



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-12-06
Meddelad i
Stockholm

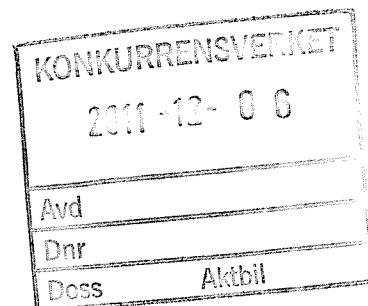
Mål nr
17263-11
Enhet 13

1

SÖKANDE

Svenska RegMaster AB, 556376-6285

Ombud: Advokat Erik Wassén och advokat Peter Thors
Advokatbyrån Hellgren Linander KB
Box 24053
104 50 Stockholm



MOTPART

Täby kommun

Ombud: Advokat Jan Andersson/Biträdande juristen Maria Pedersen
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 179036

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Täby kommun har genomfört upphandlingar av ramavtal Byggservice, Kategori C för avrop upp till 150 000 kr, avseende Bygg, Ventilation och Rör. Förenklat förfarande enligt LOU har skett. Alla tre är utförandeentreprenader på löpande räkning och ramavtal kommer att tecknas med fem anbudsgivare inom respektive anbudsområde. Kommunen har i tre tilldelningsbeslut den 15 augusti (Bygg), den 15 augusti (Ventilation) och den 23 augusti 2011 (Rör) meddelat att andra anbudsgivare tilldelas kontrakt och att Svenska Regmaster AB uteslutits ur upphandlingen. Som skäl angavs att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § 4. LOU. När det gäller anbudsområdet Rör hade bolaget dessutom inte uppfyllt skall-kravet avseende auktoriserat VVS-företag.

Detta mål avser ramavtalsupphandlingen av Rör.

YRKANDEN M.M.

Svenska RegMaster AB (RegMaster eller bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om och att RegMasters anbud ska beaktas, eftersom bolaget felaktigt har uteslutits och därigenom drabbats av skada.

Täby kommun bestrider bifall till ansökan eftersom upphandlingen har skett i enlighet med LOU.

Till stöd för sin talan anför **RegMaster** bl.a. följande.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

Kommunens påstående om felfakturerings bygger på dels kommunens felaktiga uppfattning om vilket arbete som omfattas av avtalade å-priser, dels en bristfällig kalkyl över vad en löpande räkningsentreprenad som bolaget

utfört, borde ha kostat. Det i ramavtalet angivna timpriset gäller endast för sådant arbete som kunnat förutsättas utifrån förfrågningsunderlaget, d v s arbete som skulle utföras av yrkesarbetare efter av kommunen framtagna bygghandlingar. För annat arbete, som kräver särskild kompetens (till exempel projektering), är bolaget inte bundet av timpriset avseende yrkesarbetare, såsom elektriker. Det finns inget stöd i parternas avtal, eller gällande standardavtal AB 04, för att den kostnad för milersättning som underentreprenör har debiterat RegMaster ska ingå i det avtalade timpriset för bolagets yrkesarbetare. Kommunens uppfattning tycks däremot vara att det angivna timpriset gäller alla typer av arbete som kommunen under avtalstiden kan komma att beställa av RegMaster.

Regmaster åberopar och ger in bl. a. följande skriftliga bevisning. Handlingar som utgör exempel på hur Täby kommun beställt arbete, begärt prisuppgifter och beställt projektering. Vittnesintyg från den person på RegMaster som är ansvarig för ramavtalet med Täby kommun angående omfattningen av kommunens prisförfrågningar. Utlåtande från advokat Per Ossmer angående rätten till ersättning utöver timpris för yrkesutövare.

När det gäller arbeten på Näsbyhöjdens förskola under 2008-2009 var kommunens företrädare beställare och kommunen därför rätt fakturamottagare men kommunens hyresvärd skulle stå för kostnaden. Kreditfaktura har utställts under 2009. Underlagen från underentreprenörerna ska ha bifogats bolagets fakturor och bifogas nu ansökan om överprövning. Det är osannolikt att kommunen skulle betala ut närmare 1,5 miljoner kronor om man verkligen hade ansett att underlag för kostnaden saknades. Underlag för fem av de av kommunen 55 granskade fakturorna ges in och motsvarande underlag finns för övriga 50 fakturor. Bolaget har under drygt ett års tid öppet tillämpat andra timpriser för sådant arbete som enligt bolagets uppfattning inte omfattades av överenskommet timpris. Arbetet och timkostnaden redovisades klart och tydligt på fakturorna och kommunen, som

hade kunnat betala ostridig del av fakturan och bestrida den del som ansågs felaktig, betalade fakturorna utan anmärkning. Runt årsskiftet 2010/2011 uppkom vissa diskussioner avseende omfattningen av avtalat timpris och RegMaster redovisade sin uppfattning i frågan. Eftersom kommunen även under 2011 fortsatte beställa sådant arbete som enligt RegMasters tydligt redovisade uppfattning inte omfattades av avtalat timpris fortsatte bolaget naturligtvis att fakturera skäligt timarvode för sådant arbete och redovisade det öppet i fakturorna. Kommunen fortsatte också att betala fakturorna fram till avtalet hävdades i juni 2011. Frågan om Täby kommun haft rätt att häva ramavtalen är nu föremål för prövning i allmän domstol. RegMaster har under snart elva år utfört entreprenader åt kommunen och det har inte varit någon enda allvarlig anmärkning på resultatet av bolagets arbete och bolaget har inte i något fall fått utge vite på grund av försening av någon entreprenad. Det faktum att två parter har olika uppfattning om vilket arbete som omfattas av avtalade timpriser kan aldrig anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen om den ena parten helt öppet fakturerar i enlighet med sin redovisade uppfattning.

Skall-krav på VVS-auktorisering

RegMaster har inte observerat vad som angetts under koden AFB.31, att bl a kopia på bevis på auktorisation enligt AFB.51 ska bifogas anbudet. Bolagets inställning är ändå att kravet på auktorisation är otydligt, oproportionerligt och strider mot principen om öppenhet. Kravet är inte ett sådant krav som får ställas upp som ett kvalificeringskrav enligt 11 kap 11§ LOU. Möjligen avser kommunen att uppställa ett krav på att företaget ska vara auktoriserat av den svenska branschorganisationen Säker Vatten. Säker Vatten är en nationell privaträttslig organisation och kravet skulle stå i uppenbar strid mot icke-diskrimineringsprincipen. Att RegMaster förfogade över tillräcklig kompetens och erfarenhet för att utföra arbetet i fråga framgick av anbudet. RegMaster är numera ett av Säker Vatten auktoriserat VVS-företag.

Till stöd för sin inställning anför **Täby kommun** följande.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

RegMaster har fram till juni 2011 varit ramavtalsentreprenör i kommunen. Kommunen har hävt ramavtalen mot bakgrund av att RegMaster gjort sig skyldigt till allvarliga brott i yrkesutövningen genom att under en lång tidsperiod och systematiskt tillämpa felaktiga faktureringsmetoder i strid mot parternas avtal. Täby kommun har låtit ett oberoende och från kommunen fristående konsultföretag granska RegMasters fakturor för år 2011. Fakturorna avser avrop från ramavtalen. RegMaster har under tiden januari-juni 2011 skickat 107 felaktiga fakturor till kommunen och även fakturerat för arbete som bolaget inte är berättigade ersättning för (Näsbyhöjdens förskola). Den fakturan saknar en beställning och all form av underlag. I ett stort antal fakturor saknas erforderligt underlag. Granskningen omfattar också 55 fakturor till vilka RegMaster inte bifogat verifikat. Sammanlagt handlar det om 162 felaktiga fakturor. Även övriga allvarliga fel som RegMaster gjort sig skyldiga till ska beaktas i sammanhanget, exempelvis att en entreprenad på grund av allvarliga fel inte godkänts vid besiktning. Kommunen har avropat i enlighet med de ramavtal som fanns mellan parterna. De arbeten som RegMaster utfört har varit av enkel beskaffenhet. Något projekteringsarbete har det inte ålegat RegMaster att utföra och bolaget har inte heller redovisat vad bolaget skulle ha projekterat för beställaren. Kommunen har i vissa fall efterfrågat en ungefärlig prisuppgift på vad det avropade arbetet skulle tänkas kosta. Att RegMaster skulle ha rätt att fakturera en annan timpenning för detta är befängt. RegMaster har inte rätt att fakturera för servicebilar. Två PM rörande genomgång av fakturering/fakturaunderlag från Svenska RegMaster under 2011 åberopas och inges liksom ett Rättsutlåtande av Jan-Erik Falk. I utlåtandet konstateras sammanfattningsvis att avtalsbrott utgör allvarliga fel i yrkesutövningen och att RegMasters upprepade avtalsbrott ger kommunen stöd för att utesluta bo-

laget från upphandlingen. RegMasters agerande innebär ett allvarligt kontraktsbrott. Frågan *hur* illojal en entreprenör får förhålla sig till en offentlig beställare gör sig gällande och kommunens bestämda uppfattning är att RegMaster passerat den gränsen med råge. Det får anses uppenbart att avsikten med lagstiftningen är att en upphandlande myndighet inte ska behöva ha avtalsparter som medvetet och vid upprepade tillfällen begår avtalsbrott. Det är kommunens skyldighet att inte ha oseriösa och opålitliga entreprenören som avtalsparter. Det följer av praxis och doktrin att kontraktsbrott utgör allvarliga fel i yrkesutövning. Omständigheter snarlika de förfarandesätt som RegMaster tillämpar har klassificerats som allvarliga fel i yrkesutövningen i ett antal domstolsavgöranden som återopas. Kommunen har haft all anledning att anta att RegMaster följer avtalsvillkoren och har därför inte uppmärksammat felfaktureringen förrän viss tid av avtalsperioden förflutit. Kommunen har då påtalat de allvarliga felen i faktureringen och klargjort att dessa måste upphöra omgående, och att kommunen annars kommer att överväga att häva ramavtalen. Bolaget har ändå fortsatt begå avtalsbrott med sin upprepade felaktiga fakturering. Mot denna bakgrund hävde kommunen ramavtalen i juni 2011. I aktuell upphandling var kontraktsbrottet nära förestående i tiden.

Skall-krav på VVS-auktorisering

I RegMasters anbud saknas uppgift om auktorisation. Kravet är synnerligen lågt ställt, i enlighet med de krav som en upphandlande myndighet kan och får ställa enligt LOU och förenligt med transparensprincipen. Proportionalitetsprincipen tar sikte på balansen mellan medel och mål. Såsom kravet utformats är det lämpligt, effektivt och proportionerligt. Det strider mot de grundläggande principerna i LOU att utvärdera ett anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav. RegMaster hade aldrig kunnat tilldelas kontrakt i upphandlingen och det är uppenbart att RegMaster vare sig lidit eller kunnat komma att lida skada. Det finns inte stöd i LOU för att utvärderingen ska göras om.

Förvaltningsrätten har denna dag också meddelat dom i mål 17636-11 (Ventilation) och 17637-11 (Bygg).

DOMSKÄL

Allvarligt fel i yrkesutövningen

Enligt 10 kap. 2 § första stycket 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.

Av förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 390) framgår att bestämmelsen har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv (EG) nr 2004/18 av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Enligt direktivet får en ekonomisk aktör uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av offentligt kontrakt om denne har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande enheten. Som exempel på allvarligt fel i yrkesutövningen anges överträdelse av miljölagstiftning och konkurrenslagstiftning samt brister i likabehandling av kvinnor och män i fråga om anställning, yrkesutbildning, befordran och arbetsvillkor.

I sin kommentar till LOU uttalar Jan-Erik Falk bl.a. följande. Vad som avses med allvarligt fel i yrkesutövningen är svårt att veta, men yrkesfusk torde falla under regeln liksom lagbrott som kan bevisas utan att dom fallit. Avtalsbrott skulle också kunna hänföras till ett allvarligt fel i yrkesutövningen (Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2 uppl., 2011).

Förvaltningsrättens bedömning

Att fastställa innehåll och räckvidd av begreppet Allvarligt fel i yrkesutövningen har överlämnats till medlemsstaterna.

I det fåtal domstolsavgöranden som finns när de gäller bedömningen av begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen skiljer sig omständigheterna från dem i förevarande mål och utgången i målen är varierande. Högsta förvaltningsdomstolen har inte meddelat prövningstillstånd i något av målen. Någon praxis i egentlig mening kan man alltså inte tala om.

Täby kommun hävdar att Regmaster genom att dels fakturera högre timpris än det upphandlade för arbeten som inte har beställts och dels underlåta att ge in underlag för ett stort antal fakturor har gjort sig skyldigt till allvarligt avtalsbrott. Detta innebär enligt kommunen ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i LOU och bolaget ska därför uteslutas från att delta i upphandlingen. Täby kommun påtalar också andra brister i RegMasters utförande av entreprenader, såsom besiktningsanmärkningar, som visar på allvarliga fel i yrkesutövningen och att bolaget inte är en tillräckligt pålitlig avtalspartner.

Av handlingarna i målet framgår att Täby kommun i kontakter med RegMaster i december 2010 och januari 2011 har påtalat avvikelser från ramavtalet när det gäller fakturerat timpris och bl.a. begärt in fullständigt faktureringsunderlag för samtliga avrop som skett sedan avtalets ingående. Kommunen uppmanade därvid RegMaster att omgående upphöra med att skicka fakturor med annat belopp än som avtalats och angav att kommunen efter utredning skulle lämna besked om återkrav skulle ske och att kommunen, om inte felfakturering upphörde, skulle överväga att häva avtalen. RegMaster svarade kommunen att bolaget har tillämpat en annan timkostnad när det varit fråga om arbete som inte har förutsetts i ramavtalet och inte heller utförts av yrkesarbetare.

