

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

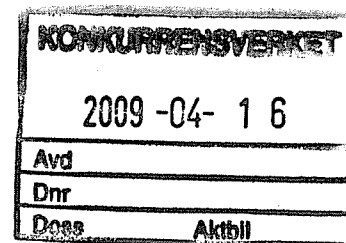
DOM
2009-04-15
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
4001-09
Rotel 553

SÖKANDE

Borgkärnan Holding AB, 556467-7754
Bergkällavägen 23
192 79 Sollentuna

Ombud: Advokat Per-Olof Jönsson
Joensson advokatbyrå
Gliavägen 71
168 58 Bromma



MOTPART

Täby kommun
Kommunfastigheter
183 80 Täby

Ombud: Jur. kand. Lars Biertz
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Borgkärnan Holding AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 27 februari 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 414065

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

Täby kommun (kommunen) har på generalentreprenad genomfört en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU av om-/tillbyggnad av kök m.m. i Rösjöskolan, projektnummer 22341.

I tilldelningsbeslut avsänt den 18 februari 2009 beslöt Täby kommun att anta annat anbud än anbudet från Borgkärnan Holding AB (bolaget).

ANSÖKAN OCH YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker hos länsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan åberopar bolaget två av kommunen använda uteslutningsgrunder och anför i huvudsak följande.

Kommunen har vid anbudsprövning uteslutit bolaget från anbudsprövningen med hänvisning till dels att åberopade resurser hänför sig till koncernbolag och dels att det företag vars resurser åberopats saknar F-skatt och haft skatteskulder. Bolaget har för att uppfylla ett i upphandlingen angivet ekonomiskt krav på omsättning i enlighet med 2 kap. 12 § LOU hänvisat till omsättningen hos Borgstaden Förvaltning AB och Borgstaden Mark AB. Kommunen synes i denna del vilja utesluta bolaget från prövning på den grunden att dessa två företag är dotterbolag. Det är inte korrekt att utesluta en anbudsgivare från att åberopa resurser hos sitt eget dotterbolag. Här hänvisas (motsatsvis) till Kammarrättens i Sundsvall dom den 27 juni 2005 i mål nr 1430-05, där rätten fann att ett dotterbolag inte kunde göra en enkel hänvisning till sitt moderbolag. I det nu aktuella fallet är det fråga om att moderbolaget hänvisat till omsättningen hos sina dotterbolag. Det är

uppenbart att ett moderbolag kan förfoga över dotterbolagens resurser, varför en närmare kvalifikation av en sådan hänvisning inte kan begäras. Det saknas rättsligt stöd för att kommunen ska lämna en hänvisning i denna riktning (från moderbolaget till dotterbolaget) åt sidan blott för att det rör sig om koncernbolag. Bestämmelserna i 2 kap. 12 § LOU begränsar inte på något sätt kretsen av vilka företag en anbudsgivare får hänvisa till för att uppfylla ett krav på ekonomisk styrka. Det andra ledet i kommunens åsidosättande är att de företag vartill bolaget i sin egenskap av anbudsgivare hänvisat till saknar F-skatt och vid kontrolltillfället hade skuld hos Skatteverket. Även för ett sådant beslut saknar kommunen rättsligt stöd i LOU. Med leverantör avses enligt 2 kap. 11 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller tillhandahåller byggtreprenader. I detta fall är det fråga om bolaget och ingen annan. De krav som avser fullgörande av bl.a. skattebetalning, som enligt lagen får ställas riktar sig mot leverantören. Det saknas bestämmelse i lagen för att utesluta en anbudsgivare för att någon annan brustit i detta avseende. Eftersom reglerna om när en leverantör får uteslutas innebär en inskränkning i friheten att få bli prövad måste bestämmelserna tolkas restriktivt och deras giltighet kan inte utsträckas utöver den klara ordalydelse lagen ger.

Det anbud bolaget lämnat är det ekonomiskt mest fördelaktiga av de anbud som ska prövas. Skadan för bolaget kan därför komma att uppgå till motsvarande hela det positiva kontraktsintresset.

