



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen  
 Enhet 12

**DOM**  
 2013-08-15  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 14948-13

**SÖKANDE**

Markona AB, 556483-3654

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

**MOTPART**

Stockholms Hamn AB, 556008-1647

Ombud: Jurist Josef Dadoun  
 Stockholms Hamn AB  
 Box 27314  
 102 54 Stockholm

|                         |        |
|-------------------------|--------|
| <b>KONKURRENSVERKET</b> |        |
| 2013 -08- 1 5           |        |
| Avd                     |        |
| Dnr                     |        |
| KSnr                    | Aktbil |

**SAKEN**

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och post-tjänster

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 382619

|                   |                     |   |                |                                |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| <b>Postadress</b> | <b>Besöksadress</b> | <b>Telefon</b>  | <b>Telefax</b> | <b>Expeditionstid</b>          |
| 115 76 Stockholm  | Tegeluddsvägen 1    | 08-561 680 00   | 08-561 680 01  | måndag – fredag<br>09:00-15:00 |
|                   |                     | <b>E-post:</b><br>forvaltningsrattenistockholm@dom.se |                |                                |

**YRKANDEN M.M.**

**Stockholms Hamn AB** (Hamnen) genomför en upphandling med öppet förfarande av "Ramavtal om Mark- och beläggningsarbeten 2013-2017". I tilldelningsbeslut den 7 maj 2013 angavs att Markona AB (Markona) inte kvalificerat sig till utvärdering eftersom bolaget gjort sig skyldigt till ett allvarligt fel i yrkesutövningen genom att det 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 snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sett. Det har ännu inte förflutit fem år sedan konkurrensverkets beslut.

**Markona** ansöker om överprövning och yrkar att rättelse ska göras på så sätt att Markonas anbud ska beaktas i utvärderingen. Grunden är att Hamnen har handlat i strid med lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) samt de EU-rättsliga regler som lagen grundats på genom att diskvalificera bolagets anbud och bolaget har därför lidit skada. Markona har inte gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som sägs i tilldelningsbeslutet. Det har i vart fall inte varit proportionerligt att utesluta Markona. Markona har godtagit ett avgiftsföreläggande vilket förelagts av Konkurrensverket. Markona har därvid endast vitsordat i avgiftföreläggandet beskrivna sakomständigheter och någon rättslig prövning har således inte skett. Avgiften uppgick till 293 000 kr. Denna omständighet är dock inte med hänsyn till proportionalitetsprincipen, sådan att den in det aktuella fallet kan anses utgöra ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som får medföra uteslutning. Markona har lidit skada eller kan komma att lida skada eftersom man lagt det näst lägsta anbudet och således skulle ha tilldelats det kontrakt Peab erhållit i tilldelningsbeslutet om ett korrekt förfarande hade tillämpats. Markona utgår från att detta kan vitsordas av Hamnen och avstår från vidare bevisning kring detta.

Markona utvecklar talan och anför bl.a. följande. Den närmare innebörden av allvarligt fel i yrkesutövningen som anges i 10 kap. 3 § st.1 p.4 LUF har

