



KLAGANDE

Markona AB, 556483-3654

Ombud: Advokat Caroline Falconer och jur.kand. Maria Sivertsson
Kastell Advokatbyrå AB
Box 7169
103 88 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun

Ombud: Stadsjurist Mats Sandmark
Uppsala kommun
Kommunledningskontoret
753 75 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2013-12-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 25 juli 2013 i mål nr 2158-13,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avskriver målet.
2. Kammarrättens interimistiska beslut den 2 augusti 2013 upphör därmed att gälla.
3. Kammarrätten avvisar Markona AB:s yrkande om prövning av Uppsala kommuns beslut den 11 oktober 2013 att avbryta upphandlingen.

BAKGRUND

Kommunen genomför en förenklad upphandling gällande ombyggnad av Kungsängsesplanaden. I det meddelade tilldelningsbeslutet anges att Markona AB har uteslutits ur upphandlingen då bolaget har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Genom beslut den 11 oktober 2013 har kommunen avbrutit upphandlingen med motiveringen att anbudens giltighetstid har löpt ut och någon förlängning av giltighetstiden inte har skett, varför det inte föreligger några giltiga anbud i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Markona AB yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om och bolagets anbud kvalificeras, utvärderas och bolaget tilldelas kontrakt. På grund av kommunens beslut om avbrytande yrkar bolaget i andra hand att kammarrätten ska förpliktiga kommunen att göra om upphandlingen och att bolaget vid en sådan förnyad upphandling inte får uteslutas. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Målet bör prövas i sak då bolaget har ett befogat intresse av att få sakfrågan prövad i överrätt. Kommunen har inte heller haft rätt att avbryta upphandlingen.

Ett avgiftsföreläggande är inte att likställa med en lagakraftvunnen dom utan har enligt bolaget endast betydelse av en förlikning. Bolaget har inte instämt i Konkurrensverkets bedömning av omständigheterna som ledde till föreläggandet. Det är stridigt i målet huruvida en överträdelse av konkurrenslagen har skett.

Avgiftsföreläggandet behandlar inte någon fysisk person utan avser bolaget. Kommunen har uteslutit bolaget från upphandlingen utan att hänvisa till att någon företrädare för bolaget skulle ha begått något allvarligt fel i yrkesutövningen. Endast en fysisk person kan ha ett yrke och en yrkesutövning och därför begå ett allvarligt brott i sin yrkesutövning. Att utesluta en juridisk person på denna grund, utan att visa att en företrädare har gjort sig skyldig till ett uteslutningsgrundande fel, är därför inte förenligt med 10 kap. 2 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Eventuella fel som görs av enskilda befattningshavare i en verksamhet ska inte belasta verksamhetens företrädare om inte felen är hänförliga till företrädarna. Kommunen har inte presenterat någon bevisning för att en fysisk person som var företrädare för bolaget har begått allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det är oklart hur proportionalitetsprincipen ska tillämpas på en uteslutning enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU när hänvisning sker till ett avgiftsföreläggande. Förvaltningsrätten hänvisar till RÅ 2010 ref. 79, vilket avser uteslutning enligt tredje punkten med hänvisning till en lagakraftvunnen dom avseende en företrädare. Det är bolagets uppfattning att det sätt som proportionalitetsprincipen tillämpas i RÅ 2010 ref. 79 inte är direkt överförbart till när en uteslutning sker med hänvisning till ett avgiftsföreläggande. Det är vidare bolagets uppfattning att kommunens agerande står i strid med principen om likabehandling.

Kommunen bestrider bifall till överklagandet och hänvisar till vad som tidigare har anförts med tillägg av bl.a. följande.

Deltagande i en kartell kan enligt Konkurrensverket utgöra grund för uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Det krävs inte ett lagakraftvunnet domstolsavgörande i saken utan ett beslut med likvärdig effekt kan ligga till grund för uteslutning. Bolagets påstående om att endast en fysisk person kan begå allvarligt fel i yrkesutövningen är inte korrekt

mot bakgrund av hur 10 kap. 2 § LOU har utformats. Lagtexten innehåller inte någon sådan begränsning och enligt fast praxis ska en objektiv tolkning av lagtexten ges företräde. Begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende.

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, kan det inte anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolaget från upphandlingen. Någon mindre ingripande åtgärd för kommunen att vidta har inte funnits.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den upphandlande myndigheten har bevisbördan för att påstådda missförhållanden föreligger. Huvudfrågan i målet är om kommunen kan anses ha fullgjort denna bevisbörda och således haft rätt att utesluta bolaget från en offentlig upphandling med hänvisning till att bolaget gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU. Kommunen har som grund för uteslutningen av bolaget åberopat ett godkänt avgiftsföreläggande avseende överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete enligt 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579).

