



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-05-31
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1495-13 E
Enhet 2

SÖKANDE

Björn Hägglunds Maskiner AB, 556745-4508

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

MOTPARTER

1. Uppsala kommun
753 75 Uppsala

2. Uppsala Vatten och Avfall AB, 556025-0051
751 44 Uppsala

SAKEN

Lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013-08-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 90902

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

Telefax
018-16 73 43

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE

Uppsala kommun tillsammans med Uppsala Vatten och Avfall AB (kommunen) genomför en öppen upphandling gällande inhyrning av anläggningsmaskiner med förare, dnr 12-060 (upphandlingen). Av det tilldelningsbeslut som meddelats den 11 mars 2013 framgår att Björn

Hägglands Maskiner AB (BHM) har uteslutits ur upphandlingen på den grunden att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Felet har bestått i att bolaget överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), KL.

BHM begär överprövning av upphandlingen och yrkar att kommunens upphandling inte får avslutas innan rättelse vidtagits av anbudsgруппerna 3, 4 och 5, genom att anbudsutvärdering görs om, varvid BHM:s anbud ska kvalificera sig, utvärderas och tilldelas kontrakt.

Kommunen motsätter sig bifall till bolagets ansökan om överprövning.

OMSTÄNDIGHETER SOM ÅBEROPAS I MÅLET

BHM

Som grund för uteslutning har kommunen åberopat ett avgiftsföreläggande från Konkurrensverket. Det framgår dock inte av aktuellt avgiftsföreläggande att Konkurrensverket bedömt frågan om någon företrädare för BHM gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Avgiftsföreläggandet kan därför inte lagligen åberopas som uteslutningsgrund. Vidare står uteslutningen i strid med principerna om likabehandling och proportionalitet (bl.a. då s.k. "self-cleaning"-åtgärder har vidtagits.). Om BHM inte hade uteslutits ur upphandlingen skulle BHM ha tilldelats kontrakt för dessa tre anbudsgrupper i upphandlingen. BHM har därmed lidit skada i upphandlingen.

Avgiftsföreläggandet

Avgiftsföreläggandet har sin grund i den upphandling av transporter av förbränningsprodukter som Vattenfall AB Heat Nordics genomförde i mars och april 2010. I upphandlingen hade BHM och Uppsala Asfaltsanläggningar AB (ASFAB, numera namnändrad till Markona AB) i sina anbud angett varandra som tilltänkta underleverantörer. Upphandlingen vanns av ett annat företag. Konkurrensverket reagerade på anbuden från BHM och dåvarande ASFAB 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 BHM eller ASFAB 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. Avgiftsföreläggandet motsvarar således en förlikning mellan de två parterna i ett mål om påstått konkurrensbegränsande samarbete. För BHMs del innebar detta att BHM skulle betala 175 000 kronor. Avgiftsföreläggandet innebär inte ett fastställande av att någon företrädare för BHM har begått något brott mot konkurrenslagen och kan således inte användas på samma sätt som en lagakraftvunnen dom. Avgiftsföreläggandet kan inte grunda en laglig uteslutning enligt 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU.

Företrädare för juridisk person

En leverantör får endast uteslutas med stöd av 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU om en företrädare för den juridiska personen har gjort sig skyldig till sådant fel som avses i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU. Kravet är inte uppfyllt eftersom avgiftsföreläggandet inte rör förehavanden av företrädare för bolaget.

"Self-cleaning"

Endast fel som har begåtts av nuvarande företrädare för BHM kan grunda en laglig uteslutning enligt 10 kap. 2 § LOU. I samband med Konkurrensverkets utredning beslöts inom BHM att styrelsen och VD skulle bytas för att undvika eventuella framtida uteslutningar av bolaget med hänvisning till 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU. VD och styrelse byttes därför ut i maj 2010. Den person som utgjorde styrelsen vid den tidigare anbudsgivningen till Vattenfall, Linus von Schantz, avgick från styrelseposten. Till ordinarie styrelseledamot valdes istället Jan Runeson, tidigare passiv styrelseledamot. Även VD byttes ut i maj 2010, från Linus von Schantz till Jan Runeson. BHM kände inte till att Linus von Schantz numera är dömd för brott. I och med den av kommunen lämnade informationen har Linus von Schantz anmält till Bolagsverket att han avträder från sitt uppdrag som styrelsesuppleant för AB Högsta Kapital och Förvaltning AB (HKF). BHM bestrider dock att det skulle vara av betydelse hur styrelsen varit sammansatt i HKF. Vidare arbetar den person som upprättade och var ansvarig för anbudet till Vattenfall i mars/april 2010 inte längre med anbud eller offerter. En s.k. "self-cleaning" har således skett sedan de påstådda händelserna i mars/april 2010. De personer som var företrädare för BHM i mars/april 2010 är därför inte längre företrädare för BHM. Någon laglig rätt att utesluta BHM med hänvisning till påstådda händelser i mars/april 2010 föreligger därmed inte.

