



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2015-07-06
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
8761-15

SÖKANDE

NFB Transport Systems AB, 556273-6354

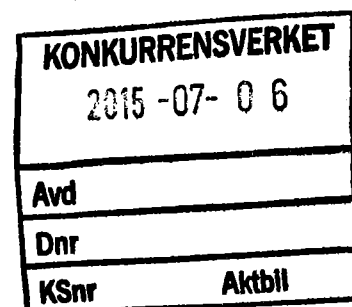
Ombud: Advokat Mikael Dubois och jur. kand. Erik Sigfridsson
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Ekerö kommun
Box 205
178 23 Ekerö

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Ekerö kommuns upphandling av flyttjänster, KSUH 15/3, ska rättas i enlighet med domskälen.

Dok.Id 619739

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Ekerö kommun (kommunen) genomför upphandling Flyttjänster, KSUH 15/3. NFB Transport Systems AB (NFB eller bolaget) har inte kvalificerat sig till utvärdering.

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

Ekerö kommun bestrider ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Parternas argumentation

NFB gör gällande att det inte föreligger förutsättningar för att diskvalificera bolaget från deltagande i upphandlingen och att beslutet strider mot likabehandlingsprincipen. NFB har riskerat lida skada eftersom bolaget, om det inte uteslutits, hade kunnat antas som leverantör. NFB anför vidare följande till stöd för sin talan. Kommunen har inte anfört något i sak, utöver hänvisning till KKV:s stämning i det pågående tingsrättsmålet avseende konkurrensskadeavgift, till stöd för uppfattningen att ett allvarligt fel i yrkesutövningen begåtts. Stämningsansökan är endast en partsinlaga i ett pågående mål. Det krävs att kommunen gör sannolikt att den aktuella överträdelsen begåtts men kommunen har överhuvudtaget inte gjort någon utredning i sak, utan enbart förlitat sig på det faktum att KKV beslutat att inge en stämningsansökan. Det finns inte något stöd för att anse att en stämningsansökan i sig kan utgöra tillräcklig bevisning för att NFB begått en överträdelse av konkurrenslagen och NFB bestrider bestämt att någon sådan överträdelse har begåtts.

När det gäller företrädares allvarliga fel i yrkesutövningen hänvisar kommunen till förvaltningsrättens dom i mål nr 29221-14 (SKI-domen) och har inte ens nämnt vad det allvarliga felet i yrkesutövningen skulle bestå i. Kommunen har inte uppfyllt sin bevisbörda. Domen avser inte NFB utan ICM Kungsholms AB och innefattar ingen som helst bedömning av om någon företrädare för ICM eller NFB har begått något allvarligt fel i yrkesutövningen. Kommunen har inte redovisat något stöd för varför Kent Olof Hofmann, i egenskap av företrädare för ICM, kan tillskrivas ansvar för de påstådda avtalsbrotten och någon sådan bedömning har inte gjorts i SKI-domen. Enligt transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU måste kommunen specificera vilka avtalsbrott de menar att Kent Olof Hofmann är ansvarig för och som grundar rätt att utesluta NFB. Kommunen har valt att inte göra någon som helst egen bedömning och utredning utan endast åberopat SKI-domen som skäl för att utesluta NFB från upphandlingen. Hänvisningen till domen, med påstående om att domen ger grund för uteslutning av NFB till följd av företrädares allvarliga fel i yrkesutövningen är således helt felaktig.

Sammantaget måste den upphandlande myndigheten visa att följande omständigheter föreligger för att uteslutning enligt 10 kap. 2 § punkt 4 ska vara möjlig:

- att en överträdelse verkligen förekommit
- att den utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen
- att den kan tillskrivas den aktuella anbudsgivarens företrädare, och
- att det är förenligt med proportionalitetsprincipen att utesluta

leverantören till följd av överträdelsen.

Kommunen synes inte ha gjort någon bedömning av om uteslutningen varit proportionerlig överhuvudtaget. Den frågan är emellertid inte nödvändig för förvaltningsrätten att pröva eftersom kommunen inte uppfyllt sin

bevisbörda i fråga om överträdelsen överhuvudtaget förekommit.
Uteslutningsbeslutet strider därför mot LOU redan på den grunden.

Ekerö kommuns uppfattning är att upphandlingen, i sin helhet, har skett i enlighet med vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget samt LOU och dess grundläggande upphandlingsrättsliga principer. KKV stämde den 14 juni 2014 vid Stockholms tingsrätt NFB Transport Systems AB på 6 831 000 kr i konkurrensskadeavgift för konkurrensbegränsade samarbete enligt konkurrenslagen. Att en leverantör blir stämmd bör rimligen innebära att en upphandlande myndighet starkt kan ifrågasätta leverantörens trovärdighet i ett professionellt hänseende. Överträdelser av konkurrenslagen bör betraktas som fel i yrkesutövningen och med tanke på konkurrensskadeavgiftens storlek som ett allvarligt fel. Med tanke på de långa handläggningstiderna för konkurrens mål är det nödvändigt att en upphandlande myndighet ska kunna beakta KKV:s stämningansökan och inte behöva avvakta lagkraftvunnet avgörande för att utesluta leverantör i en upphandling. Förvaltningsrätten i Stockholms dom i mål nr 30395-14 ger stöd för vad kommunen tidigare har anfört. Det framgår av förvaltningsrättens dom i mål 29221-14 att ICM i tidigare kontraktsrelation begått avtalsbrott som betraktas som allvarliga fel i yrkesutövningen och att ett flertal av dessa har skett efter att Kent Olof Hoffman tillträtt som styrelseordförande i bolaget i maj 2011. Han är styrelseordförande och, genom bolag, ytterst ägare av både NFB och ICM. Han bör i sin roll som styrelseordförande anses vara företrädare för bolagen. Uteslutningen av NFB på grund av företrädares allvarliga fel i yrkesutövningen har varit korrekt då Kent Olof Hoffman som ägare och styrelseordförande i ICM, var företrädare när de allvarliga felen skett i bolaget.