Allvarligt fel i yrkesutövningen

I ett beslut från den 26 september 2013, mål nr 4266-12, fastslår Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) att deltagande i förfaranden med osanna fakturor i syfte att bl.a. betala löner till svart arbetskraft måste anses vara ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan leda till uteslutning

från en upphandling. I beslutet återges vissa delar av EU-domstolens dom i mål C-465/11 (Forposta-domen).

”Av Forposta-domen framgår att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelse av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör (punkt 27).”

Kammarrätten gör följande bedömning.

Syftet med reglerna om offentlig upphandling är bl.a. att säkerställa fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital på EU:s inre marknad så att upphandlande myndigheter och enheter i Europa på ett öppet sätt ska kunna utnyttja konkurrensen och tillvarata det offentligas medel på bästa möjliga sätt. Kammarrätten anser att överträdelse av förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen är ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan leda till uteslutning från en upphandling enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU.

I 10 kap. 2 § andra stycket LOU anges att en leverantör som är en juridisk person får uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4. Den återgivna bestämmelsen ska enligt kammarrättens mening inte uppfattas så att det måste vara en företrädare som dömts för ett brott eller gjort sig skyldig till ett allvarligt fel enligt punkt 4 för att uteslutning ska kunna aktualiseras. Tvärtom är det så att det finns en möjlighet att utesluta en leverantör även om det inte är den juridiska personen som har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel utan felet har gjorts av företrädaren (jfr RÅ 2010 ref. 79 och det tidigare nämnda beslutet från HFD från den 26 september 2013).

Beviskrav och bevismedel

I LOU och EU-direktiv anges att det är den upphandlande myndigheten som ska visa respektive styrka att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Det framgår av EU-domstolens praxis att det inte fordras en lagakraftvunnen dom för att slå fast att ett fel i yrkesutövningen har begåtts. HFD uttalade vidare i nämnda beslut från den 26 september 2013 att beslut om uteslutning från en offentlig upphandling inte kan jämföras med beslut som en myndighet fattar inom ramen för sin tillsynsverksamhet etc. HFD:s slutsats beträffande styrkan på bevisningen var att det för uteslutning bör vara tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Som tidigare angetts har kommunen som grund för uteslutning av bolaget åberopat ett godkänt avgiftsföreläggande utfärdat av Konkurrensverket.

Kammarrätten konstaterar att ett godkänt avgiftsföreläggande är en exekutionstitel enligt 3 kap. 1 § utsökningsbalken och får verkställas som en lagakraftvunnen dom. Genom att åberopa avgiftsföreläggandet har kommunen fullgjort sin bevisbörda i frågan om att bolaget gjort sig skyldigt till överträdelsen enligt föreläggandet. Kammarrätten anser vidare att överträdelsen har en sådan svårighetsgrad och karaktär att den utgör ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU och som utgör grund för uteslutning från upphandlingen i fråga.

När det sedan gäller frågan om det kan anses proportionerligt att lägga överträdelsen till grund för uteslutning bör den tid som har förflutit

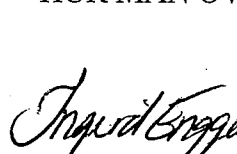
från tidpunkten mellan överträdelsen och uteslutningen beaktas. Det kan konstateras att Konkurrensverkets avgiftsföreläggande är daterat den 1 december 2011 och avser överträdelse som har begåtts någon gång under perioden den 18 mars 2010 till den 23 april 2010. Kommunens uteslutningsbeslut meddelades den 11 mars 2013. Enligt kammarrättens mening kan med hänsyn till felets svårighetsgrad och karaktär den tid som har förflutit inte anses så lång att det strider mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolaget från den aktuella upphandlingen (jfr RÅ 2010 ref. 79).

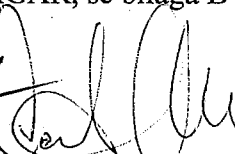
Avbrytande av upphandlingen

Kammarrätten anser att kommunen har haft fog för att utesluta bolaget från den aktuella upphandlingen. Kommunen har nu emellertid beslutat att avbryta upphandlingen. Målet ska därmed avskrivas från vidare handläggning.


