



KLAGANDE

D.N. Trädgård & Markskötsel KB, 969684-7251

Ombud: Jur.kand. Gunnar Andersson
Garvar Lundins gränd 5, 5 tr
112 20 Stockholm

MOTPART

Sollentuna kommun

Ombud: Advokaten Johan Carle och biträdande juristen Anna Lapinska
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

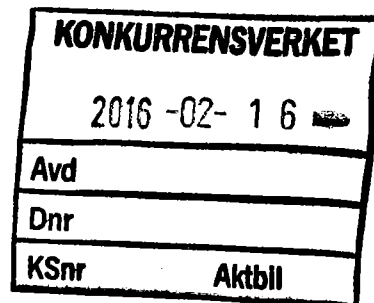
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 10 juli 2015 i mål nr 4551-15,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avvisar yrkandet om överprövning av ingångna avtals giltighet.
 2. Kammarrätten avslår överklagandet i övrigt.
-



YRKANDEN M.M.

D.N. Trädgård & Markskötsel KB yrkar att kammarrätten ska besluta att Sollentuna kommuns beslut att utesluta bolaget från deltagandet i kommunens upphandling av markskötselentreprenad, barmarksskötsel och vinterväghållning av skolor, förskolor, LSS-boenden m.m., dnr 2014/1043 TFN.158 (upphandlingen) var felaktigt. Bolaget yrkar vidare att kammarrätten, för det fall kommunen har ingått avtal med annan leverantör, förklarar det avtalet ogiltigt.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Förvaltningsrätten har vid sin bedömning av om en av bolagets företrädare har gjort sig skyldig till ett så allvarligt fel i yrkesutövningen att det funnits grund för uteslutning med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 4 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), utgått från den dag domen i skattemålet mot bolagets tidigare företrädare Mustapha Ben Dharir vann laga kraft, dvs. den 21 juni 2011. Förvaltningsrätten har mot den bakgrunden funnit att för kort tid förflutit fram till tilldelningsbeslutet för att domen ska lämnas utan avseende. Enligt bolaget ska den relevanta tiden beräknas med utgångspunkt från när de påstådda felen i yrkesutövningen skulle ha skett, dvs. i nu aktuellt fall under 2005 och 2006. Då närmare tio år har förflutit från det förmenta felet i Mustapha Ben Dharirs yrkesutövning borde det inte vara möjligt att diskvalificera en leverantör från den offentliga marknaden. Uteslutningsgrunderna ska inte användas för att straffa leverantörer. Vid proportionalitetsbedömningen ska dels tidsaspekten vägas in, dels allvaret i överträdelsen. Vad gäller det sistnämnda kriteriet är det som framgår av senare rättspraxis tveksamt om Mustapha Ben Dharir överhuvudtaget skulle ha ålagts betalningsskyldighet för de skatter varom fråga var.

Kommunen bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. Kommunen yrkar även att bolagets yrkande om överprövning av avtals giltighet ska avvisas.

Kommunen anför bl.a. följande. Bolaget har inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Detta innebär att bolaget aldrig kan komma i fråga för tilldelning av kontrakt i upphandlingen samt att bolaget inte kan anses lida skada. Det saknas därför anledning att pröva om kommunen haft skäl för sitt beslut att utesluta bolaget från deltagande i upphandlingen. Bolagets anbud måste, enligt upphandlingsföreskrifternas avsnitt UF3.512 punkt G, innehålla bl.a. ett CV för platschefer. Bolaget har till sitt anbud bifogat dokumentet "Platsorganisation" vari en platschef finns angiven. Något CV finns emellertid inte bifogat, varför det kan konstateras att bolaget inte uppfyller aktuellt obligatoriskt krav i upphandlingen. Vidare måste bolagets anbud innehålla en redovisning av tre arbetsledare varvid det tydligt ska framgå vem som är arbetsledare för respektive entreprenad. Bolaget synes inte ha gjort detta och uppfyller därför inte aktuellt obligatoriskt krav i upphandlingen. Bolagets anbud måste även, enligt upphandlingsföreskrifternas avsnitt UF3.512 punkt F, innehålla en redovisning av två referensuppdrag där båda uppdragen avser barmarksskötsel och vinterväghållning i den omfattning som följer av föreskrifterna. Bolaget har angivit två referensuppdrag, för Tyresö kommun respektive för NCC Construction. Referensuppdraget för NCC beskrivs enligt följande: "Här sköter vi garantiåtaganden sedan 2008 åt NCC vid nybyggnad av fastigheter, skolor, daghem etc. Mestadels markskötsel under barmarkperioden men även viss snöskottning ingår." Eftersom "viss snöskottning" inte är jämförbart med vinterväghållning i den mening som avses i upphandlingen kan det konstateras att bolaget inte uppfyller aktuellt obligatoriskt krav.