Utgångspunkter för prövning

Ekerö kommun anger i utvärderingsprotokollet att NFB utesluts med hänvisning till 10 kap. 2 § första stycket 4 samt 10 kap. 2 § andra stycket LOU. Som grund för uteslutning anges KKV:s stämning för konkurrensbegränsande samarbete (Stockholms tingsrätt, mål nr T10057-14 samt företrädares allvarliga fel i yrkesutövningen med hänvisning till Förvaltningsrätten i Stockholms mål 29221-14.

I 10 kap. 2 § första stycket LOU anges omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer. En grund för uteslutning är att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta (punkt 4). Av andra stycket framgår att om leverantören är en juridisk person får leverantören uteslutas om företrädare för den juridiska personen har gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Av EU-domstolens dom i mål C-465/11, 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 överträdelser av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör (punkt 27).

Frågan i målet är vilket beviskrav som gäller för att en leverantör ska kunna uteslutas från en offentlig upphandling med hänvisning till att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Beviskrav och bevismedel

I LOU och i direktivet anges att den upphandlande myndigheten ska visa respektive styrka att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Av bestämmelserna framgår således att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att de påstådda missförhållandena föreligger. Några närmare anvisningar om vilket beviskrav som ska gälla, eller om vilka bevismedel som får användas, finns inte. Att det inte fordras en lagakraftvunnen dom för att slå fast att det har begåtts fel i yrkesutövningen framgå av EU-domstolens praxis, Forposta- domen, punkt 28.

I målet har NFB argumenterat för att Ekerö kommun inte har uppfyllt sin bevisbörda avseende någon av de angivna uteslutningsgrunderna med hänvisning främst till att en stämningsansökan inte kan anses vara jämförbar med ett godkänt avgiftsföreläggande (Kammarrättens i Stockholm mål 3725-13) eller ett lagakraftvunnet omprövningsbeslut från Skatteverket (HFD 2013 ref.61) som har ansetts uppfylla beviskravet när det gäller allvarliga fel i yrkesutövningen i den mening som avses i LOU.

Högsta förvaltningsdomstolens har uttalat att det för uteslutning sammantaget bör vara tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, med tanke på den upphandlande myndighetens intresse av att inte behöva sluta avtal med oseriösa aktörer och andra leverantörers intresse av att kunna konkurrera på lika villkor (HFD 2013 ref.61).

Har Ekerö kommun fullgjort sin bevisbörda enligt 10 kap 2 § första stycket punkt 4 ?

Den bedömning som ska göras tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet. Kommunen har som orsak till att NFB utesluts från att delta i upphandlingen i utvärderingsrapporten enbart hänvisat till lagrum och en stämningsansökan avseende konkurrensbegränsande samarbete. Kommunen har dock inte angett varför stämningsansökan får en så avgörande betydelse i den aktuella upphandlingen eller varför den bedöms utgöra tillräckligt bevis för att kommunen fullgjort sin bevisbörda när det gäller diskvalificeringen av NFB:s deltagande i upphandlingen. Kommunen har i överprövningen inte heller gett inte stämningsansökan som bevis och inte redovisat sin bedömning av om beslutet att utesluta NFB är förenligt med proportionalitetsprincipen. Kommunen åberopar en dom från förvaltningsrätten i Stockholm i mål 30395-14. Domen är meddelad den 17 april 2014, dagen efter att tilldelningsbeslutet fattats, och den kan därmed knappast ha varit stöd för kommunens bedömning avseende NFB:s rätt att delta i upphandlingen.

Tingsrätten har, såvitt det framgår, inte ännu avgjort målet. Förvaltningsrätten anser att kommunen inte kan, genom att enbart hänvisa till en stämningsansökan, som visserligen avser konkurrensbegränsande åtgärder och som KKV får antas ha goda skäl att initiera, anses ha gjort sannolikt att HFB har gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövning som kan vara tillräcklig grund för kommunens ställningstagande vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet. Kommunen har därmed agerat felaktigt som uteslutit NFB från deltagande i upphandlingen med hänvisning till 10 kap. 2 § första stycket 4, LOU.

Har Ekerö kommun fullgjort sin bevisbörda enligt 10 kap 2 § andra stycket ?

Förvaltningsrätten instämmer i NFB:s uppfattning att förvaltningsrättens dom i upphandlingsmål 29221-14 avser anbudsgivaren ICM Kungsholms AB och innefattar ingen bedömning av om någon företrädare för ICM eller NFB har begått något allvarligt fel i yrkesutövningen. Enbart en hänvisning till domen kan därmed inte vara grund för att utesluta NFB från deltagande i upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § andra stycket LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Ekerö kommun felaktigt har uteslutit HFB från deltagande i upphandlingen. NFB får därmed anses ha lidit skada. Ansökan ska därför bifallas och rättelse ska ske på så sätt att bolagets anbud inte utesluts från deltagande i upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Kaija Hultquist

Kaija Hultquist

Rådman

Kerstin Sandin har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.