



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-03-09
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
44-11 E
Enhet 2:2

Sida 1 (8)

SÖKANDE

Markbygg i Bohuslän AB, 556581-2491
Bultvägen 4
451 75 Uddevalla

Ombud; Jur.kand. Joel Gustafsson och advokaten Helena Rosen
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Kungälv's kommun
Nämndhuset
442 81 Kungälv

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET

2011-03-09

Avd

Dnr

Rosen

Aktbil

BAKGRUND

Kungälv kommun har genomfört en upphandling av utförandentreprenad, Ullstorp, ombyggnad av förhöjda korsningar m.m., dnr 2010/2317. Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande. Tre leverantörer har inkommit med anbud och anbudsvärderingen har skett i två steg. Markbygg i Bohuslän AB:s (bolaget) anbud har förkastats i första steget med motiveringen att bolaget har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU genom väsentligt avtalsbrott gentemot kommunen i markentreprenadsavtalet Ullstorp Södra & Norra. I tilldelningsbeslut den 30 december 2010 har kommunen beslutat att anta Agnesbergs Grävtjänst i Kungälv AB:s anbud.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har vidtagits, innebärande att utvärderingen ska göras om varvid bolagets anbud ska upptas till utvärdering. Vidare yrkas, i förekommande fall, att förvaltningsrätten genom interimistiskt beslut förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Som skäl för talan anger bolaget i huvudsak följande. Kommunen har utan lagstöd förkastat bolagets anbud på den grunden att bolaget ska ha gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Avtalsbrott kan i sig inte utgöra grund för uteslutning enligt 10 kap. 2 § första stycket 4. Oavsett om avtalsbrott i sig kan utgöra grund för uteslutning anser bolaget att kommunen inte har visat att sådant allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger. I och för sig föreligger en tvist mellan kommunen och bolaget om projektet Ullstorp Södra & Norra. Bolaget har emellertid bestridit kommunens samtliga påståenden om att avtalsbrott föreligger. Eftersom uppgifterna är bestridda kan de inte läggas till grund för uteslutning i förevarande upphandling. Det är ostridigt att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 3
44-11 E

bolaget och kommunen har olika uppfattningar om utförandet av tidigare entreprenad och huruvida arbetena har utförts kontraktsevenligt. Fråga är dock föremål för särskild prövning i ett skiljeförfarande som påkallats av kommunen. Det är därmed inte ändamålsenligt att i förevarande överprövning anföra grunder, omständigheter och bevisning avseende förhållanden som ska prövas inom ramen för skiljeförfarandet. Det är vidare oskäligt att med hänvisning till den tidsmässiga aspekten av ett skiljeförfarande utesluta bolaget innan tvisten är slutligt avgjord. I det fall det skulle visa sig att bolaget ska ersätta kommunen för tidigare utförda arbeten är detta en process vid sidan om förevarande upphandling. Oaktat vad som anförts ovan saknas grund för uteslutning mot bakgrund av att påstådda felaktigheter inte är av sådan karaktär att de utgör allvarligt fel i yrkesutövningen samt att kommunen inte kan visa att ansvaret för dessa felaktigheter faktiskt ska åläggas bolaget. Genom att felaktigt förkasta och inte uppta bolagets anbud till utvärdering har kommunen således brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har härigenom lidit eller riskerar att lida skada. Om bolagets anbud hade utvärderats skulle bolaget ha erhållit kontraktet eftersom det lämnat det lägsta priset.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och yrkar muntlig förhandling med vittnesförhör för det fall förvaltningsrätten inte på grundval av den skriftliga utredningen finner att ansökan ska avslås. Härvid anför kommunen bl.a. följande. Bolaget har begått allvarliga fel i yrkesutövningen. Kommunen har därför agerat i enlighet med LOU när anbudet har förkastats. Upphandlingen har även i övrigt genomförts i enlighet med LOU. Bolaget har på uppdrag av kommunen genomfört markentreprenadarbeten. Kontraksarbetena skulle, med vissa undantag, vara färdigställda och tillgängliga för slutbesiktning den 6 oktober 2006. Den 20 maj 2010 var entreprenaden fortfarande inte färdigställd varför kommunen hävde avtalet i den del det avsåg vegetationsytor, eftersom de fortfarande inte var kontraktsevenligt utförda och måste göras om från grunden. Samma dag medde-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 4
44-11 E

lande kommunen att övriga besiktningsanmärkningar som bolaget inte hade åtgärdat skulle komma att åtgärdas av kommunen på bolagets bekostnad. Kommunen har upphandlat annan entreprenör för utförande av den hävda delen av entreprenaden. Arbetena som beräknas vara slutförda under våren 2011 utförs mot en kontraktssumma om 2 388 890 kr. Förevarande upphandling avser åtgärdanden av resterande besiktningsanmärkningar, vilka bolaget skulle ha åtgärdat senast den 24 december 2006, den 28 november 2008 samt den 31 december 2009. Upphandlingen hade således inte behövt genomföras om det inte hade varit för bolagets kontraktsbrott och oförmåga att utföra de kontraktssenliga åtagandena gentemot kommunen. Beslutet att utesluta bolaget är, med hänsyn till felens karaktär och relevans för den nu aktuella upphandlingen, proportionerligt. Med anledning av bolagets kontraktsbrott har kommunen påkallat skiljeförfarande och härvid yrkat ersättning för försenings- och avhjälpandevite, kostnad för avhjälpande av fel samt ersättning för den kostnadsökning kommunen har haft för att färdigställa entreprenaden. Bolaget har varken gjort gällande att kommunens hävning av avtalet varit felaktig eller att kontraktsbrott inte är för handen. Bolagets invändningar mot kommunens viteskrav grundas istället på att kommunen inte har framställt kravet i rätt tid och att fordran därför skulle vara preskriberad.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 5 § LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 5
44-11 E

Enligt I 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.

