



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-08-11
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 14678-11
 Enhet 17

SÖKANDE

Liselotte Löf Hushållsavfall AB, 556809-7223
 Norra Stationsgatan 60
 113 33 Stockholm

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult
 Box 5625
 114 86 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-08-12	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

MOTPART

Stockholms Stad, Trafik- och renhållningsnämnden
 Box 8311
 104 20 Stockholm

Ombud: Malin Lindwall
 Stadsledningskontorets juridiska avdelning
 105 35 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholm stad genomför genom trafik- och renhållningsnämnden (nämnden) en upphandling av insamling och transport av hushållsavfall från områdena 1, 2, 3, 4, 8 och 11, dnr T2011-006-01750. Nämnden har enligt tilldelningsbeslut den 12 juli 2011 valt att tilldela annan leverantör än Liselotte Löf Hushållsavfall AB (bolaget) samtliga områden. För upphandlingen har öppet förfarande använts.

Bolaget ansöker hos förvaltningsrätten om överprövning och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att bolagets anbud ska upptas till slutlig prövning och tilldelningsvärdering. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Staden har, genom att utan saklig grund utesluta bolaget från vidare anbudsvärdering och tilldelning, brutit mot likabehandling och proportionalitet enligt 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har härigenom kommit att lida skada. Bolaget har deltagit med anbud på samtliga delkontrakt och har, till uppfyllande av för upphandlingen uppställda krav på likviditet och soliditet, åberopat en s.k. åtagandegaranti enligt 11 kap. 12 § LOU. Åtagandegarantin har ställts av Liselotte Löf AB (LLAB). Av underrättelse om tilldelningsbeslut framgår att staden under åberopande av kvalifikationsbestämmelsen i 10 kap. 2 § LOU uteslutit bolaget från att få sina anbud slutligt prövade och tilldelningsvärderade. Varken bolaget eller LLAB uppfyller någon av diskvalifikationsgrunderna i 10 kap. 2 § LOU. Det finns således inte grund att utesluta bolaget från att få sina anbud slutligt prövade och tilldelningsvärderade.

Nämnden bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Nämnden har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i LOU. I enlighet med förfrågningsunderlaget p 2.3 har varje geografiskt område upphandlats för sig och anbud har kunnat lämnas på ett eller flera områden. För tilldelning av kontrakt har grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga an-

budet i enlighet med förfrågningsunderlaget p 3.3.3 tillämpats. Som anges i p 3.4 kommer den anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven och har lägst jämförelsetal att tilldelas uppdraget för respektive område. Reno Norden AB som har tilldelats samtliga områden fick lägst jämförelsetal på fem av de sex områdena. Om bolagets anbud hade upptagits till prövning skulle Reno Norden AB därmed tilldelats kontrakt på fem områden medan bolaget skulle ha tilldelats kontrakt på ett område, område 2. Skaderekvisitet att leverantören lidit eller kan komma att lida skada är således inte uppfyllt för bolaget på fem av områdena.

Bolaget uppfyller inte heller kraven på likviditet och soliditet, som uppställs i förfrågningsunderlaget p 3.2.2. Till följd härav har bolaget därför av LLAB, som är systerbolag till bolaget, garanterats bolagets samtliga åtaganden i anbudet. Kammarrätten i Stockholm har, i dom den 29 april 2011 i mål nr 1499 - 1508-10, fastställt ett omprövningsbeslut som Skatteverket meddelat för LLAB. Av Kammarrättens dom framgår att Skatteverket med tillräcklig styrka har visat att fakturor som underentreprenörer ställt ut är osanna i den meningen att de inte motsvaras av arbete utfört av personal som varit anställd i dessa bolag eller av dem inhyrd personal utan att arbetet i stället utförts av personal som får anses anställd och avlönad av LLAB. Vidare anför domstolen att ”Utredningen ger också tillräckligt stöd för att anse att de medel som frigjorts genom avdrag för fakturorna och genom felaktigt avdragen ingående mervärdesskatt har använts till att avlöna svart arbetskraft och för att möjliggöra uttag av LLAB:s företrädare. Av detta följer att LLAB inte har rätt att göra avdrag för ingående mervärdesskatt eller till avdrag vid inkomsttaxeringen för underentreprenörskostnader. LLAB har däremot rätt till avdrag för utbetalade belopp som lönekostnad och är skyldigt att betala arbetsgivareavgifter samt göra skatteavdrag på utbetalade belopp. Skäl att frångå Skatteverkets beloppsmässiga bedömningar i dessa avseenden har inte framkommit.” Kammarrätten finner att LLAB genom att kostnadsföra fakturorna som underentreprenörs-

