



SÖKANDE

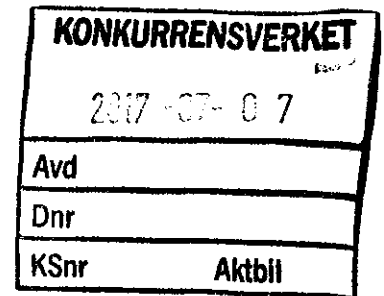
Elbyrå Bertgren & Co AB, 556584-0468

Ombud: Advokaterna Ulrika Strömbom, Charlotte Dolk och
Mikael Lindberg
Advokatbyrån Hellgren Linander Kommanditbolag
Box 24053
104 50 Stockholm

MOTPART

Luleå kommun

Ombud: Advokaten Hampus Ek
Foyen Advokatfirma Kommanditbolag
Box 7229
103 89 Stockholm



SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avvisar ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Luleå kommun genomförde en upphandling (förenklat förfarande) av generalentreprenad avseende om- och tillbyggnad av Bäckhagens förskola. Sista dagen att lämna anbud var den 30 mars 2017. Fem anbud kom in. Enligt tilldelningsbeslut den 12 maj 2017 antog kommunen GLB i Norrbotten AB:s (GLB) anbud. Elbyrån Bertgren & Co AB (Beco) förekom som underentreprenör för el-arbeten i fyra av anbuden, bl.a. GLB:s .

Den 24 och 27 april 2017 underrättade kommunen anbudsgivarna GLB och Ekspjuth Bygg AB (Ekspjuth), som avsåg att anlita Beco som underentreprenör, att kommunen inte godkänner detta med motiveringen att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen i tidigare entreprenader.

Kommunen slöt den 23 maj 2017 avtal om generalentreprenaden med GLB.

YRKANDEN M.M.

Vad Beco framför

Beco har den 28 april 2017 ansökt om överprövning av kommunens beslut den 24 och 27 april 2017 att inte godkänna Beco som underentreprenör, yrkat att bolaget ska godkännas som underentreprenör och framfört bl.a. följande. Beco är en el-firma från Haparanda som oftast utför uppdrag som underentreprenör åt olika general- och totalentreprenörer, däribland Luleå kommun. I den aktuella entreprenaden har Beco lämnat anbud avseende el-arbeten såsom underentreprenör åt såväl GLB som Ekspjuth.

Det stämmer inte att Beco skulle ha gjort sig skyldigt till något allvarligt fel i yrkesutövningen. Efter personalskifte hos kommunen har det uppstått problem med reglering av betalning för tillägsarbeten. Samtliga entreprenader Beco har utfört arbeten i har för länge sedan och utan kvarstående brister

godkänts vid slutbesiktningar. Däremot har Beco inte erhållit betalning för beställda tilläggsarbeten. Avtalsparter för dessa entreprenader ligger för närvarande i tvist med kommunen.

Istället för att diskutera tilläggsarbetena och reda ut eventuella felaktigheter har kommunen hotat Beco med att utesluta bolaget från framtida upphandlingar. Efter att Beco uttömmande svarat på kommunens brev om uteslutning beslutade kommunen ändå att utesluta bolaget från upphandlingar. Beco har inte fått tillfälle att svara på beslutet. Genom att sprida beslutet till generalentreprenörer som normalt handlar upp Beco hoppas kommunen att dessa ska underlåta att anlita Beco av rädsla för att själva bli uteslutna från upphandlingar. Detta är missbruk av och brott mot LOU.

Kommunen har inte haft stöd i upphandlingsdokumentet eller LOU för att utesluta Beco från upphandlingen. Inget av kriterierna i 13 kap. 1-3 §§ LOU är tillämpliga på Beco. Beslutet grundar sig enbart på konsulten Tommy Landströms påståenden. Han anlitas mycket ofta av kommunen i olika entreprenader och kan därför knappast anses vara helt oberoende. Han har dessutom tidigare besiktat en av de entreprenader som nu är i fråga och inte haft några som helst anmärkningar på utförda arbeten.

Vad kommunen framför

Kommunen anser i första hand att ansökan ska avvisas, i andra hand att den ska avskrivas och i tredje hand att den ska avslås. Vid en sakprövning yrkar kommunen att muntlig förhandling ska hållas och åberopar vittnesförhör med Tommy Landström.

Till stöd för sin talan framför kommunen i huvudsak följande. Beco, som förekommer i upphandlingen som underleverantör för GLB, Ekspjuth, HÖ

Allbygg Aktiebolag och Bergenudds byggnads AB, har ansökt om överprövning i egenskap av underleverantör och saknar därför talerätt.

Kommunen har den 12 maj 2017 meddelat tilldelningsbeslut i upphandlingen. Eftersom någon ansökan om överprövning inte kom in och Beco inte framställt något interimistiskt yrkande enligt 20 kap. 9 § LOU ingick kommunen den 23 maj 2017 avtal med GLB. I fall domstolen finner att Beco har talerätt ska målet därför avskrivas.

