



Rikard Bergman
länsrättsfiskal

Föredragande har varit Magnus Johansson.



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.