



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2015-04-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
30380-14

Sida 1 (12)

SÖKANDE
ICM Öresund AB, 556672-3333

Ombud: Advokat Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART
Stockholms stad, servicenämnden
Box 7005
121 62 Johanneshov

SAKEN
Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015 -04- 2 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 570522

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

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms stad (härefter staden) genomför en upphandling av möbel- och kontorsflyttning, 3.3.1-096/2013. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande i enlighet med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Upphandlingen omfattar två delområden, A och B, där leverantörer har kunnat välja att lämna anbud avseende ett eller båda delområden. Av tilldelningsbeslut framgår att staden avseende delområde B avser att teckna avtal med två andra anbudsgivare än ICM Öresund AB (härefter ICM Öresund) samt att staden inte har antagit någon leverantör avseende delområde A.

ICM Öresund yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att ICM Öresund inte utesluts från deltagande i upphandlingen.

Staden anser att förvaltningsrätten ska avslå ansökan.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämplig bestämmelse

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.

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har gjort sig skyldig till ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen. Detta framgår av 10 kap. 2 § andra stycket LOU.

Strategisk prissättning

Den första frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om det varit rätt att utesluta ICM Öresund på grund av misstanke om strategisk prissättning.

Staden anför bl.a. följande. ICM Öresund och ICM Kungsholms har båda lämnat anbud i upphandlingen. I förhållande till varandra har de lämnat olika priser på de olika flyttuppdragen så att där ICM Öresund har lämnat ett högt anbud har ICM Kungsholms lämnat ett lågt anbud och tvärtom. Vid en preliminär prisutvärdering hamnade ICM Kungsholms som nummer två och ICM Öresund som nummer tre. Det enda skälet som staden kan se till att båda bolagen lämnat anbud i upphandlingen med olika priser är att bolagen tänkt dela upp avropen för att kunna maximera priserna och acceptera eller inte acceptera uppdrag beroende på vad som ger bäst ekonomiskt utfall i det enskilda avropet. ICM Kungsholms skulle således tacka nej till uppdrag i de fall ICM Öresund erbjudit ett högre pris och vice versa. Annars finns det ingen anledning för dem att lämna två anbud i upphandlingen.

Förvaltningsrätten bedömer att de priser som bolagen har lämnat i sig inte kan anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Vidare följer av den aktuella bestämmelsens ordalydelse att det ska röra sig om ett fel som har begåtts och inte om ett fel som befaras. Även om myndigheten har skäl att befara att prissättningen efter avtalstecknande kommer att utnyttjas på det sätt som anføres, kan detta alltså inte enligt förvaltningsrättens mening utgöra grund för att utesluta bolaget med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU.

Konkurrensskadeavgift och fakturering

Staden anför att det finns skäl att utesluta ICM Öresund från att delta i upphandlingen då bolagets moderbolag vid tidpunkten för anbudsgivningen, ICM Kungsholms, som delar flera företrädare med ICM Öresund, har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Förvaltningsrätten bedömer att det saknas stöd i lag för att utesluta en leverantör med hänvisning till att fel har begåtts av bolagets moderbolag. Däremot kan det finnas grund för att utesluta ett bolag om dess företrädare gjort sig skyldiga till ett allvarligt fel i yrkesutövningen (10 kap. 2 § andra stycket LOU).

Konkurrensskadeavgift

Förvaltningsrätten tar inledningsvis ställning till om staden har visat att ICM Kungsholms har gjort sig skyldig till överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete och om detta ska betraktas som ett allvarligt fel.

Staden anför bl.a. följande. Vid tidpunkten för stadens uteslutningsbeslut hade Konkurrensverket väckt talan om konkurrensskadeavgift mot bl.a. ICM Kungsholms. Grunden för stämningen är bl.a. att ICM Kungsholms ska ha överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete genom att ingå avtal som har haft till syfte eller resultat att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på ett märkbart sätt. Av Konkurrensverkets prioriteringspolicy för tillsynsverksamheten framgår att ärenden som gäller allvarliga problem eller företeelser ska prioriteras. Beslutet att väcka talan förutsätter att verket inom ramen för sin konkurrenstillsyn och utifrån sin expertkompetens har bedömt att det är fråga om en allvarlig överträdelse, annars hade talan inte väckts. När en tillsynsmyndighet har fattat beslut om

att väcka talan av aktuellt slag måste en upphandlande myndighet utgå från att det är sannolikt att en leverantör som är föremål för talan har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