kostnader, göra avdrag för ingående mervärdesskatt med avseende på fakturorna och inte redovisar underlag för arbetsgivareavgifter och skatteavdrag har lämnat oriktiga uppgifter och att det därmed föreligger grund för efterbeskattning samt för att påföra skattetillägg. Kammarrättens dom har inte vunnit laga kraft.

Enligt förfrågningsunderlaget p 3.2.1 ska anbudsgivare uteslutas från deltagande i upphandlingen om förhållanden enligt 10 kap. 2 § LOU föreligger. Samma sak gäller eventuella underentreprenörer i alla led. Genom Kammarrättens dom är det visat att LLAB har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och inte fullgjort sina åligganden avseende skatter i enlighet med 10 kap. 2 § 4 och 5 LOU. För att bli kvalificerad i upphandlingen har bolaget åberopat externa resurser i form av en garanti från LLAB. Innebörden av garantin är att bolaget vid behov kan förfoga över LLAB:s resurser när kontraktet fullgörs. LLAB är därmed att jämställa med en underentreprenör. Genom att LLAB inte uppfyller samtliga krav i 10 kap. 2 § LOU kan garantin inte godtas. Konsekvenserna blir att bolaget inte uppfyller kravet i p 3.2.2. varför anbudet ska förkastas. 11 kap LOU avser en kontroll av leverantörens lämplighet. Att bli kvalificerad genom ett åtagande från ett bolag som i sin tur inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget kan inte vara förenligt med syftet med 11 kap. 12 § LOU. Kammarrättens dom åberopas även till stöd för att sökanden ska uteslutas från att delta i upphandlingen enligt 10 kap. 2 § andra stycket LOU. Företrädare för LLAB som gjort sig skyldiga till allvarligt fel i yrkesutövningen är också företrädare i bolaget.

Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget bestrider att de inte riskerar att lida någon skada. Upphandlingen har utlysts för antagande av det anbud som är det ”ekonomiskt mest fördelaktiga” med beaktande av kvalitet vägt mot anbudens pris. Enbart den omständigheten att bolaget har lämnat högre priser än den enda kvarvarande anbudsgivaren i fem av totalt sex delområ-

den av upphandlingen behöver inte per automatik medföra att bolaget inte skulle tilldelas uppdrag i något av dessa områden. Full klarhet avseende utfallet av en tilldelning föreligger först sedan full tilldelningsvärdering har genomförts även med beaktande av bolagets anbud.

Enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 får 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. Enligt bestämmelsens andra stycke får även en leverantör, om leverantören är en juridisk person, uteslutas om en företrädare för den juridiska personen gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4. Med företrädare avses enligt art. 45.1 fjärde stycket i upphandlingsdirektivet (2004/18/EG) fysiska personer som är behöriga att ”företräda, fatta beslut om eller kontrollera” leverantören. För svenskt vidkommande anknyter företrädarbegreppet i LOU till 12 kap. 6 och 6 a §§ skattebetalningslagen samt 4 § lagen om näringsförbud, se prop. 2006/07:128 s. 226 och 388. Någon möjlighet att med stöd av den åberopade bestämmelsen i LOU utesluta leverantör på grund av omständigheter som hänför sig till dennes underleverantör föreligger inte. Att bolaget och LLAB ingår i samma koncern som systerbolag kan inte medföra annan bedömning.

