



**LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN**
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2009 -12- 0 2
Meddelad i
Malmö

Mål nr
10011-09 E

SÖKANDE

Landscape Services Sweden AB, 556773-4800
Jägerhillgatan 14
213 75 Malmö

Ombud: Advokat Peter Forsberg och jur. kand. Emma Nörre
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Helsingborgs stad
251 89 Helsingborg

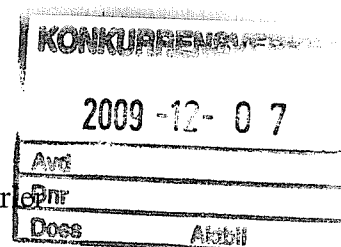
Ombud: Stadsjuristerna Elin Ask och Karin Hellström
Rådhuset
251 89 Helsingborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Landscape Services Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



Dok.Id 246301

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: lansratteniskane@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Helsingborgs stad genomför upphandling av drift och underhåll av park, gata, VA och stränder, driftsområde Väster, Norr och Öster. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU. Peab Sverige AB har i tilldelningsbeslut den 28 september 2009 tilldelats uppdraget.

Landscape Services Sweden AB (LSS) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Helsingborgs stad bestrider yrkandet.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 8 oktober 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat beslutas.

Parternas argumentation

LSS:

Enligt de administrativa föreskrifterna, AFB.51, uppställs som ett kvalificeringskrav avseende finansiell styrka att anbudsgivaren i sin senast fastställda årsredovisning ”skall redovisa ett aktiekapital på minst 50 miljoner kr och ett totalt eget kapital på minst 400 miljoner kr samt en soliditet på minst 17 procent”. LSS (och anknutna företags) egna kapital understiger 400 miljoner kr. Enligt EG-rättslig praxis har en anbudsgivare rätt att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla ställda kvalificeringskrav. LSS har dock, varken själv eller tillsammans med tilltänkta underleverantörer eller samarbetspartner, kunnat uppfylla kravet avseende eget kapital. LSS har således utestängts från deltagande i upphandlingen. Kvalificeringskravet strider mot proportionalitetsprincipen. Genom kravet på ett eget kapital på 400 miljoner kr har Staden uppställt ett mycket högt krav avseende leverantörernas ekonomiska kapacitet. Upphandlingen avser sed-

vanliga drift- och underhållstjänster för park- och gatumark och VA (vatten och avlopp) och av förfrågningsunderlaget följer att entreprenadsumman under avtalstiden uppgår till ett sammanlagt uppskattat värde om minst 450 miljoner kr. Kravet på ett eget kapital om 400 miljoner kr motsvarar ca 90 % av kontraktsvärdet under avtalstiden eller 75 % vid beaktande av garanterade investerings- och anläggningsarbeten. Enligt LSS mening kan varken omfattningen av tjänsterna eller det sammanlagda kontraktsvärdet anses motivera ett kvalificeringskrav på att leverantörernas egna kapital måste uppgå till minst 400 miljoner kr.

LSS utesluter inte att ett krav på eget kapital kan vara mer lämpligt i förhållande till VA-delen av kontraktet än till park- och gatudelen. Nivån på kravet går dock utöver vad som är nödvändigt för att tillgodose syftet. Under alla förhållanden måste ett sådant syfte ha kunnat tillgodosetts med andra eller mindre ingripande åtgärder, t.ex. krav på bankgaranti, adekvat försäkring eller dylikt. VA-delen av kontraktet uppskattas till 54 miljoner kr av det totala kontraktsvärdet eller 99 miljoner kr om garanterade investeringsarbeten beaktas och motsvarar således ca 12 % eller 19 % av kontraktets totala värde. Helsingborg stad kunde såsom en mindre ingripande åtgärd ha medgett anbud på del av upphandlingen eller delat upp upphandlingen i två delar och uteslutit kravet på eget kapital från park- och gatudelen av kontraktet.

