



**KLAGANDE**

Uppsala Asfaltsanläggningar AB, 556483-3654

Ombud:

Advokat Ulf Djurberg  
Jur. kand. Caroline Falconer  
Setterwalls Advokatbyrå Stockholm AB  
Box 1050  
101 39 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms stad, Fastighetskontoret

Ombud:

Stadsadvokaten Eva Granbohm  
Stadsledningskontoret  
Juridiska avdelningen  
105 35 Stockholm

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

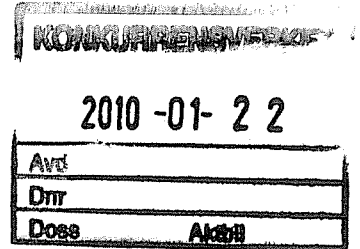
Länsrättens i Stockholms län dom den 27 januari 2009 i mål nr 25520-08,  
se bilaga A

**SAKEN**

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

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

1. Kammarrätten avslår begäran om inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen.
2. Kammarrätten avslår överklagandet.
3. Kammarrättens interimistiska beslut den 22 september 2009 upphör därmed att gälla.



**YRKANDEN M.M.**

**Uppsala Asfaltsanläggningar AB (ASFAB)** överklagar länsrättens dom samt yrkar att kammarrätten ska inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen.

**Kommunen** bestrider bifall till överklagandet.

**ASFAB** åberopar till stöd för sin talan samma omständigheter som i länsrätten och tillägger bl.a. följande. De frågor som bör ställas till EG-domstolen är frågor avseende tolkningen av vem som kan anses vara ett företags företrädare enligt artikel 45 i direktiv 2004/18/EG och under hur lång tid efter att den lagakraftvunna domen som omnämns i artikel 45.2.c i samma direktiv den upphandlande myndigheten har rätt att med hänvisning till den domen utesluta en ekonomisk aktör från tilldelning av kontrakt. Länsrätten har felaktigt kommit fram till att Christer Andersson är att anse som företrädare för ASFAB enligt 10 kap. 2 § LOU. Han har inte en sådan faktisk maktposition i bolaget att han är att betrakta som en sådan företrädare för ASFAB som avses i 10 kap. 2 § LOU. Uttalandena i de svenska förarbetena, som länsrätten grundar sin dom på, är inte i enlighet med artikel 45 i direktiv 2004/18/EG. I svensk rätt synes ett utvidgat företrädarbegrepp vid tillämpningen av 10 kap. LOU råda, vars lämplighet ifrågasätts. Christer Andersson är inte företrädare för ASFAB. Han ingår varken i ASFAB:s styrelse eller i dess ledning och har ingen position inom ASFAB som skulle ge honom rätt att företräda bolaget eller ge honom bestämmande inflytande över ASFAB eller dess medel. Länsrättens bedömning av 10 kap. 2 § LOU står i strid med ändamålet med bestämmelsen. Att förkasta ASFAB:s anbud är inte i enlighet med ändamålet med 10 kap. 2 § LOU. Länsrätten har inte genomfört proportionalitetsbedömningen korrekt. Lång tid har förflutit sedan brotten begicks och denna tid ska enligt förarbetena beaktas. Vidare ska beaktas att brotten inte begicks i ASFAB. Tillämpningen av proportionalitetsprincipen innebär att de brottsliga gärningar som kan utgöra grund

för uteslutning inte alltid ska leda till uteslutning. Det krav som Stockholms stad har uppställt på avsaknad av brottslighet är ett sådant krav som måste anses strida mot proportionalitetsprincipen eftersom kravet, när det riktas mot en anbudsgivare som ASFAB, går utöver vad som krävs för att det bakomliggande syftet med kravet ska kunna uppnås. Kravets negativa konsekvenser är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det efterstävade syftet att inte ingå avtal med oseriösa leverantörer.

**Kommunen** åberopar samma omständigheter som i länsrätten och tillägger bl.a. följande. Enligt stadens uppfattning föreligger ingen motsättning mellan artikel 45 punkt 1 i direktiv 2004/18/EG och uttalandena i förarbetena vad gäller företrädarbegreppet. Christer Anderssons anställning som entreprenadchef i ASFAB ska också tillmätas betydelse. Det är Christer Andersson och inte VD:n tillika hustrun Maria Andersson som besitter den för verksamheten erforderliga kompetensen. Han har därigenom en faktisk maktposition i ASFAB och en möjlighet att påverka förvaltningen i bolaget. Beslutet att utesluta ASFAB uppfyller kravet på proportionalitet. Som framgår av tingsrättens dom är det fråga om brottslighet av relativt allvarlig art begången under åren 1999 – 2003 och med ett straffvärde av ett års fängelse. Den tid som förflutit sedan brotten begicks måste ställas i relation till brottens karaktär och svårighetsgrad. Som länsrätten konstaterar i sin dom måste vägas in att endast lagakraftvunna domar kan läggas till grund för uteslutning vilket innebär att av bestämmelsen följer att brott som kan föranleda uteslutning många gånger torde ligga flera år tillbaka i tiden vid tidpunkten för anbudsprövningen.

- Tingsrättens dom meddelad den 4 juli 2006 som låg till grund för beslutet att utesluta ASFAB från deltagande i upphandlingen åberopas.

