



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-06-18
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1553-13 E
Enhet 2

SÖKANDE

Markona AB, 556483-3654

Ombud: Caroline Falconer
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Håbo kommun
746 80 Bålsta

SAKEN

Offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2013 -06- 1 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 91680

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

Telefax
018-16 73 43

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE

Håbo kommun (kommunen) genomför en öppen upphandling gällande ramavtal för VA och gatuarbeten, dnr UH-12-64 (upphandlingen). Av det tilldelningsbeslut som meddelats den 13 mars 2013 framgår att Markona AB (Markona) har uteslutits ur upphandlingen på den grunden att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Markona begär överprövning av upphandlingen och yrkar att kommunens upphandling inte får avslutas innan rättelse vidtagits genom att anbudsutvärdering görs om, varvid Markonas anbud ska kvalificera sig, utvärderas och tilldelas kontrakt.

Kommunen motsätter sig bifall till bolagets ansökan om överprövning.

GRUNDER

Markona

Som grund för uteslutning har kommunen åberopat ett avgiftsföreläggande från Konkurrensverket. Det framgår dock inte av aktuellt avgiftsföreläggande att Konkurrensverket bedömt frågan om någon företrädare för Markona gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Avgiftsföreläggande kan därför inte lagligen åberopas som uteslutningsgrund. Vidare står uteslutningen i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet (bl.a. då s.k. "*self-cleaning*"-åtgärder har vidtagits.). Om Markona inte hade uteslutits ur upphandlingen skulle Markona ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Markona har därmed lidit skada i upphandlingen.

Avgiftsföreläggandet

Avgiftsföreläggandet har sin grund i den upphandling av transporter av förbränningsprodukter som Vattenfall AB Heat Nordics genomförde i mars och april 2010. I upphandlingen hade Markona (då under namnet Uppsala Asfaltanläggningar Aktiebolag, ASFAB) och BHM i sina anbud angett

varandra som tilltänkta underleverantörer. Upphandlingen vanns av ett annat företag. Konkurrensverket reagerade på anbudet från Markona och BHM då priserna i anbudet var lika. Konkurrensverkets uppfattning var att detta visade på ett konkurrensbegränsande samarbete i strid med 2 kap. 1 § konkurrenslagen.

Vare sig Markona eller BHM delade Konkurrensverkets uppfattning, men valde av affärsmässiga skäl att acceptera Konkurrensverkets erbjudande om ett avgiftsföreläggande, dvs att ingå en förlikning. Alternativet hade varit en process i domstol. Avgiftsföreläggandet motsvarar således en förlikning mellan de två parterna i ett mål om påstått konkurrensbegränsande samarbete. För Markonas del innebar detta att Markona skulle betala 293 000 kronor. Avgiftsföreläggandet innebär inte ett fastställande av att någon företrädare för Markona har begått något brott mot konkurrenslagen och kan således inte användas på samma sätt som en lagakraftvunnen dom. Eftersom ett avgiftsföreläggande ingås på samma sätt som en förlikning så har det inte sådan effekt som är likvärdig med en lagakraftvunnen dom/beslut. Avgiftsföreläggandet kan således inte grunda en laglig uteslutning enligt 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU.

Företrädare för juridisk person

En leverantör får endast uteslutas med stöd av 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU om en företrädare för den juridiska personen har gjort sig skyldig till sådant fel som avses i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU. Kravet är inte uppfyllt eftersom avgiftsföreläggandet inte rör förehavanden av företrädare för bolaget. Endast fel som har begåtts av nuvarande företrädare för Markona kan grunda en laglig uteslutning enligt 10 kap. 2 § LOU. Att kommunen inte har någon grund för att påstå att en företrädare för Markona har begått sådant allvarligt fel som får grunda uteslutning framgår ovan. Vidare vill Markona uppmärksamma rätten på att den person som tog fram anbudet till Vattenfall i dess upphandling 2010

dels inte var företrädare för Markona när detta skedde, dels inte längre är anställd på Markona. Någon grund för att utesluta Markona med hänvisning till hans kontakter med konkurrent under mars/april 2010 föreligger därför inte.

