



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2013-02-18
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
5916-12
Enhet 1

SÖKANDE

Markona AB, 556483-3654

Ombud: Advokat Daniel Svensson
Advokatfirman Wijk & Nordström AB
Box 1022
751 40 Uppsala

| | |
|-------------------------|--------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2013-02-19 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Ämbet |

MOTPART

Uppsala Vatten och Avfall AB, 556025-0051

Ombud: Stadsjurist Mats Sandmark
Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Uppsala Vatten och Avfall AB (Uppsala Vatten) har genom ett förenklat förfarande genomfört en upphandling av entreprenör för snöröjning och halkbekämpning på återvinningscentraler och biogasanläggningen, dnr 2012-0285 (upphandlingen). Genom tilldelningsbeslut den 31 oktober 2012 beslutade Uppsala Vatten att anta anbud från Östuna Åkeri AB. Markona AB (bolaget) uteslöts i samma beslut från att delta i upphandlingen med motiveringen att bolaget gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först efter det att rättelse vidtagits. Rättelsen ska bestå i att bolaget inte ska uteslutas från kvalificeringsprövning och anbudsutvärdering.

Som grund för sina yrkanden anför bolaget i huvudsak följande. Uppsala Vatten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt de EU-rättsliga regler som lagen grundas på genom att utesluta bolaget från att delta i upphandlingen. Detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Det är riktigt att bolaget (tidigare Uppsala Asfaltsanläggningar Aktiebolag, ASFAB) godtagit ett avgiftsföreläggande vilket förelagts av Konkurrensverket. Avgiftsföreläggandet avsåg en upphandling av Vattenfall under våren 2010 och avgiften uppgick till 293 000 kr. Denna omständighet är dock inte, särskilt med hänsyn till proportionalitetsprincipen, sådan att den i aktuella fallet kan anses utgöra ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Det fel som läggs bolaget till last i den aktuella upphandlingen tar inte sikte på bolagets verksamhet och saknar helt relevans för den aktuella upphandlingen vars syfte är att finna en kvalificerad entreprenör för utförande av snöröjning och halkbekämpning till bästa pris. Avgiftsföre-

läggandet avsåg en upphandling där Vattenfall sökte en entreprenör för utförande av transporter av förbränningsprodukter. Någon koppling mellan denna typ av verksamhet och den vilken är aktuell i förevarande upphandling föreligger inte. Även för det fall förvaltningsrätten skulle komma fram till att bolagets överträdelse av 2 kap. 1 § konkurrenslagen utgör sådant fel som avses i 10 kap.2 § första stycket 4 LOU så är det inte frågan om ett sådant *allvarligt* fel som avses i stadgandet. Avgiften bolaget förelades att betala beräknades genom en procentsats av bolagets omsättning på den aktuella marknaden som överträdelsen avsåg beroende av överträdelsens allvar och varaktighet. Avgiftsbeloppet bedömdes till fyra procent vilket innebär att det rör sig om nedre hälften på allvarlighetsskalan. Den överträdelse bolaget har medgett är enligt bolagets uppfattning en följd av oaktsamhet, vilket inte heller motsägs av Konkurrensverket. Bolaget accepterade den avgift som förelades dem och genom detta har bolaget fullt ut tagit de rättsliga och ekonomiska konsekvenserna av sin oaktsamhet i samband med Vattenfalls upphandling. Att som i det aktuella fallet ytterligare bestraffas genom uteslutning från nu aktuell upphandling saknar all proportionalitet. De ska vidare framhållas att bolaget så sent om den 25 oktober 2012 på samma grund uteslöts från Uppsala kommuns upphandling avseende ombyggnad av Alrunegatan. För det fall förvaltningsrätten skulle komma fram till att bolagets överträdelse av 2 kap. 1 § konkurrenslagen skulle kunna utgöra ett sådant *allvarligt* fel som avses i 10 kap 2 § § första stycket 4 LOU har Uppsala Vatten i vart fall brutit mot proportionalitetsprincipen när de i det aktuella fallet tillämpat den aktuella uteslutningsgrunden. Det kan omöjligen vara lagstiftarens avsikt att ett bolag som redan erlagt avgift för en överträdelse av konkurrenslagens bestämmelser för all, eller i vart fall en obestämd, framtid ska vara förhindrade från att delta i offentliga upphandlingar. Det övergripande syftet med bestämmelsen i 10 kap. 2 § § första stycket 4 LOU är att tillvarata och utveckla en effektiv konkurrens och närmare specifikt att genom uteslutning kunna säkerställa leveranssäkring. Uteslutningen av bolaget är inte den effektivaste och

lämpligaste åtgärden för att uppnå leveranssäkring. Med avseende på leveranssäkerhet hade syftet lämpligen kunnat uppnås genom löpande uppföljning av ett ingånget avtal. Slutligen har åtgärden varit överdriven och oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet. Om bolaget hade tillåtits delta hade konkurrensen i upphandlingen förbättrats. En uteslutning har en förödande effekt på en stor arbetsgivare som bolaget med närmare 70 procent av sin omsättning grundad på offentliga upphandlingar. Det kan således även ur ett allmänt samhällligt- och arbetsmarknadsperspektiv inte anses vara proportionerligt att utesluta bolaget för att uppnå det eftersträvda målet.