Länsrätten har den 27 februari 2009 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen) har genomfört en upphandling rörande om- och tillbyggnad av ett kök på Rösjöskolan. I upphandlingen har nio anbudsgivare lämnat anbud varav två inte har uppfyllt uppställda skall-krav. En av dessa anbudsgivare är bolaget. I administrativa föreskrifter anges att "företagets årsomsättning ska uppgå till minimum anbudssumman för den juridiska enheten som lämnar anbudet". Bolaget uppnår själv inte till dessa krav. Bolaget har därför åberopat annans kapacitet som stöd för sitt anbud. Kommunen har också godtagit att bolaget åberopar omsättning hos dotterbolag till bolaget. Kommunen vidgår att en anbudslämnare har rätt att åberopa annans kapacitet om anbudsgivare kan visa att denne kan förfoga över den åberopade resursen. I det nu aktuella fallet har bolaget åberopat kapacitet i dotterbolag. I 11 kap. 12 § LOU anges att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. I förevarande upphandling har således bolaget åberopat ekonomisk kapacitet. Skälen till att kommunen uteslutit bolagets anbud är enbart avsaknaden av F-skattebevis och belastningar i form av skatteskulder hos åberopade dotterbolag. I administrativa föreskrifter är det uppställt ett antal olika skall-krav. Anbud, som inte uppfyller uppställda skall-krav, får inte antas. Kommunen är således förhindrad att anta anbud som brister i detta avseende. Ett av dessa skall-krav, som kommunen har uppställt i administrativa föreskrifter, är att anbudslämnare inte får ha skulder för svenska skatter eller socialavgifter hos Skatteverket eller Kronofogdemyndigheten. Detta ska styrkas genom ifyllt blankett SKV 4820. Bolaget har i sitt anbudssvar åberopat annan kapacitet från sina dotterbolag Borgstaden Förvaltning AB och Borgstaden Mark AB för att kunna uppfylla uppställda skall-krav rörande omsättningen. Fråga är således om åberopande av annans ekonomiska kapacitet i den mening som avses i 11 kap. 12 § LOU. Bolagets dotterbolag, Borgstaden Förvaltning

AB och Borgstaden Mark AB, har vid tidpunkten för anbudsgivande haft skatteskulder hos Kronofogdemyndigheten, Borgstaden Förvaltning AB med 386 668 SEK och Borgstaden Mark AB med 207 052 SEK. Fråga är således om avsevärda belopp. Bolagets åberopade dotterbolag har således innehaft skatteskulder uppgående till närmare 600 000 SEK vid tiden för lämnandet av anbudet. Det har också framkommit att varken Borgstaden Förvaltning AB eller Borgstaden Mark AB innehar F-skatt hos Skatteverket. På grundval av att åberopade bolag är belastade med skatteskulder och dessutom inte innehar F-skattebevis har kommunen uteslutit bolagets anbud från upphandlingen.

Vid åberopande av annans kapacitet som i det nu aktuella fallet uppställs samma skall-krav på hela den juridiska enheten som lämnar anbud. I detta fall innebär det att inget av de bolag som ingår i den juridiska enheten som är anbudsgivare får belastas av skatteskulder. Kommunen får här framhålla att det är av yttersta vikt enligt LOU att en likabehandlingsprincip upprätthålls. Det är därför viktigt att inget bolag genom att inte betala sina skatter och avgifter kan vinna konkurrensfördelar gentemot anbudslämnare, som har erlagt samtliga skatter och avgifter på ett korrekt sätt. Ett bolag som inte betalar sina skatteskulder kan därigenom öka sin ekonomiska kapacitet. Här ska särskilt framhållas att av 10 kap. 2 § LOU anges att en upphandlande myndighet får utesluta en anbudsgivare att delta i upphandlingen om den är försatt i konkurs, dömd för brott i yrkesutövningen, gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, inte har fullgjort sina åligganden att betala socialförsäkringsavgifter eller skatt. De grunder en upphandlande myndighet har rätt att utesluta en anbudsgivare på är graverande och utgör omständigheter som får anses allvarliga, däribland återfinns utebliven betalning av socialförsäkringsavgifter eller skatt. Kommunen har genomfört nämnda upphandling i enlighet med LOU. Kommunen har behandlat alla anbudsgivare på ett likvärdigt sätt. Anbudsgivare som inte uppfyller uppställda skall-krav har inte gått vidare till anbudsutvärdering.

Anbudsgivare, som inte har gått vidare har innehaft skatteskulder, saknat F-skattebevis eller varit försatta i konkurs. På grundval av att åberopade bolag är belastade med skatteskulder och dessutom inte innehar F-skatt har kommunen haft rätt att utesluta bolagets anbud från upphandlingen. En annan bedömning medför att kringgående av LOU och de regler som anges i lagen skulle godtas. Härutöver noteras att kommunen särskilt angett ett skall-krav i upphandlingen att anbudsgivaren ska ha F-skattebevis och inte får ha skatteskulder. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås. Inte heller i övrigt utgör inget av det som sökanden anför i sin ansökan om överprövning, var och en för sig eller tillsammans, omständigheter som ger anledning till ingripande med stöd av LOU. I ansökan om överprövning har det således inte anförts eller visats något som ger anledning att anta att kommunens förfarande i upphandlingen strider mot de krav som uppställs i LOU. Sökanden har således inte riskerat att lida skada eller lidit skada. Kommunen bestrider också att bolagets anbud skulle utgöra det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, då bolagets anbud inte har utvärderats. Vad bolaget har anført föranleder inte till någon annan bedömning. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

Ytterligare skriftväxling mellan parterna har härefter förekommit. Parterna synes vara överens om att bolagets anbud inte har uteslutits på den grund att stödresurserna är koncernbolag.