inte klarlagts i förarbeten eller doktrin. Markona vill likna det inträffade vid brottslig verksamhet och vill finna ledning i reglerna om brottslig verksamhet. Även för det fall förvaltningsrätten finner att det föreligger ett fel är det inte allvarligt. Se t.ex. Hovrätten för Västra Sveriges dom 2003-10-08 i mål nr T 2750-02. Enligt kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4442-09 ska motsvarande bestämmelse i lag om offentlig upphandling tillämpas restriktivt. Endast om det är klart visat att det föreligger ett allvarligt fel kan bestämmelsen tillämpas. Det fel som läggs Markona till last tar inte sikte på Markonas verksamhet och saknar helt relevans för den aktuella upphandlingen. Markona är ett välrenommerat företag med 150 anställda. Markona har i avgiftsföreläggandet endast vitsordat sakomständigheterna som där angivits. Avgiftsföreläggandet är närmast att likna vid en förlikning varvid ingen rättslig prövning av sakomständigheterna mot rekvisiten i 2 kap. 1 § konkurrenslagen gjorts. Att Konkurrensverket i föreläggandet påstår att förbudet har överträtts har ingen självständig betydelse vid den nu aktuella prövningen. Vidare är avgiftsföreläggandet inte att jämföras med en lagkraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt vilket krävs för att en uteslutning på den angivna grunden ska vara möjlig. Den procentsats Konkurrensverket valde visar att det rör sig om verksamhet på nedre hälften av allvarlighetsskalan. Avgiftens storlek på 293 000 kr är i jämförelse med andra begränsad. Konkurrensverket har i sitt beslut inte konstaterat att det varit fråga om en mycket allvarlig överträdelse. Istället anges att en överenskommelse om att fastställa priser talar för att bedöma en överträdelse som mycket allvarlig. Det Markona vitsordat i avgiftsföreläggandet är en följd av oaktsamhet. Markona och det andra bolaget var helt öppna med att ange varandra som underentreprenörer. Det aktuella avgiftsföreläggandet har använts som grund för att utesluta Markona från en lång rad upphandlingar. Uteslutningen är ett brott mot proportionalitetsprincipen. Det kan inte ha varit lagstiftarens mening att företag som erlagt avgift för överträdelser för obestämmd framtid ska vara förhindrade att delta i offentliga upphandlingar.

**Hamnen** bestrider bifall till ansökan.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande enheter 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 (1 kap 24 § LUF).

Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LUF och det 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 (16 kap 6 § LUF).

I 10 kap. 3 § p.4 LUF anges att en upphandlande enhet får, utöver vad som följer av 1 och 2 §§, utesluta en leverantör från att delta i ett kvalificeringssystem eller i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta.

#### *Förvaltningsrättens bedömning.*

Konkurrensverket har den 1 december 2011 i utfärdat avgiftsföreläggande (dnr 327/2010) förelagt Markona att till staten betala 293 000 kr i konkurrensskadeavgift. I föreläggandet anges att Markona och ett konkurrerande bolag i hemlighet, direkt eller indirekt, kommit överens om att fastställa priser i samband med att man lämnat anbud i en offentlig upphandling. Markona har därigenom 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 snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt. Överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och kan inte anses som ringa. Föreläggandet är godkänt av Markona och är därmed att jämställa med en lagakraftvunnen dom.

Att i strid mot förbudet i 2 kap. 1 § konkurrenslagen mot konkurrensbegränsande samarbete ingå avtal eller tillämpa samordnat förfarande som haft till syfte att hindra, begränsa eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt är ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Av 10 kap. 3 § p.4 LUF följer att Hamnen därmed får utesluta Markona.

Vad gäller frågan om det med hänsyn till det allvarliga felet i yrkesutövningen anses proportionerligt att utesluta Markona ur upphandlingen gör rätten följande bedömning.

Enligt avgiftsföreläggandet har Markona tillsammans med ett konkurrerande bolag i hemlighet kommit överens om att fastställa priser. Överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och kan inte anses som ringa. Konkurrensverket fann att överträdelsens art talade för att bedöma överträdelsen som mycket allvarlig.

När det gäller frågan om uteslutning är proportionerlig med hänsyn till den tid som förflutit sedan överträdelsen begicks kan ledning hämtas i HFD:s avgörande RÅ 2010 ref 79. Enligt avgiftsföreläggandet skedde nu aktuell överträdelse någon gång under perioden 18 mars – 23 april 2010. Det har således gått cirka tre år från överträdelsen till dess att anbudstiden löpte ut i aktuell upphandling.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av syftet med uteslutningsreglerna i 10 kap. 3 § LUF och med hänsyn till överträdelsens art och svårighetsgrad samt till den tid som förflutit sedan överträdelsen begicks att det inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen att vid tidpunkten för anbudstidens utgång utesluta Markona från upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Madeleine Benndorf

Rådman

Peter Collert 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.