En upphandlande myndighets beslut att avbryta en upphandling kan prövas enligt LOU. Kammarrätten kan dock inte i detta mål, som första instans, pröva om beslutet att avbryta upphandlingen var sakligt grundat. Yrkandet om prövning av denna fråga ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Ingrid Engquist
kammarrättsråd
ordförande


Cecilia Landelius
kammarrättsråd
referent


Maria Ringvall
kammarrättsråd


Linnea Fagerberg
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

Bilaga A
DOM
2013-07-25
Meddelad i
Uppsala

AB 9
Mål nr
2158-13 E
Enhet 1

Sida 1 (12)

SÖKANDE

Markona AB, 556483-3654

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

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 95635

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Uppsala kommun (kommunen) genomför en förenklad upphandling gällande ombyggnad av Kungsängsesplanaden, dnr GSN-2012-0864 (upphandlingen). Av det tilldelningsbeslut som meddelats den 19 april 2013 framgår att Markona AB (Markona) har uteslutits ur upphandlingen då bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen.

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

Kommunen motsätter sig bifall till bolagets ansökan om överprövning.

GRUNDER M.M.

Markona

Som grund för uteslutning har kommunen åberopat ett avgiftsföreläggande från Konkurrensverket och en dom från Förvaltningsrätten i Uppsala. När det gäller avgiftsföreläggandet har Konkurrensverket emellertid inte bedömt frågan om någon företrädare för Markona gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Avgiftsföreläggande kan därför inte lagligen åberopas som uteslutningsgrund. Ett avgiftsföreläggande är dessutom att jämställa med en förlikning. Det innebär varken att erkännande av brott eller ett erkännande av allvarligt fel har begåtts. Avgiftsföreläggandet kan därmed inte grunda en uteslutning enligt 10 kap. 2 § 1 st. 4 p. LOU Vidare står uteslutningen i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet (bl.a. då s.k. "*self-cleaning*"-åtgärder har vidtagits.). Om Markona inte hade uteslutits ur upphandlingen skulle Markona ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Markona har därmed lidit skada.

Avgiftsföreläggande

Avgiftsföreläggandet har sin grund i en upphandling gällande transporter av förbränningsprodukter som Vattenfall AB Heat Nordics genomförde i mars och april 2010. I upphandlingen hade Markona (då under namnet Uppsala Asfaltanläggningar Aktiebolag, ASFAB) och bolaget Björn Hägglunds Maskiner AB (BHM) i sina anbud angett varandra som tilltänkta underleverantörer. Upphandlingen vanns av ett annat företag. Konkurrensverket reagerade på anbuden från Markona och BHM då priserna i anbuden var lika. Konkurrensverkets uppfattning var att detta visade på ett konkurrensbegränsande samarbete i strid med 2 kap. 1 § konkurrenslagen. Vare sig Markona eller BHM delade Konkurrensverkets uppfattning, men valde av affärsmässiga skäl att acceptera Konkurrensverkets erbjudande om ett avgiftsföreläggande, dvs att ingå en förlikning. Alternativet hade varit en process i domstol där Konkurrensverkets yrkande skulle uppgå till 2 300 000 kronor. Avgiftsföreläggandet motsvarar således en förlikning mellan de två parterna i ett mål om påstått konkurrensbegränsande samarbete. För Markonas del innebar detta att Markona skulle betala 293 000 kronor.

Avgiftsföreläggandet innebär inte ett fastställande av att någon företrädare för Markona har begått något brott mot konkurrenslagen och kan således inte användas på samma sätt som en lagakraftvunnen dom. Avgiftsföreläggandet kan således inte grunda en laglig uteslutning enligt 10 kap. 2 § 1 st. 4 p. LOU.

Markona anser sig vara ett seriöst företag och har genom åren utfört ett stort antal omfattande arbeten åt kommunen och andra offentliga beställare.

Företrädare för bolaget

Det finns endast rätt till uteslutning om kommunen kan visa att en företrädare för Markona har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Kravet är inte uppfyllt eftersom avgiftsföreläggandet inte rör förehavanden av företrädare. Som framgår av avgiftsföreläggandet har inte Konkurrensverket på något sätt slagit fast vilka personer som påstås ha överträtt konkurrenslagen. Kommunens motivering är därför inte en laglig grund för uteslutning.