**ASFAB** anför i yttrande bl.a. följande. Christer Andersson var under en tid entreprenadchef i ASFAB. Denna position innebar inte på något sätt att han var bolagets företrädare eller att han hade ”bestämmande inflytande” och

”betydande intresse” över bolaget. Han innehar inte längre denna roll. Det är i praktiken Maria Andersson som tillsammans med ASFAB:s styrelse och ledning leder verksamheten. Hon har varit aktiv i ASFAB:s verksamhet sedan år 2002, som verkställande direktör sedan år 2006, och hade vid anbudsdagen omfattande erfarenhet och kunskap om bolaget och branschen. Christer Andersson har inte idag och hade inte vid anbudsdagen någon roll i ASFAB:s styrelse eller ledning. - Kammarrättens i Stockholm dom den 6 juli 2009 (mål nr 3767-09) samt Länsrättens i Uppsala län dom den 24 mars 2009 (mål nr 431-09) åberopas.

**Kommunen** anför slutligen följande. Staden har givit in och åberopat den tingsrättsdom som låg till grund för stadens beslut om att utesluta ASFAB från deltagande i upphandlingen. I detta mål finns således en utredning om vari brottsligheten består. Vilken roll Christer Andersson har i bolaget idag saknar betydelse i målet.

Kammarrätten har i beslut den 22 september 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har bestämts.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom.

I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128) uttalas bl.a. följande.

Enligt vår mening är en lämplig avgränsning i stället att ”företrädare” för leverantören ska kunna bli föremål för kontroll, vilket stämmer bättre överens med direktivets ordalydelse. Detta begrepp förekommer i 12 kap. 6 och 6 a §§ skattebetalningslagen (1997:483), som reglerar betalningsskyldighet för företrädare för juridiska personer när det gäller skatter. Begreppet företrädare innefattar varje företrädare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen och en möjlighet att påverka förvaltningen av denna, oavsett röstinnehav. Den som har satt en bulvan eller en målvakt i sitt ställe kan således bedömas som företrädare för en juridisk person. Någon definition av begreppet föreslås inte. Frågan vem som är företrädare för en juridisk person ska avgöras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet. Vägledning huruvida en person ska

anses vara företrädare kan hämtas från den rättspraxis som utvecklats i anslutning till bestämmelserna i skattebetalningslagen.

En tidigare företrädare bör inte bli föremål för kontroll av brottslighet i ett upphandlingsärende utan enbart personer som är företrädare vid tiden för anbudsgivningen. En lagakraftvunnen dom avseende en tidigare företrädare för leverantören, enligt vilken företrädaren dömts för uteslutningsgrundande brott, kan således inte leda till att leverantören utesluts från en upphandling. Företrädare för moderföretag, som faktiskt företräder dotterbolaget, kan komma i fråga för kontroll av brottslighet i en upphandling som dotterbolaget deltar i. Såsom Statskontoret har anfört kan det alltså i det enskilda fallet bli fråga om att utesluta en leverantör, som i praktiken styrs av företrädare för moderföretaget, om denne företrädare dömts för aktuella brott. Enligt regeringens uppfattning är en sådan tillämpning nödvändig för att syftet med bestämmelsen om uteslutning på grund av de brottsliga gärningar som anges i artikel 45.1 ska uppnås. Visserligen blir tillämpningen av bestämmelsen genom denna avgränsning beroende av att den upphandlande myndigheten i vissa fall tvingas till en inte helt okomplicerad bedömning av leverantörens organisation. Detta kan dock inte undvikas (s. 226 f.).

Lagrådet har ifrågasatt om alla domar som omfattas av bestämmelserna också ska ligga till grund för uteslutning eller om det ska finnas någon gräns bakåt i tiden, som exempelvis vid näringsförbud. Regeringen delar Lagrådets uppfattning att inte alla nu aktuella domar ska föranleda uteslutning. Undantag från uteslutningsskyldigheten har därför föreskrivits om det föreligger särskilda skäl. Som framgår av avsnitt 14.3.3 är undantaget infört med hänsyn till att proportionalitetsprincipen ska tillämpas vid upphandling. Det innebär att såväl den brottsliga gärningens svårhetsgrad som den tid som förflutit sedan brottet begicks måste beaktas vid bedömningen om det föreligger särskilda skäl. Tidsaspekten får med tiden ökad tyngd vid denna avvägning. Det kan innebära att brott som tidigare medfört uteslutning inte gör det vid nästa upphandling. Eftersom de brott som kan föranleda uteslutning varierar i svårhetsgrad är det inte möjligt att ange en bestämd gräns bakåt i tiden.

---

Lagrådet har efterlyst att det närmare anges vilka personer i ett företags ledning som avses med begreppet företrädare. 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. Bestämmande inflytande kan föreligga då företrädaren genom fullmakt har rätt att bestämma över den juridiska personens medel. Den som satt en bulvan eller målvakt i sitt ställe har i regel ett bestämmande inflytande och kan bedömas som företrädare. Även företrädare för moderföretag kan bedömas som faktisk företrädare för ett dotterbolag. Frågan vem som är företrädare för en juridisk person ska, som framgår av avsnitt 14.3.3, avgöras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet. Företrädare i upphandlingssammanhang är de personer som vid tiden för anbudsgivningen företräder leverantören. Tidigare företrädare ska alltså inte bli föremål för kontroll av brottslighet (s. 388).

