



SÖKANDE

Markona AB, 556483-3654

Ombud: Advokat Daniel Svensson
Advokatfirman Wijk & Nordström
Box 1022
751 40 Uppsala

MOTPART

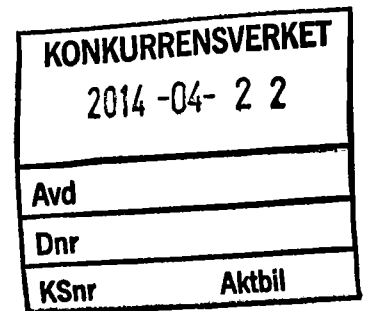
Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



BAKGRUND

Uppsala kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende anläggande av gata och VA-ledningar i Malmaparken, dnr GSN-2013-1814 (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes med ett slutet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Markona AB (bolaget) hade lämnat anbud i upphandlingen, men uteslöts från deltagande i upphandlingen med motiveringen att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. I tilldelningsbeslutet den 21 oktober 2013 antogs anbud från en annan leverantör.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen. I första hand yrkar bolaget att upphandlingen ska få avslutas först efter att rättelse vidtagits på så sätt att bolaget inte utesluts från kvalificeringsprövningen, att en ny anbudsutvärdering görs och att ett nytt tilldelningsbeslut fattas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Genom att utesluta bolaget från deltagande i upphandlingen har kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och de EU-rättsliga reglerna som lagen grundas på. Bolaget har inte gjort sig skyldigt till något sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kommunen påstår.

Det fel som läggs bolaget till last tar inte sikte på bolagets verksamhet och saknar helt relevans för upphandlingen. Bolaget är ett välrenommerat företag inom branschen och utför flera uppdrag åt Uppsala kommun och privata fastighetsägare. Några anmärkningar mot bolagets kapacitet som utförare och leverantör av de i upphandlingen efterfrågade tjänsterna finns inte. Avgiftsföreläggandet som bolaget accepterade avsåg en upphandling under mars – april 2010 där Vattenfall sökte en entreprenör för utförandet av transporter av förbränningsrestprodukter (Vattenfalls upphandling). Någon koppling mellan verksamheten i Vattenfalls upphandling och den aktuella

föreligger inte. Bolaget och det andra företaget var helt öppna med angivandet av varandra som underentreprenörer i Vattenfalls upphandling. Att de lämnade identiska anbud med avseende på flera hundra detaljerade priser talar i sig med tydlighet på att det var okunskap om de aktuella reglerna som föranledde de olycksaliga anbuden.

Även om bolagets överträdelse av 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579) skulle anses vara ett fel i yrkesutövningen är det inte fråga om ett sådant allvarligt fel som avses i 10 kap. 2 § 4 p. LOU. Bolaget har endast vitsordat sakomständigheterna i avgiftsföreläggandet. Föreläggandet är närmast att likna vid en förlikning och ingen rättslig prövning av sakomständigheterna har gjorts. Vidare kan inte föreläggandet jämföras med en lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt, vilket krävs för att en uteslutning ska vara möjlig i enlighet med lydelsen i beaktandesats 43 till direktiv 2004/18/EG.

Den avgift som bolaget förelades att betala uppgick till 293 000 kr, vilket är ett begränsat belopp. Beloppet beräknades utifrån fyra procent av bolagets omsättning vilket innebär att det rör sig om den nedre halvan av Konkurrensverkets allvarlighetskala. Konkurrensverket har inte heller konstaterat att det varit fråga om en mycket allvarlig överträdelse. I beslutet anges endast att överenskommelsen att fastställa priser talar för att bedöma överträdelsen som mycket allvarlig. De sakomständigheter som bolaget vitsordat i avgiftsföreläggandet är en följd av oaktsamhet.

Det saknar all proportionalitet att utesluta bolaget. Bolagets omsättning utgörs till närmare 70 procent av intäkter från offentliga upphandlingar. I andra sammanhang har liknande dubbelbestraffningar bedömts strida mot grundläggande rättsstatliga principer. Grunden som anges för att utesluta bolaget har även använts i flertalet andra upphandlingar.

Det kan omöjligt ha varit lagstiftarens avsikt att företag som redan betalat avgift för en överträdelse av konkurrenslagen ska för en obestämd framtid vara förhindrad att delta i offentliga upphandlingar. I SOU 1997:111 anges bl.a. att konsekvent utesluta en leverantör, som i övrigt framstår som seriös, knappast ligger i lagstiftningens intentioner. Syftet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU är att finnas som en regulator för stävande av orättfärdiga och oskäligen tillämpningar av de ibland oklara reglerna i LOU. Uteslutning av bolaget är inte den effektivaste och lämpligaste åtgärden för att uppnå leveranssäkring. Detta kan istället uppnås genom väl utformade avtalsvillkor och genom uppföljning av ingånget avtal. Uteslutningen av bolaget var överdriven och oproportionell jämfört med det eftersträvade syftet. Om bolaget hade tillåtits att delta hade konkurrensen i upphandlingen förbättrats.

