

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

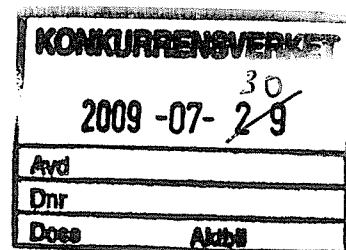
DOM
2009-07-29
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
13752-09
Rotel 222

SÖKANDE

Fazer Amica AB, 556045-1907
Box 505
169 29 Solna

Ombud: Ami Lauri
Fazer Amica AB
Box 505
169 29 Solna



MOTPART

Stockholms Stad
Utbildningsnämnden
Box 22049
104 22 Stockholm

Ombud: Oscar Jacobsson
Stockholms stad
Juridiska avdelningen
Allmänjuridiska enheten
105 35 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 3 juli 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 445859

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, YRKANDE M.M.

Stockholms stad, utbildningsnämnden genom S:t Eriks gymnasium

(Stockholms stad) genomför en upphandling av måltidsförsörjning för S:t Eriks gymnasium med flera skolor. I tilldelningsbeslut avsänt från Stockholms stad den 26 juni 2009 beslöt den upphandlande myndigheten att anta annat anbud än anbud från Fazer Amica AB (bolaget).

Bolaget har ansökt om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten skall förordna att upphandlingen skall göras om. Bolaget anför till stöd för sin talan sammanfattningsvis bl.a. följande. Bolagets anbud har felaktigt förkastats då Stockholms stad har ansett att bolaget inte uppfyller de ekonomiska krav som ställs utifrån förfrågningsunderlaget. Bolagets ekonomiska stabilitet har dock redovisats genom bl.a. en försäkran från moderbolaget, Fazer Group AB i Finland. Det vinnande bolaget uppfyller inte heller skall-kraven då dessa brister mot punkten 2.5 Krav på måltider och matsedel, i förfrågningsunderlaget. Det framgår av förfrågningsunderlaget att måltiden skall uppfylla livsmedelsverkets rekommendationer i "Bra mat i skolan". Av stor vikt är bl.a. att frekvenserna av de olika komponenterna följs enligt livsmedelsverkets rekommendationer. Dessa krav består bl.a. av att under en fyraveckorsperiod skall blodpudding/lever serveras minst 1 gång, potatis 8,5 gånger och soppa 2 gånger. Det vinnande anbudets menyförslag uppfyller inte dessa krav. Upphandlingen strider således mot principen om likabehandling och affärsmässighet. Bolaget har härigenom lidit skada.

Stockholms stad bestrider bolagets yrkanden. Till stöd för sin inställning anför Stockholms stad bl.a. följande. Staden har i avsnitt 1 i förfrågningsunderlaget angett vissa krav på leverantören avseende bl.a. ekonomisk stabilitet. I punkt 1.2 anges bl.a. följande.

”Anbudsgivaren skall ha erforderlig ekonomisk stabilitet så att denne med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget under hela avtalstiden.”

Härefter anges att anbudsgivaren i anbudet skall bifoga bl.a. en kopia av den senaste fastställda årsredovisningen inklusive den undertecknade revisionsberättelsen avseende det egna företaget samt bekräfta detta. Stockholms stad har prövat bolagets ekonomiska stabilitet i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Bolaget uppfyllde inte dessa krav bl.a. då rörelseresultatet hade sjunkit kraftigt, från 15 240 tkr till 518 tkr, under år 2007 till 2008. Bolagets resultat hade också sjunkit kraftig från minus 5 921 tkr till minus 16 752 tkr, d.v.s. ett negativt resultat för andra året i rad. Den till ansökan bifogade försäkran tillmäts inte någon betydelse vid prövningen av skäl som anförs i upphandlingsrapporten. Handlingen är för övrigt inte ställd till Stockholms stad och innehåller inget preciserat åtagande.