Kravet på eget kapital har uppenbarligen begränsat antalet anbudsgivare då endast Peab och NCC har lämnat anbud. Helsingborgs stad har inte visat att något mindre ingripande alternativ inte finns. Det följer av EG-rättslig praxis att en anbudsgivare har rätt att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla ställda kvalificeringskrav. Tillsammans med ett annat företag med erfarenhet och referenser motsvarande kraven i förfrågningsunderlaget vad gäller drift och underhåll av VA hade LSS kunnat lämna in ett anbud som skulle ha uppfyllt samtliga ställda kvalificeringskrav utöver kravet på eget kapital. Det måste vara ostridigt att det finns flera företag på marknaden än NCC och Peab som är verksamma inom VA och som hade kunnat

uppfylla kraven avseende VA-referenser. LSS har varit i kontakt med olika företag som har erfarenhet och referenser motsvarande kraven i förfrågningsunderlaget vad gäller drift och underhåll av VA. LSS hade vidare ensamt kunnat kvalificera sig om anbud lämnats på del av upphandlingen eller om denna delats upp. Eftersom LSS genom kravet uteslutits från att delta i upphandlingen har LSS lidit eller kunnat komma att lida skada.

Det följer av praxis att brister i en upphandling som hänför sig till kvalificeringskrav i förfrågningsunderlaget och som kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska föranleda att upphandlingen görs om.

Helsingborgs stad:

Helsingborgs stad bestrider att Staden, genom att uppställa ett krav på att anbudsgivarna ska redovisa ett eget kapital på minst 400 miljoner kronor, har brutit mot proportionalitetsprincipen. Uppdraget innefattar att överta verksamhet bestående av lokaler, inventarier, förrådsvaror, begagnade handverktyg/utrustning i bodar och dylikt, ingångna avtal, hyresavtal, leasingåtaganden och till verksamheten knuten personal. Uppdraget omfattar även drift- och underhållningsarbete avseende gatumark, inklusive vinterväghållning, och parkmark inom områdena Norr, Öster och Väster i Helsingborg samt kommunövergripande drift och underhåll av "vatten och avlopp". Entreprenadsumman under avtalstiden uppgår till ett sammanlagt värde om 450 miljoner kr. Vid förlängning av samtliga driftsområden uppgår den till 650 miljoner kr. Investeringsarbeten inom "vatten och avlopp" garanteras, utöver entreprenadsumman, till ett belopp om 45 miljoner kr under avtalstiden samt ytterligare 30 miljoner kr vid en förlängning av kontraktet. Arbeten avseende nyanläggning inom "gata och park" garanteras dessutom till ett belopp om 36 miljoner kr under avtalsperioden. Värdet på den konkurrenssatta verksamheten under avtalstiden uppgår således till minst 531 miljoner kr och vid en förlängning till totalt 761 miljoner kr. Till detta ska läggas att 109 personer som idag arbetar inom verksamheten ska

erbjudas fortsatt anställning av entreprenören. Vidare ska befintliga lokaler i verksamheten förhyras under minst tre år till en hyreskostnad om 2 585 000 kr per år. Tillhörande bygginventarier ska övertas mot en köpeskilling om 350 000 kr. Entreprenören ska även överta inventarier till en köpeskilling om 24 miljoner kr samt begagnade handverktyg mot en köpeskilling på 150 000 kr samt förrådsvaror om ca 3 miljoner kr. Befintliga leasingåtagande avseende fordon/maskiner hos svenska finansbolag ska också övertas av entreprenören, en initial leasingkostnad exklusive moms på ca 2 miljoner kr per år alternativt ett lösenpris om ca 7 miljoner kr, och för tillhörande fordonsinredningar ska entreprenören utge en köpeskilling om ca 500 000 kr.

Den aktuella upphandlingen rör således en mycket omfattande verksamhet med väldigt stora ekonomiska åtaganden för entreprenören. Uppdraget inbegriper även ansvar för samhällskritiska funktioner såsom ansvar för Stadens "vatten och avlopp". Det skulle få förödande konsekvenser för Helsingborgs stad om Stadens "vatten och avlopp" skulle sluta fungera. Skälet till att Helsingborgs stad har uppställt kravet på ett eget kapital om 400 miljoner kr är att upphandlingen är synnerligen omfattande, både vad gäller värdet på uppdraget och de åtagande som entreprenören ska uppfylla inom ramen för uppdraget samt att uppdraget innefattar en personalövergång om 109 personer. Det är mot bakgrund av dessa samlade omständigheter som kravet på eget kapital ska bedömas.