För det fall rätten skulle finna att bolaget har visat att det har lidit eller riskerar att lida skada har uteslutningen i vart fall skett i enlighet med LOU. Det är den upphandlande myndigheten som har att göra sannolikt att leverantören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Med hänsyn till denna bevisbörda bör den relevanta tiden, som tidigast, beräknas med utgångspunkt från när det allvarliga felet i yrkesutövningen hade kunnat göras sannolikt. För det fall motsatt ståndpunkt skulle intas är

riskerna att allvarliga fel i yrkesutövningen, som inte har kunnat göras sannolika förrän lång tid passerat från att de ägde rum, aldrig kan läggas till grund för uteslutning. En sådan ordning vore, mot bakgrund av syftet med bestämmelsen, naturligtvis inte lämplig. Kommunen har tidigast vid tiden för Skatteverkets omprövningsbeslut, dvs. den 26 september 2008, kunnat göra det allvarliga felet i yrkesutövningen sannolikt. Medvetet användande av osanna fakturor i syfte att undgå beskattning är ett mycket allvarligt fel i yrkesutövningen. Agerandet är uppsåtligt och resulterar i att medel undanhålls det allmänna. Kommunen har ett berättigat intresse av att inte anlita leverantörer vars företrädare har gjort sig skyldiga till sådan brottslighet. Mot bakgrund av detta är det således proportionerligt att utesluta bolaget ur upphandlingen oaktat att viss tid har förflutit sedan Skatteverkets beslut den 26 september 2008, som fastställdes av Kammarrätten i Stockholm i dom den 10 februari 2011. Även för det fall kammarrätten skulle finna att den relevanta tiden ska beräknas med utgångspunkt från när felen i yrkesutövningen ägde rum, så har uteslutningen, med beaktande av allvarlighetsgraden på det konstaterade felet i yrkesutövningen, varit proportionerlig.

Såvitt gäller yrkandet om överprövning av avtals giltighet har kommunen ännu inte ingått avtal i upphandlingen. Det finns därför inget avtal som kan bli föremål för överprövning av avtals giltighet i detta mål.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

Av 1 kap. 9 § LOU följer att 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.

En leverantör får, enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU, uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta. Är leverantören en juridisk person, får leverantören, enligt andra stycket samma bestämmelse, uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4.

Kammarrättens bedömning

Fråga om avtals giltighet

Det har i målet inte framkommit att det ingåtts något avtal i upphandlingen, varför kammarrätten inte kan pröva frågan om avtals giltighet. Yrkandet om överprövning av avtals giltighet ska därför avvisas.

Betydelsen av ett nytt tilldelningsbeslut

Kommunen har den 19 maj 2015 fattat ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen, varför det tilldelningsbeslut som nu är under prövning inte längre gäller. Något vägledande avgörande rörande vilken betydelse detta har för överprövningen av det första tilldelningsbeslutet finns inte. Kammarrätten finner att det inte står klart att ändamålet med överklagandet har förfallit och att det finns skäl att pröva målet i sak.

Uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen

Inledningsvis gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten i fråga om att Mustapha Ben Dharir vid tidpunkten för anbudsgivningen har haft en sådan ställning i bolaget att han är att betrakta som dess företrädare.

När det sedan gäller frågan om Mustapha Ben Dharir såsom bolagets företrädare har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen gör kammarrätten följande bedömning.

Enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU är det den upphandlande myndigheten som ska visa att det föreligger sådana missförhållanden som utgör ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Enligt uttalanden i Högsta förvaltningsdomstolens (HFD) avgörande HFD 2013 ref. 61 menas med "visa" att den upphandlande myndigheten ska göra det sannolikt att leverantören har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Kommunen har som grund för uteslutningen av bolaget åberopat en dom från kammarrätten avseende ett annat bolag som Mustapha Ben Dharir varit företrädare för avseende bl.a. inkomsttaxering 2006 och 2007, vari det framgår att Mustapha Ben Dharir använt sig av ett förfarande med så kallade osanna fakturor under taxeringsåren 2006 och 2007. I likhet med förvaltningsrätten anser kammarrätten att kommunen genom den åberopade skattedomen har visat att en företrädare för bolaget har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen (jfr. Kammarrättens i Stockholm dom den 7 oktober 2011 i mål nr 4809-11).

Nästa fråga som kammarrätten har att ta ställning till är om det kan anses proportionerligt att lägga Mustapha Ben Dharirs förfarande med så kallade osanna fakturor till grund för att utesluta bolaget från tilldelning av kontrakt. Kammarrätten anser att motsvarande proportionalitetsbedömning som framgår av HFD:s avgörande RÅ 2010 ref. 79 angående uteslutning på grund av brott också bör kunna tillämpas i ärenden om uteslutning på grund av allvarliga fel i yrkesutövningen. Det är således det aktuella förfarandets svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt samt den tid som har förflutit som ska beaktas vid proportionalitetsbedömningen.

Angående det aktuella förfarandets svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt anser kammarrätten att förfarandet att använda sig av så kallade osanna fakturor är ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som är

av det mer allvarliga slaget med hänsyn dels till det förslagna tillvägagångssättet, dels till konsekvenserna av sådant förfarande.

När det gäller hur ”den tid som har förflutit” ska beräknas var det i avgörandet RÅ 2010 ref. 79 den tid som hade förflutit mellan det att brotten begicks och tidpunkten för anbudstidens utgång som beaktades. Motsvarande bör gälla också i fråga om missförhållanden som utgör allvarliga fel i yrkesutövningen. Följaktligen är det tiden mellan det aktuella förfarandet med de så kallade osanna fakturorna och tidpunkten för anbudstidens utgång som bör beaktas i detta mål. Vad kommunen har anfört i denna del föranleder ingen annan bedömning.

Förfarandet med så kallade osanna fakturor som är aktuella i detta mål avser taxeringsåren 2006-2007 och skedde således under åren 2005 och 2006. Anbudstiden i den aktuella upphandlingen gick ut den 14 januari 2015. Det har alltså förflutit cirka tio år från förfarandet år 2005 och cirka nio år från förfarandet år 2006.

Vid en sammantagen bedömning anser kammarrätten att det vid anbudstidens utgång hade passerat så lång tid sedan användningen av de osanna fakturorna att det inte kan anses proportionerligt att utesluta bolaget från den aktuella upphandlingen på den aktuella grunden. Kommunen har således inte haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget med hänvisning till att bolagets företrädare har gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen.

Fråga om skada och nya omständigheter

Kommunen har anfört att bolaget inte har visat att det har lidit skada då bolaget ändå inte har uppfyllt alla obligatoriska krav i upphandlingsföreskrifterna och därför aldrig skulle kunnat komma i fråga för tilldelning av kontrakt. Såsom bolagets talan får förstås anser bolaget att kammarrätten inte kan pröva de av kommunen i denna del anförda invändningarna inom ramen för detta mål.

Överprövningen enligt 16 kap. LOU tar sikte på om den upphandlande myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (jfr HFD 2013 ref. 5).

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att kommunen har förkastat bolagets anbud och som grund angett 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU – allvarligt fel i yrkesutövningen. I den situationen var inte kommunen skyldig att pröva om det i upphandlingen fanns ytterligare grunder för att förkasta anbudet.

Kammarrätten anser att den fråga som bolaget har väckt i sin ansökan – om bolagets anbud borde ha förkastats eller inte – inte ändras i och med att kommunen anför nya grunder för uteslutning (jfr. HFD 2013 ref. 5). Kommunens invändning innebär inte heller att bolagets eller annan anbudsgivares ställning i upphandlingen ändras. Slutligen konstaterar kammarrätten att bolaget inte riskerar att hamna i ett sämre läge efter att ha ansökt om överprövning eftersom bolaget redan var uteslutet på en annan grund.