I förfrågningsunderlaget punkt 2.5 med rubriken ”Krav på måltider och matsedel” anges att ”måltiden skall uppfylla Livsmedelsverkets näringsrekommendationer i ”Bra mat i skolan” för en grundskole- och gymnasieelevs behov av näringsämnen och energi”. Enligt samma punkt skall anbudsgivaren ta fram och till anbudet bifoga en näringsberäknad matsedel för en termin, utifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Det ställda kravet avser måltiden och innebär inte ett krav på att matsedeln skall följa Livsmedelsverkets näringsrekommendationer. Det avgörande är att de måltider som ingår i matsedeln följer näringsrekommendationerna, vilket är fallet med de måltider som redovisas i den matsedel som har bifogats det vinnande anbudet. Stockholms stad ställer inte några krav på serveringsfrekvens av enskilda huvudrätter på det sätt som bolaget påstår. Det är vidare inte korrekt att enbart se till näringsinnehållet i huvudrätten utan näringen i form av pålägg skall också räknas in. Enligt Livsmedelsverkets näringsrekommendationer s. 16 följer dessutom att potatis mycket väl för att uppnå eftersträvad variation kan ersättas med t.ex. couscous. Man kan

inte heller endast se till frekvensen avseende ren potatis utan även potatisbaserade komponenter måste räknas in. Då sökanden uteslutits redan i kvalificeringsfasen kan denne vidare inte anses ha lidit eller komma att lida skada oavsett om kvarvarande leverantören anses uppfylla ställda krav eller ej.

Ytterligare skriftväxling har därefter förekommit.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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.

Det följer av 11 kap. 2 § LOU att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa skall överensstämja med bestämmelserna i 7-15 §§. Omfattningen av den information som avses i 6-15 §§ samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt skall ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta.

De krav på kapacitet som ställs upp skall framgå av annonsen om upphandling.

Enligt 11 kap. 7 § LOU kan bevis på en leverantörs ekonomiska kapacitet 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.

Det följer av 11 kap. 12 § LOU att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett

åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I upphandlingsrapport avseende upphandling av måltidsförsörjning för S:t Eriks gymnasium m.fl. skolor i Stockholms stad, anges bl.a. följande. Avtalstiden omfattar den 1 juli 2009–den 30 juni 2011 med optioner på förlängd tid med ett plus ett år. Två bolag har inkommit med anbud i upphandlingen. Anbudsgivare nr 2 kvalificeras ej för fortsatt prövning då bolaget ej bedöms ha erforderlig ekonomisk stabilitet. Bedömningen grundar sig på att bolagets rörelseresultat har fallit markant från år 2007 till 2008 ner till ett i stort sett nollresultat; att bolagets resultat efter finansiella poster har fallit markant från år 2007 till år 2008 och nu är kraftigt negativt för andra året i följd; att moderbolaget i koncernen, trots en av bolaget själv bedömd otillfredsställande lönsamhet har belastat sitt dotterdotterbolag med internavgifter i storleksordningen 20 miljoner kronor; att summa omsättningstillgångar inte tillnärmelsevis balanserar kortfristiga skulder; att nyckeltalen soliditet och likviditet uppvisar klart otillfredsställande nivåer; att årets kraftigt negativa kassaflöde har reducerat bolagets likvida medel vid årets början med 40 procent och att bolagets ledning inte torde kunna utföra en säker ekonomisk kontroll över bolaget till följd av den, som bolaget själv anger, dagliga likviditetsstyrning över bolaget som koncernmoderbolaget valt att tillämpa för sitt dotterdotterbolag. Till bolagets anbud fanns en fogad försäkran undertecknad av koncernmoderbolaget med innehållet att koncernmoderbolaget intygar att bolaget ekonomiskt kan fullfölja sina åtaganden. En leverantör får vid behov åberopa annat företags ekonomiska kapacitet genom att tillhandahålla ett åtagande från företaget ifråga

att tillhandahålla ekonomiska resurser. Den aktuella försäkran innehåller ej något sådant ekonomiskt åtagande från koncernmoderbolaget. Bolaget är en självständig juridisk person och svarar som sådan självt för sina åtaganden och förpliktelser. Det finns inte någon formell skyldighet för koncernmoderbolaget att fullgöra dessa, såvida inte koncernmoderbolaget avtalat med beställaren om en för koncernmoderbolaget bindande fullgörelsegaranti. En sådan har vare sig efterfrågats i upphandlingen eller lämnats i anbudet. Den till anbudet fogade försäkran har således inte ekonomiskt kunnat beaktas i prövningen av anbudsgivarna.

OY Karl Fazer AB:s vice verkställande direktör och personaldirektör har i ett intyg daterat den 25 november 2008 angett bl.a. följande.

OY Karl Fazer AB, moderbolaget i Fazer-koncernen, intygar härmed att dotterbolaget FazerAmica AB ekonomiskt kan fullfölja sina åtaganden.