För att uteslutning enligt 10 kap. 2 § 4 LOU ska kunna komma ifråga krävs att den uteslutne eller dennes företrädare har gjort sig skyldig till ”ett allvarligt fel i yrkesutövningen”. I förevarande fall föreligger det en tvist mellan Skatteverket och bl.a. LLAB. Skatteverket har gjort bedömningen att fyra av de underentreprenörer som anlitats av LLAB under åren 2005 och 2006 inte tillhandahållit de tjänster som fakturerats och att LLAB därmed vägrats avdrag för dessa kostnader. Beslutet har medfört att LLAB påförts arbetsgivaravgifter, vägrats avdrag för ingående mervärdesskatt samt gjorts ansvarigt för inte avdragen skatt för okända arbetstagare. Skatteverkets beslut har överklagats och Förvaltningsrätten i Stockholm biföll överkla-

gandet. Efter att Skatteverket överklagat förvaltningsrättens dom biföll Kammarrätten i Stockholm överklagandet. Domen har överklagats till Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) som inte har meddelat beslut i fråga om prövningstillstånd. HFD har i flera mål avseende avdragsrätt för underentreprenörskostnader i juni 2011 meddelat prövningstillstånd. Uppsläppandemeningen lyder ”Den fråga i målen som lett till att Högsta förvaltningsdomstolen meddelat prövningstillstånd är om så kallade osanna fakturor förelegat och i så fall konsekvenserna därav beträffande skatter och avgifter”. Att HFD meddelat prövningstillstånd i denna typ av mål visar att rättsläget för närvarande är oklart. Detta gäller såväl frågor kring bevisningen som vilka de skatterättsliga konsekvenserna ska vara. Efter kammarrättens dom har LLAB, i avvaktan på målets slutliga avgörande, inom föreskriven frist erlagt påförd skatt. LLAB har således aldrig kommit att restföras för skatter och allmänna avgifter. Det måste anses tillhöra näringsverksamhetens realitet att företag kan ha annan uppfattning än Skatteverket om vilken skatt som slutligen ska betalas. Rättssäkerhetsskäl talar för att dylika frågor måste kunna prövas rättsligt utan att därigenom medföra även risk för uteslutning enligt LOU. Den återopade domen kan inte anses innebära att LLAB, än mindre bolaget, har gjort sig skyldig till sådant ”allvarligt fel i yrkesutövningen” som medger uteslutning enligt LOU.

Enligt lagförarbetena till LOU får det i rekvisitet ”kan visa detta” anses ingå ett krav på att återopade felaktigheter ska vara vederbörligen styrkta genom lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt, se prop. 2006/07:128 s. 390. I förevarande fall har det kammarrättsavgörande som staden återopar inte vunnit laga kraft. Med hänvisning härtill kan Staden inte visa på något fel i yrkesutövningen hos LLAB och än mindre hos bolaget.

Utredningen i målet

Enligt förfrågningsunderlaget punkt 3.2.1 kommer anbudsgivare att uteslutas från deltagande i upphandlingen om förhållanden enligt 10 kap. 2 § LOU föreligger. Detta gäller även eventuella underentreprenörer i alla led.

Av utdrag ur tilldelningsbeslutet framgår att nämnden uteslutit bolagets anbud från prövning på den grunden att bolaget inte ansetts uppfylla i förfrågningsunderlaget angivna kvalificeringskrav på likviditet och soliditet. Åtagandegarantin från LLAB kan inte beaktas då LLAB inte uppfyller kraven enligt 10 kap. 2 § LOU.

Nämnden har åberopat ett avgörande från Kammarrätten i Stockholm den 29 april 2011 mål nr 1499 - 1508-10.

