



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2016-04-22
Meddelad i
Malmö

Mål nr
2248-16



Ankomstdatum
2016-04-22

SÖKANDE

Absorb-Plus AB, 556615-9421
Trollåsvägen 28
436 42 Askim

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Absorb-Plus AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 314643

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne (regionen) genomför en upphandling av urinvägar, mag-tarm inklusive inkontinensprodukter, dnr 1502921. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Av tilldelningsbeslutet framgår att regionen valt att teckna avtal med ett flertal leverantörer däribland Protecta Medical AB (Protecta).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Absorb-Plus AB

Absorb-Plus ansöker om överprövning av upphandlingen, så vitt avser positionerna 1030 och 1040, och anför som grund för sin talan bl.a. följande.

I punkt 1.2.4 anges obligatoriska uteslutningsgrunder och i punkt 1.2.5 anges övriga uteslutningsgrunder. Angivna punkter hänvisar till 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Föreskrifterna anger ett antal skäl till uteslutning. De skäl som anges uppfattas vara exempel på olika uteslutningsanledningar och att liknande lika allvarliga uteslutningsgrunder kan inrymmas i lagrummet. Enligt 10 kap. 2 § LOU kan en anbudsgivare uteslutas från att delta i en upphandling om denne är dömd för brott avseende yrkesutövningen eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Högsta förvaltningsdomstolen klargör i avgörandet HFD 2013 ref. 61 begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen. Det anses bl.a. att det är av intresse för den upphandlande myndigheten att inte behöva sluta avtal med oseriösa aktörer och för andra leverantörers intresse av att kunna konkurrera på lika villkor.

Ett av kontrakten i upphandlingen har tilldelats Protecta vars ägare och verksamma ledare, Andreas Papacosta, inte uppfyller kraven i punkt 1.2.4 och ska enligt 10 kap. 1 § LOU uteslutas från att delta i upphandlingen.

Superior Court, Province of Québec, District of Montreal, Canada har den 5 maj 2008 dömt Nordring AB, vars ägare och verksamma ledare var Andreas Papacosta, till att betala 229 082 dollar till Absorb-Plus Inc. Den ännu obetalda skulden har vuxit till cirka 2,9 miljoner kr. Domen diskvalificerar Pro-tecta till att delta i upphandlingen. Att inte betala förfallna fakturor är ett allvarligt fel i yrkesutövningen, liksom att inte betala skatter och sociala avgifter. Nordring AB och dess ägare Andreas Papacosta har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. I mål nr 567-10 konstaterade Regeringsrätten att det inte är ovanligt att lång tid förflyter från att brottet begås tills dess att domen vunnit laga kraft och att det är denna senare tidpunkt som är avgörande för bedömningen om det är proportionerligt att betrakta ett begånget brott med stöd av 10 kap. LOU. Tiden från domen till sista anbudsdag är 7 år och 8 månader. Dessutom har Andreas Papacosta varit omöjlig att nå.

Region Skåne

Region Skåne bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

I 10 kap. 1 § LOU finns en uttömmande lista på de situationer då det föreligger en obligatorisk skyldighet att utesluta en anbudsgivare. I 10 kap. 2 § LOU anges de fakultativa uteslutningsgrunderna. En upphandlande myndighet får men är inte skyldig att utesluta en leverantör som uppfyller någon av punkterna i paragrafen från att delta i en upphandling. Även om någon av de uppräknade punkterna i 10 kap. 2 § LOU är tillämplig på en leverantör finns det ingen skyldighet att utesluta denna leverantör. Det kan omöjligen anses utgöra ett brott mot LOU att inte utesluta leverantören.

Vid bedömning om en leverantör ska uteslutas måste hänsyn dessutom tas till proportionalitetsprincipen. I enlighet med denna princip måste man beakta hur lång tid som förflutit sedan situationen som föranleder uteslutning begicks. Domen är daterad den 5 maj 2008 och avser således en händelse

som inträffat för flera år sedan. Det framgår inte heller om domen är överklagad och det kan inte anses vara styrkt att det finns en lagakraftvunnen dom som reglerar tvisten. Det enda som framgår är att Nordring AB, som är en annan juridisk person än Protecta, har ålagts en skyldighet att betala ersättning till Absorb-Plus Textiles Inc. på grund av sålda och levererade varor. Domen reglerar därmed endast en civilrättslig tvist mellan bolagen. Domen innebär inte att Protecta eller dess ledande nyckelpersoner är dömda för något brott. Vad Absorb-Plus anfört och åberopat visar varken att någon av de obligatoriska uteslutningsgrunderna är tillämpliga eller att Protecta begått något allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är inte heller visat att det finns en skyldighet eller ens en möjlighet att utesluta Protecta från den aktuella upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 10 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska utesluta en leverantör från att delta i en offentlig upphandling, om myndigheten får kännedom om att leverantören enligt en lagakraftvunnen dom är dömd för brott som innefattar bl.a. bestickning, bedrägeri och penningtvätt. Av 10 kap. 2 § LOU följer att en leverantör får uteslutas från att delta i en upp-

handling om leverantören t.ex. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta.

I punkt 1.2.4 i förfrågningsunderlaget anges att en anbudsgivare enligt 10 kap. 1 § LOU ska uteslutas från att delta i upphandlingen om denne är dömd för brott som innefattar korruption, givande av muta, bedrägeri eller penningtvätt.

I punkt 1.2.5 anges att en anbudsgivare enligt 10 kap. 2 § LOU kan uteslutas från att delta i upphandlingen om denne är dömd för brott avseende yrkesutövningen eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövning.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Uteslutningsgrunderna i 10 kap. 1 § LOU är obligatoriska uteslutningsgrunder medan de uteslutningsgrunder som anges i 10 kap. 2 § LOU är fakultativa. Detta innebär att en upphandlande myndighet enligt 10 kap. 1 § LOU *ska* dvs. har en skyldighet att uteslutna en leverantör som dömts för vissa typer av brott. Vad gäller uteslutningsgrunderna i 10 kap. 2 § LOU *får* en upphandlande myndighet utesluta en leverantör i vissa angivna fall. Att en leverantör får uteslutas om t.ex. leverantören genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen eller har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen regleras i 10 kap. 2 § LOU. I enlighet med angiven paragraf har en upphandlande myndighet således en möjlighet att utesluta en leverantör men ingen skyldighet att göra så. Detta oavsett om det kan konstateras att ett allvarligt fel i yrkesutövningen har begåtts. Därmed följer att regionen inte har någon skyldighet att förkasta Protectas anbud avseende positionerna 1030 och 1040.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att Absorb-Plus inte förmått visa att regionen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Absorb-Plus ansökan härom ska därför avslås.

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



Mattias Steen

Maria Persson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.