OY Karl Fazer AB bekräftar vidare att det i FazerAmica AB:s resultat ingår en intern fee, på årsbasis 20 miljoner kronor som avser royalties m.m. till Fazer-koncernen vilket minskar FazerAmica AB:s operativa resultat. Det bekräftas ytterligare att FazerAmica AB:s likviditet hanteras via koncernkonton där över- och underlikviditet dagligen regleras med Fazer-koncernens avdelning i Finland.

Länsrättens bedömning

Huvudfrågan i målet är om bolaget har uppfyllt Stockholms stads krav under punkt 1.2 i förfrågningsunderlaget att:

Anbudsgivaren skall ha erforderlig ekonomisk stabilitet så att denne med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget under hela avtalstiden.

Länsrätten finner mot bakgrund av utredningen i målet att bolaget inte ensamt kan anses inneha en sådan erforderlig ekonomisk stabilitet att det med bibehållen kvalitet kan fullgöra uppdraget under hela avtalstiden. Enligt 11 kap. 12 § LOU kan dock en leverantör vid behov och när det gäller

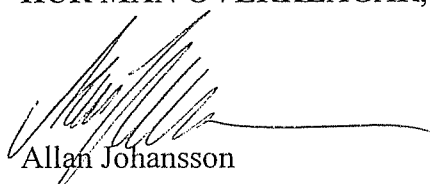
ett visst kontrakt få återropa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras. I det aktuella fallet har OY Karl Fazer AB intygat att bolaget ekonomiskt kan fullfölja sina åtaganden. Länsrätten finner inte att intyget utgör ett sådant åtagande som avses i 11 kap. 12 § LOU. Länsrätten finner därmed att Stockholms stads beslut att utesluta bolagets anbud från utvärdering har varit riktigt.

Bolaget har även anfört att det vinnande anbudet inte uppfyller skallkraven i förfrågningsunderlaget. Stockholms stad har härvid invänt att bolaget mot bakgrund av att bolagets anbud redan i kvalificeringsfasen uteslutits inte har lidit eller kan komma att lida skada varför bolagets talan borde avvisas. Länsrätten kan härvid konstatera följande. För att en domstol skall kunna besluta att en upphandling skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse skett, skall en påstådd överträdelse ha medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Om en anbudsgivare ansöker om överprövning av ett tilldelningsbeslut kan länsrätten komma till slutsatsen att sökandens anbud rätteligen har förkastats redan före utvärderingen och att sökanden därmed inte kan anses ha skadats eller riskerar att skadas av den överträdelse som denne gör gällande (jfr. Kamrätten i Sundsvalls dom mål nr 328-05, EG-domstolens dom den 19 juni 2003 i mål nr C-249/01 samt Nämnden för offentlig upphandlings yttrande den 9 december 2003 i ärende nr 2003/0289-29). Länsrätten har funnit att bolaget inte uppfyller leverantörskvalificeringen varför Stockholms stad får anses vara förhindrad att anta bolagets anbud. Bolaget kan således inte anses ha lidit eller komma att lida skada till följd av att det vinnande bolaget i den senare anbudsprövningen eventuellt inte skulle ha kommit att uppfylla ett skallkrav.

Länsrätten uttalar ändå följande med anledning av vad bolaget anfört i övrigt. Bolaget har anfört att det vinnande anbudet inte uppfyller skall-kravet i förfrågningsunderlaget under punkt 2.5 att ”måltiden skall uppfylla Livsmedelsverkets näringsrekommendationer i ”Bra mat i skolan” för en grundskole- och gymnasieelevs behov av näringsämnen och energi”. Länsrätten konstaterar härvid att det under nämnda punkt anges att *måltiden* skall uppfylla Livsmedelsverkets näringsrekommendationer. Det kan således inte anses ha uppställts krav i förfrågningsunderlaget att menyn i sin helhet skall följa Livsmedelsverkets näringsrekommendationer avseende frekvenser av olika komponenter. Skäl saknas således att utesluta det vinnande anbudet från anbudsutvärderingen på denna grund.

Bolagets ansökan om ingripande med stöd av LOU ska således avslås.

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


Allan Johansson
rådman

Handläggare har varit länsrättsnotarie Emmelie Pettersén Ugglå.



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 nå 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.

