



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-07-03

Meddelad i Stockholm

Mål nr

9698-18

SÖKANDE

Becthel Entreprenad AB, 556931-6259

Ombud: Advokat Jon Dal
CERTA Advokatbyrå KB
Grev Turegatan 13 B
114 46 Stockholm

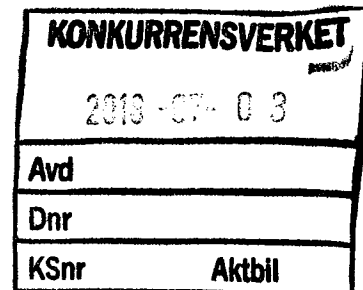
MOTPART

Stockholms stad, Exploateringskontoret, 212000-0142

Ombud: Cristian Söderlund
c/o Stadsledningskontoret
Juridiska avdelningen
Hantverkargatan 3A
105 35 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 989815

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad genom Exploateringsnämnden genomför en upphandling med öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) av finplanering av gator samt anläggande av parkytor inom Brofästet i Norra Djurgårdsstaden, NDS E-338. Genom tilldelningsbeslut den 16 april 2018 beslutade Stockholms stad att ingå avtal med en annan leverantör än Bechtel Entreprenad AB (Bechtel). Enligt tilldelningsbeslutet förkastades Bechtels anbud enligt 13 kap. 3 § 3 LOU och det angavs att bolaget även riskerade uteslutning då det inte av offererad platschefs CV tydligt framgick att krav på erfarenhet uppfylldes.

Bechtel ansöker om överprövning av och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs där även Bechtels anbud utvärderas. Bechtel anför i huvudsak följande.

Grunden för utdömande av företagsbot är att formella och faktiska företrädare för bolaget har gjort sig skyldiga till brott mot bl.a. lagen om näringsförbud och medhjälp till överträdelse av lagen om näringsförbud. Som grund för utdömande av företagsbot ligger inte att bolaget självt skulle ha begått något brott. Uteslutning enligt 13 kap. 3 § 3 LOU förutsätter att myndigheten kan visa att anbudsgivaren gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att anbudsgivarens redbarhet kan ifrågasättas. Bechtel har inte gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen. Bolaget har överklagat domen och det finns all anledning att tro att bolaget kommer att frias. Stockholms stad hänvisar till en överklagad, icke laga-kraftvunnen dom, och kan härmed inte anses ha uppfyllt sin bevisbörda. Bolaget bestrider under alla omständigheter att någon företrädare för bolaget gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen.

Även om det skulle föreligga grund för uteslutning av bolaget med stöd av 13 kap. 3 § 3 har bolaget vidtagit åtgärder som visar att bolaget är tillförlitligt. Det har inte funnits någon skada att ersätta. Bechtel har samarbetat med de utredande myndigheterna. Bolaget har t.ex. inte haft något att invända mot de yrkanden om bevisbeslag som riktats mot bolaget. Bechtel har avslutat samarbeten med tidigare konsult i november 2017 och en medarbetare avslutade sin anställning i juni 2015. Bolagets aktier ägs numera av två personer som inte har dömts av Attunda tingsrätt. Vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet hade ingen av de personer som dömdes av tingsrätten något bestämmande inflytande över bolaget. En ny styrelse har utsetts. Endast styrelsen och VD äger rätt att teckna firman. Det finns inte några fullmakter för någon annan person att teckna bolagets firma.

Som framgår av CV för den platschef som offererats har denne många års erfarenhet som platschef för mark och anläggningsarbeten, av arbete i anläggningsbranschen, av motsvarande anläggningsarbeten i bostadsområden och av att ansvara vid projekt som kräver omfattande samordning med andra aktörer såsom boende, entreprenörer och andra berörda parter. Det kan inte råda någon tvekan om att Bechtel uppfyller de krav som ställs på offererad platschef. Det är Stockholms stad som utformat förfrågningsunderlaget och som ansvarar för att det är tillräckligt tydligt formulerat så att alla anbudsgivare kan förstå vad som efterfrågas och hur ett anbud ska utformas för att alla obligatoriska krav ska uppfyllas. Om den av Bechtel offererade platschefen inte skulle anses uppfylla de obligatoriska kraven på en platschef är förfrågningsunderlaget i denna del otydligt och missvisande. Om kravet hade varit tydligare utformat hade Bechtel kunnat offerera en annan platschef som uppfyller kraven. Bechtels anbud är det anbud som har lägst pris. Bechtel drabbas av skada genom Stockholms stads felaktiga beslut att utesluta Bechtel.

Stockholms stad bestrider bifall till Becthels ansökan och anför i huvudsak följande.

Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principer som LOU vilar på. Staden har, i enlighet med 13 kap. 3 § 3 LOU, uteslutit Becthel från upphandlingen då bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Varken i yttrandet från bolaget eller begäran om överprövning har bolaget visat att det är tillförlitligt genom att det har ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet eller klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna. Det bestrids vidare att Becthels påståenden i övrigt uppfyller kraven på att ha vidtagit sådana konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden och som visar att bolaget är tillförlitligt. Vad gäller ny ledning i bolaget så framgår vid en kontroll i Infotorgs företagsinformation den 8 maj 2018 att ”Inkom till Bolagsverket och gäller fr.o.m.: 2018-04-20”, dvs. efter tilldelningsbeslutet. Denna åtgärd ska således inte beaktas. Utträde för de personer som dömdes för medhjälp skedde innan tilldelningsbeslut meddelades. Huruvida det finns eller inte finns några skriftliga eller muntliga fullmakter för någon annan person att teckna firman eller om de angivna samarbetena är avslutade är inte visat av Becthel.

Vad gäller den av Becthel åberopade platschefen vidhålls att det inte framgår av dennes CV att han uppfyller kraven på erfarenhet av motsvarande anläggningsarbeten i bostadsområden och erfarenhet av att ansvara vid projekt som kräver omfattande samordning med andra aktörer såsom boende, entreprenörer och andra berörda parter. Någon möjlighet till undantag föreligger inte. Det bestrids att förfrågningsunderlaget inte skulle vara tydligt utformat. De kortfattade beskrivningarna av ett antal uppdrag har Becthel lämnat först efter sista anbudsdag och de ska inte beaktas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 4 kap. 1 § LOU framgår att 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 § LOU).

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).

Är kravet på platschef otydligt?

I upphandlingsunderlaget AFC.342 anges följande krav avseende platschef.

Platschefen ska ha:

- *minst 500 dagars arbete i rollen som platschef för mark och anläggningsarbeten.*
- *minst 700 dagars arbete i anläggningsbranschen*
- *erfarenhet av motsvarande anläggningsarbeten i bostadsområden*
- *erfarenhet av att ansvara vid projekt som kräver omfattande samordning med andra aktörer såsom boende, entreprenörer och andra berörda parter.*

I upphandlingsföreskrifter UFB.524, Personal och kompetenskrav, anges vidare följande.

Anbudsgivarens organisation ska ha erfarenhet enligt AFC.342.

Dokumentationskrav:

Följande dokument/uppgifter bifogas anbudet:

• CV för offererad platschef, arbetsledare och entreprenadingenjör.
I undantagsfall kan avsteg från kraven ovan accepteras om anbudsgivaren på annat sätt kan visa att erbjuden person kan fungera i angiven roll.

Bechtel har anfört att om den platschef bolaget har offererat inte anses uppfylla kraven i upphandlingsunderlaget så är kraven så otydliga att upphandlingsunderlaget strider mot transparensprincipen. Förvaltningsrätten bedömer dock att kraven på platschefens erfarenhet framgår tydligt av upphandlingsunderlaget och att normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat tolka kraven på samma sätt. Det har varit möjligt för potentiella anbudsgivare att förutse vad som har betydelse vid prövningen av anbudet. Skäl för ingripande på grund av att upphandlingsunderlaget inte är tillräckligt transparent finns därför inte.

Uppfyller Bechtel kravet på platschef?

Av det CV som Bechtel bifogat sitt anbud framgår att den offererade platschefen haft flera platschefsuppdrag från 2007 och framåt. Det är dock inte angivet för något av uppdragen vilken omfattning det har haft eller hur många dagar det har pågått. Vissa av uppdragen är specificerade som mark- och anläggningsarbeten. I yttrande till förvaltningsrätten har Bechtel kommenterat fem av uppdragen och angett att dessa avsåg motsvarande anläggningsarbete som upphandlingen avser och krävde omfattande samordning med andra aktörer såsom boende, entreprenörer och andra parter. Detta har dock inte framgått av det CV som bifogats Bechtels anbud och dessa uppgifter kan inte läka en bristande kravuppfyllelse som förelåg vid anbudslämning.

