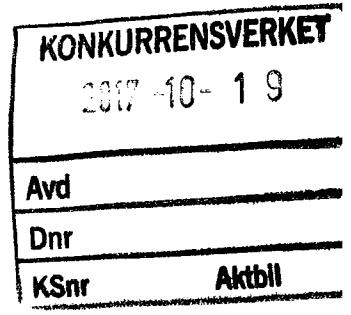




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-10-19
Meddelad i Linköping

Mål nr
3464-17



SÖKANDE
GÖSAB Sotning AB, 556175-4762
Jons väg 19
433 75 Jonsered

Ombud: Advokat Jimmy Cernelind och biträdande jurist Erik Jansson
MAQS Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART
Göteborgs Stads Upphandlingsaktiebolag, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN
Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ”Tekniska konsulttjänster Besiktning OVK” (dnr 441/16) inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att ny Gösab Sotning AB ska tillåtas delta i upphandlingen utan hinder av 10 kap. 2 § 4 LOU.

Dok.Id 299268

Postadress Box 406 581 04 Linköping	Besöksadress Brigadgatan 3	Telefon 013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	Telefax 013-25 11 40	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
--	--------------------------------------	---	--------------------------------	---

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Göteborgs Stads Upphandlingsaktiebolag (nedan Upphandlingsbolaget) genomför upphandling av ramavtal avseende ”Tekniska konsulttjänster Besiktning OVK” med dnr 441/16. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande och tilldelningsgrunden är lägsta pris. Upphandlingsbolaget meddelade den 28 april 2017 tilldelningsbeslut med tillhörande upphandlingsprotokoll av vilka framgår att 13 leverantörer antogs och rangordnades sinsemellan. GÖSAB Sotning AB (nedan Gösab Sotning) och Active Ventilation i Göteborg AB (nedan Active Ventilation) uteslöts från upphandlingen med motiveringen att bolagen vid fullgörande av tidigare kontrakt baserade på Upphandlingsbolagets ramavtal har begått allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § 4 LOU.

Gösab Sotning ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att ny anbudsutvärdering görs varvid bolagets anbud beaktas.

Upphandlingsbolaget bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**Gösab Sotning***Bostads AB Poseidons förnyade konkurrensutsättning*

Det är riktigt att det var Gösab Sotning som fick inbjudan vid den förnyade konkurrensutsättningen och inte Active Ventilation. Den distinktionen var emellertid enkel att missförstå. I inbjudan fanns varken avtalsnummer eller företagsnamn angivet i e-postmeddelandet. När e-postmeddelandet lästes uppmärksammades inte att inbjudan avsåg Gösab Sotning utan det uppfatta-

des att inbjudan avsåg Active Ventilation. Detta med anledning av att rubriken avsåg tjänster som omfattades av Active Ventilations ramavtal. Olyckligtvis fästes inte avseende vid att förfrågan gällde en förnyad konkurrensut-sättning.

Det är först när Upphandlingsbolaget i uteslutningsmeddelandet påstod att bolaget medvetet skulle ha låtit Active Ventilation lämna anbud i en förfrågan riktad till Gösab Sotning som VD:n informerades om händelsen. Det ska framhållas att företrädare för Gösab Sotning, såvitt har kunnat utredas, varken har skickat in eller undertecknat något anbud. Anbudet måste ha skickats in manuellt av Active Ventilation eftersom anbudet inte finns registrerat i den tillgängliga historiken för bolagets konto i TendSign. Den enda återstående förklaringen till om anbudet ändå visar sig ha lämnats genom Gösab Sotnings konto hos TendSign är att en anställd olovligen och på eget bevåg lämnat anbud för Active Ventilation. Det är först vid uteslutningstill-fället som det uppmärksammades att Active Ventilations avtalstecknande föregåtts av en felaktighet vid avrop.

Avropande myndighet, Bostads AB Poseidon (nedan Poseidon), kan emel-lertid inte frånskrivas ansvar för den uppkomna situationen. Poseidon har erhållit ett anbud från och ingått avtal med en leverantör som har ett annat organisationsnummer och ett annat företagsnamn. Om någon part borde ha haft anledning att reagera är det därför Poseidon. Poseidon har misskött anbudskontrollen.