Kommunen har meddelat anbudsgivarna att uteslutningsgrund föreligger avseende Beco då bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen i andra entreprenader där de utfört arbeten som underentreprenör. Samtliga berörda anbudsgivare gavs möjlighet att byta ut Beco som underentreprenör i sina anbud.

Kommunen har gjort stickprovskontroller av Becos fakturering avseende entreprenader vid Bergskolan och Furuparksskolan. Granskningen har genomförts av sakkunnig besiktningsman Tommy Landström. Beco har systematiskt överfakturerat, dubbelfakturerat och utställt osanna fakturor gällande båda entreprenaderna. En upphandlande myndighet har med stöd av 13 kap. 3 § 3 punkten LOU möjlighet att utesluta en underentreprenör om dennes redbarhet kan ifrågasättas.

Beco yttrar sig i frågan om talerätt

Beco anser att dess ansökan ska prövas i sak eftersom bolaget är att anse som leverantör i LOU:s mening.

Kommunen har meddelat beslut som är direkt riktade mot Beco som leverantör.

Kommunen har genom ogrundade hot om uteslutning och beslut om uteslutning uttryckligen meddelat att Beco fräntas rätten att uppträda som anbudsgivare.

Beco hade möjlighet att lämna anbud ensamt med åberopande av annans kapacitet eller tillsammans med andra leverantörer, men har varit förhindrad att göra det till följd av kommunens hot och beslut om uteslutning. För att Beco skulle ha möjlighet att få del av de uppdrag som ingick i upphandlingen har Beco istället varit hänvisad till att agera som underentreprenör. Beco har därför rätt att begära överprövning.

Vid upphandlingar gäller rättsmedelsdirektivet som innebär att enskilda ska ha tillgång till ett effektivt rättsmedel. Beslutet är riktat till Beco, saknar formell grund och är fel i sak. Om förvaltningsrätten skulle komma fram till att Beco saknar talerätt möjliggörs det för kommunen att kringgå bestämmelserna i LOU som ett påtryckningsmedel i civilrättsliga tvister. Om inte Becos ansökan prövas i sak kommer kommunen snedvrیدا konkurrensen och favorisera vissa leverantörer.

I likhet med förevarande upphandling kommer sannolikt ingen anbudsgivare att begära överprövning av sådana beslut som meddelas under upphandlingens gång eftersom anbudsgivarna ges möjlighet att ändra sina anbud. När en anbudsgivare ännu inte vet utgången av upphandlingen föredrar denne av naturliga skäl att tillmötesgå kommunen i förhoppning om att tilldelas kontraktet istället av att riskera uteslutning på felaktiga grunder.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (20 kap. 4 § LOU).

Med leverantör avses enligt definitionen i 1 kap. 16 § LOU den som på marknaden tillhandahåller varor eller tjänster eller utför byggentreprenader samt grupper av leverantörer.

EU-domstolen har i mål C-26/03 Stadt Halle uttalat bl.a. följande. Möjlighet att ansöka om överprövning tillkommer var och en som har eller har haft intresse av att tilldelas ett visst offentligt kontrakt och som har skadats eller riskerat att skadas av en påstådd överträdelse.

Högsta förvaltningsdomstolen har den 11 november 2016 i mål nr 4876-16 meddelat prövningstillstånd angående frågan om förutsättningarna för tale rätt enligt 16 kap. 4 § ÄLOU när sökanden varken lämnat eller haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen. Något slutligt avgörande har ännu inte kommit.

Begreppet leverantör förutsätter enligt kammarrättspraxis att det är fråga om någon som har eller åtminstone har haft ett intresse av att lämna anbud till den upphandlande myndigheten (se Kammarrätten i Göteborgs beslut den 23 maj och 21 juli 2016 i mål nr 1625-16 respektive 2979-16 samt Kammarrätten i Stockholms dom den 27 april 2015 i mål nr 2200-15). Jämför även RH1999:122.

Förvaltningsrättens bedömning

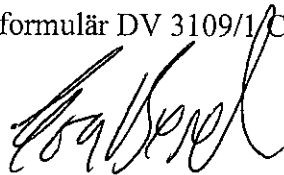
När någon ansöker om överprövning, ska det framgå av ansökan vilket beslut/åtgärd som den upphandlande myndigheten vidtagit som sökanden anser står i strid med LOU.

Beco har ansökt om överprövning av kommunens beslut att bereda anbuds-givarna GLB och Ekspjuth tillfälle att anvisa någon annan underentreprenör än Beco, eftersom anbudet annars skulle komma att förkastas. De överprövade besluten är således riktade till GLB och Ekspjuth och rör deras avsikt att anlita Beco som underleverantör.

Enligt förvaltningsrättens bedömning medför detta att Beco ansökt om överprövning i egenskap av underleverantör. En underleverantör är inte att anse som leverantör enligt 20 kap. 4 § LOU och har därför inte talerätt. Becos ansökan ska följaktligen avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1/C LOU (se bilaga).



Eva Beselin

Raili Funck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.