Proportionalitetsprincipen

Om kommunen, mot Markonas bestridande, kan visa att en företrädare har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen som skulle kunna leda till uteslutning av bolaget är det Markonas uppfattning att en sådan uteslutning av flera anledningar skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen. I proportionalitetsbedömningen ska hänsyn tas till bl.a. följande aspekter; den låga avgift som framgick av avgiftsföreläggandet, den långa tid som förflutit sedan påstådda händelser (tre år), att "*self-cleaning*" har skett i så mån att de två personer som tog fram anbudet till Vattenfalls upphandling 2010 har slutat på Markona, de strukturella åtgärder som vidtagits inom organisationen, att något näringsförbud har inte utfärdats, samt att de händelser som ligger till grund för aktuellt avgiftsföreläggande inte är relevanta för upphandlingen. Hänsyn ska även tas till den stora effekt uteslutningen av Markona får på Markonas verksamhet och på dess anställda. Markonas omsättning genereras till cirka 70 procent från den offentliga sektorn och bolaget har cirka 100 anställda. Slutligen ska rätten göras uppmärksam på att en uteslutning enligt 10 kap. LOU inte får användas för att straffa en leverantör, vilket synes ha skett i och med uteslutningen av Markona. Efter att hänsyn tagits till samtliga omständigheter kan vi inte se att avvägningen mellan de motstående intressena skulle kunna leda till att uteslutningen anses vara proportionell. Vidare är inte uteslutning den effektivaste och mest lämpliga åtgärden för att uppnå det eftersträvade målet (effektiv konkurrens och säkerställd leverantör). Målet kan t.ex. uppnås genom väl utformade avtalsvillkor mellan kommunen och leverantörerna och genom att kommunen följer upp ingångna avtal.

Kommunen

Av Konkurrensverkets avgiftsföreläggande framgår att Markona överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen (KL). Överträdelsen, ska enligt Konkurrensverket, ha bestått i att de två företagen någon gång under våren 2010, kommit överens om vilka priser som skulle offereras i en upphandling av transporter. Konkurrensverket kan bara utfärda avgiftsföreläggande i fall där det är klarlagt vad som har inträffat. Ett godkänt avgiftsföreläggande gäller som en vanlig dom. Avgiftsföreläggandet undertecknades av bolagets VD, Maria Andersson, i december 2011. Av ovanstående framgår att kommunen kunnat visa att företrädare för Markona har gjort sig skyldiga till allvarligt fel vid yrkesutövningen.

Proportionalitetsprincipen

Kommunen anser sig inte ha brutit mot proportionalitetsprincipen genom att utesluta Markona ur upphandlingen eftersom syftet med bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU är att hindra oseriösa leverantörer från att tilldelas kontrakt.

DOMSKÄL

Fråga i målet är om kommunen haft skäl att utesluta Markona från upphandlingen på den grunden att företrädare för Markona gjort sig skyldig till allvarligt fel vid yrkesutövning enligt 10 kap. 2 första stycket fjärde punkten LOU.

Vid överprövning enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor och omständigheter som sökanden tar upp.

Enligt 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten 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. Syftet med denna bestämmelse är att hindra oseriösa leverantörer från att delta i offentliga upphandlingar.

Avgiftsföreläggandet

Den första frågan i målet förvaltningsrätten har att ta ställning till är om ett avgiftsföreläggande om erläggande av konkurrensskadeavgift på grund av överträdelse av förbudsbestämmelse i konkurrenslagen kan ligga till grund för en utslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det är den upphandlande myndighetens sak att visa att ett allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger. Det är tillräckligt att det framgår av den utredning som finns tillgänglig för den upphandlande myndigheten vid beslutstillfället att en utslutningsgrund föreligger.

Av handlingarna i målet framgår att Konkurrensverket förelagt Markona att utge konkurrensskadeavgift om 293 000 kronor till följd av en överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § KL mot konkurrensbegränsande samarbete. Enligt det aktuella avgiftsföreläggandet har överträdelsen bestått i att Markona tillsammans med ett konkurrerande företag direkt eller indirekt har fastställt priser i samband med ett anbudsförfarande avseende transporter av förbränningsprodukter. Det är i målet ostridigt att Konkurrensverket har utfärdat ett avgiftsföreläggande till följd av den överträdelse som skett. Mot detta har Markona anfört att avgiftsföreläggandet inte kan ligga till grund för en bedömning huruvida Markona gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel vid yrkesutövning.

