



KLAGANDE

Kvalitetsflytt i Sverige AB, 556637-6710

Ombud: Advokat Sandra Hansson
Wesslau Söderqvist Väst HB

MOTPARTER

1. Borås Stad, Upphandlingsenheten

2. Ulricehamns kommun

3. Tranemo kommun

Ombud för 1–3: Jurist Rasmus Lundqvist
Borås Stad, Upphandlingsenheten

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 16 augusti 2019 i mål
nr 2330-19, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-10-07	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

2. Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom en ny kvalificering och utvärdering av anbudet.

YRKANDEN M.M.

Kvalitetsflytt i Sverige AB (bolaget) yrkar att kammarrätten meddelar prövningstillstånd och i första hand beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget kvalificerar sig för utvärdering samt i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Borås Stad, Upphandlingsenheten (Borås Stad) har medgett att bolaget inte har fått yttra sig enligt 13 kap. 4 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Förvaltningsrätten har också konstaterat att Borås Stad har brustit i sin skyldighet att höra bolaget enligt denna bestämmelse. Förvaltningsrätten har felaktigt bedömt att brottet mot denna bestämmelse i LOU läkts genom att bolaget getts tillfälle att yttra sig genom ansökan om överprövning. Borås Stads agerande har tvingat bolaget till att ansöka om överprövning med rättegångskostnader som följt. Bolaget skulle annars inte ha fått del av de uppgifter som Borås Stad grundat sitt beslut på och inte fått möjlighet att bemöta dessa.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målet till omedelbart avgörande.

Av tilldelningsbeslutet den 16 april 2019 framgår att Borås Stad har ansett att bolaget inte har uppfyllt ett av de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget gällande formell granskning i enlighet med LOU. I målet har dock framkommit att Borås Stads åtgärd mot bolaget inför tilldelningsbeslutet egentligen inneburit en uteslutning av bolaget på grund av bestämmelsen i 13 kap. 3 § 3 LOU. Detta innebär att kravet på kommunikering enligt 13 kap. 4 § LOU blir aktuellt.


Bestämmelsen i 13 kap. 4 § LOU om kommuniceringsskyldighet inför uteslutning saknar motsvarighet i den äldre lagen (2007:1091) om


offentlig upphandling. Vid införandet uttalades i förarbetena att detta moment är centralt för att proportionalitetsprincipen ska kunna iakttas när ett eventuellt beslut om uteslutning fattas (se prop. 2015/16:195 s. 1088).


I målet är ostridigt att Borås Stad inte har låtit bolaget yttra sig före beslutet om uteslutning av bolaget. Kammarrätten konstaterar att bestämmelsen i 13 kap. 4 § LOU inte innehåller några undantag för när kommunikering kan underlåtas. Beslutet att utesluta bolaget utan att kommunicering skett strider således mot LOU. Kammarrätten anser inte att detta förfarandefel enligt LOU kan läkas genom att bolaget, efter att ha ansökt om överprövning, istället har fått tillfälle av förvaltningsrätten att yttra sig över de aktuella omständigheter som ligger till grund för Borås Stads beslut. Borås Stads agerande får även anses ha medfört att bolaget kan komma att lida skada.

Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen på så sätt att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom en ny kvalificering och utvärdering av anbuden.

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


Anders Bengtsson
kammarrättsråd
ordförande


Hans-Olof Hallbäck
kammarrättsråd


Victor Ericsson
tf. kammarrättsassessor
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2019-08-16
Meddelad i Jönköping

Mål nr
2330-19

SÖKANDE

Kvalitetsflytt i Sverige AB, 556637-6710
Box 985
501 10 Borås

Ombud: Advokat Sandra Hansson
Wesslau Söderqvist Väst HB
Kyrkängsgatan 8
503 38 Borås

MOTPART

Borås Stad, Upphandlingsenheten
501 80 Borås

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Borås Stad, Ulricehamns kommun och Tranemo kommun (kommunerna) genomför en upphandling avseende flytt-tjänster (2018-00078IN). Upphandlingen omfattar behovet av ramavtal för sådana behov inom kommunernas samtliga verksamheter. I tilldelningsbeslut den 16 april 2019 har upphandlingen tilldelats tre olika leverantörer. Anbud från Kvalitetsflytt i Sverige AB (Kvalitetsflytt) har diskvalificerats från utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Kvalitetsflytt yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget kvalificerar sig för utvärdering, och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för yrkandena anförs bl.a. följande. Kommunerna har inte i enlighet med 13 kap. 4 § LOU gett Kvalitetsflytt möjlighet att yttra sig över de