Kammarrätten gör följande bedömning.

#### *Företrädare*

Den första frågan i målet är om Christer Andersson vid tiden för anbudsgivningen är att anse som sådan företrädare för ASFAB som avses i 10 kap. 2 § LOU.

ASFAB har bl.a. anfört att svensk rätt synes innehålla ett utvidgat företrädarbegrepp och att uttalandena i de svenska förarbetena som länsrätten grundar sin dom på inte är förenliga med artikel 45 i direktiv 2004/18/EG (direktivet).

Artikel 45.1 i direktivet innehåller bestämmelser om när en upphandlande myndighet *ska* utesluta en leverantör från att delta i förfarandet om tilldelning av ett kontrakt och artikel 45.2 innehåller bestämmelser om när en ekonomisk aktör *får* uteslutas från samma förfarande. Artikel 45 ger inte något klart besked om vilken personkrets som utöver enskilda näringsidkare ska ses som anbudssökandens eller anbudsgivarens företrädare. Av artikel 45.1 fjärde stycket framgår emellertid att sådan kontroll som är nödvändig för tillämpningen av artikeln i enlighet med lagstiftningen i den medlemsstat där leverantören är etablerad ska gälla även företagschefer och andra personer som är behöriga att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden eller anbudsgivaren.

Mot den bakgrunden finner kammarrätten att innebörden av företrädarbegreppet, såsom det beskrivs i prop. 2006/07:128, inte kan anses strida mot eller vara oförenligt med artikel 45 i direktivet och att det därför inte heller finns anledning att inhämta förhandsavgörande från EG-domstolen i frågan om vad som avses med "företrädare". Yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande i den delen ska därför avslås.

När det därefter gäller frågan om Christer Andersson kan anses som företrädare för ASFAB är det förhållandena vid tidpunkten för anbudsgivningen som är relevanta. Kammarrätten noterar att följande förhållanden förelåg vid tidpunkten för anbudsgivningen. Christer Andersson hade inte någon ställning i ASFAB:s styrelse eller ledning. Han ägde inte heller några aktier i bolaget. Däremot ägde Christer Andersson hälften av moderbolaget Queenie Holding AB:s aktier. Resterande hälft ägdes av hans hustru Maria Andersson. Han var styrelseordförande i Queenie Holding AB och var således moderbolagets företrädare. Moderbolaget ägde ASFAB till 100 % och det var Maria Andersson som var VD för ASFAB. Christer Andersson var anställd som entreprenadchef i ASFAB.

Härutöver framgår det av utredningen att det var Christer Andersson som grundade ASFAB och så sent som i april 2008 innehade han en generalfullmakt som gav honom rätt att utan inskränkning företräda bolaget och teckna dess firma.

Efter en sammantagen bedömning finner kammarrätten att Christer Andersson vid tidpunkten för anbudsgivningen får anses ha haft en sådan ställning i ASFAB att han är att betrakta som dess företrädare i enlighet med vad som avses i 10 kap. 2 § LOU och artikel 45.1 i direktivet.

*Proportionalitet*

Den andra frågan i målet som kammarrätten har att ta ställning är om det kan anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta ASFAB från tilldelning av kontrakt.

Såsom länsrätten har konstaterat lämnar inte 10 kap. 2 § LOU något utrymme för upphandlande myndighet att beakta "särskilda skäl". Principen om proportionalitet ska emellertid enligt 1 kap. 9 § LOU iakttas vid upphandlingar oavsett om en lagbestämmelse lämnar utrymme därför eller inte. Proportionalitetsprincipen ska således beaktas även vid tillämpningen av 10 kap. 2 § LOU.

Frågan om en åtgärd är proportionerlig innebär att en prövning ska ske om syftet med åtgärden kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. Av prop. 2006/07:128 s. 225 f. framgår det att syftet med bestämmelserna om uteslutning i artikel 45.1 i direktivet är att i möjligaste mån förhindra att upphandlande myndigheter ingår avtal med leverantörer som dömts för viss brottslighet som riktar sig mot bl.a. gemenskapens ekonomiska intressen och att det inte minst ur konkurrenssynpunkt har ansetts viktigt att endast seriösa leverantörer tilldelas kontrakt. Vikten av att leverantören är seriös måste enligt kammarrättens mening även beaktas i ljuset av den upphandlande myndighetens behov av att kunna förutse att kontraktet fullföljs.

Det som skiljer omständigheterna i artikel 45.1 från de i artikel 45.2 i direktivet är att omständigheterna i 45.1 har ansetts ha betydelse på ett europeiskt plan ur ett europeiskt ekonomiskt perspektiv. Om sådana omständigheter är för handen föreligger det en skyldighet att utesluta leverantören. I artikel 45.2 nämns andra grunder för uteslutning som får antas inte på samma sätt utgör ett problem ur ett bredare europeiskt



perspektiv. Vid omständigheter som nämns i artikel 45.2 har det lämnats medlemsstaten fritt att välja om den med hänvisning till nationella hänsyn av rättslig, ekonomisk eller social karaktär vill kunna utesluta eller avstå från att utesluta en leverantör (a. prop. s. 241). Enligt kammarrättens mening måste syftet med bestämmelserna ändå vara detsamma, dvs. att förhindra att icke seriösa leverantörer tilldelas kontrakt.