Bolaget anför bl.a. följande. Kommunen har inte i upphandlingsvillkoren förbehållit sig rätten att pröva skattebetalningen för annan än "anbudsgivaren", varmed måste förstås bolaget. Även om kommunen gjort ett sådant förbehåll, skulle detta ha stått i strid med LOU och gällande EG-direktiv. Den upphandlande enheten kan inte vid en utvärdering använda sig av andra parametrar än dem som angivits i förfrågningsunderlaget. Bolaget kan alltså inte ha haft någon skyldighet att redovisa sina underentreprenörers skattebetalning eller att vid an-

budsutvärderingen svara för den. Så som visats i klagoskriften är "leverantören" och annan som av anbudsgivaren må åberopas till visande av efterfrågade resurser inte en och samma juridiska person, och de utgör inte heller någon sådan anbudsgemenskap som tillåts om den senare tar formen av juridisk person. Att stödresurserna vid anbudstillfället hade befintliga skatteskulder innebär inte att något stöter mot syftet med lagstiftningen, än mindre mot dess ordalydelse eller någon bestämmelse i direktivet. Skatteskulden bestod av vid nyligen gjord taxering påförd skattebelastning och är till fullo betalad. Den har inte påverkat konkurrensförmågan och utgör inte i sig någon förskjutning av konkurrensen. Även om detta skulle anses stöta mot "syftet" med lagstiftningen är inte denna brist något som lagen hindrar, eller omvänt, ett uteslutande på grund av en sådan brist får inte ske enligt lagen. Därmed utgör inte heller bolagets anbud något "kringgående" av lagen. Anbud får i enlighet med LOU lämnas även av anbudsgivare som inte vid anbudstillfället har någon juridisk person. Därav följer att krav på innehav vid anbudstillfället av F-skattsedel inte kan uppställas.

Kommunen anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget, administrativa föreskrifter kod AFC. 163, har kommunen förbehållit sig rätten att pröva skattebetalning avseende registrering av mervärdesskatt, arbetsgivaravgifter, innehav av F-skatt och eventuella övriga skatteskulder inte enbart för anbudsgivaren utan också för åberopad kapacitet. På denna grund bestrider kommunen bolagets påstående att kommunen inte skulle ha uppställt krav på att även åberopad kapacitet ska uppfylla samma krav vad gäller avsaknad av skatteskulder och innehav av F-skattebevis. Av ovan angivna kod AFC. 163 framgår att det åvilar entreprenören att kontrollera att den åberopade kapaciteten inte belastas av nämnda hinder för utvärdering, d.v.s. skatteskulder och avsaknad av F-skattebevis. Vad som har redovisats ovan innebär att det saknar betydelse om en anbudsgivare är en enskild juridisk

person eller om den består av en anbudsgivare och flera åberopade resurser från andra företag, exempelvis som i detta fall dotterbolag. I koderna AFB.51 och AFC.163 i administrativa föreskrifter uppställs krav att en anbudsgivare inte får belastas med skatteskulder eller avsaknad av F-skattebevis vid utvärderingen av anbudet. Det synes ostridigt att bolagets åberopade kapacitet från dotterbolag har vid utvärderingstillfället innehaft skatteskulder samt saknat F-skattebevis.

Av beslut från Skatteverket den 30 januari 2009 framgår att Borgstaden Mark AB har fått sitt F-skattebevis återkallat enligt 4 kap. 13 § punkt 5 skattebetalningslagen med anledning av omfattande skatteskulder samt restförda skatteskulder hos Kronofogdemyndigheten. Av uppgifter från Skatteverket framgår att Borgstaden Förvaltning AB aldrig har innehaft något F-skattebevis. Detta innebär att bolagen inte får bedriva näringsverksamhet. Redan på denna grund kan bolaget inte åberopa dotterbolagen såsom åberopad kapacitet för att höja sin egen omsättning. Därmed ska bolagets talan avslås.

Av EG-domstolens mål C 176/98 framkommer att en upphandlande myndighet måste göra en lämplighetsprövning av en anbudsgivare, som hänvisar till åberopande av annans kapacitet. En upphandlande myndighet måste faktiskt kunna veta att den åberopade kapaciteten kommer att kunna användas, d.v.s. att anbudsgivaren faktiskt har rätt att disponera över resurserna och att den åberopade resursen är skyldig att ställa resurser till anbudsgivarens förfogande. Kommunen har i nämnda upphandling uppställt krav om avsaknad av skatteskulder och viss omsättning för att kunna förvissa sig om att anbudsgivare har en stabil ekonomisk grund och kapacitet att genomföra nu förevarande entreprenadprojekt. Kommunen gör gällande att anbudsgivare med skatteskulder inte kan uppnå de i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kraven på ekonomisk stabilitet. Det torde inte heller överhuvudtaget vara lämpligt för en upphandlande myndighet att utvärdera

en anbudsgivare, som åberopar ekonomisk kapacitet i form av omsättning från annat bolag, som är behäftad med skatteskulder och avsaknad av F-skattebevis. EG-domstolens ställningstagande i ovan nämnda mål har även fastslagits i en rad avgöranden från svenska domstolar (jfr Länsrättens i Stockholms län avgörande i mål nr 1371-08).

