



SÖKANDE

BIGAB Bygg och Bemanning i Göteborg AB, 556853-6592
Backa Bergögata 10 H
422 46 Hisings Backa

Ombud:

Advokaten Rickard Axelsson
Swedbergs Advokatbyrå HB
Viktoriagatan 16
411 25 Göteborg

MOTPART

Göteborgs stads bostadsaktiebolag, 556046-8562
Box 5044
402 21 Göteborg

Ombud: Advokaten Johan Lidén och juristen Erik Sjöberg
Front Advokater
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-01-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Göteborgs stads bostadsaktiebolags upphandling av takomläggning Hundrårsgatan 2–6 och Halvsekelsgatan 7–21, Kortedala, dnr 17/123, inte får avslutas förrän rättelse har gjorts.

VAD MÅLET GÄLLER

Göteborgs stads bostadsaktiebolag (bostadsbolaget) genomför en upphandling för *Takomläggning Hundraårgatan 2-6 och Halvsekelsgatan 7-21, Kortedala dnr 17/123*.

Av en skrivelse den 17 april 2018, vilket är samma dag som tilldelningsbeslut meddelades, framgår att bostadsbolaget beslutat att utesluta BIGAB Bygg och Bemanning i Göteborg AB:s (bolaget) anbud från upphandlingen med stöd av 19 kap. 8 § och 13 kap. 3 § 3 LOU. I huvudsak framgår följande av skrivelsen. Av Skatteverkets beslut och den domstolsprövning som följt därpå framgår att bolagets fakturering inte har återspeglat verkliga förhållanden, utan tillkommit för att täcka den fordran som bolaget hade på en av dess företrädare och att bolaget genom att inte redovisa arbetsgivaravgifter på de uttagna beloppen lämnat en oriktig uppgift och att det funnits förutsättningar för att rätta bolagets beskattning för arbetsgivaravgifter för år 2011 och 2012 samt påföra skattetillägg. Ett bruk av s.k. osanna fakturor är ett fel av allvarligt slag. Bolaget har fått tillfälle att redovisa sin syn på detta samt att yttra sig om frågan om eventuell uteslutning från upphandlingen. Bolagets har inte på ett tillräckligt tydligt och förtroendeingivande sätt i sitt svar tagit avstånd från de fel som gett upphov till Skatteverkets beslut. Det är inte klarlagt om bolaget vidtagit tillräckliga åtgärder för att förhindra att liknande fel upprepas. Det är därför proportionerligt att utesluta bolagets anbud.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om bostadsbolaget har haft fog för att utesluta bolagets anbud på den grunden att bolaget gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtas genom att ny utvärdering utförs omfattande även bolagets anbud. Bolaget anför bland annat följande.

Den bestämmelse som bostadsbolaget har tillämpat – 13 kap. 3 § 3 LOU – tillhör de fakultativa uteslutningsgrunderna. När det gäller tidsgränser för uteslutning ska det beaktas hur lång tid tillbaka som det uteslutningsgrundande förfarandet kan göras gällande. Av artikel 57.7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (direktivet) framgår att den maximala uteslutningstiden är tre år från dagen för den relevanta händelsen avseende de fakultativa uteslutningsgrunderna. Av LOU:s förarbeten följer att ledning avseende tidsgränser bör hämtas från direktivet vid bedömning av proportionalitetsprincipen. De relevanta händelserna ligger ca sex respektive sju år tillbaka i tiden. Det är därför oproportionerligt att utesluta bolaget. Bolaget har under åren 2013–2017 deltagit i flera av bostadsbolagets upphandlingar och tilldelats kontrakt eller utvärderats. Inte vid något tillfälle har bolaget uteslutits.

Bostadsbolaget anser att ansökan ska avslås och anför bland annat följande. Att lämna oriktig uppgift till Skatteverket och att delta i ett förfarande med fakturor som inte återspeglar verkliga förhållanden, ”osanna fakturor”, är förseelser som omfattas av begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen. Felen ligger ca sex år tillbaka i tiden och ca tre år har passerat sedan agerandet blev prövat av domstol, respektive blev känt för bostadsbolaget och andra utomstående. Händelserna ligger inte så långt bakåt i tiden att det skulle vara oproportionerligt att utesluta bolaget. De tidsfrister som anges i direktivet innefattar endast en förpliktelse för de medlemsstater som har ett system där en tidsbegränsad uteslutningsperiod kan fastställas genom en

dom. Proportionalitetsprincipen ska bland annat beakta vilken tid som har förflutit sedan de aktuella felen begicks, men det finns ingen bestämd tidsfrist efter vilken felen inte kan läggas till grund för uteslutning. Förklaringen till att bolaget inte tidigare uteslutits är för att bolaget inte tidigare lämnat ett kvalificerat och godkänt anbud som varit i läge för kontraktstilldelning.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 13 kap. 3 § 3 LOU får en upphandlande myndighet utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om den kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas. Enligt praxis menas med "visa" att den upphandlande myndigheten ska göra det sannolikt att leverantören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 61).