Av nämnden ingivna registreringsbevis från Bolagsverket den 21 juni 2011 framgår att Erika Liselotte är ordförande och styrelseledamot i både bolaget och LLAB.

DOMSKÄL

I målet aktuella bestämmelser m.m.

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 10 kap. 2 § 4 och 5 får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören bl.a. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta eller inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker. Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har gjort sig skyldig till sådant fel som avses i bl.a. första stycket 4. Detta framgår av bestämmelsens andra stycke. Det krävs inte att en företrädare personligen har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, utan det är tillräckligt att företrädaren kan lastas för dessa, jfr. Kammarättens i Stockholm dom den 8 juli 2009 mål nr 1406-09.

Avseende 10 kap. 2 § första stycket punkt 4 LOU framgår av förarbetena till lagstiftningen (prop. 2006/07:128 s. 390) att bestämmelsen har utformats i överrensstämmelse med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv (EG) nr 2004/18 av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, 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 enheten.

I kommentar till 10 kap. 2 § punkt 4 LOU uttalas att vad som avses med allvarligt fel i yrkesutövningen är svårt att veta, men yrkesfusk torde falla under regeln liksom lagbrott som kan bevisas utan att dom fallit. J-E Falk Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009 s. 299.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt förfrågningsunderlaget ska en anbudsgivare uteslutas från upphandlingen om förhållanden enligt 10 kap. 2 § LOU föreligger. Detta gäller även eventuella underentreprenörer i alla led.

Av tilldelningsbeslutet framgår att bolagets anbud uteslutits från prövning på den grunden att bolaget inte ansetts uppfylla i förfrågningsunderlaget angivna kraven på likviditet och soliditet och att åtagandegarantin från LLAB inte kunde beaktas eftersom LLAB inte uppfyller kraven i 10 kap. 2 § LOU.

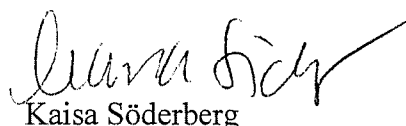
De krav som en upphandlande myndighet ställer i förfrågningsunderlaget är ovillkorliga för att anbud ska komma ifråga för antagande. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda skallkrav får inte antas eftersom det skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivarna. Av det sagda följer att bolaget kan komma att uteslutas från deltagande i upphand-

lingen om förhållande enligt 10 kap. 2 § LOU föreligger även för LLAB såsom underentreprenör.

Den åberopade domen från Kammarrätten i Stockholm gäller bl.a. inkomsttaxering 2006 samt mervärdesskatt, arbetsgivaravgifter och ej avdragen skatt för 2004-2006. Av domen framgår att Skatteverket med tillräcklig styrka hade visat att fakturor som fyra underentreprenörer ställt ut till LLAB var osanna i den meningen att de inte motsvarades av arbete utfört av personal som varit anställd i dessa bolag eller av dem inhyrd personal utan att arbetet i stället utförts av personal som får anses anställd och avlönad av LLAB. Utredningen gav också tillräckligt stöd för att anse att de medel som frigjorts genom avdrag för fakturorna och genom felaktigt avdragen ingående mervärdesskatt hade använts till att avlöna svart arbetskraft och för att möjliggöra uttag av LLAB:s företrädare.

Förvaltningsrätten bedömer att nämnden genom den åberopade domen visat att LLAB har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Mot denna bakgrund har nämnden rätteligen inte godtagit den garanti som underleverantören LLAB ställt för bolaget. Då bolaget inte i övrigt uppfyller det i förfrågningsunderlaget uppställda skallkravet vad gäller likviditet och soliditet har nämnden således i enlighet med likabehandlingsprincipen haft fog för att utesluta bolagets anbud från prövning. Förutsättningar för ingripande från domstolens sida föreligger därmed inte och bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Kaisa Söderberg

Rådman

Föredragande har varit Thomas Özbek



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