För att kunna uppfylla åtagandena enligt kontraktet krävs en aktör som är mycket ekonomiskt stabil och som har en långsiktigt god överlevnadsförmåga. Storleken på det egna kapitalet är en bra indikator på hur ekonomisk stabil en aktör är. Om ett företag har ett stort eget kapital visar det att bolaget har en högre förmåga att klara eventuella förluster, förmåga att vara beständigt i konjunkturedgångar och att bolaget har en god långsiktig överlevnadsförmåga, vilket minimerar Stadens risker. Ett stort eget kapital visar också att aktören har kapacitet att ta över den aktuella verksamheten och ta hand om den personal som väljer att gå över till entreprenören. Att

uppställa ett krav på bankgaranti eller en viss försäkring skulle kunna vara en lämplig åtgärd om Stadens avsikt var att säkerställa ersättning vid en eventuell ekonomisk skada. Detta är emellertid inte Stadens syfte med kravet på visst eget kapital. Anledningen till att Staden ställt upp det aktuella kravet är främst att tillförsäkra Staden att driften av "vatten och avlopp" fungerar utan problem och att kunna få till stånd en övergång av den befintliga verksamheten och den personal som idag arbetar i den kommunala förvaltningen Entek. Mot bakgrund härav vore det direkt olämpligt att ersätta kravet avseende visst eget kapital med ett krav innebärande att en anbudsgivare skulle presentera en bankgaranti eller en viss försäkring.

Anledningen till att Staden inte delat upp upphandlingen är att den personal som ska övertas av den vinnande anbudsgivaren arbetar gränsöverskridande både geografiskt och inom de olika verksamhetsområdena som nu är föremål för upphandling. Det har vidare varit en förutsättning för att få till stånd en verksamhetsövergång i enlighet med 6 b § lag (1982:80) om anställningsskydd att inte dela upp upphandlingen i olika delar. Enligt Stadens uppfattning finns det flera aktörer på marknaden som når upp till de krav som ställts i förfrågningsunderlaget.

Oavsett kravet på visst eget kapital har LSS inte visat att bolaget skulle uppfylla de övriga kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Härvid vill Staden särskilt lyfta fram vad som anges i punkten 5 under rubriken "Teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet" i avsnitt AFB.51 i de administrativa föreskrifterna. "5) *Minst 3 st. företagsreferenser, som styrker anbudsgivarens erfarenheter att på ett bra sätt genomfört till sin omfattning likvärdiga entreprenaduppdrag även aktuella områden under 2000-2009, även pågående uppdrag, skall inges. Bedömningarna av företags referenser tar sin utgångspunkt i likheten och storleken på åtagandet. Kort beskrivning av uppdraget, volym, tid för uppdraget samt namn och kontaktuppgifter till kontaktperson skall uppges*". LSS har inte visat att bolaget kan tillhandahålla och redovisa tre stycken företagsreferenser som styrker bolagets erfarenheter att på ett bra sätt ha genomfört till sin omfattning

2009 -12- 0 2

likvärdiga entreprenaduppdrag. I detta sammanhang får understrykas att den aktuella upphandlingen bl.a. omfattar ansvar för Stadens ”vatten och avlopp”. Såvitt känt för Staden saknar LSS teknisk kunskap och erfarenhet av uppdrag avseende ”vatten och avlopp”.

Det är korrekt att det finns möjlighet att åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla ställda kvalificeringskrav. Anbudsgivaren måste dock visa att den aktuella kapaciteten som man har för avsikt att åberopa för att kunna genomföra det aktuella kontraktet faktiskt är tillgänglig för anbudsgivaren. Att möjligheten finns att åberopa kapacitet hos andra företag medför inte per automatik att sådan kapacitet faktiskt är tillgänglig för LSS eller att LSS kunnat uppfylla de kvalificeringskrav som ställts av Staden. LSS har endast visat att det finns en teoretisk möjlighet för bolaget att uppfylla kvalificeringskraven. Denna möjlighet torde föreligga för alla företag inom EU. Även med bortseende från kravet på eget kapital om 400 miljoner kr har LSS inte visat att bolaget faktiskt skulle uppfylla de uppställda kvalificeringskraven. LSS har därför inte visat att bolaget kan komma att lida skada i det aktuella fallet.

DOMSKÄL

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.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. - Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 11 kap 2 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökande och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

2009 -12- 0 2

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

Av den för offentlig upphandling grundläggande EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på en leverantör än som är nödvändigt för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs på leverantörer i en upphandling måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Den krets som kan delta i upphandlingen får inte i begränsas mer än vad som är nödvändigt.