Täby kommun har åberopat och gett in en redogörelse för sin genomgång av mottagna fakturor när det gäller frågan huruvida fakturering skett i strid med ramavtalet. Kommunen har visat att man menar allvar i sin kritik av bolagets sätt att fakturera, också efter att detta påtalats för bolaget, genom att häva tidigare ingångna ramavtal. Genomgången av fakturor visar enligt kommunen att kostnader om drygt 205 500 kr felaktigt debiterats och att fakturering om totalt ca 1 490 000 kronor exklusive moms gjorts utan att underlag redovisats. Parterna förefaller vara överens om att antaget anbudspris per timme i det tidigare ramavtalet var 270 kr. Däremot råder oenighet om vilka arbeten som omfattas av timpriset och det har angetts att en process inletts vid allmän domstol avseende tolkningen av det numera upphävda ramavtalet.

Det kan vid bedömningen av om Täby kommun haft rätt att utesluta RegMaster från upphandlingen inte bortses från den inom avtalsrätten rådande principen om skyldighet att vidta rimliga åtgärder för att begränsa skadeverkningarna av motpartens avtalsbrott. Förvaltningsrätten finner att Täby kommun borde ha kontrollerat varje enskild faktura från RegMaster efter hand som de kommit in och endera godkänna dessa eller, för det fall det funnits skäl att bestrida fakturan till någon del, göra detta. Det hade i vart fall varit rimligt att kommunen efter behandling av ett antal fakturor hade reagerat om man ansett att fakturering skett i strid med antaget anbudspris eller med ramavtalet i övrigt eller utan att underlag bifogats. Täby kommun har inte bestritt RegMasters påstående att kommunen har betalat fakturor även efter det att kommunen påtalat sitt missnöje med faktureringen och fram till dess ramavtalen hävts. Som RegMaster angett har bolaget i fakturorna redovisat poster och pris. Täby kommun hade genom en noggrannare kontroll och uppföljning av fakturahanteringen kunnat sägas ha vidtagit rimliga åtgärder för att begränsa skadeverkningarna i avtalsförhållandet.

Det pågår en process i allmän domstol om tolkningen av tidigare ramavtal mellan Täby kommun och RegMaster. Det är under sådana förhållanden vanskligt för förvaltningsrätten att vid överprövning av en offentlig upphandling anse det visat att avtalsbrott skett av den art och omfattning som kan anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Förvaltningsrättens slutsats blir att vad Täby kommun åberopat och anfört när det gäller RegMasters fakturering inte når upp till vad som krävs för att det ska anses visat att bolaget har gjort sig skyldigt till avtalsbrott som innebär ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Inte heller vad Täby kommun i övrigt åberopat avseende RegMasters bristande sätt att fullgöra ingångna avtal och kontrakt visar att det varit fråga om sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i 10 kap 2 § 4 LOU. Täby kommun har därmed i strid med LOU utslutit RegMaster från att delta i den i målet aktuella upphandlingen av Ramavtal Byggservice, Rör. Frågan om bolaget därmed lidit skada blir beroende av bedömningen av om bolaget rätteligen bedömts inte kvalificera sig för utvärdering på grund av ett ouppfyllt skall-krav.

Skall-krav på VVS-auktorisering

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

Av 6 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Den upphandlande myndigheten får fritt ange de krav som man anser med nödvändighet ska vara uppfyllda för att upphandlingen ska omfatta det som efterfrågas, under förutsättning att kraven inte strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU.

Täby kommun har som skall-krav angett att kopia på bevis på att anbudsgivaren är ett auktoriserat VVS-företag ska ges in. RegMaster har medgett att bolaget inte observerat kravet men har framfört invändningar mot att det alls ställs ett sådant krav. Förvaltningsrätten finner att RegMaster inte har uppfyllt skall-kravet avseende VVS-auktorisering. Det finns inget stöd för att kravet inte alls får ställas upp som ett kvalificeringskrav enligt 11 kap 11 § LOU. Inte heller för att ställt krav skulle vara otydligt, oproportionerligt eller strida mot principen om öppenhet.

Eftersom RegMaster inte uppfyller ett i förfrågningsunderlaget ställt skallkrav har Täby kommun haft fog för att besluta att bolaget inte kvalificerat sig för utvärdering. RegMaster har därmed inte lidit skada av det i och för sig oriktiga beslutet om uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Förutsättningar för åtgärd från domstolens sida saknas därmed. Ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU).

Madeleine Benndorf
Rådman

Föredragande har varit Kerstin Sandin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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, anledning förekommer till ändring i det slut vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU