



KLAGANDE

Björn Hägglunds Maskiner AB, 556745-4508

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

MOTPARTER

1. Uppsala kommun
2. Uppsala Vatten och Avfall AB, 556025-0051

Ombud för 1–2: Stadsjurist Mats Sandmark
Uppsala kommun
Kommunledningskontoret
753 75 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2013-12-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Uppsalas dom den 31 maj 2013 i mål nr 1495-13,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
2. Kammarrättens interimistiska beslut den 10 juni 2013 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Björn Hägglunds Maskiner AB yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att anbudsutvärderingen vad avser anbudsgrupperna 3, 4 och 5 ska göras om och bolagets anbud kvalificeras, utvärderas och tilldelas kontrakt. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

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

Avgiftsföreläggandet behandlar inte någon fysisk person utan avser bolaget. Uppsala kommun och Uppsala Vatten och Avfall AB (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. Konkurrensverket utfärdar endast avgiftsförelägganden i fall när det står klart att det inte finns några betydande osäkerhetsmoment beträffande utgången av en alternativ domstolsprocess. Detta innebär att ett avgiftsföreläggande inte bör komma i fråga när sakomständigheterna rörande överträdelsen är oklara, även om det aktuella företaget medger överträdelsen. Kommunen är av uppfattningen att avgiftsföreläggandets bevisvärde är mycket högt. Härtill kommer att bolaget har vitsordat de sakomständigheter som anförts i föreläggandet.

Bolagets påstående 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.

Enligt punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren vara fri från hinder för deltagande enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU. Om kommunen inte hade uteslutit bolagets anbud från prövning hade detta inneburit att kommunen inte hade följt ska-kravet och därigenom brutit mot likabehandlingsprincipen. 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 överträdelser 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.

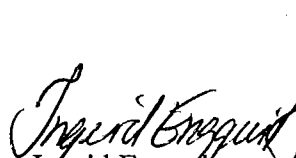
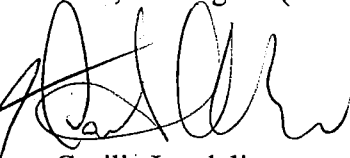

Som tidigare angetts har kommunen som grund för uteslutning av bolaget åberopat ett godkänt avgiftsföreläggande utfärdat av Konkurrensverket.

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). Bolagets överklagande ska därför avslås.

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

 Ingrid Engquist kammarrättsråd ordförande	 Cecilia Landelius kammarrättsråd referent	 Maria Ringvall kammarrättsråd
--	---	---


Linnea Fagerberg
föredragande



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.

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 Hägglunds 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 **BHMs** 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 anbudsgupper 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 återopade 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 lagakraftvunnen 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 lagakraftvunnen 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 BHM:s 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 försvärande 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 uteslutning 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 uteslutningsgrund 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 byggentreprenader, 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 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 BHM:s 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.

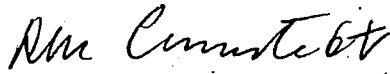
Enligt aktuellt avgiftsföreläggande framgår att BHM tillsammans med det konkurrerande bolaget ASFAB i hemlighet har kommit överens om att fastställa priser. Överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och kan inte ses som ringa. Konkurrensverket fann överträdelsen som mycket 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.

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.