Det åligger leverantör att visa att den lidit - eller kan komma att lida - skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

En upphandlande myndighet har frihet att själv specificera kraven på det som upphandlas under förutsättning att dessa krav inte på ett otillbörligt sätt styr mot en viss leverantör eller produkt. Den upphandlande myndigheten måste kunna försäkra sig om att den leverantör som tilldelats kontraktet har en sådan ekonomisk stabilitet och kapacitet att leverantören kan fullgöra åtagandena i enlighet med avtalet och länsrätten har förståelse för att Helsingborgs stad vill ha en entreprenör som är mycket ekonomisk stabil för fullgörande av entreprenaden ifråga, bl.a. med hänsyn till att entreprenören ska överta ansvar för vatten och avlopp i Staden samt överta personal. Storleken på det egna kapitalet är naturligtvis en indikator på hur ekonomisk stabil en aktör är och att ställa ett kvalificeringskrav på visst eget kapital torde inte i sig strida mot LOU eller gemenskapsrätten.

Fråga är om det av Helsingborgs stad uppsatta kvalifikationskravet på ett eget kapital om minst 400 miljoner kr är så högt i förhållande till uppdragets värde och övriga av staden åberopade omständigheter att det strider mot proportionalitetsprincipen och därmed också mot LOU. Länsrätten bedömer att så är fallet. Enligt länsrättens bedömning har Helsingborgs stad inte kunnat visa att ett krav på ett eget kapital om 400 miljoner varit

2009 -12- 0 2

nödvändigt för att syftet ska uppnås, dvs. att finna en entreprenör med tillräcklig ekonomisk stabilitet och kapacitet för att kunna fullgöra åtagandena i enlighet med nu aktuellt upphandlingskontrakt. Länsrätten finner därför att det angivna kravet strider mot proportionalitetsprincipen och att Helsingborgs stad har brutit mot 1 kap 9 § LOU.

För att ett ingripande enligt LOU ska beslutas krävs emellertid, förutom att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU, att den leverantör som ansöker om överprövning visar att den har lidit eller kan komma att lida skada till följd härav.

Helsingborgs stad gör i denna del gällande att LSS inte kan ha lidit skada även om kravet på eget kapital skulle anses oproportionerligt eftersom LSS inte visat att bolaget uppfyllt övriga s.k. skall-krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Helsingborgs stad har särskilt åberopat kravet på företagsreferenser till styrkande av tidigare erfarenhet av likvärdiga entreprenaduppdrag som genomförts på ett bra sätt. LSS har genmält att bolaget kunnat lämna in ett anbud tillsammans med ett annat företag eller - om uppdraget delats upp – själv kunnat ge in ett anbud avseende annat än VA. Helsingborgs stad har på detta svarat att LSS inte visat att bolaget kan redovisa tre företagsreferenser som styrker LSS erfarenheter av att på ett bra sätt ha genomfört likvärdiga entreprenaduppdrag.

Som framgår av 11 kap 12 § LOU är det tillåtet för en tjänsteleverantör att åberopa andra enheters kapacitet för att bevisa att det egna företaget uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villkoren för att delta i ett anbudsförfarande och det kan naturligtvis inte uteslutas att LSS vid avgi-vande av ett anbud skulle kunna ha samarbetat med ett företag som behärskar VA-biten av entreprenaden. Detta leder emellertid, mot bakgrund av utformningen av det av Helsingborgs stad i denna del åberopade skall-kravet (AFB.51), inte till slutsatsen att LSS därmed skulle ha haft någon

2009 -12- 0 2

möjlighet att uppfylla detta skall-krav då LSS uppenbarligen aldrig haft huvudansvaret för genomförandet av ett entreprenaduppdrag som till sin omfattning varit likvärdig med det i målet aktuella entreprenaduppdraget.

Länsrättens bedömning är att LSS inte har gjort sannolikt att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av att Helsingborgs stad uppställt ett oproportionerligt krav på eget kapital. Ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

Särskild upplysning

Länsrättens interimistiska beslut från den 8 oktober 2009 upphör i och med denna dom att gälla. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av domen inte prövas efter det att tio dagar gått från dess meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Det gäller även om domen överklagas inom den anvisade tiden tre veckor.

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



Anders Granholm