Avtalet mellan Active Ventilation och Poseidon

Active Ventilation har sedan hävningen i november 2015 gjort gällande att hävningen varit ogrundad. Påståendet att Active Ventilation inte agerat fackmässigt bestrids. Oavsett om Active Ventilation skulle anses ha brustit i

sin fackmässighet har bolaget inte gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det besiktningsprotokoll som Upphandlingsbolaget omnämner utgör inte ett sedvanligt besiktningsprotokoll enligt ABT06. Den handling som avses utgör en beställning från Poseidon till en konsult som utifrån de förutsättningar som Poseidon förmedlat har uttalat sig i saken. Active Ventilation har inte deltagit vid konsultens undersökning. Bevisvärdet av de uppgifter som Upphandlingsbolaget kan föra fram måste därför starkt ifrågasättas.

Active Ventilations beslut att inte begära överprövning av Upphandlingsbolagets beslut om uteslutning är inte föremål för denna process och innebär under alla omständigheter inte på något sätt att Active Ventilation vitsordat påstådda brister.

Gösab Sotning och Active Ventilation har inte samma ledning. Bolagen har samma ägare, VD och kontaktperson mot upphandlande myndigheter. Utöver VD:n utgör dessa personer inte några företrädare i LOU:s mening. Den operativa ledningen på projektnivå i bolagen är helt skilda från varandra. VD:n i bolagen har månatliga uppföljningar med samtliga projektledare där samtliga avtalsförhållanden går igenom. Gösab Sotning och Active Ventilation delar en administrativ funktion för redovisning av provisionsersättning och båda bolagen följer således upp alla arbeten som är utförda på avtal med Göteborgs stad och dess avropande myndigheter. Den nu beklagliga situationen har inte tidigare uppstått under bolagens historia och det finns ingen grundad anledning att tro att den skulle uppstå igen.

Gösab Sotning utför årligen över 150 000 kontroller/arbeten på olika avtal med huvudsakligen offentliga beställare. Active Ventilation utför årligen ca 170 ventilationsuppdrag av olika karaktär. En VD eller styrelse kan eller ska inte ha kännedom om detaljer rörande de uppdrag som företaget utför. Det

är i första hand styrelsens uppgift att säkerställa att organisationen i ett bolag har erforderliga kontrollfunktioner. Det finns dock ingen kontrollfunktion som kan förhindra att en enskild medarbetare begår misstag eller att ett arbete utförs bristfälligt. Kontrollfunktionens roll är att säkerställa att samma misstag eller felaktighet inte inträffar på nytt. Endast vid upprepad misskötsel från anställdas sida som VD eller styrelse känner till, eller borde ha känt till, utan att åtgärder vidtas mot beteendet, kan VD eller styrelse lastas för dessa felaktigheter. Det har framgått med all tydlighet att så inte är fallet med Gösab Sotning eller Active Ventilation.

Det är inte tillräckligt för Upphandlingsbolaget att visa på en viss företeelse för att Upphandlingsbolaget ska ha gjort det sannolikt att Gösab Sotning gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Gäller saken påstådda brister i tidigare avtalsförhållanden har den upphandlande myndigheten bevisbördan för att det föreligger brister, det vill säga att ett arbete inte är utfört fackmässigt utifrån vad parterna har avtalat om. Den upphandlande myndigheten har också bevisbördan för att bristerna är av så allvarlig art och av sådan omfattning att felet i yrkesutövningen är allvarligt. Slutligen har den upphandlande myndigheten bevisbördan för att ledningen i ett bolag kan tillskrivas felet. Det räcker inte med att en viss platschef varit försumlig.

Avtalet mellan Gösab Sotning och Familjebostäder

Att tjänster för Familjebostäder ska ha utförts med brister i fackmässighet bestrids.