Bolaget vidhåller i slutinlaga sin talan.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 12 kap. 1 § första och andra styckena 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 § första stycket 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.

Utredningen

I förfrågningsunderlaget från den 3 december 2008 anges att anbudsprövningen kommer att ske i två steg. I steg ett prövas om anbudsgivaren uppfyller kraven enligt punkt AFB.51. Anbudsgivare, som uppfyller kraven enligt AFB.51, går vidare till steg två. I steg två prövas anbuden enligt AFB.52 (värderingsgrunder). Vid punkt AFB. 51 ställs bl.a. följande krav på anbudsgivaren:

- företagets årsomsättning ska uppgå till minimum anbudssumman för den juridiska enhet, som lämnat anbudet (styrks genom de två senaste årens årsredovisningar),
- företaget får inte ha skuld för svenska skatter eller sociala avgifter hos Skatteverket eller Kronofogdemyndigheten (styrks genom ifylld blankett SKV 4820),
- företagets skatteform ska vara F-skatt (styrks genom ifylld blankett SKV 4820).

Länsrättens bedömning

För att uppfylla kommunens krav på årsomsättning har bolaget, moderbolaget, hänvisat till årsomsättningen hos två dotterföretag. Moderbolag och dotterföretag utgör tillsammans enligt 1 kap. 11 § aktiebolagslagen en koncern. Fråga i målet är om kommunen har haft rätt att utesluta bolagets anbud från fortsatt utvärdering enligt angivna grunder, nämligen att ifrågavarande dotterföretag har skatteskulder hos Kronofogdemyndigheten samt saknar F-skattebevis.

Skatteskulder hos dotterföretag

Kommunen har godtagit att bolaget enligt 11 kap. 12 § LOU åberopar annans ekonomiska kapacitet till stöd för sitt anbud, i detta fall årsomsättningen hos två dotterföretag, Borgstaden Mark AB och Borgstaden Förvaltning AB. Dotterföretagen hade vid tidpunkten för anbuds-

givandet skatteskulder om sammanlagt knappt 600 000 kr. Av kommunen senare ingivna registerutdrag daterade den 19 mars 2009 från Kronofogdemyndigheten framgår att dotterföretagen alljämt var belastade med skatteskulder. Enligt länsrättens mening framstår det som fullt rimligt - om inte i det närmaste helt klart - att upphandlande myndighet har en skyldighet att beakta anbudsgivarens **samlade** ekonomiska kapacitet. Bolaget uppfyller således inte skall-kravet att inte ha skulder för svenska skatter eller sociala avgifter hos Skatteverket eller Kronofogdemyndigheten.

Avsaknad av F-skattebevis hos dotterföretagen

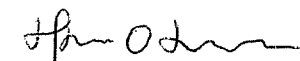
Enligt 4 kap. 12 § skattebetalningslagen (1997:483) ska Skatteverket för den som får en F-skattsedel också utfärda ett F-skattebevis. En F-skattsedel ska enligt huvudregeln i 7 § samma kapitel efter ansökan utfärdas för den som uppger sig bedriva eller ha för avsikt att bedriva näringsverksamhet här i landet, såvida det inte finns skälig anledning att anta att näringsverksamhet varken bedrivs eller kommer att bedrivas.

Borgstaden Mark AB har genom beslut av Skatteverket den 30 januari 2009 fått sin F-skattsedel återkallad enligt 4 kap. 13 § punkt 5 skattebetalningslagen på grund av bristande betalning av skatter. Borgstaden Förvaltning AB har enligt vad som upplysts aldrig innehaft F-skattebevis.

Kommunen har som skall-krav på anbudsgivaren att företagets skatteform är F-skatt. Bolagets handlande genom att åberopa annans ekonomiska kapacitet medför också en skyldighet för kommunen att beakta anbudsgivarens samlade ekonomiska kapacitet bl.a. i form av uppställt krav på F-skattebevis. Bolaget uppfyller inte detta skall-krav.

Länsrätten finner sammanfattningsvis att vad bolaget åberopat inte visar att upphandlingen genomförts vare sig i strid mot LOU eller gemenskapsrätten. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Hans O Larsson

Rådman

Handläggare har varit föredraganden Göran Forsberg.



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.