Endast fel som har begåtts av nuvarande företrädare för Markona kan grunda en laglig uteslutning enligt 10 kap. 2 § LOU. Det är endast en fysisk person kan ha ett yrke eller en yrkesutövning. Endast en fysisk person kan således begå ett allvarligt fel i sin yrkesutövning. Ordalydelsen av 4 p. innebär därför att den inte är direkt tillämplig på leverantörer som är juridiska personer. Tillägget i andra stycket, med hänvisning till den juridiska personens företrädare är därför en förutsättning för att kunna utesluta en juridisk person med hänvisning till 4 p.. Vidare vill Markona uppmärksamma rätten på att den person som tog fram anbudet till Vattenfall i dess upphandling 2010 dels inte var företrädare för Markona när detta skedde, dels inte längre är anställd på Markona. Någon grund för att utesluta Markona med hänvisning till hans kontakter med konkurrent under mars/april 2010 föreligger därför inte.

Proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen

Om kommunen, mot Markonas bestridande, kan visa att en företrädare har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen som skulle kunna leda till uteslutning av bolaget är det Markonas uppfattning att en sådan uteslutning av flera anledningar skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen. Mycket talar för att kommunen inte har genomfört någon bedömning enligt proportionalitetsprincipen. En bedömning ska alltid göras av en uteslutnings praktiska konsekvenser i varje enskilt fall och utifrån omständigheter i varje enskild upphandling. Det är därmed inte tillåtet för en kommun att på förhand fatta ett beslut om att en leverantör ska uteslutas från kommunens upphandlingar. Såvitt känt för Markona har ett sådant beslut fattats inom kommunen den 25 oktober 2012. I proportionalitetsbedömningen ska hän-

syn tas till bl.a. följande aspekter; den låga avgift som framgick av avgiftsföreläggandet, den långa tid som förflutit sedan påstådda händelser (tre år), att "self-cleaning" har skett då de två personer som tog fram anbudet till Vattenfalls upphandling 2010 har slutat på Markona, de strukturella åtgärder som vidtagits inom organisationen, att något näringsförbud har inte har utfärdats samt att de händelser som ligger till grund för aktuellt avgiftsföreläggande inte är relevanta för upphandlingen. Hänsyn ska även tas till den stora effekt uteslutningen av Markona får på Markonas verksamhet och på dess anställda. Markonas omsättning genereras till cirka 70 procent från den offentliga sektorn och bolaget har cirka 160 anställda. Ur ett allmänt samhällligt- och arbetsmarknadsperspektiv kan det inte anses sunt för marknaden för gatuarbeten eller sunt för arbetsmarknaden att Markonas verksamhet på detta sätt hindras. De kraftiga negativa effekterna innebär att uteslutningen står i strid med proportionalitetsprincipen. Slutligen ska rätten göras uppmärksam på att en uteslutning enligt 10 kap. LOU inte får användas för att straffa en leverantör, vilket synes ha skett i och med uteslutningen av Markona. Efter att hänsyn tagits till samtliga omständigheter kan Markona inte se att avvägningen mellan de motstående intressena skulle kunna leda till att uteslutningen anses vara proportionell. Vidare är inte uteslutning den mest effektiva och mest lämpliga åtgärden för att uppnå det eftersträvade målet, dvs att inte göra affärer med oseriösa företag, ha en effektiv konkurrens och en säkerställd leverantör. Målet kan t.ex. uppnås genom väl utformade avtalsvillkor mellan kommunen och leverantörerna och genom att kommunen följer upp ingångna avtal.

Kommunen har i övrigt ingått avtal med ett företag som dömts för medverkan i kartell, medan Markona uteslöts med hänvisning till avgiftsföreläggande. Detta strider mot likabehandlingsprincipen.

Skada

Kommunen har brutit mot LOU genom att utesluta Markona från upphandlingen utan att laglig rätt till uteslutning förelåg. Som en följd av denna

överträdelse av LOU har Markona lidit skada. Om kommunen hade följt LOU och inte hade uteslutit Markona från upphandlingen skulle Markona ha tilldelats kontrakt genom att ha varit den anbudsgivare som lämnade den lägsta anbudssumman. Den lagstridiga uteslutningen har således skadat Markona.

Kommunen

Avgiftsföreläggandet

När det gäller avgiftsföreläggandets bevisvärde kan det anmärkas att Konkurrensverket endast utfärdar ett avgiftsföreläggande när det står klart att det inte finns några betydande osäkerhetsmoment beträffande utgången av en alternativ domstolsprocess. Härtill kommer att Markona har vitsordat de sakomständigheter som anförts i föreläggandet. Markonas påstående att avgiftsföreläggandet ska jämföras med en förlikning är felaktigt. Avgiftsföreläggandet ska istället jämföras med fall där ett företag i domstol medger Konkurrensverkets talan. Utgångspunkten för systemet med avgiftsföreläggande är att det bygger på frivillighet. För det fall företaget inte godkänner föreläggandet återstår för Konkurrensverket att väcka talan i Stockholms tingsrätt. Däremot finns det ingen frivillighet vad avser avgiftens storlek, som ensidigt fastställts av Konkurrensverket, varför det aldrig kan bli fråga om att jämföra beslutet med en förlikning.