Uppdraget för Familjebostäder slutfördes i enlighet med kontraktsvillkoren. Ett fåtal av de noteringar om ÄTA-arbeten (Ändringar, Tillägg och Avgående arbeten) som antecknats i minnesanteckningarna beställdes av Familjebostäder och utfördes. Övriga ÄTA-arbeten skulle Familjebostäder lägga till en åtgärdsplan. Av vikt att notera är att Gösab Sotning alltjämt efter av-

slutat uppdrag inte hade givits tillträde till samtliga lägenheter. Det kvarstod således ett antal lägenheter i vilka kanaler inte hade rensats och det åvilade inte Gösab Sotning att utföra denna rensning. Minnesanteckningarna avser noteringar från arbetsplatsbesök under pågående arbete och har därför ingen som helst koppling till om arbete utförts med brister i fackmässighet. Den frågan behandlas vid en slutbesiktning efter slutfört arbete. Först om det vid slutbesiktning konstateras avvikelser från kontraktsrättsliga villkor kan det bedömas om ett arbete är utfört fackmässigt eller inte.

Efter att Gösab Sotning slutfört uppdraget genomförde Familjebostäder en besiktning med filmkamera. Filmen visar smuts i kanaler och rensluckor. Familjebostäder som känner till att tillträde till samtliga lägenheter inte givits har inte informerat om vilka kanaler eller rensboxar som filmats. Smutsen avsåg kanaler från lägenheter som Gösab Sotning inte hade fått tillträde till samt obeställda ÄTA-arbeten. Smuts från renslådor hade sannolikt uppstått då Gösab Sotning fått tillträde till vissa lägenheter som tidigare inte kunde rensas. Det har inte åvilat Gösab Sotning att göra om rensning av rensboxar vid varje nytt tillfälle då enstaka lägenhet varit tillgänglig för rensning.

Gösab Sotning valde av ren goodwill att gå över hela kanalsystemet på nytt. Detta arbete låg helt utanför kontraktsarbetena och utfördes av Active Ventilation. Efter överlämnande av filmer till Familjebostäder har Gösab Sotning erhållit full betalning mot tidigare obetalda fakturor. Något arbete gentemot Familjebostäder som brister i fackmässighet har alltså inte utförts.

Kontraktet mellan Gösab Sotning och Familjebostäder avser en totalentreprenad. Till skillnad från en utförandeentreprenad där beställaren specificerar det arbete som ska utföras så beställs vid en totalentreprenad en funktion. Den funktion som Familjebostäder beställde var en godkänd OVK-

besiktning. Detta innebär att rensning ska ske i sådan mån att godkänd besiktning uppnås.

Vad som utgör fackmässig rensning av kanaler ska inte avgöras med ledning av den branschstandard som finns framtagen av Riksbundet Sveriges Ventilationsrengörare. Standaren behandlar inte OVK-besiktning eller rensning, utan avser rengöring och rengöring är något helt annat än rensning. Det finns inte någon standard på området som reglerar renhetsgrad vid rensning. De ledande regelverken på området är Boverkets allmänna råd samt funktionskontrollanternas Allmänna Råd Faro, Funkis Allmänna råd för tolkning och brister vid fel vid OVK. Förekomsten av smuts är irrelevant för en godkänd OVK-besiktning så länge som den inte påverkar eller ökar risken för ohälsa. Kravet är att ventilationens funktion ska uppnås. Risk för att smuts följer med till rummet finns i ventilationssystem med intagsluft eller tilluft. I frånluftsystem är sådan risk obefintlig. För besiktningsmannens arbete föreskrivs okulär kontroll, inte filmning av kanaler.

Upphandlingsbolaget

Bostads AB Poseidons förnyade konkurrensutsättning

Poseidon genomförde en förnyad konkurrensutsättning från Upphandlingsbolagets ramavtal benämnt Hantverkstjänster – Förnyad konkurrensutsättning – Luft. Gösab Sotning är ramavtalsleverantör avseende detta ramavtal, men det är däremot inte Active Ventilation, som vid tillfället för konkurrensutsättningen hade företagsnamnet Gösab Ventilation. Samtliga leverantörer som ingick i ramavtalet fick avropsfrågan. Avropsfrågan gick alltså till Gösab Sotning och den angivna kontaktpersonen. Den förnyade konkurrensutsättningen som Poseidon genomförde var därmed korrekt genomförd.