omständigheter som skulle utgöra skäl för uteslutning. Om möjlighet till yttrande hade lämnats hade Kvalitetsflytt fullgjort kraven på formell granskning enligt 13 kap. LOU och skulle därmed rätteligen ha kvalificerats utvärdering. Den omständigheten att kommunerna inte har fullgjort sina förpliktelser enligt 13 kap. 4 § LOU gör i vilket fall att upphandlingen måste göras om. Kvalitetsflytt omsätter 50 miljoner kronor, och är en välanlitad flyttfirma med huvudsakligen mycket nöjda kundutlåtanden. Det är korrekt att vissa anställda har ett brokigt förflutet med ringa brottslighet i bagaget, där samtliga dock sonat sitt straff före anställning hos Kvalitetsflytt. Bolaget har utbildat dem och sett sitt åtagande som en samhällstjänst. Flertalet har skött sig mycket väl. De personer som nämns i kommunens säkerhetsutredning arbetar inte längre hos Kvalitetsflytt. Att en anställd skulle ha uppfört sig hotfullt mot en gymnasielev ser Kvalitetsflytt mycket allvarligt på. Emellertid har kommunen inte kontaktat bolaget med anledning av detta. Kvalitetsflytt hade i så fall vidtagit erforderliga åtgärder. Kvalitetsflytt lägger mycket stor vikt vid att de anställda sköter sina arbetsuppgifter på ett professionellt sätt och accepterar inget ansvarslost eller brottsligt beteende hos sina anställda på arbetstid. De anställda kontrolleras vid anställning och löpande, varvid den anställde kontaktas vid misstänkt beteende. I de allra flesta fall har den anställda lyckats hålla sig ifrån fortsatt brottslighet. Det möjligt att personer som är anställda i företaget kan ha begått brott utanför arbetstid men då uppstår frågan om vilken typ av brott och i vilken proportion det står i förhållande till den tjänst som Kvalitetsflytt utför. Man får skilja på en chaufför som gjort sig skyldig till rattfylleri eller om det rör sig om en expressarbetare vars uppgift endast är att bära gods. Dock kan inte arbetsgivaren hållas ansvarig för vad de anställda gör på sin fritid. Därtill har bolaget 70–100 anställda. Kvalitetsflytt har på alla sätt hållit sin redbarhet och rykte oerhört högt och agerat helt i enlighet med vad som kan krävas av en arbetsgivare. På intet sätt har man brustit i sin yrkesutövning i förhållande till 13 kap. 3 § LOU. Kvalitetsflytt har under det pågående avtalet

med kommunerna utfört flytt- och flyttstädstjänster motsvarande cirka 19 000 timmar, och det enda klagomål som inkommit har rört en faktura.

Kommunerna motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Såsom framgår av säkerhetsutredningen har flertalet anställda hos Kvalitetsflytt dömts för brott som utifrån verksamhetens art får ses som allvarliga. Det handlar bl.a. om rattfylleri, narkotikabrott, olovlig körning, misshandel, försök till mord, olaga hot och stöld. Flera av brotten har förekommit medan personen utförde sin tjänst hos Kvalitetsflytt. Utöver domarna har det även framkommit att en anställd misstänks för olaga hot mot en gymnasieelev. Händelsen ska ha påbörjats under ett flyttuppdrag och har polisanmälts. De händelser som beskrivits ställer stora krav på Kvalitetsflytt som arbetsgivare när det kommer till hur man arbetar med rehabilitering och handlingsplaner för den del av personalen som behöver sådant stöd. Med tanke på mängden händelser under så pass kort tid bedöms att företaget inte gör ett tillräckligt arbete med den del av personalen som har exempelvis drogproblem. Detta innebär en överhängande risk för incidenter i kommunernas verksamhet i samband med ett flyttuppdrag, en risk som personal, barn och elever samt boende inte får utsättas för. Kvalitetsflytt har brustit i kontrollen över sin personal på ett sätt som kan ses som ett allvarligt fel i yrkesutövningen, som innebär orimliga risker om personalen ges tillträde till kommunernas lokaler framförallt i skolor. Det är osannolikt att Kvalitetsflytt inte känt till bristerna och det får i så fall anses vara ännu tydligare att de brustit i kontrollen över sin personal. Händelserna är så pass allvarliga att det inte förelåg någon anledning för Kvalitetsflytt att yttra sig över dessa. Med tanke på att nuvarande avtal löper ut inom kort har ansetts att det inte funnits möjlighet att påverka utförandet av detta.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 13 kap. 3 § 3 LOU framgår att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om myndigheten kan visa att leverantören gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas.

En upphandlande myndighet ska enligt 13 kap. 4 § LOU, innan den beslutar att utesluta en leverantör, ge leverantören tillfälle att inom en bestämd tid yttra sig över de omständigheter som enligt myndigheten utgör skäl för uteslutning.

Enligt 13 kap. 5 § LOU ska en leverantör som omfattas av någon uteslutningsgrund enligt 1 eller 3 § inte uteslutas, om leverantören visar att den är tillförlitlig genom att ha ersatt eller åtagit sig att ersätta skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet, klargjort förhållanden och omständigheter på ett uttömmande sätt genom att aktivt samarbeta med de utredande myndigheterna, och vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personalmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra brott eller missförhållanden. De åtgärder som leverantören har vidtagit ska bedömas

med beaktande av brottets eller missförhållandets allvar och de särskilda omständigheterna kring dessa.

