



**LÄNSRÄTTEN I
BLEKINGE LÄN**

H Johansson

DOM

2009-05-27

Meddelad i

Karlskrona

Mål nr

459-09

SÖKANDE

Blekinge Lås & Larmteknik AB, 556427-0600

Strömmavägen 1

374 32 Karlshamn

Ombud: Jörgen Andersson

Gäddvägen 8

374 51 Asarum

MOTPARTER

1. Karlshamns kommun

374 81 Karlshamn

2. Karlshamns Hamn AB, 556016-9467

Box 8

374 21 Karlshamn

3. Karlshamnsbostäder Aktiebolag, 556526-8355

Box 53

374 21 Karlshamn

4. Karlshamnsfastigheter AB, 556188-5160

374 81 Karlshamn

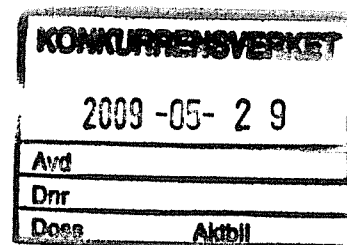
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens beslut den 30 april 2009 gäller inte längre.



Dok.Id 27220

Postadress

Box 516

371 23 Karlskrona

Besöksadress

Rådhuset, Stortorget

Telefon

0455-33 54 50

E-post: lansratteniblekinge@dom.se

Telefax

0455-215 80

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

BAKGRUND

De ovan som motparter betecknade upphandlande myndigheterna genomför en samordnad upphandling av avseende service och reparation av brand- och inbrottslarm. Sedan de upphandlande myndigheterna beslutat att tilldela Blekinge Lås & Larmteknik AB (BLL) kontraktet ansökte Elkommunication Sweden AB om överprövning av upphandlingen. I dom den 31 mars 2009 (mål nr 235-09) biföll länsrätten ansökningen och förordnade att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse skett på så sätt att de upphandlande myndigheterna gjort en ny utvärdering av anbudet, varvid BLLs anbud inte skulle beaktas.

Med anledning av länsrättens dom företog de upphandlande myndigheterna en ny utvärdering varvid kontraktet tilldelades Elkommunication Sweden AB.

YRKANDEN M M

BLL ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas så att BLL godkänns i kvalificeringsfasen och utses som upphandlingens vinnare i utvärderingsfasen.

De upphandlande myndigheterna yrkar att ansökan ska bifallas.

Länsrätten har i beslut den 30 april 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas till dess länsrätten beslutar annat.

PARTERNAS TALAN

BLL anför bl.a. följande. I 11 kap. 12 § LOU stadgas att en leverantör får, 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. Paragrafen motsvarar artiklarna 47.2 och 47.3 samt artiklarna 48.3 och 48.4 i direktivet om offentlig upphandling (2004/18/EG). Av EG-domstolens praxis framgår att en leverantör har rätt att använda sig av annat företag för att fullgöra ett kontrakt (jfr C-314/01, Siemens AG Österreich och ARGE Telekom & Partner mot Hauptverband der Österreichischen Sozialversicherungsträger). Vidare framgår av bestämmelserna i 11 kap. 12 § LOU att en leverantör har rätt att vid kontroll av dennes lämplighet åberopa andra företags ekonomiska respektive tekniska kapacitet. Anbudsgivaren ska då förete bevis över åtagandet eller på annat sätt visa att han förfogar över nödvändiga resurser från dessa företag. Det föreligger ingen skyldighet för en anbudsgivare att ha slutit en bindande överenskommelse med annat företag för att kunna utnyttja detta företags kapacitet i en kommande överenskommelse med de upphandlande myndigheterna. Resurserna ska vara tillgängliga genom att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras enligt 11 kap. 12 § LOU. EG-domstolen har i mål C-176/98, Holst Italia SpA, uttalat att det är tillåtet för en tjänsteleverantör, som inte själv uppfyller de villkor som krävs för att delta i en offentlig upphandling, att åberopa kapacitet hos en annan leverantör som han avser att utnyttja, om kontraktet tilldelas honom. Den upphandlande myndigheten måste dock pröva om anbudsgivaren har faktisk möjlighet att utnyttja det som han åberopar under den period som omfattas av kontraktet. EG-domstolen konstaterade vidare att det framgår såväl av bestämmelsernas syfte som av deras ordalydelse att en person inte kan uteslutas ur en upphandling endast på grund av att denne avser att ta medel i anspråk för att genomföra kontraktet som inte är dess egna, utan tillhör en eller flera andra enheter. Domstolen hänvisade här till en tidigare meddelad dom, C-389/92 Ballast Nedam Groep, vari domstolen förklarade att en upphandlande enhet inte ägt rätt att från en lista av godkända leverantörer avseende bygg- och anläggningsarbeten diskvalificera ett holdingbolag på grund av att det inte drev egen rörelse, eftersom det hade två helägda rörelsedrivande bolag. Domstolen tolkade således gällande gemen-