Det har dock visat sig att Gösab Sotning svarat på förfrågan i systerbolagets namn. Vid tidpunkten för avropet var bolagens firmanamn snarlika. Avropsavtalet kom därför, utan någon som helst avsikt från Poseidons sida, att på grund av Gösab Sotnings hantering ingås med Active Ventilation (dåvarande Gösab Ventilation AB) för utförande av entreprenaden benämnd UH14-133.

Det är riktigt att Gösab Sotnings anbud skulle ha förkastats om det varit känt för Poseidon att bolaget gjort en otillåten överlåtelse i samband med avropsvaret. Det var emellertid Gösab Sotning som svarade på förfrågan. Poseidon har alltså inte kunnat se att anbudet hos TendSign inte var från rätt bolag. Det är Gösab Sotning som agerat felaktigt genom att bakom bolagets svar presentera ett anbud från en leverantör utanför ramavtalet. En beställare i ramavtal gör ingen omfattande kontroll av leverantörerna eftersom det rör sig om en sluten leverantörskrets och kontroll av leverantörerna har skett i själva ramavtalsupphandlingen. Beställarna ska också kunna förlita sig på att anbudssvaren lämnas från den slutna kretsen av leverantörer och inte – såsom har skett i detta fall i strid med ramavtalsvillkoren och med konsekvenser att avrop kan komma att klassas som otillåtna direktupphandlingar samt skadeståndsanspråk kan riktas från andra ramavtalsleverantörer – genom att en leverantör överlåter avropet till en annan part utanför ramavtalet.

I en förtroendefull och seriös avtalssituation agerar en avtalspart varken på sådant sätt som Gösab Sotning gjort eller försöker i efterhand frånhända sig ansvar. Det är inte godtagbart att ramavtalsleverantörer har en inställning som bygger på att det är upp till den offentliga parten att upptäcka och beivra överträdelser. Givetvis ska en seriös avtalspart vara följsam mot ramavtalets villkor och därmed inte överlåta avrop till andra leverantörer.

Kontaktpersonen hos Gösab Sotning har i ett annat sammanhang redovisat en felaktig inställning om att ramavtalen innehafts gemensamt av de båda

Gösab-bolagen. Påståendet om att det rört sig om ett misstag framstår således som en efterhandskonstruktion. Den händelsekedja som Gösab Sotning påstår är orsaken till agerandet visar i vart fall på bristande rutiner och kontroll över bolagets processer för hantering av avrop.

Sammantaget ska Gösab Sotning således uteslutas från upphandlingen på grund av det illojala användandet av tidigare ramavtal.

Avtalet mellan Active Ventilation och Poseidon

Gösab Sotnings systerbolag Active Ventilation har vid utförande av uppdrag som skett via förnyad konkurrensutsättning till Gösab Sotning från Upphandlingsbolagets ramavtal allvarligt brustit i fackmässighet vilket lett till omfattande skada för avroparen.

Arbetet utfördes på ett icke fackmässigt sätt, vilket föranledde Poseidon att häva avtalet. En extern part har kontrollerat det påstådda arbetet och har dokumenterat bristerna bl.a. genom filmning av de kanaler som skulle ha rensats. Av hävningsförklaringen framgår att grunden för hävningen var att Active allvarligt brustit i sin fackmässighet vid utförande av kontraktsarbetena. Det har visat sig att det föreligger ett stort antal brister i det utförda arbetet, det vill säga rensning, injustering och besiktning. Genom stickprovskontroller har det uppdagats att ett stort antal kanaler inte är rengjorda eller att de endast delvis rengjorts, att injustering gjorts på smutsiga system och att injusteringar och OVK-besiktningar varit bristfälliga. Active Ventilation har tagit betalt för icke utförda arbeten. Entreprenaden har också i sin helhet varit försenad. Active Ventilation har trots rättelseanmaning inte åtgärdat bristerna. Gösab Sotning har framfört att en tidplan upprättades. Denna tidsplan för rättelse har inte följts och vid tidpunkten för hävningen var endast en av totalt sex etapper färdigställda. Till följd av bristerna har Poseidon riktat anspråk mot Active Ventilation. Hävningen grundas även på

det ramavtal där Gösab Sotning genom att överlåta avropet agerat i strid med ramavtalets bestämmelser.

Det är i sig tillräckligt för att konstatera ett allvarligt fel i yrkesutövningen att Poseidon hävt den bristfälligt utförda entreprenaden och att en tvist pågår om ett betydande belopp samt att felet har relevans på aktuell upphandling. Det ska inte vara nödvändigt att argumentera i sak kring de brister som förevarit i avtalsförhållandet som föregått hävningen. Det kan också noteras att Avtice Ventilation accepterat uteslutningen i den aktuella upphandlingen genom att inte begära överprövning av beslutet.

Aktuell upphandling rör samma föremål som tvisten hänför sig till och avser ett avrop som gjorts från Upphandlingsbolagets ramavtal. Felet, icke fackmässigt utförd rensning av kanaler och brister i OVK-besiktning, har direkt bäring på kvaliteten för nu aktuell tjänst.

Active Ventilation och Gösab Sotning har samma ägare, samma ledning, samma VD och samma kontaktperson. Bolagen har agerat som om det rörde sig om gemensamma uppdrag. Det finns därmed inga bärande argument för att försöka särskilja vilka brister som ska tillskrivas respektive bolag. Gösab Sotning och Active Ventilation har inte bedrivit från varandra skilda verksamheter, i vart fall inte i relation till Göteborgs Stad. I stället talar agerandet för att verksamheterna sammanblandats vad gäller avtalsrelationen i Upphandlingsbolagets ramavtal. Samma fysiska person har varit avtalsansvarig för de båda bolagen. I praxis har uttalats att brister i rutiner och brister i systematiskt kvalitetsarbete är fel av sådan art som ytterst kan läggas ledningen och företrädare för verksamheten till last. Någon kvalitetskontroll av att arbetet alls utförts på ett fackmässigt sätt verkar inte ha skett i den aktuella entreprenaden. I fall där samma fysiska person ansvarat för flera verksamheter, exempelvis två bolag, har brister av sådant slag som rört bris-

tande kvalitetsarbete i ett bolag därför tillskrivits företrädaren vilket medfört att uteslutning även kunnat ske i den andra verksamheten.

Med Gösabs resonemang skulle ett företag aldrig behöva lastas för fel som skett i utföranden. Det är givetvis sällan en VD eller andra ledningspersoner som själva utför de uppdrag som föranleder att kontrakt upphävs på grund av brister i utförandet. Lika lite kan ledningen i Gösab och Active hänföra bristerna på personal i utförandet. Kvalitetsarbete kräver helt enkelt engagemang på ledningsnivå och bristerna i tidigare kontrakt baserade på ramavtalet med Gösab Sotning kan inte frånhändas bolaget genom att på olika sätt påstå att företrädare inte kan kopplas till själva utförandet av arbetet. Som visats är det samma personer som utgör ledningsorgan, legala företrädare, och som är behöriga att företräda bolagen gentemot kunder. Som framgår av de båda bristande uppdragen för Poseidon respektive Familjebostäder har bolagen agerat som om det rörde sig om gemensamma uppdrag. Det finns därmed inga bärande argument för att försöka särskilja vilka brister som ska tillskrivas respektive bolag.

Sammantaget har det varit korrekt att utesluta Gösab Sotning från upphandlingen även om bristerna som föranlett hävningen och ersättningsanspråket formellt sett har utförts i Active Ventilation.