Av förarbetena till bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU (prop. 2006/07:128 s. 390) framgår bl.a. följande. Bestämmelsen har utformats i överensstämmelse med Europaparlamentets och rådets direktiv (EG) nr 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena

vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Av beaktandesats 43 framgår vad avser fjärde punkten att om det finns bestämmelser i nationell rätt som avser otillåten samverkan vid offentlig upphandling, och en överträdelse har skett som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt, kan överträdelsen betraktas som brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. I 6 § konkurrenslagen (1993:20) [nuvarande 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), förvaltningsrättens anmärkning] finns ett förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag motsvarande vad som gäller även enligt artikel 81 i EU-fördraget när förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsländerna. En överträdelse av någon av dessa bestämmelser kan bl.a. avse otillåtet samarbete i samband med upphandling.

Av det aktuella avgiftsföreläggandet framgår att Markona gjort sig skyldigt till ett konkurrensbegränsande samarbete i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande åtgärder enligt 2 kap. 1 § KL. Vidare framgår att ett godkänt avgiftsföreläggande är en exekutionstitel enligt 3 kap. 1 § utsökningsbalken och får verkställas som en lagakraftvunnen dom. Det aktuella föreläggandet kan därmed, enligt förvaltningsrättens uppfattning, läggas till grund för en bedömning av om att ett allvarligt fel vid yrkesutövning har begåtts i det nu aktuella fallet.

Företrädare för juridisk person

Den andra frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det aktuella felet har begåtts av en företrädare för bolaget.

Markona har gjort gällande att den person som tog fram anbudet inte längre är anställd på Markona. Kommunen har således inte någon grund för att påstå att en företrädare för Markona har begått ett sådant allvarligt fel som grund uteslutning.

Ett fel som begåtts vid yrkesutövning kan vara hänförligt till leverantören, eller om denne är en juridisk person, till ställföreträdaren för leverantören (Mühlenbock m.fl., Lagen om offentlig upphandling – En kommentar s. 410). Det är företrädaransvaret vid tiden för anbudsgivningen som ligger till grund för en bedömning om en företrädare för bolaget har begått ett allvarligt fel vid yrkesutövning.

Av handlingarna i målet framgår att det legala företrädaransvaret för bolaget är detsamma både vid tidpunkten för avgiftsföreläggandet som vid tidpunkten för anbudsgivningen. Markona har inte visat att det skett någon förändring av detta företrädaransvar i bolaget. De omständigheter som Markona åberopat kan inte frita bolaget från ansvar i detta avseende.

Proportionalitetsprincipen

Det har i målet framkommit att företrädare för Markona har begått ett allvarligt fel vid yrkesutövning. En uteslutning på grund av allvarligt fel vid yrkesutövning ska på motsvarande sätt som gäller enligt bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU vara proportionell i förhållande till det allvarliga felet i yrkesutövningen. Den sista frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är således om en uteslutning kan anses proportionell med hänsyn till det allvarliga fel som begåtts i yrkesutövningen.

Enligt det aktuella avgiftsföreläggandet framgår att Markona tillsammans med det konkurrerande bolaget BHM i hemlighet har kommit överens om att fastställa priser. Överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och kan inte ses som ringa. Konkurrensverket fann överträdelserna som mycket allvarliga.

När det gäller den tid som förflutit sedan den aktuella överträdelserna ska den tidsrymd som följer av praxis gällande proportionalitetsbedömningar avseende bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU

tillämpas även för fjärde punkten (RÅ 2010 ref. 79). Det framgår av avgiftsföreläggandet att överträdelsen skedde någon gång under tidsperioden den 18 mars 2010 – 23 april 2010. Det har således gått cirka tre år från den aktuella överträdelsen tills dess att anbudstiden löpte ut i förevarande upphandling.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av syftet med uteslutningsreglerna i 10 kap. 2 § LOU och med hänsyn till överträdelsens svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt och den tid som förflutit sedan överträdelsen begicks, att det inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta Markona från den aktuella upphandlingen. Vad Markona anfört om strukturella åtgärder, avgiftens storlek, avsaknaden av näringsförbud, den tidigare överträdelsens relevans i den aktuella upphandlingen, samt den effekt som en uteslutning medför, förändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Beslutet om att utesluta bolagets anbud från prövning strider således inte mot proportionalitetsprincipen. Någon mindre ingripande åtgärd för kommunen att vidta har inte funnits. Ansökan ska därmed avslås.

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



Per-Erik Nistér

rådman

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.



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 uppge 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