Kammarrätten anser att, vid en bedömning av om det är proportionerligt att utesluta en viss leverantör med hänvisning till att leverantören eller dess företrädare har dömts för ett uteslutningsgrundande brott, omständigheter som ett bolags verksamhet, storlek på omsättning och antalet anställda i och för sig skulle kunna vara av betydelse. Med hänsyn till de omständigheter som föranlett kammarrätten att betrakta Christer Andersson som bolagets företrädare är emellertid bolagets verksamhet, storlek på omsättning och antalet anställda i förevarande mål av liten eller ringa betydelse. Det som däremot bör tillmätas betydelse i proportionalitetsbedömningen är dels den brottsliga handlingens svårighetsgrad, dels den tid som har förflutit sedan brottet begicks.

Innan en proportionalitetsbedömning görs med hänvisning till den brottsliga handlingens svårighetsgrad och den tid som förflutit sedan brotten begicks är det av intresse att avgöra om det bara är brott begångna inom ramen för anbudsgivarens eller anbudssökandens verksamhet som kan vara uteslutningsgrundande. Enligt artikel 45.2 c) får en ekonomisk aktör uteslutas från deltagandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt om han enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetiken. I 10 kap. 2 § LOU används formuleringen ”dömd för brott avseende yrkesutövningen”. Oavsett ordval följer det av formuleringarna att det inte är rimligt att det bara är uteslutningsgrundande brott begångna i det anbudsgivande eller anbudssökande bolaget som kan vara uteslutningsgrundande.

När det gäller brottens svårighetsgrad framgår det av utredningen att Christer Andersson enligt lagakraftvunnen dom den 4 juli 2006 är dömd för bokföringsbrott, brukande av falsk urkund, bestickning, grovt skattebrott, försvårande av skattekontroll och vållande till miljöstörning till ett års fängelse. Kammarrätten konstaterar att de brott som Christer Andersson har begått har en koppling till yrkesutövningen även i ASFAB och är sådana som kan ligga till grund för uteslutning enligt artikel 10 kap. 2 § LOU. Härutöver kan noteras att verksamheten i det bolag som brotten begicks i åtminstone till viss del var jämförlig den verksamhet ASFAB bedriver.

När det gäller den tid som förflutit framgår det av tingsrättens dom att brotten begicks under perioden 1999-2003. Såsom länsrätten konstaterat måste det vägas in att endast lagakraftvunna domar kan läggas till grund för uteslutning, vilket innebär att det av bestämmelsen följer att de brott som kan föranleda uteslutning många gånger torde ligga flera år tillbaka i tiden vid tidpunkten för anbudsgivningen. Frågan om hur lång tid som, ur proportionalitetsperspektiv, kan eller får förflyta mellan begångna brott, lagakraftvunnen dom och uteslutning från tilldelning av kontrakt måste avgöras från fall till fall. Mot den bakgrunden finner kammarrätten att det inte gagnar utredningen att inhämta ett förhandsavgörande från EG-domstolen om hur lång tid som får förflyta sedan de uteslutningsgrundande brotten begicks. Yrkandet om inhämtande av förhandsavgörande från EG-domstolen ska därför avslås även i denna del.

I förevarande mål konstaterar kammarrätten att det senaste brottet som Christer Andersson är dömd för begicks 2003. Det hade således gått cirka fem år från dess att det sista brottet begicks till dess att tiden för anbud gick ut. Kammarrätten anser mot bakgrund av syftet med uteslutningsreglerna i 10 kap. 2 § LOU, med hänsyn till brottens svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt och till den tid som förflutit sedan brotten begicks, att det inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen att vid tidpunkten för

anbudstidens utgång utesluta ASFAB från tilldelning av kontrakt.

Överklagandet ska därför avslås.

---

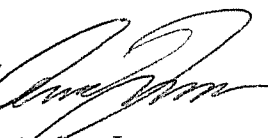
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Helena Jäderblom

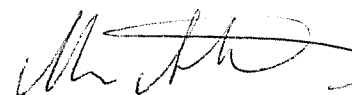
lagman

ordförande



Anders Jonsson

kammarrättsråd



Mona Aldestam

kammarrättsråd

referent



Karin Flemström

föredragande

LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN

**DOM**  
2009-01-27  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
25520-08  
Rotel 222

*BILAGA A*

**SÖKANDE**

Uppsala Asfaltsanläggningar AB, 556483-3654

**Ombud:**

Advokaten Ulf Djurberg och jur.kand. Caroline Näslund  
Setterwalls Advokatbyrå  
Box 1050  
101 39 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms Stad, Fastighetskontoret  
Box 8312  
104 20 Stockholm

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår Uppsala Asfaltsanläggningar AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 22 december 2008 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 394970

|                                       |   |  |                                 |   |
|---------------------------------------|---|--|---------------------------------|---|
| <b>Postadress</b><br>115 76 Stockholm | <b>Besöksadress</b><br>Tegeluddsvägen 1 | <b>Telefon</b><br>08-561 680 00<br>E-post: lansrattenistockholm@dom.se | <b>Telefax</b><br>08-561 680 01 | <b>Expeditionstid</b><br>måndag – fredag<br>09:00-15:00 |
|---------------------------------------|---|--|---------------------------------|---|

## BAKGRUND

Fastighetskontoret i Stockholms stad ("Fastighetskontoret") genomför en upphandling av ramavtal för mindre entreprenader (Dnr 2008/131/209) inom kategorin mark- och trädgårdsarbeten. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt 4 kap. LOU.