Avtalet mellan Gösab Sotning och Familjebostäder

Även en annan beställare, Familjebostäder, har fått tjänster utförda av Gösab-bolagen där liknande brister i fackmässighet förelegat. I det fallet ingicks avropsavtalet med Gösab Sotning. Det var VD:n som var anbudsansvarig och därtill platsansvarig. Även i detta fall förekom brister av samma karaktär som för Poseidon, det vill säga att kanaler som skulle ha rensats endast rensats delvis. Familjebostäder har i anledning av bristerna påtalat dessa för Gösab Sotning och krävt avhjälpande. Då bristerna inte avhjälpats

innehölls betalning, vilket meddelades Gösab Sotning den 26 april 2016. Då Gösab Sotning meddelat att avhjälpande inte kommer att ske har Familjebostäder krävt avhjälpande av felen och meddelat Gösab Sotning att om så inte sker kommer Familjebostäder att låta annan utföra arbetena på Gösab Sotnings bekostnad. Avhjälpningsarbetena utfördes under cirka ett halvår och har därefter godkänts av Familjebostäder. En beställare ska dock kunna förvänta sig att få arbetena utförda på ett korrekt och fackmässigt sätt utan att behöva vidta sådana åtgärder som varit fallet för Familjebostäder.

Vad gäller fackmässig rensning av kanaler så får det i första hand avgöras med ledning av den branschstandard som finns framtagen av Riksförbundets Sveriges Ventilationsrengörare. Upphandlingsbolaget kan inte se att det finns stöd för Gösab Sotnings påståenden om godtagbara avvikelser i aktuell branschstandard och Gösab Sotning redovisar inte heller något stöd för vad bolaget nu anför. Ett fackmässigt utfört rengöringsuppdrag för kanaler ska helt enkelt uppvisa ett helt annat resultat än som varit fallet för de iakttagelser och kontroller som skett för Gösab Sotnings arbeten. Konsekvensen av bristfälligt rengjorda kanaler blir också att injustering sker på smutsiga system, vilket i sig påverkar ventilationen och energiförbrukningen samt att systemens livslängd försämras. Effekterna av bristfällig rensning är alltså av allvarlig karaktär.

En VD har i vart fall ansvar för att säkerställa att rutiner inom företaget följs. De brister som kontrollerna av arbetet, såväl för Poseidon som Familjebostäder, pekar snarast på ett systematiskt sätt att rensa kanaler endast så långt det är möjligt att besikta rent utan särskild utrustning. Agerandet väcker också frågor om hur egenkontrollen sköts och hur dessa kontroller fallit ut, något som ingår i de rutiner och kvalitetsfrågor som åvilar VD och styrelse.

Trots att avropet skedde till Gösab Sotning och kontraktet ingicks med Gösab Sotning så är det Active Ventilation som har korresponderat kring felen avseende kontraktet med Familjebostäder. Utan förklaring från Gösab Sotnings sida är det svårt att dra en annan slutsats än att det även i detta fall varit så att Gösab-bolagen överlätit arbeten sinsemellan på motsvarande sätt som vad gäller Poseidon, dock efter att kontraktet tecknats.

Det ligger dock i saken natur att entreprenadfel som i detta fall handlar om att kanaler som skulle rengjorts men inte rensats mer än så långt det varit möjligt att besikta okulärt i sig innefattar ett visst mått av vårdslöshet.

Vid entreprenaderna gentemot Poseidon och Familjebostäder har det rört sig om allvarliga brister som är hänförliga till den huvudsakliga tjänsten som skulle utföras och ingen perifer del av kontrakten. Bristerna har medfört att beställarna gått miste om det de haft rätt att förvänta sig enligt kontraktet. Vidare har kraftiga förseningar förekommit. Det måste också stått klart för Gösab Sotning och Active Ventilation vid kontraktets ingående att kanalerna skulle rensas och att inte göra detta, eller endast delvis utföra arbetet, varit ett allvarligt kontraktsbrott. Att utföra tjänsterna på det bristfälliga sättet måste i vart fall innefattat ett visst mått av vårdslöshet eller felaktig avsikt. Kontraktsbrotten har rubbat förtroendet för Gösab Sotning som leverantör och bristerna har rört två av de största framtida beställarna från det ramavtal som upphandlingen syftar till.