Utredningen

I målet finns bl.a. kommunens säkerhetsutredning, dess tjänsteanteckning med anledning av en hotad elev och två brottmålsdomar, som förvaltningsrätten har tagit del av.

I punkten 4.2.3 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. att personal inte får röka och ska vara drog- och alkoholfri under utförandet av tjänster. Under punkten 6.5 anges bl.a. att personal inte får ha rapporterats, anmälts eller ha anmärkningar gällande misskötsamhet, skadegörelse, olaga hot, ofredande, förföljelse, stöld, rattfylleri, narkotikabrott eller någon typ av våldsbrott i sin tjänsteutövning.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan förvaltningsrätten har att ta ställning i målet är om kommunerna har haft rätt att utesluta Kvalitetsflytt från upphandlingen på grund av att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. En upphandlande myndighet kan enligt 13 kap. 7 § LOU när som helst under en upphandling utesluta en leverantör från att delta i upphandlingen, om det visar sig att det finns grund för uteslutning. Enligt 13 kap. 3 § första stycket 3 LOU får en upphandlande myndighet utesluta en leverantör från att delta i en upphandling om myndigheten kan visa att leverantören har gjort sig skyldig till något allvarligt fel i yrkesutövningen som gör att leverantörens redbarhet kan ifrågasättas.

Kommunerna har bekräftat att bolaget i enlighet med 13 kap. 4 § LOU inte fått möjlighet att bemöta huruvida fel i yrkesutövningen har begåtts. Förvaltningsrätten anser dock inte att den omständigheten att bristerna skulle vara särskilt allvarliga medför rätt att underlåta att bolaget får möjlighet att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING

DOM

bemöda dessa. Emellertid har denna brist läkts genom att Kvalitetsflytt under målets handläggning i förvaltningsrätten har fått yttra sig med anledning av de påstådda bristerna och även fått se aktuell utredning.

Begreppet fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den aktuella aktörens trovärdighet i professionellt avseende. Allvarligt fel syftar på ett agerande av aktören som tyder på uppsåt eller vårdslöshet i viss omfattning. Vidare fordras inte en lagakraftvunnen dom för att slå fast att det har begåtts fel i yrkesutövningen (C-465/11 Forposta). Enligt Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 61 innebär beviskravet *visa* att upphandlande myndighet har att göra sannolikt att leverantören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen, bl.a. eftersom den upphandlande myndigheten har intresse av att inte behöva sluta avtal med oseriösa aktörer och andra leverantörers intresse av att kunna konkurrera på lika villkor. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 8 juli 2009 i mål nr 1406–09 uttalat att det inte kan krävas att en företrädare personligen har gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen, utan det är tillräckligt att företrädaren kan lastas för detta. I målet bedömdes att företrädare för ett bolag kunde lastas för de fel som begåtts i bolaget eftersom det rörde sig om fel av sådan art som ytterst kan läggas ledningen för en verksamhet till last.

Förvaltningsrätten anser att åberopad förföljelse och hot av en gymnasielev i sig utgör en allvarlig omständighet, eftersom upprinnelsen var ett flyttuppdrag. Också att en anställd intar alkohol till klockan tre på natten för att därefter börja arbeta med flyttuppdrag på morgonen och sedan påverkad köra lastbil får ses ytterst anmärkningsvärt. Vidare beskrivs i säkerhetsutredningen att ytterligare anställda (flertalet under perioden oktober 2018 – februari 2019) lagförts för ringa stöld, ringa narkotikabrott, olovlig körning, rattfylleri, brott mot knivlagen, misshandel, ofredande, bedrägeri och grov

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM

olovlig körning. Även om sistnämnda händelser och en händelse där en anställd döms för försök till mord och synnerligen grov misshandel inte i sig nödvändigtvis utgör en allvarlig brist eftersom de må ha ägt rum utanför tjänsteutövning, anser förvaltningsrätten att kommunernas utredning sammantaget visar att allvarliga brister har förelegat som gör att Kvalitetsflytts redbarhet kan ifrågasättas. Vad bolaget bl.a. har anfört om att adekvata arbetsrättsliga åtgärder har vidtagits eller att utpekade anställda själva har slutat förändrar inte den bedömningen.

Den slutliga frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är därefter om en uteslutning kan anses proportionell med hänsyn till det fel som begåtts i yrkesutövningen. Hänsyn måste då tas till bl.a. verksamhetens karaktär och omfattning. Graden av allvar bör också påverkas av vad som förekommit efter att felen begåtts och vad som med fog kan förväntas om ett nytt avtal ingås (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 december 2012 i mål nr 2022-12). Kommunerna har påtalat anfört vikten av att samarbeta med leverantörer som har ett tillräckligt arbete för att hantera anställda med exempelvis drogproblem i syfte att incidenter undviks. Sammantaget kan det inte anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolaget från upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).

Johanna Ekbäck

Rådmannen Johanna Ekbäck har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Anders Sanner.



SVERIGES DOMSTOLAR

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 (söndagsregeln).

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 (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 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. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e 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.