I tilldelningsbeslut avsänt från Fastighetskontoret den 17 december 2008 beslöt den upphandlande myndigheten att anta annat anbud än anbud från Uppsala Asfaltsanläggningar AB ("ASFAB").

## YRKANDEN M.M.

ASFAB ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att dess anbud utvärderats i upphandlingen. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Genom att diskvalificera ASFAB:s anbud, trots att det uppfyller samtliga skall-krav i Upphandlingen har Stockholms stad agerat i strid med 1 kap. 9 LOU och de grundläggande EG-rättsliga principer som ska gälla för all upphandling. Detta har medfört att ASFAB lidit eller kan komma att lida skada. ASFAB:s anbud i upphandlingen diskvalificerades med hänvisning till "LOU 10 1-2". Tilldelningsbeslut med utvärderingsrapport meddelades den 17 december 2008. Genom att diskvalificera ASFAB:s anbud, utan att laglig grund fanns därtill, har Stockholms stad brutit mot LOU. Som förklaring till varför ASFAB:s anbud diskvalificerades ur upphandlingen har Fastighetskontoret anfört att en företrädare för ASFAB har blivit dömd för brott avseende yrkesutövningen. Hänvisning görs till en dom från juli 2006 där Christer Andersson, anställd på ASFAB, dömdes till fängelse för ekonomisk brottslighet. Christer Andersson är anställd som entreprenadchef i ASFAB. Christer Andersson är inte företrädare för ASFAB. Enligt 10 kap. 2 § tredje punkten LOU får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen. Är leverantören juridisk person får

leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för sådant brott. Vem som anses vara företrädare för en juridisk person enligt 10 kap. 2 § LOU framgår inte uttryckligen av LOU. Av förarbetena framgår att med företrädare avses främst sådana befattningshavare som räknas upp i 4 lagen (1986:436) om näringsförbud. Företrädare för aktiebolag är enligt denna bestämmelse ledamot och suppleant av styrelse samt verkställande direktör och vice verkställande direktör. Enligt uttalande i förarbetena kan det finnas även andra personer som kan anses vara faktiska företrädare för juridiska personer. Avgörande är då om företrädaren har "betydande intresse" och "bestämmande inflytande" över den juridiska personen. Exempel på när en person har "bestämmande inflytande" är när personen får bestämma över bolagets medel eller när personen innehar en ledande befattning i bolaget. Företrädare är de personer som vid tiden för anbudsgivningen företräder leverantören. Tidigare företrädare anses inte enligt denna bestämmelse vara företrädare för anbudsgivande bolag. Det ska i sammanhanget noteras att artikel 45 i direktiv 2004/18/EG vilken 10 kap. 2 § LOU grundas på, enbart omnämner företagschefer och varje annan person som är behörig att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökanden. Detta torde innebära bolagets styrelse och verkställande direktör. Direktivet omnämner inte de svårtolkade begreppen "betydande intresse" och "bestämmande inflytande". Christer Andersson är varken styrelseledamot, styrelsesuppleant, verkställande direktör eller vice verkställande direktör för ASFAB. Han är således inte företrädare för ASFAB enligt 4 § lagen om näringsförbud eller artikel 45 i direktivet. Christer Andersson har ej rätt att bestämma över ASFAB:s medel och innehar inte heller någon ledande befattning i bolaget. Han har varken "betydande intresse" i eller utövar "bestämmande inflytande" över bolaget. Christer Andersson är således inte företrädare för ASFAB enligt 10 kap. 2 § LOU. De aktuella brotten äger ej längre betydelse då de begicks för mellan 7 och 9 år sedan. Om länsrätten ändock skulle anse att Christer Andersson är företrädare för ASFAB görs gällande att de brott han har dömts för inte är av sådan betydelse att de kan

innebära att anbudet ska förkastas ur upphandlingen. Brotten begicks under åren 1999 till och med 2001. Om inte Christer Andersson hade åtalats och dömts för brotten 2006 hade bokföringsbrottet redan varit preskriberat och de övriga brotten skulle preskriberas inom ett till tre år. Det kan omöjligen ha varit lagstiftarens avsikt att en person som någon gång begått ett brott avseende yrkesutövningen för all framtid ska vara förhindrad från att delta i offentliga upphandlingar. En sådan tolkning av 10 kap. LOU finner inget stöd i varken lag, förarbeten, praxis eller doktrin och skulle strida mot proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär mycket förenklat att de åtgärder som vidtas för att uppnå ett visst syfte inte får vara mer betungande eller långtgående än vad som kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Åtgärderna ska vara nödvändiga och lämpliga. Det syfte som 10 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU eftersträvar torde vara att upphandlande myndigheter ska undvika att kontraktera leverantörer som under avtalets löptid kommer att begå brott av betydelse för avtalet med den upphandlande myndigheten. Risken för återfall minskar ju längre tid som förflutit från det att brottet begåtts. Detta talar med styrka för att det inte är i enlighet med proportionalitetsprincipen att ge de brott som Christer Andersson, 43 år, begick under åren 1999 t.o.m. 2001 sådan avgörande betydelse att de medför att det anbud som det bolag i vilket han är anställd har avgett förkastas ur upphandlingen. Vidare genomförde Stockholms stad under hösten 2008 upphandlingen Hjulsta Backar. ASFAB lämnade anbud i denna upphandling och anbudet kvalificerades och utvärderades. Det är anmärkningsvärt att samma upphandlande myndighet i olika upphandlingar under samma tid behandlar samma anbudsgivare på så olika sätt i en sådan avgörande fråga som kvalificeringen av anbudet. Tolkningen av 10 kap. 1 och 2 § LOU ska göras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet. De objektiva omständigheterna i detta fall leder till att Christer Andersson inte ska anses vara företrädare för ASFAB och om han anses vara det, ska brotten inte anses vara sådana som omfattas av 10 kap. 2 § LOU. Brotten begicks inte i ASFAB eller i någon annan verksamhet som avser mark- och