Har Stockholms stad haft fog för att förkasta Bechtels anbud?

Enligt 13 kap. 3 § 3 LOU får en upphandlande myndighet 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.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger allvarliga brister i yrkesutövningen. Vad gäller beviskravet har Högsta förvaltningsdomstolen i HFD 2013 ref. 61 uttalat att det för att utesluta en leverantör är tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, samt att det inte krävs ett lagakraftvunnet domstolsavgörande för att kunna utesluta en leverantör och att bedömningen tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutandebeslutet.

Av rättspraxis 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 i strikt mening av etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör. Att en ekonomisk aktör inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan i princip utgöra fel i yrkesutövningen. Begreppet ”allvarligt fel” ska emellertid förstås så, att det vanligtvis åsyftar ett agerande från leverantörens sida som tyder på att leverantören har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning (se EU-domstolens avgörande C-465/11 Forposta SA). 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).

Vid bedömningen av om de påstådda felen ska betraktas som allvarliga eller inte har Kammarrätten i Stockholm i ett avgörande från september 2016, mål nr 1534-15, ansett att den upphandlande myndigheten måste göra en proportionalitetsbedömning. Kammarrätten bedömde att det bl.a. måste tas hänsyn till verksamhetens karaktär och omfattning. Graden av allvar bör också påverkas av vad som förekommit efter att felen begåtts och vad som med fog kan förväntas om ett nytt avtal ingås.

Enligt 13 kap. 5 § LOU ska dock en leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 3 § inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att den har

1. ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet,
2. klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och
3. vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden.

De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

Förutsättningarna enligt 13 kap. 5 § LOU ska vara uppfyllda innan beslut om uteslutning fattas och en utesluten leverantör kan inte återinträda och fortsätta att delta i upphandlingen av det skälet att förutsättningarna enligt paragrafen har uppfyllts efter att beslutet om uteslutning har fattats. Därtill kommer att för att bestämmelsen ska leda till att en upphandlande myndighet underlåter att besluta om uteslutning, krävs att förutsättningarna i styckets samtliga tre punkter är uppfyllda (se prop. 2015/16:195 s. 1089).

Bechtel har genom dom i Attunda tingsrätt den 30 januari 2018 i mål nr B 9937-17 ålagts en företagsbot om 500 000 kr. Av domen framgår bl.a. att tingsrätten vid en samlad slutsats fann att en person under hela den tid som han varit ålagd näringsförbud utövat ett sådant bestämmande inflytande över Bechtels verksamhet att han – i vart fall tillsammans med andra – varit bolagets faktiska företrädare och följaktligen beträffande detta bolag överträtt sitt näringsförbud. Därutöver framgår av domen att två formella företrädare för bolaget gjort sig skyldiga till medhjälp till överträdelse av näringsförbud. Tingsrätten uttalade vidare att domstolen funnit det styrkt att brott begåtts i Bechtel och att bolaget inte gjort vad som skäligen kunnat

krävas för att förebygga brottsligheten. De personer som dömdes för medhjälp till överträdelse av näringsförbud har utträtt ur Becthel innan tilldelningsbeslut fattades i den aktuella upphandlingen.

Förvaltningsrätten anser att det utifrån utredningen i målet är sannolikt att Becthel gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, då en person med näringsförbud agerat som företrädare för bolaget och Becthel enligt tingsrättens dom inte gjort vad som kunnat krävas för att förebygga brottsligheten. Det gäller vidare omständigheter som inte ligger särskilt långt tillbaka i tiden. Att domen inte vunnit laga kraft medför inte att Stockholms stad därmed inte uppfyllt sin bevisbörda (jfr HFD 2013 ref. 61). Becthel har vidtagit vissa åtgärder för att visa att bolaget är tillförlitligt, bl.a. har samarbetet avslutats med den person som hade näringsförbud och hade uppdrag som konsult i Bechtel. Förvaltningsrätten anser dock att de åtgärder Becthel redovisat att bolaget vidtagit före tilldelningsbeslutet inte är tillräckliga för att visa att bolaget är tillförlitligt. Sammantaget anser förvaltningsrätten att Stockholms stad har haft möjlighet att förkasta Bechtels anbud på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.

Sammantaget har det inte framkommit skäl för att ingripa i upphandlingen. Bechtels ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Per Eskilsson
Rådman

Hanna Hansson har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