Uppsala Vatten bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande. Såsom Konkurrensverket konstaterat är det fråga om en ”mycket allvarlig” överträdelse som ligger nära i tiden (2010) och som ostridigt begåtts i yrkesutövningen. Påståendet från bolagets sida att man handlat av oaktsamhet tillbakavisas. Som redan konstaterats bedömer Konkurrensverket den aktuella överträdelsen som ”mycket allvarlig” och Uppsala Vatten gör samma bedömning. Naturligtvis får tidsaspekten med tiden ökad tyngd när man gör en avvägning. Det kan innebära att en överträdelse mot förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företagen som tidigare medfört uteslutning inte gör det vid nästa upphandling. Uppsala Vatten är emellertid av uppfattning att den nu aktuella överträdelserna tidsmässigt ligger så nära den överprövade upphandlingen att uteslutning av det skälet inte kan anses stå i strid med proportionalitetsprincipen. De omständigheter som bolaget framfört avseende dess verksamhet, storlek på omsättning, antalet anställda och kundstock har liten eller ringa betydelse vid bedömningen av om proportionalitetskravet är uppfyllt. Påståendet om ”dubbelbestraffning” ävensom påståendet om att bolaget riskerar att uteslutas vid kommande upphandlingar saknar helt relevans. Den aktuella överträdelsen, som skett i yrkesutövningen, är mycket allvarlig och ligger tidsmässigt nära den aktuella upphandlingen. Uteslutningen står inte

i strid med proportionalitetsprincipen. Det är således fråga om ett allvarligt fel i yrkesutövningen vilket Uppsala Vatten kunnat styrka. Förutsättningarna för att utesluta bolaget har således varit uppfyllda.

Bolaget gemälar bl.a. följande. Vid en närmare granskning av omständigheterna kring den upphandling för vilken bolaget accepterade ett föreläggande framgår att bolaget och Björn Häggelunds Maskin AB varit helt öppna med angivande av varandra som underentreprenörer i upphandlingen. Vidare talar den omständigheten att parterna lämnat identiska anbud avseende flera hundra detaljerade priser för att det varit kunskap om de aktuella reglerna vilket föranlett de olyckliga anbuden vid upphandlingen 2010. Några tecken på förslagenhet hos parterna finns inte. Det anges felaktigt av Uppsala Vatten att det varit frågan om en ”mycket allvarlig” överträdelse.

DOMSKÄL

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU.

Avseende 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU framgår av förarbetena till lagstiftningen (prop. 2006/07:128 s. 390) att bestämmelsen har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. I beaktandesats 43 anges vad avser punkterna 3 och 4 att om det i nationell rätt ingår sådana bestämmelser, kan överträdelse av miljölagstiftning eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling som har lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt betraktas som brott mot leverantörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. I avsnitt 2 i direktivet anges i artikel 45 punkt 2 under vilka förhållanden en ekonomisk

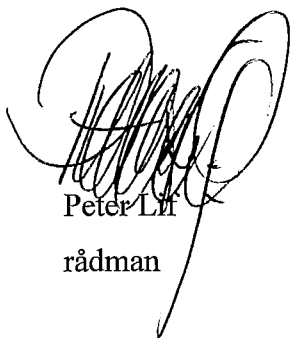
aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av offentligt kontrakt. Under d) anges att det får ske om denne har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten. Syftet med bestämmelsen är bl.a. att förhindra att oseriösa leverantörer tilldelas kontrakt (RÅ 2010 ref. 79). Av praxis framgår att bestämmelsen bör tillämpas restriktivt med hänsyn till de konsekvenser tillämpningen kan få för en anbudsgivare (Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2010 i mål 4442-09).

Till följd av otillåten samverkan i samband med ett upphandlingsförfarande har Konkurrensverket förelagt bolaget att utge konkurrensskadeavgift om 293 000 kr. Av Konkurrensverkets avgiftsföreläggande framgår att bolaget överträtt förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande samarbete genom att ingå avtal eller tillämpa samordnat förfarande som haft till syfte att hindra, begränsa eller snedvrیدا konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Överträdelsen har bestått i att bolaget tillsammans med ett konkurrerande bolag någon gång under perioden den 18 mars 2010 till den 23 april 2010 direkt eller indirekt fastställt priser i samband med ett anbuds förfarande avseende transporter av förbränningsrestprodukter. Konkurrensverket fann att överträdelsen begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och att den inte kunde anses som ringa. Enligt Konkurrensverket talade den hemliga prissättningen för att överträdelsen skulle betraktas som mycket allvarlig. Vidare uttalade Konkurrensverket att överträdelser av liknande slag typiskt sett orsakar särskilt svåra skador på konkurrensen. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att överträdelsen måste betraktas som ett allvarligt fel i yrkesutövningen enligt 10 kap. 1 § första stycket 4 LOU. Uppsala Vatten har därför haft grund för att utesluta bolaget under förutsättning att det inte framstår som oproportionerligt.

Frågan om en åtgärd är proportionerlig innebär att en prövning ska ske om syftet med åtgärden kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. När det gäller proportionalitetsbedömningen vid prövningen av en uteslutning enligt 10 kap. 2 § LOU ska i första hand överträdelsens svårighetsgrad beaktas. Därutöver måste det vägas in hur lång tid som förflutit sedan överträdelsen begicks (se RÅ 2010 ref. 79).

Förvaltningsrätten finner vid särskilt beaktande av överträdelsens allvarliga art och att förhållandevis kort tid har förflutit sedan överträdelsen begicks att det inte framstår som en oproportionerlig åtgärd att utesluta bolaget från upphandlingen. Ansökan ska därför avslås.

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



Peter Lill
rådman

Målet har handlagts av Martin Bäckström.



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 vartill 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