Vidare måste beaktas den tid som förflutit sedan händelsen som resulterade i förlikningen med Konkurrensverket. Det har gått mer än 3,5 år sedan händelsen och det var fråga om en överträdelse på den nedre delen av Konkurrensverkets allvarlighetskala. 10 kap. 2 § 4 p. LOU är en valbar uteslutningsgrund som inte kräver någon lagakraftvunnen dom för att uteslutning ska kunna ske. Denna skillnad gentemot 10 kap. 2 § 3 p. LOU måste rimligen beaktas vid bedömningen av tidsfaktorn. Mot bakgrund av överträdelsens karaktär är det inte rimligt att en uteslutning fortfarande kan ske när mer än 3,5 år har gått sedan händelsen.

Bolaget har vidtagit s.k. self-cleaning åtgärder efter avgiftsföreläggandet för att undvika liknande misstag. Idag är fler personer inblandade i anbudsgivandet och ett flertal kontrollstationer finns, däribland externa konsulter. En uteslutning får även en förödande effekt på en stor arbetsgivare som bolaget. Ur ett samhällligt perspektiv och ett arbetsmarknadsperspektiv kan det inte anses vara proportionerligt att utesluta bolaget. Konkur-

rensverket avstod från möjligheten att ansöka om näringsförbud. Kommunen gör nu i praktiken vad Konkurrensverket avstod från att göra.

Kommissionen har i artikel 55:4a i förslaget till nytt upphandlingsdirektiv angett en tidsgräns för hur länge en anbudsgivare ska kunna uteslutas från upphandlingar med hänsyn till de fakultativa uteslutningsgrunderna, vilket motsvaras av idag gällande reglering i 10 kap. 2 § LOU. Den gräns som föreslås är tre år från dagen för omständigheterna som konstituerar aktuell uteslutningsgrund. Noteras ska också att vad som anges är en maximigräns som alltså inte får överskridas samt att detta föregås av en möjlighet för anbudsgivaren att presentera self-cleaning åtgärder vilket kan förhindra rätten att tillämpa en uteslutningsgrund.

Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada eftersom bolaget lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och skulle ha tilldelats kontraktet om inte uteslutning skett.

Kommunen bestrider bifall till bolagets talan och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Det var korrekt att utesluta bolaget på den angivna grunden. Det framgår av Konkurrensverkets avgiftsföreläggande att bolagets överträdelse begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och kan inte anses som ringa. Vidare fann Konkurrensverket att i fråga om överträdelsens art har de konkurrerande företagen i hemlighet kommit överens om att fastställa priser och att detta talar för att bedöma överträdelsen som mycket allvarlig. Konkurrensverket utfärdar endast avgiftsförelägganden i de fall när det står klart att det inte finns några betydande osäkerhetsmoment beträffande utgången av en alternativ domstolsprocess. Avgiftsföreläggandets bevisvärde är mycket högt. Härtill kommer att bolaget vitsordat de sakomständigheter som anförts i föreläggandet. Föreläggandet har dessutom redan prövats av förvaltningsrätter i ett stort antal fall där rätterna konstaterat att det är bevisat att bolaget begått en allvarlig överträdelse och att

det inte framstår som en oproportionell åtgärd att utesluta bolaget från de överprövade upphandlingarna.

Innan Konkurrensverket väcker talan om konkurrensskadeavgift mot ett företag ska företaget ges tillfälle att yttra sig över verkets utkast till stämningensansökan. Därför kan det inte uteslutas att den konkurrensskadeavgift som slutligen anges i avgiftsföreläggandet som godtas av företaget blir lägre än avgiften i verkets preliminära bedömning. Den slutliga avgiften är inte ett uttryck för att det har varit en förlikning.

Kommunen har inte fattat något generellt beslut om uteslutning av bolaget. I upphandlingen har kommunen funnit att bolaget gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen och att det var en proportionerlig åtgärd att utesluta bolaget. Vad som avses med begreppet yrkesutövning styrs för övrigt av den verksamhet som leverantören bedriver och inte vad den enskilda upphandlingen avser. När det gäller överträdelsens svårighetsgrad gör kommunen samma bedömning som Konkurrensverket, nämligen att horisontella prisöverenskommelser anses till sin art vara mycket allvarliga överträdelser. Konkurrensverkets bedömning motsäger bolagets påstående om att den förelagda avgiftens storlek kan ses som ett uttryck för att överträdelsen inte är allvarlig.

Bolagets påståenden om att leveranssäkring kan uppnås genom väl utformade kommersiella avtalsvillkor eller genom uppföljning tillbakavisas. Kommunen har tidigare upphandlat ett uppdrag av bolaget att för kommunens räkning utföra vinterväghållning. Trots otaliga reklamationer under kontraktstiden har bolaget fortsatt att utföra sitt arbete på ett icke kontraktsenligt sätt. Någon leveranssäkring har i det fallet inte kunnat uppnås.

