



KLAGANDE

Shala Bygg AB, 556854-7292

Ombud: Advokat [REDACTED]
Frigga Advokatbyrå AB

MOTPART

1. AB Bostäder i Borås, 556024-8782

2. Svea Fönster AB, 556774-5566

Ombud: Advokat [REDACTED]
Kiström Advokatbyrå KB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 29 augusti 2022
i mål nr 2074-22, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Shala Bygg AB yrkar att kammarrätten ska bevilja prövningstillstånd och undanröja förvaltningsrättens dom.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens förordnande om rättelse innebär inte att Shala Bygg AB utesluts från det vidare förfarandet. Inte heller pekas någon ny leverantör ut som vinnare av upphandlingen. Domen kan därför inte anses ha sådan precis och påtaglig betydelse för Shala Bygg AB att bolaget har talerätt (jfr rättsfallen HFD 2011 ref. 29, HFD 2011 ref. 85, HFD 2012 ref. 2 och HFD 2018 not. 17). Bolagets överklagande ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Bengt Green
kammarrättsråd
ordförande

Anders Poulsen
kammarrättsråd

Linda Svärd
kammarrättsråd
referent

**SÖKANDE**

Svea Fönster AB, 556774-5566

Ombud: Advokat Thomas Söderqvist
Kiström Advokatbyrå KB**MOTPARTER**

1. AB Bostäder i Borås, 556024-8782
2. SHALA Bygg AB, 556854-7292

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom en ny kvalificering och utvärdering av anbud.

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

AB Bostäder i Borås (beställaren) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande som i huvudsak gäller Fönsterbyte i stadsdelen Norrby med adress Bohusgatan 4–12 och Östgötagatan 4–12 (benämns 22001, 22/1). Genom tilldelningsbeslut har leverantören SHALA Bygg AB antagits.

Svea Fönster AB (bolaget), vars anbud har rangordnats på andra plats, ansöker om överprövning och yrkar i första att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, innebärandes en förnyad anbudsprövning där anbudet från SHALA Bygg förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Beställaren anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Enligt punkt AFB.51 i de administrativa föreskrifterna till upphandlingen kan en leverantör uteslutas om denne gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas. Av praxis framgår att skattemässiga oegentligheter såsom nyttjandet av osanna fakturor utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 13 kap. 3 § LOU (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 61).

SHALA Bygg har varit inblandad i ett omfattande och avancerat skatteundandragande genom nyttjande av osanna fakturor under åren 2015–2017. På så sätt har bolaget kunnat få avdrag för kostnader, vilket i sin tur har möjliggjort uttag av likvida medel. Dessa medel har sedan använts till att avlöna svart arbetskraft. Bolaget har därmed undgått att betala arbetsgivaravgifter på de utbetalda lönerna och mottagarna har undvikit att betala inkomstskatt. Genom Skatteverkets beslut den 20 december 2018 har bolaget därför påförts ytterligare arbetsgivaravgifter och skattetillägg. Brukandet av osanna fakturor kan även utgöra brott. SHALA Bygg AB har även genom beslut som fastställts av förvaltningsrätten i oktober 2016 blivit återbetalningskyldig avseende preliminär skattereduktion om 260 000 kr jämte ränta vid efterkontroll av ROT-avdrag. SHALA Bygg borde även ha uteslutits från upphandlingen med hänsyn till att bolaget den 10 februari 2022 påförts sanktionsavgift för att ha rivit asbest utan tillstånd enligt Arbetsmiljöverkets föreskrifter.

Det saknas skäl för att göra undantag från uteslutning enligt 13 kap. 5 § LOU. Även om SHALA Bygg betalat de påförda arbetsgivaravgifterna och skattetilläggen styrs bolaget fortfarande av samma företrädare som vid tiden för skatteundandragandet och användandet av de osanna fakturorna. Det har

således ålegat Beställaren att utesluta SHALA Bygg från att delta i upphandlingen.