ICM Öresund anför bl.a. följande. Stadens yttrande visar att staden inte verkar ha företagit någon egen sakprövning av om det som Konkurrensverket anför i tingsrättsmålet är korrekt eller inte, utan förlitar sig uteslutande på Konkurrensverkets bedömning. Enbart det förhållandet att Konkurrensverket stämt ICM Kungsholms utgör inte tillräcklig bevisning för att ICM Kungsholms har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. En stämmingsansökan är inte att jämföras med ett godkänt avgiftsföreläggande eller en dom utan är i detta sammanhang endast en partsinlaga i ett pågående mål i tingsrätten. EU-domstolen har poängterat att det är särskilt om en överträdelse av konkurrensreglerna medfört böter som överträdelsen aktualiseras som uteslutningsgrund. ICM Öresund är överhuvudtaget inte föremål för Konkurrensverkets stämning och har heller inte haft någonting med de aktuella sakförhållandena som är föremål för prövning i tingsrättsmålet att göra.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i beaktandesats 43 i ingressen till det direktiv som ligger till grund för LOU (Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG) anges överträdelse av just konkurrenslagstiftning som exempel på allvarligt fel i yrkesutövningen. Rätten anser därför att den typ av överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete som staden anför att ICM Kungsholms har gjort sig skyldig till utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som kan ligga till grund för uteslutning i upphandlingen.

EU-domstolen har den 13 december 2012 i mål C-465/11 (Forposta SA) klargjort att det inte krävs någon lagakraftvunnen dom avseende det allvarliga felet i yrkesutövningen. Detta uttalas också av Högsta

förvaltningsdomstolen i avgörandet HFD 2013 ref. 61, där Högsta förvaltningsdomstolen konstaterade att en leverantör kan uteslutas till följd av vad som framkommit av ett inte lagakraftvunnet omprövningsbeslut från Skatteverket. Den upphandlande myndigheten ska inte behöva avvakta att de förhållanden som ligger till grund för uteslutning i sig avgörs genom ett lagakraftvunnet avgörande från myndighet eller domstol.

Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i samma dom att den aktuella bestämmelsen bör tolkas så att det för uteslutning av en leverantör på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen är tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till sådant fel.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förevarande situation vid tidpunkten för anbudsgivningen inte fanns någon dom utan enbart Konkurrensverkets stämningsansökan. Förvaltningsrätten anser dock, i likhet med staden, att en tillsynsmyndighets beslut att väcka talan av aktuellt slag får anses innebära att det kan betraktas som sannolikt att företaget som stämningsansökan avser har gjort sig skyldig till överträdelsen. Konkurrensverkets beslut att väcka talan får i detta avseende anses jämförbart med ett inte lagakraftvunnet omprövningsbeslut från Skatteverket (jfr HFD 2013 ref. 61). Förvaltningsrätten anser därmed att staden har gjort sannolikt att ICM Kungsholms har gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen genom det i målet aktuella konkurrensbegränsade samarbetet.

Fakturering

Nästa fråga för förvaltningsrätten att ta ställning till blir om den fakturering som skett i ICM Kungsholms kan anses utgöra ett allvarligt fel.

Staden anför bl.a. följande. Före den nu aktuella upphandlingen hade staden ett ramavtal avseende möbel- och transporttjänster där ICM Kungsholms var rangordnad som nummer ett på grund av de förmånliga rabatter som ICM Kungsholms erbjudit i sitt anbud. Exempelvis skulle staden vid uppdrag som översteg 100 000 kr erhålla rabatt om 80 procent på det fakturerade beloppet. Staden har emellertid under avtalsperioden aldrig erhållit några rabatter. ICM Kungsholms har regelmässigt delat upp fakturering på flera fakturor trots att det varit fråga om samma uppdrag i syfte att fakturabeloppen aldrig skulle komma upp till gränsen för när rabatt skulle utgå. Fakturorna hamnade oftast strax under gränsen, nämligen på 99 300 kr och 99 700 kr och liknande. Staden har med hjälp av revisionsbyrå utrett att staden under förra ramavtalets löptid har betalat omkring åtta miljoner kronor för mycket på grund av uteblivna rabatter. Staden förbereder för närvarande en stämningsansökan för att återkräva beloppet. Mot bakgrund av detta har det funnits skäl att utesluta även ICM Öresund med stöd av grunden som rör allvarligt fel i yrkesutövningen.