trädgårdsarbeten utan begicks i helt väsensskild verksamhet. Christer Andersson ålades aldrig näringsförbud. Han har avtjänat sitt straff. Christer Andersson har således redan sonat för sina brott. Det sätt som Fastighetskontoret har tolkat denna bestämmelse innebär att Christer Andersson, utöver ovan nämnda straff åläggs ett livslångt förbud mot att delta i offentliga upphandlingar och att detta förbud även smittar företag i vilka han är anställd. Fastighetskontorets bedömning får som ovan sagt inte endast betydelse för Christer Andersson utan istället främst betydelse för ASFAB och de andra 70 anställda i ASFAB. Konsekvenserna av Fastighetskontorets tolkning av 10 kap. LOU är uppenbarligen orimliga. Dessa konsekvenser kan inte ha varit lagstiftarens avsikt med 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. ASFAB lämnade ett mycket konkurrenskraftigt anbud. ASFAB är av uppfattningen att bolagets anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen och att bolaget därför ska tilldelas ramavtal. ASFAB har således lidit skada av Fastighetskontorets brott mot LOU och de grundläggande EG-rättsliga principer vilket inneburit att ASFAB:s anbud diskvalificerats ur upphandlingen. Skäl för åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför. – Fastighetskontorets tolkning av 10 kap. 2 § LOU står i strid med lagstiftarens syfte med bestämmelsen LOU syftar till att främja konkurrens och att tillvarata skattebetalarnas pengar på bästa sätt. Detta är grundläggande för alla offentliga upphandlingar och ledstjärna för varje upphandlande myndighet. En upphandling som inte medför att konkurrensen tillvaratas står i strid med LOU och de grundläggande EG-rättsliga principerna. När det sedan gäller den i målet aktuella bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU är den bakomliggande tanken med denna att upphandlande myndigheter inte ska avtala med oseriösa leverantörer. Seriösa leverantörer ska få delta i upphandlingar och på så vis öka konkurrensen och därigenom möjliggöra för upphandlande myndigheter att tillvarata skattebetalarnas pengar på bästa sätt. ASFAB är en synnerligen seriös leverantör med rena årsredovisningar sedan lång tid tillbaka. Genom att utesluta ASFAB:s anbud i upphandlingen, på grund av brott begångna av en anställd för runt 8-10 år sedan, begränsar



Fastighetskontoret avsevärt konkurrensen på marknaden. Detta är inte avsikten med direktivets artikel 45 eller 10 kap. 2 § LOU. Det är inte heller avsikten med bestämmelsen att i praktiken ålägga en person näringsförbud som det finns särskild lagstiftning om. Vidare är det inte syftet med bestämmelsen att omöjliggöra ägande av aktier, och ägande är en mänsklig rättighet enligt Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna. Slutligen innebär Fastighetskontorets tolkning av bestämmelsen att ASFAB begränsas i sin möjlighet att försörja bolaget och dess 70 anställda. Detta är inte syftet med bestämmelsen. Vidare är endast den som är faktisk företrädare för en anbudsgivande juridisk person en sådan person som omfattas av 10 kap. 2 § tredje punkten LOU. Med faktisk företrädare för en juridisk person avses främst sådana befattningshavare som räknas upp i 4 § lagen om näringsförbud, dvs. ledamot och suppleant av styrelse, verkställande direktör och vice verkställande direktör. Christer Andersson innehar inte någon sådan position i ASFAB. Christer Andersson äger 50 procent av aktierna i Queenie Holding AB, ASFAB:s moderbolag, och hans hustru Maria Andersson äger resterande 50 procent. Detta innebär dock inte på något sätt att Christer Andersson är faktisk företrädare för ASFAB. ASFAB är ett stort, väl fungerande, effektivt aktiebolag med en årsomsättning om mer än 160 miljoner kr och med fler än 70 anställda. Bolaget bedriver sin verksamhet självständigt i förhållande till Queenie. ASFAB är således inte ett handelsbolag eller ett kommanditbolag där ägandet har en helt annan betydelse. Det är styrelsen för ett aktiebolag som svarar för bolagets organisation och förvaltningen av bolagets angelägenheter och det är den verkställande direktören som ska sköta den löpande förvaltningen enligt styrelsens riktlinjer och anvisningar. En aktieägare i moderbolaget eller ledamot i moderbolagets styrelse har enligt de aktiebolagsrättsliga reglerna ingen rätt att företräda dotterbolaget i dess dagliga verksamhet utan detta är en uppgift för dotterbolagets styrelse, verkställande direktör och vice verkställande direktör. Queenie och ASFAB är skilda företag med skilda styrelser och ekonomiavdelningar.