Vidare framgår av punkt AFD.13 i de administrativa föreskrifterna att en entreprenör ska bedriva sin verksamhet så att den inte innebär åsidosättande av lag eller kollektivavtal eller på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom kollektivavtalsområdet. Enligt punkt AFD.14 ska arbetet bedrivas i enlighet med gällande skydds- och säkerhetsföreskrifter. Med hänsyn till att SHALA Bygg både hanterat osanna fakturor och agerat i strid med arbetsmiljöverkets föreskrifter har bolaget inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

Bolaget har därutöver systematiskt lämnat in årsredovisning för sent, där revisor också haft anmärkningar. När ett kommunalt bolag anlitar en entreprenör är det av vikt att denne följer myndigheters regler och föreskrifter samt att samtliga entreprenörer konkurrerar på lika villkor. Med hänsyn till att byggbranschen är särskilt drabbat av skatteundandragande och bristande regel- efterlevnad är det särskilt viktigt att stävja denna utveckling. Beaktat detta är ovanstående fel i yrkesutövningen att betraktas som mycket allvarliga. Uteslutning får ske när som helst under upphandlingsförfarandet om det visar sig att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter i dessa avseenden. I förevarande fall är det tydligt att bolaget antingen har lämnat oriktiga uppgifter i sin egenförsäkran eller inte lämnat in erforderliga bevis.

Beställaren

Vid bedömningen om det föreligger skäl för uteslutning ska en proportionalitetsavvägning göras, vilket innefattar de omständigheter som är av betydelse i det enskilda fallet. Vid en sådan avvägning beaktas bland annat tidsaspekter, hur allvarligt det bristfälliga fullgörandet är i termer av bland annat varaktighet och frekvens och hur det påverkar leverantörens lämplighet i den aktuella upphandlingen i nutid.

Eftersom uteslutning är en ingripande åtgärd ställs stora krav på att till exempel tidsgränser är proportionerliga och förhållanden som åberopas som grund för en uteslutning får därmed inte vara för inaktuella. Det finns inte några uttryckliga bestämmelser om tidsgränser för uteslutning i den svenska upphandlingslagstiftningen. Detta innebär dock inte att en leverantör för all framtid ska vara utesluten från att delta i upphandlingar.

Åberopade händelser utgör bl.a. obetalda arbetsgivaravgifter och skatter mellan perioden 1 juli 2015–31 december 2017 samt återbetalning av ROT-avdrag genom beslut av den 7 augusti 2015. Tidsaspekten talar emot bifall till ansökan. Shala Bygg har återbetalat samtliga avgifter, skatter och felaktiga belopp i direkt anslutning till besluten.

Beställaren har den 11 april 2022 hos Skatteverket kontrollerat att SHALA Bygg har fullgjort sina åtaganden avseende skatt, avgifter och registrerings-skyldigheter. Det finns inget som tyder på att SHALA Bygg har misskött sina betalningar av skatter och avgifter efter år 2017. Detta styrks, förutom av skattekontoutdrag, även av att det inte finns några revisionsberättelser som innehåller sådana anmärkningar.

Avseende den påförda sanktionsavgiften har SHALA Bygg ändå ett godkänt asbesttillstånd daterat den 21 april 2022, med giltighetsdatum till och med den 20 april 2025. Om Arbetsmiljöverket hade bedömt att händelsen som föranledde sanktionsavgift var av allvarlig karaktär eller att det finns brister i företaget hade inget nytt intyg beviljats alternativt med en mycket begränsad giltighetstid. Då SHALA Bygg nu innehar ett godkänt tillstånd bedöms inte leverantörens lämplighet påverkas. Då det inte heller tidigare meddelats några sanktioner, enligt kontakt med Arbetsmiljöverket, är även proportionaliteten av det inträffade av betydelse.

Sammantaget har SHALA Bygg vidtagit åtgärder för att liknande händelser inte ska upprepas i företaget, bl.a. kommer SHALA Bygg inom kort erhålla ISO-certifiering. Utifrån varaktighet, frekvens, tidsaspekt och lämplighet i

denna upphandling samt vidtagna åtgärder i relation till den konsekvens som ett uteslutande av SHALA Bygg i upphandlingen skulle kunna medföra för deras företag, måste bedömningen också grundas på proportionalitetsprincipen.

SHALA Bygg har förelagts att yttra sig med anledning av ansökan, men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler

I 4 kap. 1 och 2 §§ LOU anges bl.a. följande. 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. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

I 4 kap. 10 § LOU anges bl.a. att en upphandlande innan den tilldelar ett kontrakt ska kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och
3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§.

I 13 kap. 3 § LOU anges bl.a. att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling bl.a. om myndigheten kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter eller om myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig

till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon 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.

Utdrag ur upphandlingsdokument

AFB.51 Uteslutning av anbudsgivare

B kommer att utesluta E från upphandlingen om B får kännedom om att E enligt lagakraftvunnen dom har dömts för något av de brott som anges i 13 kap. 1 § LOU. Detsamma gäller om någon person som ingår i E:s förvaltnings-, lednings- eller kontrollorgan har dömts för sådant brott eller den som dömts för brottet är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera E.

