



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

BESLUT
2012-05-07
Meddelat i
Umeå

Mål nr
2306-11 E
Kansli 3

SÖKANDE

Delt Elteknik AB, 556576-3496
Box 3052
903 02 Umeå

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Eleonore Gustafsson
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Akademiska Hus Norr AB, 556467-8752
Box 7985
907 19 Umeå

Ombud: Advokat Helena Rosén Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2012-05-08	
Avd	
Dnr	
Dess	Aktbil

SAKEN

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

BESLUT

Förvaltningsrätten avvisar ansökan.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 5 december
2011.

Dok.Id 22224

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se	090-13 75 88	måndag – fredag 08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

I ett förfrågningsunderlag daterat den 14 oktober 2011 efterfrågas anbud avseende på- och tillbyggnad av SLU vid Campus Umeå (projekt nr 605 04 20).

Delt Elteknik AB (Delt) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Akademiska Hus Norr AB (Akademiska Hus) bestrider bifall till ansökan samt yrkar, såvida inte förvaltningsrätten avvisar eller avslår ansökan, att muntlig förhandling ska hållas.

Genom interimistiskt beslut den 5 december 2011 har förvaltningsrätten beslutat att Akademiska Hus inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Delt anför bl.a. följande.

Akademiska Hus genomför upphandling av delentreprenader avseende rör- och sprinklerentreprenad, ventilationsentreprenad, el- och hissentreprenad, styr- och reglerentreprenad samt VAV-entreprenad för på- och tillbyggnad vid SLU i enlighet med förfrågningsunderlag daterat den 14 oktober 2011.

Den 25 november 2011 meddelade Akademiska Hus tilldelningsbeslut av vilket framgår att Umia AB antagits som entreprenör för samtliga ovan angivna delentreprenader.

Det är Delts bestämda uppfattning att det är Akademiska Hus som är den egentlige beställaren av entreprenadarbetena. En avtalskonstruktion som Akademiska Hus har med Rekab Entreprenad AB (Rekab) synes främst syfta till att söka undgå regelverket i LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår under koden AFB.11 att ”upphandling sker genom att beställaren träffar avtal om ovan angivna delentreprenader. Efter blivande avtalsparters ömsesidiga godkännande kommer överföring till generalentreprenad att ske. Entreprenören för delentreprenad DE1 blir GE och förutsätts överta beställarens samtliga rättigheter och skyldigheter som följer av avtal tecknade med entreprenörer för övriga angivna delentreprenader och svarar därefter för dessa som för eget arbete”.

Denna skrivning kan inte, vare sig bokstavligen eller tolkningsmässigt, förstås på annat sätt än att det är Beställaren, dvs. Akademiska Hus, som upphandlar entreprenaderna och att dessa sedermera ska överföras till en generalentreprenör, vilken av Akademiska Hus uppgetts vara Rekab. Det kan vidare konstateras att i förfrågningsunderlaget genomgående hänvisas till GE och Beställare som två olika aktörer.

Bl.a. av förfrågningsunderlaget framgår att Akademiska Hus har ett minst sagt väsentligt inflytande under hela entreprenadtiden. Det är Akademiska Hus som godkänner betalningsplaner, bekostar utförandet och är projektledare.

Av 2 kap. 13 § LOU framgår att ”med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader”. Typiska åtgärder i ett upphandlingsförfarande är att besluta formerna för upphandlingen och utförandet samt att upprätta ett förfrågningsun-

derlag. Det är ostridigt att det är Akademiska Hus som upprättat aktuellt förfrågningsunderlag.

Det finns en mängd fakta som med styrka talar för att Akademiska Hus är en upphandlande myndighet. Akademiska Hus bedriver en verksamhet som tillgodoser ett behov i det allmännas intresse som inte är av industriell eller kommersiell karaktär; verksamheten bedrivs inte på normala marknadsmässiga villkor, verksamheten är inte utsatt för en utvecklad konkurrens, verksamheten bedrivs inte utifrån ett huvudsakligt vinstintresse och Akademiska Hus har inte att beakta ekonomiska risker på samma villkor som andra kommersiella aktörer.

NOU och Konkurrensverket har vid flera separata tillfällen bedömt att bolag inom koncernen Akademiska Hus utgör upphandlande myndigheter.

Som upphandlande myndighet har Akademiska Hus att efterleva regelverket för offentlig upphandling. Det kan konstateras att Akademiska Hus har brutit mot LOU:s bestämmelser genom att upphandla byggentreprenad för på- och tillbyggnad av SLU utan att iaktta reglerna i LOU vid förfarandet.

Akademiska Hus anför bl.a. följande.

Det är Rekab, och inte Akademiska Hus, som genomför upphandlingen av delentreprenaderna DE 2- DE 6, som ansökan om överprövning avser.

Akademiska Hus har sedan tidigare ingått avtal med Rekab, se bifogat avtal daterat den 7 oktober 2011, om att det företaget ska utföra en utförandeentreprenad på generalentreprenad åt Akademiska Hus vad gäller på- och tillbyggnad av SLU, Campus Umeå. Innebörden av avtalet om generalentreprenad är att Rekab har åtagit sig att mot Akademiska Hus på generalentreprenad uppföra på- och tillbyggnad av SLU vid Campus Umeå. Ett

avtal om generalentreprenad innebär att det åligger generalentreprenören att utföra samtliga entreprenadarbeten genom egna resurser eller genom att anlita underentreprenörer. Avtalet mellan Akademiska Hus och Rekab förutsätter också att det är Rekab – och inte Akademiska Hus – som ska beställa och ingå avtal med underentreprenörer. Akademiska Hus har inte ingått och har inte heller för avsikt att ingå något annat avtal om på- och tillbyggnad av SLU vid Campus Umeå än det avtal om generalentreprenad som Akademiska Hus ingått med Rekab den 7 oktober 2011.

Det finns inte något skäl för förvaltningsrätten att bortse från att Akademiska Hus har anskaffat de entreprenadarbeten som ska utföras för på- och tillbyggnaden av SLU vid Campus Umeå genom avtalet med Rekab den 7 oktober 2011.

Det finns inte heller något skäl för förvaltningsrätten att bortse från de omständigheter som uttryckligen framgår av bifogade handlingar, bl.a. avtal mellan Rekab och Umia, som visar att det är Rekab – och inte Akademiska Hus – som är beställare av och avtalat om delentreprenaderna DE 2- DE 6. I förfrågningsunderlaget (AFA.12) anges också uttryckligen att det är Rekab som är beställare.

Vid en generalentreprenad upphandlar beställaren av generalentreprenaden, dvs. byggherren, hela åtagandet av en entreprenör dvs. av generalentreprenören. Det åligger därefter generalentreprenören att anskaffa och samordna övriga entreprenader och utförarna av de övriga entreprenaderna är underentreprenörer till generalentreprenören. Upphandlingsformen är en av de vanligast förekommande.

Denna ansvarsfördelning gäller även i avtalsrelationen mellan Akademiska Hus och Rekab. Rekab har i bolagets offererade pris till Akademiska Hus för utförandeentreprenaden räknat in bolagets kostnader för att samordna,

planera och etablera de underentreprenader som ingår i utförandeentreprenaderna oavsett om de utförs av Rekab i egen regi eller av Rekab anlitate underleverantörer. Byggherren, dvs. Akademiska Hus, har en avtalsrelation endast med generalentreprenören, dvs Rekab. Generalentreprenören, Rekab, har en avtalsrelation med av denne anlitate underentreprenörer, dvs med leverantörerna av delentreprenaderna rör- och sprinklerentreprenad (DE2), ventilationsentreprenad (DE3), el- och hissentreprenad (DE4), styr- och reglerentreprenad (DE5) och VAV-entreprenad (DE6) och som är föremål för ansökan om överprövning. Rekab ansvarar således gentemot Akademiska Hus för att de kontraktarbeten som ingår i underentreprenaderna utförs och att de dessutom utförs i rätt tid och i övrigt korrekt. Rekab ansvarar nämligen även gentemot Akademiska Hus för fel i underentreprenaderna och skador i utförande i anledning av dem. Underentreprenörerna däremot ansvarar endast gentemot Rekab för fel i underentreprenaderna och skador i utförandet i anledning av dem.

Det förhållandet att Akademiska Hus har agerat ombud åt beställaren Rekab under anbudstiden innebär inte att Akademiska Hus är beställare av de aktuella delentreprenaderna. Betydelsen av att vara ombud under anbudstiden i entreprenadsammanhang innebär endast att anbudsgivarna kan ställa frågor om entreprenaden till ombudet inför anbudsgivningen. Att frågor om delentreprenaderna, som ska ingå som underentreprenader till generalentreprenaden, ställs till Akademiska Hus, som har tagit fram underlaget för Rekabs generalentreprenad, är naturligt.

Inte heller innebär det förhållandet att Akademiska Hus är byggherre att Akademiska hus är beställare av de aktuella delentreprenaderna. Begreppet byggherre emanerar ur plan- och bygglagen och anger vem som i samband med byggande, rivning och markarbeten ansvarar för att gällande lagar och föreskrifter följs. Som framgår av utdraget ur AF AMA 98 ska i förfråg-

ningsunderlaget redovisas vem som är byggherre när det inte är samma person som är beställare.

Vad gäller skrivningen i förfrågningsunderlagets AFB.11 har den tagits från en tidigare mall och är därför något otydlig eftersom det inte finns någon delentreprenad 1 som anskaffats samtidigt med delentreprenad DE2-DE6. När delentreprenaderna DE2-DE6 utannonserades hade Rekab redan uppdraget att agera generalentreprenör och beställare av delentreprenaderna DE2-DE6.

Akademiska Hus är inte ett offentligt styrt organ. Akademiska Hus verksamhet är nämligen industriell och kommersiell eftersom (a) verksamheten är utsatt för konkurrens, (b) bedrivs på normala marknadsmässiga villkor, (c) har ett vinstsyfte och (d) Akademiska Hus självt bär de förluster som uppstår i verksamheten. Härmed följer att Akademiska Hus inte är en upphandlande myndighet i den mening som avses i LOU varför LOU inte är tillämplig vid Akademiska Hus anskaffningar av t.ex. byggentreprenadarbeten.

SKÄL FÖR BESLUTET

Genom förfrågningsunderlag daterat den 14 oktober 2011 efterfrågas anbud avseende delentreprenaderna DE 2 – DE 6 för på- och tillbyggnad av SLU vid Campus Umeå. Genom beslutsmeddelande daterat den 25 november 2011 anges att Umia AB antagits som leverantör för entreprenaderna DE 2 – DE 4. Det är i målet ostridigt att upphandlingen inte genomförts enligt regelverket för offentlig upphandling.

De frågor som uppkommer i förevarande mål är dels om Akademiska Hus är en upphandlande myndighet i den mening som avses i LOU och dels om det är Akademiska Hus som är den egentlige beställaren, dvs. den som avsett att teckna avtal med antagen leverantör.

Enligt förvaltningsrättens mening visar utredningen i målet inte annat än att Akademiska Hus i sig är en upphandlande myndighet i LOU:s mening.


Vad därefter gäller frågan om vem som är beställare av aktuella entreprenadarbetena kan inledningsvis konstateras att det är Rekab som anges som beställare i förfrågningsunderlaget. Flera formuleringar i förfrågningsunderlaget tyder emellertid på att Akademiska Hus kan vara den egentlige beställaren. Bl.a. är det Akademiska Hus som står bakom beslutsmeddelandet och en angiven person vid Akademiska Hus anges som projektledare och ombud under anbudsstiden.

Akademiska Hus menar dock att man sedan tidigare ingått avtal med Rekab om att det bolaget ska utföra en utförandeentreprenad på generalentreprenad åt Akademiska Hus vad gäller på- och tillbyggnad av SLU vid Campus Umeå samt att det är Rekab, i egenskap av generalentreprenör, som är beställare av och ingår avtal avseende delentreprenader DE 2 – DE6. Akademiska Hus har till förvaltningsrätten ingett avtal (benämnt uppgörelseprotokoll) daterat den 23 november 2011. Härav framgår att Umia AB antagits som entreprenör avseende entreprenaderna DE 2 – DE 4 samt att Rekab är beställare av entreprenaderna. Vidare har ingetts en skrivelse från Rekab i vilken bekräftas att det är Rekab som, till följd av administrativa föreskrifter daterade den 14 oktober 2011 och protokoll från överenskommelser daterat den 23 november 2011, ingått avtal med Umia avseende entreprenad DE 2 – DE 4. Akademiska Hus har sedermera även ingett ett avtal (uppgörelseprotokoll) daterat den 7 oktober 2011 mellan

Akademiska Hus och Rekab. Av det avtalet framgår att Akademiska Hus antagit Rekab som generalentreprenör.

Innehållet i de ingivna avtalen och vad som anförts av Akademiska Hus talar enligt förvaltningsrättens mening starkt för att Rekab tidigare antagits som generalentreprenör och att Rekab är den egentlige beställaren av delentreprenad DE 2 – DE 6. Formuleringen i förfrågningsunderlagets AFB.11 och den omständigheten att det i förfrågningsunderlaget på flera ställen hänvisas till GE (generalentreprenör) och beställare som två olika aktörer kan visserligen tolkas som att generalentreprenör inte anlitas tidigare. De förklaringar härtill som getts av Akademiska Hus och den tyngd som ingivna avtal ändå måste tillmätas medför enligt förvaltningsrättens mening att Rekab, som inte är en upphandlande myndighet, måste anses vara den egentlige beställaren av de aktuella delentreprenaderna. Av denna anledning är regelverket för offentlig upphandling inte tillämpligt i detta led. Ansökan ska därför avvisas.

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



Björn Johansson
Rådman

Föredragande har varit Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.