Företrädare för bolaget

Markonas påstående att en uteslutning endast får ske om kommunen kan visa att en företrädare för Markona har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen faller på sin egen orimlighet. Konsekvensen av Markonas sätt att resonera blir att en upphandlande myndighet aldrig kan utesluta ett företag som förelagts alternativt dömts att betala konkurrensskadeavgift. Det är nämligen endast företaget, och inte ställföreträdaren, som kan förpliktas att betala en konkurrensskadeavgift. Även påståendet att Markona skulle vara ett seriöst företag bestrids.

Proportionalitetsbedömning och likabehandling

Markona påstår felaktigt att uteslutningen strider mot proportionalitetsprincipen. Det är i och för sig korrekt att en uteslutning ska vara proportionell i förhållande till det allvarliga felet i yrkesutövningen. Det innebär att såväl överträdelsens svårighetsgrad som den tid som förflutit sedan överträdelsen begåtts måste beaktas vid bedömningen om det föreligger ett allvarligt fel i yrkesutövningen. När det gäller överträdelsens svårighetsgrad ansluter sig kommunen till den bedömning som Konkurrensverket gör, nämligen att *"[h]orisontella prisöverenskommelser anses till sin art vara mycket allvarliga överträdelser"* samt att *"I fråga om överträdelsens art har de konkurrerande företagen ASFAB och Hägglands i hemlighet kommit överens om att fastställa priser. Detta talar för att bedöma överträdelsen som mycket allvarlig"*. Konkurrensbegränsande samarbeten mellan konkurrerande företag är till sin natur att se som skadliga för konkurrensen och utgör vad man, med en terminologi hämtad från straffrätten, skulle kunna kalla för arbrott. Därav följer att Markonas konkurrensbegränsande samarbete får anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen och att det med hänsyn till Markonas upprepade överträdelser varit proportionellt att utesluta Markona. Med hänsyn till de omständigheter som föranlett kommunen att utesluta Markona är bolagets verksamhet, storlek på omsättning och antalet anställda i förevarande mål av ringa eller ingen betydelse alls. När det gäller tidsaspekten kan ledning hämtas i den praxis som utvecklats avseende leverantörer som, med stöd av 10 kap. 1 st. 3 p. LOU, uteslutits då de dömts för brott avseende yrkesutövningen. Högsta förvaltningsdomstolen har funnit att det varit proportionellt att utesluta en leverantör vars företrädare begått brott i yrkesutövningen då det gått cirka fem år från det att det senaste brottet begicks till dess att tiden för att lämna anbud gick ut, jfr RÅ 2010 ref. 79 som för övrigt rör just Markona. Den nu aktuella överträdelsen ligger tidsmässigt så nära den överprövade upphandlingen så att uteslutningen av det skälet inte kan anses stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Påståendet om att Markona vidtagit "*self-cleaning*" tillbakavisas. Bolaget styrs sedan lång tid tillbaka av makarna Maria och Christer Andersson som naturligtvis haft full kunskap om bolagets anbud i offentliga upphandlingar.

Kommunen har inte fattat något generellt beslut om framtida uteslutningar av Markona. Bedömningen av om det föreligger omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer görs vid varje enskild upphandling där utgångspunkten är om omständigheterna är relevanta för den aktuella upphandlingen och om de står i proportion till uteslutningen. Vid den nu aktuella upphandlingen har kommunen funnit att Markona gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen och att det var en proportionerlig åtgärd att utesluta Markona.

Gällande Markonas uppgifter vid åberopande av likabehandlingsprincipen kan nämnas att kommunens avtal med en leverantör som deltagit i kartell ingicks mer än åtta år efter överträdelsen.

DOMSKÄL

Fråga i målet är om kommunen haft skäl att utesluta Markona från upphandlingen på den grunden att företrädare för Markona gjort sig skyldig till allvarligt fel vid yrkesutövning enligt 10 kap. 2 § 1 st. 4 p. LOU.

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

Enligt 10 kap. 2 § 1 st. 4 p. LOU får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta. Syftet med denna bestämmelse är att hindra oseriösa leverantörer från att delta i offentliga upphandlingar.