Proportionalitetsprincipen

Om kommunen, mot BHM:s bestridande, kan visa att en företrädare har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen som skulle kunna leda till uteslutning av bolaget är det BHM:s uppfattning att en sådan uteslutning av flera anledningar skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen. I proportionalitetsbedömningen ska hänsyn 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 i så mån

att styrelse och VD har bytts ut sedan mars/april 2010, att något näringsförbud inte har utfärdats av Konkurrensverket, samt att de händelser som ligger till grund för aktuellt avgiftsföreläggande inte är relevanta för upphandlingen. Slutligen föreligger inte någon risk för otillåtet samarbete i anbudsgivningen till kommunen. De förefaller som om kommunen underlåtit att företa en proportionalitetsbedömning i aktuell upphandling. Efter att ha tagit hänsyn till samtliga omständigheter kan vi inte se att avvägningen mellan de motstående intressena skulle kunna leda till att uteslutningen anses vara proportionell.

Kommunens inställning till åberopade omständigheter

Avgiftsföreläggandet

BHM har uteslutits ur upphandlingen på den grunden att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel vid yrkesutövningen. Konkurrensverket förelade BHM i beslut den 1 december 2011 att till staten betala 175 000 kronor i konkurrensskadeavgift. Beslutet motiverades med att BHM och ASFAB överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § KL. Kommunen bestrider BHMs påstående om att avgiftsföreläggandet ska jämföras med en förlikning. Avgiftsföreläggandet ska istället jämföras med fall där företag i domstol medger konkurrensverkets talan (prop. 2007/08:135 s. 87).

Företrädare för juridisk person

BHM påstår felaktigt att en leverantör endast får uteslutas om en företrädare gjort sig skyldig till sådant fel som avses i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten. LOU. Något stöd för påståendet finns dock inte i paragrafens ordalydelse där det av första stycket framgår att felet kan vara hänförligt till leverantören (som kan vara en fysisk eller juridisk person enligt 2 kap. 11 § LOU). Felet kan också, om leverantören är en juridisk person,

vara hänförligt till ställföreträdaren för leverantören enligt 10 kap. 2 § andra stycket LOU).

BHM gör gällande att avgiftsföreläggandet inte kan användas som en lagkraftvunnen dom och i så motto är det riktigt att det har överlämnats till rättstillämpningen att avgöra vilken betydelse godkännandet har i senare rättegång (prop. 2007/08:135 s. 90). Det ska dock anmärkas att det inte krävs någon lagkraftvunnen dom för att styrka det allvarliga felet i yrkesutövningen (jfr C-465/11 *Forposta*). Kommunen är av uppfattningen att det godkända avgiftsföreläggandet har ett mycket högt bevisvärde för att en överträdelse har skett.

"Self-cleaning"

BHM uppger att bolagets styrelse, VD och den person som var ansvarig för det anbud som senare blev föremål för Konkurrensverkets avgiftsföreläggande bytts ut. BHM påstår därmed att det inte har varit riktigt av kommunen att utesluta BHM. Kommunen menar att det saknas lagligt stöd för detta påstående samt att påståendet inte är korrekt i den bemärkelse att Jan Runesson alltså är kvar i styrelsen. Det ska även tilläggas att Linus von Schantz, som undertecknat det tidigare anbudet, för närvarande är firmatecknare och den enda styrelseledamoten i BHMs moderbolag Högsta kapital och förvaltning AB (HKF). Linus von Schantz är kriminellt belastad och dömdes den 8 november 2011 i mål nr B 55-11 av Svea Hovrätt för skattebrott, bokföringsbrott och försvårande av skattekontroll i den egna firman varvid påföljden bestämdes till villkorlig dom med föreskrift om samhällstjänst under 100 timmar. Kommunen har således svårt att se att det skett någon självsanering överhuvudtaget. BHM ägs till 100 procent av HKF. Naturligtvis har det betydelse, vid bedömningen av om det skett någon självsanering, vem som företräder moderbolaget, särskilt mot bakgrund av att nu aktuell styrelseledamot var aktiv i BHM under den aktuella tiden (prop. 2006/07:128 s. 388).

Proportionalitetsprincipen

Kommunen ansluter sig till Konkurrensverkets bedömning om att den aktuella överträdelsen till sin art är mycket allvarlig. Kommunen menar att konkurrensbegränsande samarbeten mellan konkurrerande företag till sin natur är att se som skadliga för konkurrensen och utgör enligt straffrättslig terminologi ett s.k. artbrott. Följaktligen utgör det konkurrensbegränsande samarbete som BHM har vidtagit i sig ett allvarligt fel i yrkesutövningen, något som tillsammans med de upprepade överträdelser som BHM företagit, kan anses vara proportionellet i hänseende att leda till en uteslutning ur upphandlingen. När det gäller tidsaspekten mellan det begångna felet och den nu aktuella upphandlingen ligger dessa så nära i tiden att det i ett proportionalitetsperspektiv varit befogat att utesluta BHM ur upphandlingen (RÅ 2010 ref. 79).

