



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM

2017-11-10

Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6902-17

SÖKANDE

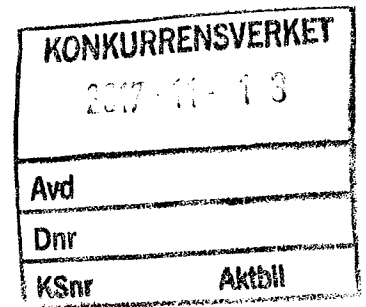
Becthel Entreprenad AB, 556931-6259
Pyramidbacken 6
141 75 Kungens Kurva

MOTPART

Falkenbergs kommun
311 80 Falkenberg

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig
upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 505753

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND

Falkenbergs kommun (kommunen) genomför en upphandling av *utbyte av övergångskonstruktioner på bro 13-621-1 över Åtran*.

Av tilldelningsbeslut den 7 juni 2017 framgår att annan leverantör än Bechtel Entreprenad AB (Bechtel) har vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Bechtel ansöker om överprövning och menar att bolaget uppfyller samtliga skall-krav och har lämnat den lägsta anbudssumman. Skäl att förkasta bolagets anbud saknas.

Kommunen har i e-post den 30 maj 2017 efterfrågat belastningsuppgifter gällande den person som bolaget har angivit som platschef i anbudet. Kommunen har också i detta meddelande efterfrågat denne platschefs engagemang i bolaget. Bolaget har uppfattat frågan som att det är det dagsaktuella förhållandet som ska uppvisas. Bolagets svar framgår av e-post daterat den 31 maj 2017. Bolaget har inte uppfattat begäran om engagemang vid utförandet av entreprenaden gällande förevarande upphandling, utan bara att den gällt platschefens engagemang i bolaget i nutid. Platschefens engagemang i projektet har inte efterfrågats. Otydlighet i förfrågningsunderlaget ska inte tillskrivas bolaget. Det synes vara kommunens egna handlingar som är oprecisa eftersom de haltar avseende nutid och framtid.

Härefter har kommunen begärt ytterligare uppgifter i mail den 31 maj 2017 och bolaget har lämnat svar på begärda uppgifter från kommunen i e-post den 1 juni 2017.

Den 7 juni 2017 delgavs bolaget en tjänsteskrivelse varvid det framgår att kommunen har uteslutit bolaget ur upphandlingen. Bolaget gör gällande att beslutet den 7 juni 2017 är felaktigt och ska ändras till bolagets förmån. Bolaget har inte besvarat kommunens frågeställningar avseende sakförhållanden på något felaktigt sätt. Lämnade uppgifter i anbudet är korrekta och lämnade svar på olika begäran från kommunen är riktiga och korrekta.

Bolaget har inte ändrat uppgifter i anbudet i förhållande till lämnade uppgifter som kommunen har begärt av bolaget. Otydligheter i förfrågningar ska återigen inte bolaget lastas för. Hade begäran varit tydlig så hade svar också lämnats i enlighet med lämnade uppgifter.

I entreprenaden och kommunens egna handlingar gäller AB 04. Av kap. 3 § 1 i AB 04 framgår att den viktigaste och högst ansvariga chefen är ombudet och inte platschefen. Av kap. 3 § 2 framgår att först vid startmötet ska behörighet för annan än ombudet preciseras. Av bolagets anbud framgår det att Ulf Nordenby ska vara ombud.

Bolaget har inte på något sätt givit in felaktiga intyganden. Av ingiven dokumentation framgår samtliga svar på frågeställningar och svaren är tydliga. Bolaget har också i anbudet redogjort för frågor avseende behörighet m.m.

Således föreligger skäl att ändra kommunens beslut och bifalla Bolagets ansökan.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Kommunen bestrider att upphandlingen ska rättas på sådant sätt att Bechtels anbud ska antas.

Den 28 april 2017 annonserade kommunen upphandlingen. Sista anbudsdag var den 26 maj och tilldelningsbeslut fattades den 7 juni.

En upphandlande myndighet har att lita på att de uppgifter en anbudsgivare lämnar i sitt anbud är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Det är anbudsgivaren som svarar för att lämnade uppgifter är korrekta. Det kan dock finnas skäl för en upphandlande myndighet att kontrollera en uppgift om misstanke har uppstått om att ett anbud eller en anbudsgivare inte uppfyller ställda krav. Om en upphandlande myndighet väl företar en kontroll av lämnade uppgifter och det visar sig att ett skall-krav inte uppfylls kan det medföra att anbudet förkastas. Att efterge eller bortse från ett skall-krav skulle bryta mot likabehandlingsprincipen.

Av punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget framgår de uteslutningsgrunder som ska, alternativt får, i enlighet med 13 kap. LOU, leda till att en leverantör utesluts från upphandlingen.

Av sista stycket i punkt 1.3 framgår:

”Härmed intygas att skäl för uteslutning enligt ovan ej föreligger beträffande anbudsgivaren eller person som är medlem i dess förvaltnings-, lednings- eller tillsynsorgan eller som har befogenhet att företräda, fatta beslut i eller kontrollera dessa.”

Bechtel har i sitt anbud svarat ja på ovanstående.

Att vara platschef är ett mycket betydelsefullt uppdrag och en roll som omfattas av skrivningen i punkt 1.3 sista stycket. Platschefen har befogenhet att både företräda och fatta beslut för företagets räkning. Det är också platschefen som är kommunens kontaktperson under entreprenadtiden, ansvarar för fakturering, ÄTA, tidsrapportering, personal m.m. För

kommunen är platschefen den avgjort viktigaste personen hos entreprenören.

Den person Bechtel har offererat för rollen som platschef har figurerat i media i samband med ett bedrägeri mot en annan kommun. Kommunen fattade därför misstanke om att Bechtels intygande enligt ovanstående inte var korrekt och bad om ett kompletterande enligt 15 kap. 3 § LOU samt en redovisning av platschefens engagemang i bolaget, se e-post från den 30 maj 2017.

Bechtel svarade kommunen den 31 maj och bekräftade då att platschefen är dömd för bokföringsbrott år 2015. Bechtel uppgav också att platschefen inte är anställd i Bechtel utan enbart hyrs in som produktionschef och kalkylator från ett annat bolag och att han varken i detta konsultbolag, eller i Bechtel, har någon ledande ställning.

För att utreda platschefens engagemang i konsultbolaget bad kommunen Bechtel att redovisa ägarförhållandet bakom bolaget samt antal anställda förutom platschefen, se mail från den 31 maj. Av svaret från den 1 juni framkom att platschefen äger 49 procent av bolaget samt är ensam anställd.

Kommunen beslutade därefter att utesluta Bechtel ur upphandlingen, se beslutet om uteslutning daterat den 1 juni 2017. Kommunens skäl för att utesluta bolaget framgår av beslutet. Beslutet kommunicerades med Bechtel i enlighet med 13 kap. 4 § LOU.

Bechtel återkom med synpunkter den 5 juni. Av dessa framgår att bolaget inte delar kommunens uppfattning om att det föreligger skäl för uteslutning. Några skäl för denna uppfattning anges dock inte. Däremot informeras kommunen om att det inte längre är aktuellt med en underkonsult utan att man nu ska projektanställa platschefen.

Som ovan anges ska icke uppfylla skall-krav, även om de framkommer först vid en kontroll, leda till uteslutning av en leverantör. Något annat hade inneburit ett brott mot likabehandlingsprincipen. Kommunen har utgått ifrån den information Bechtel först lämnade, d.v.s. att platschefen anlitas som underleverantör. Detta då det inte tidigare har framgått att platschefen är eller ska projektanställas, utan enbart att platschefen ”hyrs in”, se andra stycket i Bechtels skrivelse från den 31 maj. Det är inte rimligt att en anbudsgivare ges möjlighet att ändra sitt upplägg efter det att det har ifrågasatts av kommunen.

För det fall förvaltningsrätten finner att Bechtel har rätt att ändra sitt upplägg på så sätt att kommunen i sin bedömning ska utgå från att platschefen projektanställs vill kommunen anföra följande. Som anges ovan är rollen som platschef ett uppdrag i ledande ställning. Även med detta upplägg ska således Bechtels anbud förkastas med hänvisning till att bolagets platschef inte uppfyller kraven enligt 13 kap. LOU samt punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har rätteligen förkastat Bechtels anbud och anser inte att det finns anledning för förvaltningsrätten att förordna om att upphandlingen ska rättas.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU). En upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas (13 kap. 3 § tredje punkten LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. En åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet (4 kap. 9 § LOU).