skapsrätt att det är tillåtet för en leverantör, som inte själv uppfyller de minimivillkor som krävs för att delta i en upphandling, att åberopa kapacitet hos tredje man som han avser att utnyttja om han erhåller kontraktet. Domstolen förklarade dock vidare att externa referenser inte får åberopas villkorslöst, eftersom det ankommer på den upphandlande myndigheten att kontrollera leverantörers lämplighet. Denna kontroll syftar i synnerhet till att garantera att anbudsgivaren kommer att kunna använda de medel av olika slag som åberopas. Företag som hänvisar till ett annat företag som det är knutet till, oavsett bandens rättsliga beskaffenhet, måste visa att det faktiskt förfogar över de aktuella resurserna hos detta andra företag som är nödvändiga för att uppfylla villkoren i förfrågningsunderlaget och i det framtida kontraktet. Dessa rättsliga band behöver dock inte föreligga innan anbudet är antaget utan först när kontraktet ska tecknas med den upphandlande myndigheten. Sammanfattningsvis kan konstateras att länsrättens konklusion i domen den 31 mars 2009 (mål nr 235-09) att det fordras en särskild tolkning av begreppet "anläggarfirma" i förfrågningsunderlaget, kravspecifikationen, punkt 2.0 Kompetens, är felaktig. Denna prövning kan först göras då ett upphandlingskontrakt ska tecknas, se 11 kap. 12 § LOU. Även länsrättens tolkning av BLL:s och Lås & Larmteknik Södra AB:s överenskommelse är felaktig eftersom denna prövning, som för övrigt är en prövning i kvalificeringsfasen, inte kräver att villkoret är uppfyllt av leverantören förrän upphandlingskontraktet ska tecknas. Det innebär att det är tillåtet för en tjänsteleverantör att hos den upphandlande myndigheten åberopa kapacitet hos utomstående som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom.

De upphandlande myndigheterna anför bl.a. följande. BLL har ett avtal med Lås & Larmteknik Södra AB vilka innehar Svensk Brand & Säkerhets Certifiering AB:s certifikat för anläggarfirma enligt SBF 1008 och därmed uppfyller man kravet enligt 2.0 Kompetens i Kravspecifikationen. BLL uppfyller ställda krav på kompetens. Med hänvisning till ovanstående yrkar

de upphandlande myndigheterna att de ska få slutföra upphandlingen och teckna avtal med BLL.

UTREDNING

I kravspecifikationen under rubriken 2.0 KOMPETENS anges följande.

”Underhållsarbeten får endast utföras av anläggarfirma som uppfyller kraven enligt SBF 1008 för att arbeta med aktuellt material eller av annan servicefirma som godtagits av anläggarfirman eller kravställare. Bevis om detta skall bifogas anbudet”

BLL har till sitt anbud som bilaga 4 fogat ett avtal mellan BLL och Lås & Larmteknik Södra AB daterat den 2 januari 2009 och rubricerat ”BL31 Avtal angående installation enligt SBF 110:6”. Avtalet innehåller bl.a. följande.