DOMSKÄL

Fråga i målet är om kommunen haft skäl att utesluta BHM från upphandlingen på den grunden att företrädare för BHM gjort sig skyldig till allvarligt fel vid yrkesutövning enligt 10 kap. 2 första stycket fjärde punkten LOU.

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

Enligt 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten 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.

Avgiftsföreläggandet m.m.

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 utslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det är den upphandlande myndighetens sak 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 utslutningsgrund föreligger.

Konkurrensverket har förelagt BHM att utge konkurrensskadeavgift om 175 000 kronor till följd av en överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § KL mot konkurrensbegränsande samarbete. Enligt föreläggandet har överträdelsen bestått i att BHM tillsammans med ett konkurrerande företag direkt eller indirekt har fastställt priser i samband med ett anbudsförfarande avseende transporter av förbränningsprodukter. Det är i målet ostridigt att Konkurrensverket har utfärdat ett avgiftsföreläggande till följd av den överträdelse som skett. Mot detta har BHM anfört att aktuellt avgiftsföreläggande inte kan läggas till grund för en bedömning om BHM gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel vid yrkesutövning.

Av förarbetena till bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten 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 beaktandesats 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 BHM gjort sig skyldig till ett konkurrensbegränsande samarbete i strid med förbudet mot konkurrensbegränsande åtgärder enligt 2 kap. 1 § KL. Vidare framgår att ett godkänt avgiftsföreläggande är en exekutionstitel enligt 3 kap. 1 § utsökningsbalken och får verkställas som en lagakraftvunnen dom. Det aktuella föreläggandet kan därmed, enligt förvaltningsrättens uppfattning, läggas till grund för en bedömning av om att ett allvarligt fel vid yrkesutövning har begåtts i det nu aktuella fallet. Vad BHM anfört om avgiftsföreläggandets storlek, avsaknaden av näringsförbud och risk för otillåtet samarbete 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.

BHM anser sig inte ha gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen med hänsyn till att överträdelsen är hänförlig till företrädare för BHM som byttes ut 2010.

Ett fel som begåtts vid yrkesutövning kan vara hänförligt till leverantören, eller om denne är en juridisk person, till ställföreträdaren för leverantören (Muhlenbock 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.

Vad som anges i förarbetena till bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU gällande företrädaransvarets omfattning gäller på motsvarande sätt även lagrummets fjärde punkt. Begreppet företrädare innefattar varje företrädare som har en faktisk maktposition i den juridiska personen och möjlighet att påverka förvaltningen av denna, oavsett röstinnehav. Företrädare för moderföretag, som faktiskt företräder dotterbolaget, kan komma ifråga för kontroll av brottslighet i en upphandling som dotterbolaget deltar i. Det kan 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 (prop. 2006/07:128 s. 226 f.).

Vid tiden för överträdelsen var Linus von Schantz ensam styrelseledamot i bolaget och tillika bolagets firmatecknare. Som bolagets förträdare kan han därför göras ansvarig för aktuell överträdelse.

Förvaltningsrätten noterar att följande förhållanden, enligt hos Bolagsverket förekommande uppgifter, förelåg vid tiden för anbudsgivningen. BHM var ett helägt dotterbolag till HKF. I HKFs bolagsordning anges att en styrelsesuppleant ensam kan företräda bolaget och teckna dess firma. Linus von Schantz hade inte någon registrerad ställning i BHMs styrelse eller ledning men var ensam styrelseledamot såsom styrelsesuppleant i HKF. Enligt förvaltningsrättens mening har Linus von Schantz vid tiden för anbudsgivningen genom sin ställning som ensam företrädare i moderbolaget, och genom de aktuella ägarförhållandena i BHM, haft ett sådant inflytande över BHM att han ensam varit att betrakta som dess företrädare (RÅ 2010 ref. 79). Förvaltningsrätten finner med anledning härav att företrädare för

bolaget som gjort sig skyldig till den aktuella överträdelsen även vid tiden för anbudsgivningen var att betrakta som bolagets företrädare.

Proportionalitetsprincipen

Det har i målet framkommit att företrädare för BHM 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 § första stycket tredje punkten LOU vara proportionell i förhållande till det allvarliga felet i yrkesutövningen. Den slutliga 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 aktuellt avgiftsföreläggande framgår att BHM tillsammans med det konkurrerande bolaget ASFAB 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 överträdelsen som mycket allvarlig.

Linus von Schantz är dessutom dömd för ekonomisk brottslighet. Förvaltningsrätten finner att brotten har en förhållandevis nära koppling till yrkesutövningen i BHM och ska av denna anledning vägas in i en proportionalitetsbedömning.

När det gäller den tid som förflutit sedan aktuell överträdelse ska den tidsrymd som följer av praxis gällande proportionalitetsbedömningar avseende bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU tillämpas även för fjärde punkten (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 aktuell överträdelse till 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, samt till den kriminalitet som kan läggas företrädare för bolaget till last, att det inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta BHM från aktuell upphandling. Ansökan ska därmed avslås.

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

Klas Innerstedt
rådman

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU