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.

Utredningen

Kommunen har inkommit med ett omfattande material avseende markentreprenaden Ullstorp Södra & Norra. Av handlingarna framgår i huvudsak följande.

Av besiktningsprotokoll framgår att huvuddelen av entreprenaden godkändes den 25 oktober 2006, efter att flera delar av entreprenaden undantagits från slutbesiktning. Bolaget ansågs härvid ansvarigt för flertalet fel som upptagits i protokollet och skulle avhjälpa dessa senast den 24 december 2006. Bolaget fullgjorde inte avhjälpandeplikten. Efter fyra efterbesiktningar under 2007-2009 var entreprenaden fortfarande belastad med anmärkningar och det framgår även att alla planteringsytor inte har utförts enligt kontraktshandlingarna.

Bolaget har i en skrivelse daterad den 5 mars 2010 bestridit kommunens krav på vite för försening på den grunden att fordran är preskriberad då kommunen inte framställt anspråket i rätt tid. Bolaget gör härvid även gällande att kommunen tagit anläggningen i bruk den 25 oktober 2006 och att den har haft en icke oväsentlig ekonomisk nytta av ibruktagandet och att ett eventuellt vite därför under alla förhållanden ska jämkas till noll.

Bolaget har vidare i en skrivelse daterad den 29 mars 2010 anfört att arbetena med planteringsytorna är utförda enligt gällande bygghandling, men kan trots detta konstatera brister i anläggningen pga. ett flertal faktorer som bolaget inte är ansvarigt för.

Jörgen Rosenlöf, Tyréns AB, har i utlåtanden daterade den 29 juni och den 30 augusti 2010 framfört att arbetena med vegetationsytorna måste göras om från grunden samt att det arbete som bolaget har utfört helt saknar värde för kommunen och istället utgör en ekonomisk belastning. Planteringsytorna har inte utförts med det föreskrivna jorddjupet.

Kommunen har den 20 maj 2010 krävt bolaget på förseningsvite, meddelat att kvarstående fel i entreprenaden kommer att avhjälpas på bolagets bekostnad samt att den inte godkända delen av entreprenaden som avser bl.a. vegetationsytor hävs. Storleken på kommunens fordringsanspråk innebär att en tvist ska avgöras genom skiljedom.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att upphandlingen omfattas av de nya reglerna i LOU som trädde i kraft den 15 juli 2010. Således gäller enligt 16 kap. 9 § LOU en förlängd avtalsspärr innebärande ett förbud att ingå avtal under handläggningen i förvaltningsrätten.

Frågan i målet är om kommunen har visat att bolaget gjort sig skyldig till så allvarliga fel i yrkesutövningen att det funnits grund för uteslutning från den aktuella upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU. Av rättspraxis framgår att med hänsyn till de konsekvenser tillämpningen av bestämmelsen får för en anbudsgivare bör den tillämpas restriktivt och endast om det är klart visat att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarli-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 7
44-11 E

ga fel i yrkesutövningen (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 3 februari 2010, mål nr 4442-09). I doktrinen uttalas att vad som avses med allvarligt fel i yrkesutövningen är svårt att avgöra, men yrkesfusk torde falla under regeln liksom lagbrott som bevisas utan att dom fallit. Avtalsbrott torde också kunna hänföras till allvarligt fel i yrkesutövningen (J-E Falk m.fl., Central frågeställningar vid offentlig upphandling, 2004, s. 59f.).

Kommunen har inkommit med ett omfattande material i syfte att påvisa att bolaget inte har fullgjort åliggandena enligt det tidigare upphandlade entreprenadkontraktet Ullstorp Södra & Norra, avtalat med kommunen 2005, samt att bolagets agerande i kontraktsförhållandet utgör allvarligt fel i yrkesutövningen och därmed grund för uteslutning. Av handlingarna framgår att entreprenaden är belastad med flertalet besiktningsanmärkningar som bolaget inte har avhjälpt samt att delar av arbetet inte har utförts kontraktsenligt. Kommunens uppfattning stöds således av de iakttagelser som en besiktningsman har gjort. Mot bakgrund av utredningen konstaterar förvaltningsrätten att bolaget har brutit i åtagandena gentemot kommunen. Visserligen har parterna olika uppfattningar huruvida arbetena har utförts kontraktsenligt och tvisten är föremål för ett skiljeförfarande. Med hänsyn till antalet anmärkningar, den tid som förflutit sedan entreprenaden skulle ha varit slutförd samt att kommunen hävt del av avtalet och behövt upphandla annan leverantör för att färdigställa entreprenaden får det dock anses klarlagt att bolaget inte har vidtagit erforderliga åtgärder för att fullgöra sin del av kontraktet. Anmärkningarna är dessutom av stor betydelse för förevarande upphandling. Förvaltningsrätten anser därför att det är klart visat att bolaget genom att inte leva upp till åtagandena enligt entreprenadkontrakt Ullstorp Södra & Norra, har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Kommunen har därför enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU haft grund för att utesluta Markbygg i Bohuslän AB från förevarande upphandling. Överklagandet ska därför avslås.

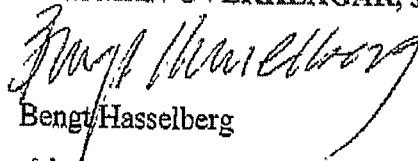
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 8
44-11 E

Vid denna utgång saknas skäl att hålla muntlig förhandling i målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)


Bengt Hasselberg
rådmån

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Sandra Zetterdahl.