En leverantör får för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 1 § första stycket 2 och 3. När kapaciteten gäller sådana utbildnings- och yrkeskvalifikationer som avses i 15 kap. 11 § 7 får leverantören dock endast åberopa ett annat företags kapacitet om det företaget också kommer att utföra den tjänst eller byggentreprenad för vilken kapaciteten krävs. Första stycket gäller oavsett den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och företagen. Det är leverantören som ska visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras (14 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Frågan i målet är om kommunen har haft fog för att utesluta bolaget på den grunden att bolaget i sitt anbud har angett som platschef en person som har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Som framgår av 13 kap. 3 § LOU är det den upphandlande myndigheten som ska visa detta förhållande.

Eftersom Bechtel inte har anfört något om att de brott som den person som det i anbudet har angett som platschef *inte* är att anse som fel i yrkesutövningen får det anses stå klart att brotten ifråga är att anse som sådant agerande som uppfyller kriterierna i 13 kap. 3 § tredje punkten LOU gällande sådana missförhållanden som kan leda till uteslutning. Frågan är i stället om platschefen kan anses vara en företrädare för bolaget på sådant sätt att grund för uteslutning av bolaget kan finnas på det sätt som avses i punkt 1.3 sista stycket i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrättens bedömning är att en platschef är att anse som en person som har en sådan ställning att denne är att betrakta som en företrädare för bolaget (se Kammarrättens i Stockholm avgörande, den 12 februari 2016, mål nr 6478-15). Därmed har kommunen haft fog för att utesluta Bechtels anbud redan

på den grunden att den offererade platschefen utgör en företrädare för bolaget på det sätt som angetts i förfrågningsunderlaget.

De förhållanden som gällde vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet är de som ska ligga till grund för beslutet att inte låta anbudet gå vidare (se HFD 2013 ref. 61). Då denna tidpunkt sammanfaller med tiden för anbudsgivning är det de uppgifter som framkommit i anbudet som är relevanta.

Av uppgifterna som finns i Bechtels anbud har namn på en platschef angivits och då ingen annan uppgift ges om att personen ifråga *inte* skulle vara anställd av Bechtel ifråga har kommunen haft fog för uppfattningen att personen är anställd hos Bechtel.

Då Bechtel efter anbudstidens utgång har redogjort för kommunen att platschefen ifråga inte är anställd av Bechtel, men genom en planerad projektanställning ändå önskas användas i den kommande entreprenaden får detta ses som en ny uppgift.

Bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU gällande möjligheten att komplettera sitt anbud ska tillämpas restriktivt. Att ersätta en uppgift i anbudet med en annan efter anbudstidens utgång faller därmed utanför ramen för vad som är tillåtet efter anbudstidens utgång (se bl.a. generaladvokatens förslag till avgörande i EU-domstolens mål C-87/94, punkterna 37 och 38). Således har Bechtel inte haft rätt att efter anbudstiden tillföra sitt anbud nya sakuppgifter innebärande att angiven platschef under anbudstiden inte är anställd hos Bechtel men avses att så småningom projektanställas hos dem. Då platschefen inte var anställd av Bechtel under anbudstiden men ändå har offererats innebär detta upplägg i praktiken att Bechtel önskar åberopa kapaciteten hos det konsultbolag där platschefen är anställd för att därigenom lyckas uppfylla det obligatoriska kravet i punkt 1.3 sista stycket i förfrågningsunderlaget. En leverantör får enligt 14 kap. 6 § LOU åberopa ett

annat företags kapacitet men det åligger då leverantören att visa att den kommer att kunna förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras. Då Bechtel inte i sitt anbud har visat detta har de inte inom ramen för 4 kap. 9 § LOU möjlighet att i efterhand komplettera sitt anbud med dessa uppgifter.

Inget framkommer heller som visar att kommunen skulle ha varit otydlig i förfrågningsunderlaget eller i sin kommunikation med Bechtel gällande vilka krav som ställs och vilka uppgifter som efterfrågas. Bechtels anbud har därför rätteligen förkastats av kommunen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)

Magnus Nylander
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.