Vidare kan det konstateras att kommunen redan i förvaltningsrätten på ett klart sätt har angett vilka omständigheter den har lagt till grund för sin invändning att bolaget inte kan anses ha visat att det har lidit, eller riskerar att lida, skada. Bolaget har även getts tillfälle både i förvaltningsrätten och i kammarrätten att bemöta de anförda omständigheterna. Mot denna bakgrund anser kammarrätten att det inte föreligger något hinder för domstolen att pröva invändningen som första instans. Kammarrätten har därför att ta ställning till om bolaget kan anses ha visat att det har lidit eller riskerar att lida skada.

I upphandlingsföreskrifterna UF3.512 punkt F anges bl.a. att ”Anbudsgivaren ska redovisa två referensuppdrag avseende där båda uppdragen avser barmarksskötsel och vinterväghållning”. I UF1 i

föreskrifterna anges bl.a. att "Vinterväghållning omfattar jour (beredskap), snöröjning och halkbekämpning". Kommunen har anfört att det av bolaget lämnade referensuppdraget för NCC inte uppfyller föreskrifternas krav på vinterväghållning. Det aktuella referensuppdraget beskrivs bl.a. enligt följande; "Mestadels markskötsel under barmarksperioden men även viss snöskottning ingår". Kammarrätten anser att det inte går att utläsa av det aktuella referensuppdraget att det uppfyller de krav på vinterväghållning som uppställs i föreskrifterna. Av ovan nämnda beskrivning framgår varken att referensuppdraget har avsett jour (beredskap) eller halkbekämpning. Bolaget har således inte uppfyllt kravet att redovisa två referensuppdrag där båda uppdragen avser barmarksskötsel och vinterväghållning.

Vidare anges i föreskrifterna UF3.512 punkt G bl.a. att "Anbudsgivare ska bifoga utförliga CV för platschef, arbetsledare eller motsvarande och deras ersättare. Vid anbud på fler än en entreprenad ska en arbetsledare redovisas per entreprenad. Det ska tydligt framgå vem som är arbetsledare för respektive entreprenad". Kommunen har anfört att bolaget inte har bifogat CV för en platschef, inte har redovisat tre arbetsledare och inte heller har redovisat vem som är arbetsledare för respektive entreprenad. Kammarrätten konstaterar i denna del att bolaget har bifogat dokumentet "Platsorganisation" vari man bl.a. har redovisat en arbetsledare och tre lagbaser. Bolaget har vidare bifogat CV för dessa personer. Av anbudet framgår att dessa fyra personer motsvarar en platschef och tre arbetsledare. Kammarrätten anser därför att bolaget har uppfyllt kraven på att bifoga CV för en motsvarande platschef samt kravet på att redovisa tre stycken arbetsledare. Det går däremot inte, enligt kammarrättens mening, att utläsa av anbudet vilken av de tre redovisade arbetsledarna som avser vilken entreprenad. Bolaget har således inte uppfyllt kravet på att det av anbudet tydligt ska framgå vem som är arbetsledare för respektive entreprenad.

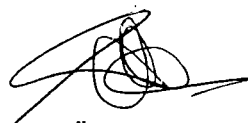
Sammanfattningsvis finner kammarrätten att bolaget inte har uppfyllt ovan redovisade obligatoriska krav i upphandlingsföreskrifterna, varför bolaget inte hade kunnat bli aktuellt för tilldelning av kontrakt. Bolaget kan därför

inte anses ha visat att det har lidit eller riskerar att lida skada till följd av att bolaget uteslutits från upphandlingen med hänvisning till att en av företrädarna för bolaget gjort sig skyldig till ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Överklagandet ska därför avslås.

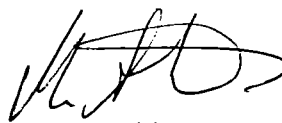
Upplysningsvis

Kammarrätten har denna dag beslutat att inte meddela prövningstillstånd i mål nr 6655-15, rörande ansökan om överprövning i samma upphandling.