”Detta avtal är ett krav enligt SBF 110:6 och ett villkor för att anläggarintyg skall kunna utfärdas. Det är avsett att säkerställa att installationen kommer att uppfylla kraven i SBF 110:6.

Följande har idag överenskommit mellan Lås & Larmteknik Södra AB (nedan kallat LL) och elinstallatören (nedan kallat EL) angående alla objekt som innehåller brandlarmsinstallationer.

- EL förbinder sig att utföra installationen på ett fackmässigt sätt i enlighet med Elsäkerhetsverkets regler och så att avsnitt 4 i Svenska Brandförsvärsföreningens regler SBF 110:6 uppfylles, Se bilaga 1.
- Om anläggningen inte projekterats av certifierad behörig ingenjör skall EL, innan kanaliseringen respektive ledningsdragningen påbörjats, låta LL granska installationsritningarna.
- Skulle frågor som rör SBF 110:6 dyka upp under installationen skall EL omgående konsultera LL för rådgivning.
- LL kan utföra kontroller av installationen under pågående arbete och funna avvikelser från SBF 110:6 åtgärdas omedelbart av EL.

- Blankett "Vem gör vad vid brandlarmsinstallationen och driftsättningen?" och dess bilaga "Viktiga regler vid installation av brandlarm enligt SBF 110:6" gäller även.

[Signaturer utelämnade]"

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att 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.

I 1 kap 9 § anges att 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 iakttas.

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.

Länsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis konstateras att BLL inte hade talerätt mot länsrättens dom den 31 mars 2009 i mål nr 235-09 varigenom länsrätten förordnade om

rättelse på så sätt att de upphandlande myndigheterna skulle göra ny utvärdering av anbuden varvid BLL:s anbud inte längre skulle beaktas. Däremot har de rätt att begära överprövning av upphandlingen i anledning av det nya tilldelningsbeslutet som de upphandlande myndigheterna fattat med anledning av länsrättens dom (jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 2 februari 2009 i mål nr 9607-08, Kammarrätten i Jönköpings dom den 9 februari 2009 i mål nr 242-09 samt Kammarrätten i Göteborgs dom den 27 april 2009 i mål nr 1741-09).

BLL har gjort gällande att de har lidit skada genom att de upphandlande myndigheterna brustit i sina förpliktelser enligt LOU samt avvikit från sina egna villkor i förfrågningsunderlaget. Detta genom att BLL inte godkänts i kvalificeringsfasen trots att de uppfyller villkoren i förfrågningsunderlaget. Kontraktet har därigenom tilldelats annan anbudsgivare än BLL, trots att de har offererat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. BLL har anfört att det är tillåtet för en tjänsteleverantör att hos den upphandlande myndigheten åberopa kapacitet hos utomstående som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom. Det föreligger inte en skyldighet för en anbudsgivare att ha slutit en bindande överenskommelse med ett annat företag för att utnyttja detta företags kapacitet i en kommande överenskommelse med de upphandlande myndigheterna. Resurserna ska istället vara tillgängliga genom att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Av EG-domstolens dom i mål C-176/98 (Holst Italia SpA) framgår att det är tillåtet för en tjänsteleverantör som inte själv uppfyller de minimivillkor som krävs för att delta i ett förfarande för offentlig upphandling av tjänster att hos den upphandlande myndigheten åberopa kapacitet hos tredje man som han avser att utnyttja om kontraktet tilldelas honom. Externa referenser får emellertid inte åberopas villkorslöst. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att kontrollera tjänsteleverantörernas lämplighet i

enlighet med de angivna kriterierna. Denna kontroll syftar i synnerhet till att garantera den upphandlande myndigheten att anbudsgivaren faktiskt kommer att kunna använda de medel av olika slag som han åberopar under den period som omfattas av kontraktet. Bolaget måste visa att man faktiskt förfogar över resurser hos de organ eller företag man åberopar och som man inte själv äger men som är nödvändiga för att uppfylla kontrakten.

Av skall-kravet framgår att underhållsarbeten endast får utföras av anläggargfirma som uppfyller kraven enligt SBF 1008 för att arbeta med aktuellt material eller av annan servicefirma som godtagits av anläggargfirman. Bevis om detta ska även bifogas anbudet.

BLL har anfört att det räcker att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras och att upphandlande myndigheter därmed inte ska pröva frågan om huruvida BLL förfogar över Lås & Larm Södra AB:s kapacitet förrän vid fullgörandet.

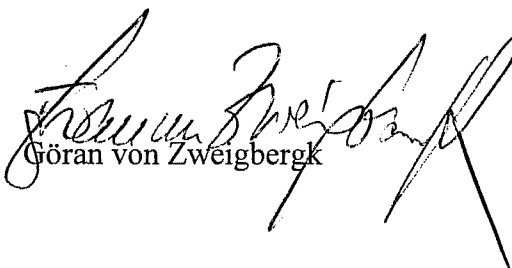
De upphandlande myndigheterna har emellertid uppställt ett skall-krav på att underhållsarbeten endast får utföras av anläggargfirma som uppfyller kraven enligt SBF 1008 eller av annan servicefirma som godtagits av anläggargfirman och att bevis om detta ska bifogas anbudet. Därmed räcker det inte att BLL förfogar över kompetensen som efterfrågas i förfrågningsunderlaget vid kontraktets fullgörande utan denna kompetens måste finnas redan vid kvalificeringsfasen. Det ankommer på den upphandlande myndigheten att fastställa tiden för när ett skall-krav ska vara uppfyllt och länsrätten finner att skall-kravet i förevarande fall inte kan tolkas på annat vis än att en annan servicefirma som godtagits av anläggargfirma för att utföra underhållsarbeten enligt SBF 1008 måste bevisa detta i kvalificeringsfasen då bevis för detta ska bifogas i anbudet (jfr EG-domstolens dom mål C-226/04 och C-228/04, La Cascina Soc. coop. arl m.fl. mot Ministero della Difensa m.fl.).

BLL har till sitt anbud bifogat avtal med Lås & Larmteknik Södra AB vari bl.a. anges att avtalet är avsett att säkerställa att installationen kommer att uppfylla kraven enligt SBF 110:6 samt att BLL förbinder sig att utföra installationen på ett fackmässigt sätt i enlighet med Elsäkerhetsverkets regler och så att avsnitt 4 i Svenska Brandförsvarsförningens regler SBF 110:6 uppfylls. Av BLL inlämnat avtal kan enligt länsrätten inte tolkas på annat sätt än som ett samarbetsavtal avseende installation av brandlarm. Det kan däremot inte av avtalet anses framgå att Lås & Larmteknik Södra AB skulle ha godtagit BLL att utföra underhållsarbeten av den art som avses i aktuell upphandling eller själv förbundit sig att tillhandahålla den kompetens som efterfrågats av de upphandlande myndigheterna.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att skäl inte har framkommit för att gå ifrån den bedömning som länsrätten gjorde i domen den 31 mars 2009 i mål nr 235-09 att det avtal som BLL har bifogat anbudet inte utgör bevis för att det i förfrågningsunderlaget uppställda kompetenskravet är uppfyllt. De upphandlande myndigheterna har haft fog för att förkasta BLL:s anbud och BLL har inte visat att de upphandlande myndigheterna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i denna lag genom att tilldela kontraktet en annan leverantör. BLL:s ansökan ska därför lämnas utan bifall.

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

Länsrätten anmärker att en ny tiodagarsfrist enligt 16 kap. 1 § tredje stycket 2. LOU börjar löpa, vilket bör beaktas vid ett eventuellt överklagande av denna dom.


Göran von Zweigbergk