Avgiftsföreläggandet

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

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

Av handlingarna i målet framgår att Konkurrensverket förelagt Markona att utge konkurrensskadeavgift om 293 000 kronor till följd av en överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), KL, mot konkurrensbegränsande samarbete. Enligt det aktuella avgiftsföreläggandet har överträdelsen bestått i att Markona tillsammans med ett konkurrerande företag direkt eller indirekt har fastställt priser i samband med ett anbuds-förfarande avseende transporter av förbränningsprodukter. Det är i målet ostridigt att Markona valt att erlægga en konkurrensskadeavgift i enlighet med det av Konkurrensverket utfärdade avgiftsföreläggandet. Markona har emellertid gjort gällande att erläggande av en konkurrensskadeavgift i enlighet med ett avgiftsföreläggande motsvarar en förlikning parterna emellan. Enligt Markonas synsätt kan därmed ett avgiftsföreläggande inte tillmätas en likvärdig effekt som lagakraftvunnen dom eller beslut gällande att företrädare för bolaget gjort sig skyldig till brott mot KL.

Av förarbetena till bestämmelsen i 10 kap. 2 § 1 st. 4 p. LOU (prop. 2006/07:128 s. 390) framgår bl.a. följande. Bestämmelsen har utformats i överensstämmelse med Europaparlamentets och rådets direktiv (EG) nr 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Av beaktadesats 43 framgår vad avser fjärde punkten att om det finns bestämmelser i

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

Av det aktuella avgiftsföreläggandet framgår att Markona gjort sig skyldigt till ett konkurrensbegränsande samarbete i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande åtgärder enligt 2 kap. 1 § KL. Enligt 3 kap. 1 § utskönningsbalken utgör ett godkänt avgiftsföreläggande en exekutionstitel som därmed får verkställas som en lagakraftvunnen dom.

Mot denna bakgrund är förvaltningsrätten av uppfattningen att det aktuella avgiftsföreläggandet kan ligga till grund för en bedömning av om att ett allvarligt fel vid yrkesutövning har begåtts i det nu aktuella fallet. Vad Markona har anfört förändrar inte denna bedömning.

Företrädare för juridisk person

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

Markona har gjort gällande att det aktuella avgiftsföreläggandet inte rör förehavanden av företrädare för bolaget. Markona menar dels att endast en fysisk person kan begå ett allvarligt fel i sin yrkesutövning samt att någon sådan inte har pekats ut i det aktuella avgiftsföreläggandet. Vidare menar Markona att de personer som tog fram anbudet och som orsakat avgiftsföreläggandet inte längre är anställda på Markona samt att kommunen så-

ledes inte har haft någon grund för att påstå att en företrädare för Markona har begått ett sådant allvarligt fel som grund uteslutning.

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

Markona är en juridisk person och det är därmed bolagets ställföreträdare som ska hållas ansvarig för eventuella fel som begåtts vid yrkesutövning. Av handlingarna i målet framgår att det legala företrädaransvaret för bolaget är detsamma både vid tidpunkten för avgiftsföreläggandet som vid tidpunkten för anbudsgivningen. Markona har inte visat att det skett någon förändring av detta företrädaransvar i bolaget. De omständigheter som Markona åberopat kan inte frita bolaget från ansvar i detta avseende.

Proportionalitetsprincipen

Det har i målet framkommit att företrädare för Markona har begått ett allvarligt fel vid yrkesutövning. En uteslutning på grund av allvarligt fel vid yrkesutövning ska på motsvarande sätt som gäller enligt bestämmelsen i 10 kap. 2 § 1 st. 3 p. LOU vara proportionell i förhållande till det allvarliga felet i yrkesutövningen. Den sista frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är således om en uteslutning kan anses proportionell med hänsyn till det allvarliga fel som begåtts i yrkesutövningen.

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

När det gäller den tid som förflutit sedan den aktuella överträdelsen ska den tidsrymd som följer av praxis gällande proportionalitetsbedömningar avseende bestämmelsen i 10 kap. 2 § 1 st. 3 p. LOU tillämpas även för 4 p. (RÅ 2010 ref. 79). Det framgår av avgiftsföreläggandet att överträdelsen skedde någon gång under tidsperioden den 18 mars 2010 – 23 april 2010. Det har således gått cirka tre år från den aktuella överträdelsen tills dess att anbudstiden löpte ut i förevarande upphandling.

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

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



Sabina Kronholm
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.