Om Upphandlingsbolaget inte skulle ha rätt att utesluta Gösab Sotning skulle två av de största beställarna i staden, Poseidon och Familjebostäder, varav en dessutom kommer att ligga i en entreprenadvist kring felen, på nytt tvingas avropa motsvarande tjänster från Gösab Sotning. Det är inte rimligt och knappast en avsikt med upphandlingslagstiftningen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

LOU upphävdes den 1 januari 2017. Enligt 4 p. ikraftträdande- och övergångsbestämmelserna till den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller dock äldre LOU för sådana upphandlingar som påbörjades innan den 1 januari 2017. Av handlingarna i målet framgår att upphandlingen påbörjades under 2016, varför den upphävda LOU (2007:1091) är tillämplig i målet.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska dessutom principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 10 kap. 2 § 4 LOU får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om Upphandlingsbolaget har visat att Gösab Sotning gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och att det därmed funnits

grund för uteslutning från den aktuella upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att grund för uteslutning enligt 10 kap. 2 § 4 LOU finns. Det är tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Vidare tar bedömningen om leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 61).

Av EU-domstolens mål C-465/11 Forposta SA framgår att begreppet ”allvarligt fel i yrkesutövningen” omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt hänseende och inte endast överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör. Det fordras inte en lagkraftvunnen dom för att slå fast att ett fel har begåtts i yrkesutövningen. Att en ekonomisk aktör inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan i princip anses utgöra ett fel i yrkesutövningen. Begreppet ”allvarligt fel” ska emellertid förstås så, att det vanligtvis syftar på ett agerande från den aktuella ekonomiske aktörens sida som tyder på att denne har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning. Att ett kontrakt eller en del av ett kontrakt genomförs felaktigt, ungefärligt eller bristfälligt kan eventuellt visa att den ifrågavarande ekonomiske aktören har en bristande yrkeskompetens, men innebär inte automatiskt att ett allvarligt fel har begåtts. För att kunna slå fast att ett ”allvarligt fel” har begåtts är det i princip nödvändigt att dessutom göra en konkret och individuell bedömning av den aktuella ekonomiske aktörens inställning.

Poseidons förnyade konkurrensutsättning

Upphandlingsbolaget har som en av grunderna för uteslutning av Gösab Sotning åberopat att bolaget i sitt ställe låtit systerbolaget Active Ventilation lämna avropssvar vid en förnyad konkurrensutsättning. Enligt Upphandlingsbolaget har Gösab Sotning härigenom olovligen överlåtit avrop till part utanför ramavtalet.

Av handlingar i målet framgår att avropande myndighet – Poseidon – tillsände samtliga ramavtalsleverantörer i upphandlingen UH14-133 ”*Rensning av ventilationskanaler samt injustering och OVK besiktning Distrikt Väster*” en förfrågan om förnyad konkurrensutsättning. Den avropande myndigheten skickade förfrågan till Gösab Sotning genom angiven kontaktperson. Såvitt framgår av handlingar i målet lämnades också ett anbud (avropssvar) via Gösab Sotnings konto hos TendSign. Avropssvaret lämnades emellertid faktiskt av en annan leverantör utanför det aktuella ramavtalet nämligen Gösab Sotnings systerbolag Active Ventilation (dåvarande Gösab Ventilation AB).

Förvaltningsrätten finner att Gösab Sotning förfarit vårdslöst i sin hantering av avropsförfrågan. Enligt förvaltningsrätten måste det emellertid åligga den avropande myndigheten att kontrollera att det är ramavtalsleverantörerna som lämnat anbud vid den förnyade konkurrensutsättningen innan tilldelningsbeslut fattas, trots att det i dessa fall rör sig om en sluten leverantörskrets. I aktuellt fall har den avropande myndigheten Poseidon tilldelat Active Ventilation (dåvarande Gösab Ventilation AB) – som inte var ramavtalsleverantör – kontrakt och även tecknat avtal med Active Ventilation. Vad Upphandlingsbolaget har anfört om Gösabs Sotnings hantering av avropsfrågan kan därmed enligt förvaltningsrättens mening inte anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen i den meningen som avses i 10 kap. 2 § 4 LOU.

Avtalet mellan Active Ventilation och Poseidon

Upphandlingsbolaget gör även gällande att Active Ventilation gentemot Poseidon har utfört uppdrag bristfälligt och i vissa delar inte alls. Därtill har entreprenaden i sin helhet varit försenad. Enligt Upphandlingsbolaget ska dessa fel tillskrivas både Gösab Sotning och Active Ventilation eftersom bolagen har samma företrädare och att verksamheterna i bolagen inte har åtskilts. Till stöd för sin bedömning har Upphandlingsbolaget gett in hävningsförklaring, stickprovprotokoll och stämningsansökan.