Bostadsbolaget har som grund för att utesluta bolaget från upphandlingen åberopat en dom från Kammarrätten i Göteborg daterad den 10 juli 2015.

Av domen framgår bl.a. följande. Skatteverket hade funnit att bolaget erhållit fakturor i efterhand för att täcka bolagets fordran på företrädarna. Vid en revision av bolagets räkenskaper hade skatteverket kommit fram till att bolagets företrädare löpande tagit ut pengar från bolagets konto. De aktuella fakturorna kom skatteverket tillhanda den 13 november 2013 och uppgår till sammanlagt 311 600 kr. Dessa ska ha upprättats mellan den 30 december 2011 och den 15 augusti 2012 och bokförts vid bokslutet den 31 augusti 2012. Företrädarnas fordran nämnda datum var sammanlagt 386 200 kr.

Genom att inte redovisa arbetsgivaravgifter på utbetalda ersättningar ansåg skatteverket att oriktig uppgift lämnats. Skatteverket gjorde en fördelning av beloppen mellan beskattningsåren 2011 och 2012. Arbetsgivaravgifter togs ut för beskattningsåret 2011 med 32 991 kr och för 2012 med 64 916 kr. Skattetillägg togs också ut. Skatteverket meddelade sitt beslut den 9 maj 2014. Varken förvaltningsrätten eller kammarrätten gjorde någon ändring av Skatteverkets beslut.

Enligt förvaltningsrätten visar domen att bolaget har gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att bolagets redbarhet kan ifrågasättas. Frågan är om det kan anses proportionerligt att lägga felet till grund för att utesluta bolaget från upphandlingen. Vid proportionalitetsbedömningen ska hänsyn tas till felets svårighetsgrad, karaktär, och tillvägagångssätt samt den tid som har förflutit (se Regeringsrättens [numera Högsta förvaltningsdomstolen] avgörande RÅ 2010 ref. 79).

Annan slutsats av domen kan inte dras än att det varit fråga om att med hjälp av osanna fakturor undandra staten skatter och avgifter. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det är ett fel av det mer allvarliga slaget. Vad förvaltningsrätten slutligen ska ta ställning till är den tid som förflutit sedan felet begicks och vilken inverkan det ska få på frågan om det var riktigt att utesluta bolaget från upphandlingen.

När det gäller hur ”den tid som förflutit” ska beräknas var det i avgörandet RÅ 2010 ref. 79 den tid som hade förflutit mellan det att brotten begicks och tidpunkten för anbudstidens utgång som beaktades. Motsvarande bör gälla också i fråga om sådana förfaranden som bedömts utgöra allvarliga fel i yrkesutövningen. Därmed är det tiden mellan det aktuella förfarandet med de osanna fakturorna och tidpunkten för anbudstidens utgång som bör beaktas i detta mål.

De osanna fakturorna har förts in i bolagets bokföring den 31 augusti 2012 men beloppen har vid Skatteverkets beslut om arbetsgivaravgifter m.m. fördelats mellan beskattningsåren 2011 och 2012. Anbudstiden i den aktuella upphandlingen gick ut den 14 december 2017. Enligt förvaltningsrätten bör utgångspunkten för bedömningen vara den 31 augusti 2012 och då har drygt 5 år förflutit sedan felet begicks.

Sammantaget anser förvaltningsrätten att det vid anbudstidens utgång hade passerat så lång tid sedan användningen av de osanna fakturorna att det inte kan anses proportionerligt att utesluta bolaget från den aktuella upphandlingen på den aktuella grunden. I detta sammanhang kan en jämförelse göras med artikel 57.7 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24 EG av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling där tre år anges som längsta tillåtna uteslutningstid när det gäller allvarliga fel i yrkesutövningen som gjort att redbarheten kan ifrågasättas (jfr artikel 57.4). Bostadsbolaget har således inte haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget med hänvisning till att bolaget gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen år 2012.

Av 20 kap. 6 § första stycket LOU framgår bland annat att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § – vari principen om proportionalitet kommer till uttryck – 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.

Bostadsbolaget har uppgett att skälet till att bolaget inte tidigare uteslutits från andra upphandlingar har varit att det inte funnits någon möjlighet att vinna upphandlingen. Förvaltningsrätten drar nu den slutsatsen att bolaget, om det inte uteslutits, kunde varit aktuellt för att tilldelas kontrakt. Bolaget får därmed anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Vid sådana

förhållanden ska upphandlingen rättas och en prövning av bolagets anbud ske. Bolagets ansökan ska därför bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Ann-Carin Glimstedt

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Marcus Lundén.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