ICM Öresund bestrider att det som staden anför utgör skäl att utesluta bolaget och anför bl.a. följande. Staden har inte uppfyllt sin bevisbörda avseende de förhållanden som hänvisas till. Staden anför inte heller på vilket sätt det som påstås skulle utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. En stämningsansökan i tingsrätten är inte något bevis för att det är sannolikt att ICM Kungsholms har agerat på det sätt som staden påstår.

Av ovan nämnda dom från EU-domstolen i mål C-465/11 framgår följande. Begreppet "allvarligt fel i yrkesutövningen" omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör. Att en ekonomisk aktör inte iakttar sina avtalsskyldigheter kan i princip anses utgöra ett fel i yrkesutövningen. Begreppet "allvarligt fel" ska emellertid

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

förstås så, att det vanligtvis syftar på ett agerande från den aktuella ekonomiske aktörens sida som tyder på att denna har en felaktig avsikt eller har varit vårdslös i viss omfattning. Att ett kontrakt eller en del av ett kontrakt genomförs felaktigt, ungefärligt eller bristfälligt kan eventuellt visa att den ifrågavarande ekonomiska aktören har en bristande yrkeskompetens, men innebär inte automatiskt att ett allvarligt fel har begåtts. För att kunna slå fast att ett "allvarligt fel" har begåtts är det i princip nödvändigt att dessutom göra en konkret och individuell bedömning av den aktuella ekonomiske aktörens inställning.

Förvaltningsrätten bedömer att det inte har kommit fram någon anledning att ifrågasätta stadens uppgifter att ICM Kungsholms vid flera tidigare uppdrag för staden har delat upp fakturor som avser samma uppdrag på belopp som vardera understiger 100 000 kr, vilket har medfört att någon rabatt inte har lämnats på så sätt som annars skulle ha skett enligt gällande avtal. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att ICM Öresund, även om bolaget i generella ordalag bestrider vad staden anför, inte anför att uppgifterna om uppdelningen av fakturorna är felaktiga. Bolaget har inte heller uppgett någon förklaring till att fakturor som avser samma uppdrag har delats upp. Förvaltningsrätten bedömer att ett sådant agerande utgör den sortens felaktiga agerande som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende. Förvaltningsrätten anser därmed att staden har gjort sannolikt att den i målet ifrågasatta faktureringen är ett allvarligt fel som avses i 10 kap. 2 § LOU.

Sammanfattningsvis

Förvaltningsrätten bedömer att staden gjort sannolikt att ICM Kungsholms genom den påstådda överträdelsen av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete och det sätt på vilket fakturering skett har gjort sig skyldigt till sådana allvarliga fel som avses i 10 kap. 2 § LOU.

Kan de allvarliga felen läggas företrädare för ICM Öresund till last?

För att de allvarliga fel som ICM Kungsholms har gjort sig skyldigt till ska kunna utgöra grund för uteslutning av ICM Öresund krävs att felen kan läggas företrädare för ICM Öresund till last. Förvaltningsrätten har därför att pröva vem som företräder ICM Öresund och om dessa företrädare kan lastas för de allvarliga fel som begåtts i ICM Kungsholms.

När det gäller vem som företräder ett aktiebolag uttalas i prop. 2006/07:128 (s. 388) bl.a. följande. När det gäller svenska leverantörer är det huvudsakligen fråga om de befattningshavare som anges i 4 § lagen (1986:436) om näringsförbud. Varje sådan befattningshavare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen ska anses som företrädare. Utöver denna krets av legala företrädare kan det finnas andra personer som kan anses som faktiska företrädare för juridiska personer. Avgörande är om företrädaren har betydande intresse, genom exempelvis eget eller närståendes aktie- eller andelsinnehav, och bestämmande inflytande över den juridiska personen.

Av 4 § lagen (1986:436) om näringsförbud framgår att ledamot och suppleant i styrelsen samt verkställande direktör och vice verkställande direktör är legala befattningshavare.

Vidare anges i propositionen (s. 388) att företrädare i upphandlingssammanhang är de personer som vid tiden för anbudsgivningen företräder leverantören samt att tidigare företrädare inte ska bli föremål för kontroll av brottslighet. Även av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2010 ref. 79 framgår att det är förhållandena vid tidpunkten för anbudsgivningen som är relevanta för bedömningen av om en person ska anses som företrädare för ett bolag.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 8 juli 2009 i mål nr 1406-09 uttalat att det inte kan krävas att en företrädare personligen har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, utan det är tillräckligt att företrädaren kan lastas för detta. I målet bedömdes att företrädare för ett bolag kunde lastas för de fel som begåtts i bolaget eftersom det rörde sig om fel av sådan art som ytterst kan läggas ledningen för en verksamhet till last.

Förvaltningsrätten konstaterar att sista dag för att lämna anbud i den nu aktuella upphandlingen var den 18 december 2013. Det är således denna tidpunkt som är avgörande för bedömningen av vem som företräder ICM Öresund. Vid denna tidpunkt var Kent H. verkställande direktör och styrelseledamot i ICM Öresund och Richard E. var styrelsesuppleant i samma bolag. Detta synes ostridigt i målet och framgår också av uppgifter i bolagsregistret. Enligt förvaltningsrättens bedömning är alltså dessa personer legala företrädare för ICM Öresund. De får också anses ha haft en faktisk maktposition i bolaget och är således företrädare i den mening som avses i LOU.

Nästa fråga att ta ställning till blir då om Kent H. och Richard E. kan lastas för de allvarliga fel som har begåtts i ICM Kungsholms, dvs. dels det konkurrensbegränsande samarbetet och dels den felaktiga faktureringen.

Förvaltningsrätten undersöker först om Kent H. och Richard E. har varit företrädare för ICM Kungsholms vid de tidpunkter då felen har begåtts.

Vad först avser det konkurrensbegränsande samarbetet framgår av Konkurrensverkets stämningsansökan att detta har skett under åren 2006-2011. Av uppgifter i bolagsregistret framgår att Kent H. har varit registrerad som styrelseordförande i ICM Kungsholms av Bolagsverket från och med den 5 maj 2011 samt att Richard E. har varit registrerad som

styrelseledamot från och med samma datum. Av stämningsansökan framgår även att ICM Kungsholms under åren 2010 till 2011 successivt förvärvades av företaget Fågelviken Invest AB som ägdes av Kent H. och Bengt E. Förvaltningsrätten bedömer att Kent H. och Richard E. vid den aktuella tiden har varit sådana företrädare för ICM Kungsholms som avses i LOU.

Vad sedan avser den felaktiga faktureringen, gällde det tidigare ramavtalet mellan ICM Kungsholms och staden den 6 oktober 2010 till och med den 30 april 2013. Av uppgifter i bolagsregistret framgår, utöver vad som nämns ovan, även att Richard E. har varit registrerad som verkställande direktör för ICM Kungsholms från och med den 15 januari 2013. Förvaltningsrätten finner att Kent H. och Richard E. har varit företrädare för ICM Kungsholms även under perioden då de felaktiga faktureringarna har skett.

Förvaltningsrätten bedömer att såväl det konkurrensbegränsande samarbetet som den felaktiga faktureringen kan läggas Kent H. och Richard E. till last. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att ICM Kungsholms är ett fåmansbolag som under åren 2010 till 2011 successivt förvärvades av företaget Fågelviken Invest AB som ägdes av Kent H. och Bengt E. Vad avser det konkurrensbegränsande samarbetet bedömer förvaltningsrätten även att det finns särskild anledning till att detta ska läggas Kent H. till last, eftersom samarbetet enligt Konkurrensverkets stämningsansökan har skett tillsammans med bl.a. NFB Transport Systems AB, som även det ägdes av Kent H. och Bengt E.

Förvaltningsrätten finner således att de fel som ICM Kungsholms har begått utgör allvarliga fel i yrkesutövningen som kan läggas Kent H. och Richard E. till last. Eftersom dessa personer också har varit företrädare för

ICM Öresund, finner förvaltningsrätten att företrädare för detta bolag har gjort sig skyldigt till allvarliga fel i yrkesutövningen.

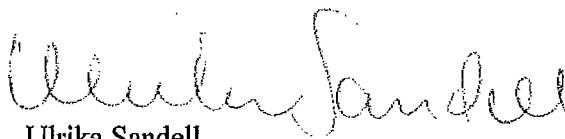
Vidare anser förvaltningsrätten att de omständigheter som läggs Kent H. och Richard E. till last är relevanta för den aktuella upphandlingen och står i proportion till uteslutningen. Staden har därmed haft fog för att utesluta ICM Öresund från den aktuella upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § LOU.

Slutsats

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att staden har haft fog för att utesluta ICM Öresund från den aktuella upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § LOU. ICM Öresunds ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Sandell

Rådman

Elisabeth Kornfeldt har föredragit målet.



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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.