Vid sammansättningen av styrelsen har man varit mycket noggrann med att seriösa företrädare för svenskt näringsliv ingår i styrelsen. Christer Andersson ingår varken i ASFAB:s styrelse eller i dess ledning och har ingen position inom ASFAB som skulle ge honom rätt att företräda bolaget eller ge honom bestämmande inflytande över ASFAB eller dess medel. Det är därför självfallet inte praktiskt möjligt för Christer Andersson att förbigå ASFAB:s styrelse, ledning och ekonomiavdelning och själv företräda bolaget. Eftersom Christer Andersson inte innehar majoriteten av aktierna i Queenie innebär det att han och Maria Andersson måste vara överens om alla beslut som ASFAB:s bolagsstämma ska fatta. Christer Anderssons aktieäggande i Queenie ger honom där för inte något bestämmande inflytande över ASFAB. Det faktum att han är styrelseordförande i Queenie ändrar inte detta på något sätt från ett aktiebolagsrättsligt perspektiv. Slutligen kan nämnas att Christer Andersson inte har någon fullmakt att företräda ASFAB eller förfoga över dess medel och att hans anställning inom ASFAB, som entreprenadchef, inte ger honom någon sådan rätt. Christer Andersson kan således inte på något sätt anses vara faktisk företrädare för ASFAB. ASFAB:s anbud ska därför inte förkastas i upphandlingen med hänvisning till brott begångna av Christer Andersson. Om länsrätten kommer fram till att Christer Andersson anses vara företrädare för ASFAB gör ASFAB följande gällande. Vid utslutning måste den upphandlande myndigheten iaktta proportionalitetsprincipen innebärande att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Ett krav får enligt proportionalitetsprincipen endast ställas om det är nödvändigt, lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet utan att dess negativa konsekvenser är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det eftersträvade syftet med LOU kap. 2 § LOU är att i möjligaste mån förhindra att upphandlande myndigheter ingår avtal med oseriösa

leverantörer. ASFAB är ett synnerligen seriöst före tag som tidigare har vunnit många upphandlingar. Proportionalitetsprincipen innebär att de brottsliga gärningar som utgör grund för uteslutning inte alltid ska leda till uteslutning. Om det finns särskilda skäl skall en upphandlande myndighet avstå från att utesluta en leverantör som har dömts för uteslutningsgrundande brott. Vid bedömningen av om det finns särskilda skäl uttalas i förarbetena till LOU (se prop. 2006/07:128 s. 236 f.) att den brottsliga gärningens svårhetsgrad bör beaktas liksom den tid som förflutit sedan brottet begicks. Det har förflutit mellan 8 och 10 år sedan brotten begicks. Om inte Christer Andersson hade dömts 2006 hade viss brottslighet således redan vara preskriberad och annan skulle inom kort preskriberas. Lång tid har således förflutit sedan brotten begicks och denna tid ska enligt förarbetena till LOU beaktas. Vidare ska beaktas att brotten inte begicks i ASFAB. Det krav Fastighetskontoret har uppställt på avsaknad av brottslighet är ett sådant krav som måste anses strida mot proportionalitetsprincipen eftersom kravet, när det riktas mot en anbudsgivare som ASFAB, går utöver vad som krävs för att det bakomliggande syftet med kravet ska kunna uppnås. Kravets negativa konsekvenser är så stora att åtgärden är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträlvade syftet att inte ingå avtal med oseriösa leverantörer. Särskilda skäl föreligger för att inte utesluta ASFAB:s anbud i upphandlingen. Länsrätten i Stockholms läns dom i mål 18902-08 grundas på felaktiga omständigheter. Länsrätten anger i domen att Christer Andersson äger samtliga aktier i ASFAB. Christer Andersson äger inga aktier i ASFAB. Länsrätten grundar därför sin dom på en felaktig omständighet som har haft avgörande betydelse för målets utgång. Med denna felaktiga utgångspunkt har länsrätten utgått från att Christer Andersson ensam utgör ASFAB:s bolagsstämma och att han således har "betydande intresse" och "bestämmande inflytande" över ASFAB. Länsrätten har därför felaktigt kommit fram till att Christer Andersson är faktisk företrädare för ASFAB. På grund av denna avgörande felaktighet i länsrättens dom kan inte domen ligga till grund för länsrättens prövning i detta mål.

**Fastighetskontoret** bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Fastighetskontoret har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Förfrågningsunderlaget uppfyller lagens krav på förutsebarhet och transparens. Anbudet har utvärderats i enlighet med angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Enligt förfrågningsunderlaget kommer vid prövningen av anbudsgivare anbud förkastas om omständigheter som kan medföra uteslutning enligt 10 kap. 2 § LOU föreligger. Anbudet från sökanden har uteslutits på den grunden att företrädare för bolaget är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom. Christer Andersson dömdes den 4 juli 2006 av Uppsala tingsrätt för bl.a. bokföringsbrott, grovt skattebrott och försvårande av skattekontroll. Av förarbetena framgår bl.a. om vilka som skall anses som företrädare att det huvudsakligen är fråga om de befattningshavare som anges i 4 § lagen om näringsförbud. Varje sådan befattningshavare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen skall 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. Vidare anges att även företrädare för moderföretag kan bedömas som faktisk företrädare för ett dotterbolag. Frågan vem som är företrädare för en juridisk person skall, som framgår av avsnitt 14.3.3, avgöras utifrån objektiva omständigheter i det enskilda fallet. Enligt protokoll från ordinarie bolagsstämma i Queenie den 20 mars 2008 ägs bolagets aktier till 50 procent av Christer Andersson och till 50 procent av Maria Andersson. Christer Andersson är ordförande i styrelsen för Queenie. Även om Christer Andersson inte har organställning i sökandebolaget utövas den verkliga kontrollen av bolaget genom aktieinnehavet i Queenie som äger 100 procent av ASFAB. Tillsammans med sin hustru har Christer Andersson full kontroll över ASFAB. Länsrätten har i dom den 7 oktober 2008 i mål nr 18902-08 funnit att Christer Andersson är att betrakta som sådan företrädare för ASFAB som avses i 10

kap. 2 § LOU. I sin dom konstaterar länsrätten att vare sig utformningen av förfrågningsunderlaget i berört hänseende eller innehållet i 10 kap. 2 § lämnar något utrymme för att länsrätten skall ta ställning till om tidpunkten för brottet har någon betydelse. Skäl för att göra en annan bedömning i detta mål föreligger inte. Vad gäller påståendet om bristande lika-behandling kan konstateras att varje nämnd inom kommunen är att betrakta som en upphandlande myndighet och den av ASFAB åberopade upphandlingen Hjulsta Backar har inte genomförts av Fastighetskontoret.

Länsrätten har den 22 december 2008 beslutat att upphandlingen i denna del inte får avslutas innan något annat har beslutats.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

I 10 kap. 2 § första stycket 3 LOU är föreskrivet att en leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen. I andra stycket samma paragraf är bl.a. föreskrivet att om leverantören är en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### *Utredningen i målet*

I punkten AFB.51 i aktuell anbudsinvitan har i de administrativa föreskrifterna bl.a. angetts att anbud kommer att förkastas (uteslutas) om omständigheter som skall, respektive kan, medföra uteslutning enligt 10 kap. 1 eller 2 §§ LOU föreligger.

Av bilaga till tilldelningsbeslutet i upphandlingen framgår att ASFAB har uteslutits med hänvisning till 10 kap. 1-2 §§ LOU.

*Länsrättens bedömning*

Fråga i målet är i första hand om Christer Andersson är en sådan företrädare för ASFAB som avses i 10 kap. 2 § LOU. Avgörande för denna fråga är om han kan anses ha ett betydande intresse i ASFAB – t.ex. genom eget eller närståendes aktieinnehav – samt bestämmande inflytande över bolaget (jfr. prop. 2006/07:128 s. 388). Härvid är att notera att även en företrädare för ett moderbolag kan anses faktiskt företräda ett dotterbolag som deltar i en upphandling (jfr. a. prop. s. 226 f.).

Av utredningen i målet framgår bl.a. att Christer Andersson inte har någon sådan organställning i ASFAB som räknas upp i 4 § lagen om näringsförbud eller äger några aktier i ASFAB. Däremot äger Christer Andersson och hans fru samtliga aktier i Queenie Holding AB, som i sin tur äger ASFAB. Christer Andersson är dessutom anställd som entreprenadchef i ASFAB och länsrätten bedömer mot denna bakgrund att han får anses ha en sådan faktisk maktposition i bolaget att han är att betrakta som en sådan företrädare för ASFAB som avses i 10 kap. 2 § LOU.


Länsrätten konstaterar att till skillnad från 10 kap. 1 § LOU lämnar bestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU inte något utrymme för upphandlande myndighet att beakta ”särskilda skäl”. I förarbetena (s. prop. s. 237 och 388) nämns som exempel på särskilda skäl den tid som förflutit sedan brottet begicks. Tidsaspekten är emellertid en omständighet som enligt länsrättens mening även måste tillmätas betydelse vid en prövning enligt 10 kap. 2 § LOU eftersom upphandlande myndighets åtgärd att utesluta en leverantör måste uppfylla kravet på proportionalitet.

Den förhållandevis långa tid som förflutit sedan Christer Andersson begick de aktuella brotten måste enligt länsrättens mening ställas i relation till brottens karaktär och svårighetsgrad. Den brottslighet Christer Andersson har fällt till ansvar för får i detta sammanhang anses vara av relativt allvarlig art. I sammanhanget måste även vägas in att endast

lagkraftvunna domar kan läggas till grund för uteslutning, vilket innebär att det redan av bestämmelsen följer att brott som kan föranleda uteslutning många gånger torde ligga flera år tillbaka i tiden vid tidpunkten för anbudsprövningen.

Vid en sammantagen avvägning av omständigheterna i målet bedömer länsrätten att det inte strider mot kravet på proportionalitet att i denna upphandling utesluta ASFAB med stöd av 10 kap. 2 § LOU. Sammanfattningsvis finner länsrätten således inte visat att Fastighetskontoret har åsidosatt de krav som ställs i LOU, varför ASFAB:s ansökan om ingripande enligt LOU skall avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1a).



Peter Lif  
rådmän

Föredragande har varit Henrik Grönberg.

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.