Gösab Sotning å sin sida gör gällande att Active Ventilation inte har brustit i sin fackmässighet inom ramen för kontraktet med Poseidon. Därtill har de påstådda bristerna inte någon koppling till bristande rutiner eller kontrollfunktioner som företrädare för Gösab Sotning kan belastas för.

I målet har parterna olika uppfattning om huruvida Active Ventilation uppdrag utförts kontraktsevenligt gentemot Poseidon och om entreprenaden var försenad. Förvaltningsrätten anser inledningsvis att enbart den omständigheten att ett kontrakt har hävts och att en stämningsansökan har anhängiggjorts hos allmän domstol inte i sig är tillräckligt för att visa att allvarligt fel i yrkesutövningen har förekommit. Förvaltningsrätten har att mot bakgrund av den utredning som presenteras av parterna i målet göra en självständig bedömning av frågan om det är visat att det förekommit fel i yrkesutövningen och om dessa fel är anse som allvarliga. För bedömningen om fel har begåtts inom ramen för avtalsförhållandet med Bostads AB Poseidon är kontraktsvillkoren och vad som i övrigt har överenskommit väsentligt. Förvaltningsrätten anser att den utredning som getts in i målet inte är tillräcklig för att förvaltningsrätten ska kunna göra en självständig bedömning av om Active Ventilations agerande i avtalsförhållandet utgör fel i yrkesutövningen och om dessa fel är allvarliga. Mot denna bakgrund finner förvalt-

ningsrätten att Upphandlingsbolaget inte har gjort sannolikt att Active Ventilation har begått allvarligt fel i yrkesutövningen som Gösab Sotning i sin tur kan belastas för i egenskap av att bolagen har samma företrädare.

Gösab Sotnings avtal med Familjebostäder

Upphandlingsbolaget gör även gällande att Gösab Sotning har brustit i utförandet av uppdrag gentemot Familjebostäder och att dessa brister är att anses som allvarliga fel i yrkesutövningen. Till stöd för sin bedömning har Upphandlingsbolaget gett in entreprenadkontrakt, minnesanteckningar och dokument avseende krav av avhjälpande och innehållande av betalning m.m.

Gösab Sotning å sin sida gör gällande att entreprenaden utfördes i enlighet med kontraktsvillkoren. Därtill har Gösab Sotning framfört att bolaget, trots att arbetet utfördes kontraktsenligt, avhjälpt påstådda fel.

I målet har parterna även här olika uppfattningar om huruvida Gösab Sotning har utfört uppdrag bristfälligt inom ramen för kontraktet med Familjebostäder och om entreprenaden har varit försenad. Av minnesanteckningar framgår att brister i form av bl.a. rensning av ventilationskanaler och inte rengjorda don uppmärksammats. Förvaltningsrätten anser att iakttagelserna – som gjorts innan slutbesiktning av entreprenaden – inte ger ett tillräckligt stöd för att Gösab Sotning i omfattande mån ska anses allvarligt ha brustit i sitt åtagande gentemot Familjebostäder. Därtill har det framkommit att Gösab Sotning vidtagit åtgärder för att avhjälpa påstådda brister och att betalning för arbetena erlagts. Sammantaget finner förvaltningsrätten att Upphandlingsbolaget inte har gjort tillräckligt sannolikt att Gösab Sotning har begått allvarligt fel i yrkesutövningen inom ramen för kontraktet med Familjebostäder.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Upphandlingsbolaget inte har gjort sannolikt att Gösab Sotning har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Upphandlingsbolaget har därmed inte haft fog för att utsluta Gösab Sotning från upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU. Vid sådant förhållande har Gösab Sotning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Bristerna i upphandlingen är inte hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att Gösab Sotning tillåts delta i upphandlingen utan hinder av 10 kap. 2 § 4 LOU.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Kristina H Samuelsson
Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.