B kommer att utesluta E från att delta i upphandlingen i enlighet med 13 kap. 2 § LOU om B får kännedom om att E inte har fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av skatter eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker och detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft. B kommer också att utesluta E från att delta i upphandlingen om omständighet enligt 13 kap. 3 § LOU föreligger.

För att visa att uteslutningsgrunder enligt ovan inte föreligger ska E underteckna anbudsformuläret. Genom undertecknande av anbudsformuläret försäkras på heder och samvete att nämnda uteslutningsgrunder inte föreligger.

AFD.13 Förutsättningar

B ställer följande krav på E:

• För entreprenaden gäller nedanstående villkor:

1. E ska vara bunden av kollektivavtal eller likvärdigt för arbetet. På begäran ska E uppvisa tillämpligt avtal. (Denna punkt gäller dock inte s.k. enmansföretag).

2. E ska bedriva sin verksamhet så att den inte innebär åsidosättande av lag eller kollektivavtal eller på annat sätt strider om vad som är allmänt godtagat inom kollektivavtalsområdet. E är skyldig att i avtal med underentreprenör, som han i sin tur anlitar, intaga motsvarande villkor.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt förvaltningsrättens mening visar utredningen med tillräcklig styrka att SHALA Bygg kontinuerligt och systematiskt har eftersatt sina skyldigheter i förhållande till det allmänna. Tidigare domar och utredning från Skatteverket påvisar ett omfattande och avancerat skatteundandragande. Sammantaget har sådana brister förelegat som gör att bolagets redbarhet skulle kunna ifrågasättas. I sammanhanget noteras att SHALA Bygg har förelagts att yttra sig under målets handläggning hos förvaltningsrätten, men att bolaget inte har sagt emot de uppgifter som framförts gentemot dem.

Innan en upphandlande myndighet utesluter en leverantör med hänvisning till allvarligt fel i yrkesutövningen ska en proportionalitetsbedömning göras. I denna bedömning måste bl.a. hur långt bakåt i tiden misskötsamheten ägt rum beaktas. Ledning i denna fråga kan hämtas från praxis. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet RÅ 2010 ref. 79 funnit att det var proportionerligt att utesluta en leverantör vars företrädare begått brott i yrkesutövningen då det gått ca fem år från det att det senaste brottet begicks till dess att tiden för att lämna anbud gick ut. Kammarrätten i Stockholm har i dom i mål nr 3767-09 funnit att det var oproportionerligt att utesluta en leverantör för brott som begåtts åtta till tio år före tidpunkten för uteslutningsbeslutet. Även omfattande och upprepade avtalsbrott i form av bland annat felfakturering, uteblivna rabatter och otillåtet anlåtande av underleverantörer kunde enligt Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1534-15 beaktas som ett allvarligt fel i yrkesutövningen, trots att fyra år förflutit.

Aktuella brister är inte så pass gamla att det vore oproportionerligt att beakta dem, i jämförelse med ovan redovisad praxis (den nya snävare bestämmelsen i 13 kap. 3 a §§ LOU är inte tillämplig eftersom upphandlingen påbörjats innan

dess ikraftträdande, se i detta sammanhang även prop. 2021/22:120 s. 78). Här måste också beaktas att SHALA Bygg förpliktats att betala 47 900 kr i sanktionsavgift enligt dom den 19 maj 2022, för asbestarbete utan giltigt tillstånd. Vad SHALA Bygg där anfört om att man inte känt till att tidigare tillstånd löpt ut visar en fortsatt tveksamhet avseende dess förmåga eller vilja att bedriva verksamheten på ett reglementsenligt sätt. SHALA Bygg har inte heller svarat förvaltningsrätten i denna del.

Med anledning av de brister som bolaget lyft fram, borde beställaren ha efterfrågat SHALA Byggs förklaring till dessa (jfr i detta sammanhang Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2670-19). Det kan inte hållas för osannolikt att SHALA Bygg trots en sådan förklaring hade bort uteslutas från upphandlingen. Beställarens agerande får anses ha medfört att ansökande bolag kan komma att lida skada. Ansökan ska därmed bifallas på så sätt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom en ny kvalificering och utvärdering ska genomföras.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Håkan Jöngren

Adjungerade rådet Håkan Jöngren har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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 nyårs-afton, 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 rättstillämpningen.
- 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.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.