Påståendet om att bolaget vidtagit self-cleaning tillbakavisas. Bolaget styrs sedan lång tid tillbaka av samma personer som naturligtvis har haft full

kunskap om bolagets anbud i offentliga upphandlingar. Därför kan det inte uteslutas att bolaget kommer att begå liknande överträdelser.

Den nu aktuella överträdelserna ligger tidsmässigt så nära den överprövade upphandlingen (2 år och 10 månader) att det inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolaget. Det som bolaget anfört om strukturerad avvägning, leveranssäkring, avgiftens storlek, den tidigare överträdelsernas relevans och den effekt som en uteslutning medför bör inte förändra denna bedömning. Någon mindre ingripande åtgärd för kommunen att vidta har inte funnits.

DOMSKÄL

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69. Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder bolaget anför.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

I 10 kap. 2 § första stycket LOU anges omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer. En grund för uteslutning, enligt samma stycke p. 4, är att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2013 ref. 61 uttalat sig angående beviskraven för uteslutning av leverantörer från offentliga upphandlingar och anförde därvidlag att det bör vara tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det är utrett i målet att Konkurrensverket har utfärdat ett föreläggande den 1 december 2011, dnr 327/2010, (föreläggandet) om att bolaget ska betala konkurrensskadeavgift enligt 3 kap. 16 § konkurrenslagen och att bolaget skriftligen godkänt föreläggandet. Av föreläggandet framgår bl.a. att bolaget gjort sig skyldigt till ett konkurrensbegränsande samarbete någon gång under perioden från den 18 mars 2010 till den 23 april 2010 i strid med 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Eftersom föreläggandet har godkänts skriftligen är det en exekutionstitel och kan verkställas som en lagakraftvunnen dom (3 kap. 1 och 14 §§ utsökningsbalken). Av EU-domstolens dom i mål C-465/11, Forposta, framgår att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende (p. 27).

Att delta i ett konkurrensbegränsade samarbete i strid mot 2 kap. 1 § konkurrenslagen är, mot bakgrund av syftet med LOU att säkerställa konkurrens och fri rörlighet av varor och tjänster inom EU, enligt förvaltningsrättens mening att betrakta som ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Genom att åberopa det godkända avgiftsföreläggandet får kommunen anses ha fullgjort sin bevisbörda och därigenom visat att ett allvarligt fel i yrkesutövningen har begåtts och att felet ligger bolaget till last. De omständigheter som bolaget anfört är inte tillräckliga för att föranleda en annan bedömning.

Proportionalitetsprincipen

Av RÅ 2010 ref. 79 följer att de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU ska beaktas vid upphandlingar oavsett om en lagbestämmelse lämnar utrymme för detta eller inte. Vidare ansåg Högsta förvaltningsdomstolen i samma mål att det inte stred mot proportionalitetsprincipen att utesluta en leverantör vars företrädare begått ett brott i yrkesutövningen då det hade gått ca fem år från dess att det sista brottet begicks till dess att tiden för att lämna anbud gått ut. I förevarande mål ska således den av bolaget åbero-

pade proportionalitetsprincipen beaktas vid tillämpningen av 10 kap. 2 § LOU.

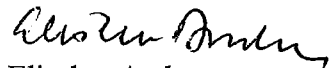
Av föreläggandet framgår bl.a. följande. Bolaget har tillsammans med ett konkurrerande företag i hemlighet kommit överens om att fastställa priser. Överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och kan inte anses vara ringa. Beträffande överträdelsens art finns det omständigheter som talar för att bedöma överträdelsen som mycket allvarlig. Överträdelsen skedde någon gång under tidsperioden den 18 mars 2010 – den 23 april 2010.

Bolaget har anfört att upphandlingens anbudstid gick ut den 19 september 2013. Kommunen har inte invänt mot denna uppgift varför den får anses vara korrekt och ligger till grund för förvaltningsrättens fortsatta bedömning. Således har det gått cirka 3,5 år från bolagets överträdelse i form av ett förbjudet konkurrensbegränsande samarbete till dess att anbudstiden gick 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 bolaget från den aktuella upphandlingen. Det har inte funnits någon mindre ingripande åtgärd för kommunen att vidta. Vad bolaget anfört om strukturella åtgärder, avtalsvillkor, self-cleaning, avgiftens storlek, avsaknaden av näringsförbud och den tidigare överträdelsens relevans i den aktuella upphandlingen m.m. förändrar inte förvaltningsrättens bedömning.

I målet har kommunen visat att ett allvarligt fel i yrkesutövningen har begåtts och att felet ligger bolaget till last. Vidare har inte framkommit, mot bakgrund av de omständigheter som bolaget åberopat, att upphandlingen strider mot proportionalitetsprincipen. Således har kommunen inte brutit mot

10 kap. 2 § LOU eller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.
Med andra ord saknas enligt 16 kap. 6 § LOU grund för ingripande mot
upphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Anderz Eriksson.



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.

Handwritten text, possibly bleed-through from the reverse side of the page. The text is illegible due to fading and low contrast.