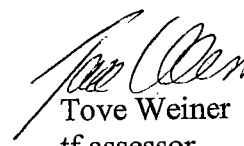
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Eva Östman Johansson
kammarrättsråd
ordförande



Mona Aldestam
kammarrättsråd
referent



Tove Weiner
tf assessor



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 32

DOM
2015-07-10
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
4551-15

Bilaga A

SÖKANDE

D.N. Trädgård & Märkskötsel Kommanditbolag, 969684-7251
Gråhundsvägen 82
128 62 Sköndal

Ombud: jur.kand. Gunnar Andersson
Juristfirman G Andersson & Co KB
Garvar Lundins gränd 5, 5 tr
112 20 Stockholm

MOTPART

Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

Ombud:
Advokat Ola Axelsson
Advokat Johan Carle
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om att domstolen avskriver målet från vidare handläggning.

Förvaltningsrätten avvisar yrkandet om överprövning av ingångna avtals giltighet.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

YRKANDEN M.M.

Sollentuna kommun (kommunen) genomför en upphandling gällande markskötselentreprenad, barmarksskötsel och vinterväghållning av skolor, förskolor, LSS-boenden m.m. 2014/1043. Tilldelningsbeslut i upphandlingen meddelades den 26 februari 2015 samt den 19 maj 2015.

D.N. Trädgård & Markskötsel Kommanditbolag (bolaget) yrkar att kommunens beslut att utesluta dem från deltagande i upphandlingen undanröjs och att en ny upphandling görs med beaktande av bolagets anbud. Bolaget yrkar även att domstolen överprövar ingångna avtals giltighet och förklarar dem ogiltiga. Till stöd för ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Den företrädare som kommunen åsyftat Mustapha Ben Dharir var vid tilldelningsbeslutet den 26 februari 2015 inte företrädare för bolaget. Som framgår av utdrag från Bolagsverkets näringslivsregister har ändringsansökan härom inkommit till Bolagsverket den 20 februari 2015 som lett till registrering där den 2 mars 2015. Kommunen hade därmed inte rätt att lagligen utesluta bolaget då den åberopade omständigheten inte var gällande vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet.

Det är förhållandet vid tidpunkten för tilldelning som är avgörande. Hade kommunen vid tidpunkten för tilldelning gjort en kontroll mot Bolagsverkets näringslivsregister eller beställt ett registreringsbevis samma dag hade det framkommit att ett ärende för registrering av ny företrädare ingivits till Bolagsverket den 20 februari 2015. Denna kontroll gjordes inte av kommunen. Det framgår med all tydlighet av de ingivna yttrandena och domarna i det aktuella skattemålet att det inte finns någon som helst bevisning för att han skulle ägnat sig åt oseriös verksamhet och nyttjande av s.k. "osanna fakturor" i sin yrkesutövning 2005 och 2006. De handlingar som läggs honom till last har överhuvudtaget inte varit föremål för någon som helst polisundretning. Inga medel har återbördats till honom.

I Mustapha Ben Dharirs fall avser den av kommunen åberopade kammarrättsdomen förhållanden som inträffade 2005 och 2006. I hans fall vann inte Skatteverket gehör för sina krav hos förvaltningsrätten medan däremot kammarrätten valde att gå på Skatteverkets linje. Förhållanden som ligger nio – tio år tillbaka i tiden kan inte vägas in i bedömning i sig mot bakgrund av den långa tid som förflutit. Det är inte fråga om några brister i Mustapha Ben Dharirs yrkesutövning utan en orimlig bevisvärdering hos domstolen.

Det är först genom Högsta förvaltningsdomstolens domar år 2012 som försök gjorts att strama upp beviskraven. Mustapha Ben Dharir använde sig därefter av det enda remedium som stod till hans förfogande – eftersom tidpunkten att begära omprövning av taxeringen utlöpt – nämligen att förmå Skatteverket att själv öppna en omprövning. Detta ville inte Skatteverket medverka till då myndigheten då hade fått medge sina egna misstag och felaktiga beslut. Som framgår av bifogad kreditupplysning är Mustapha Ben Dharir en oförvitlig medborgare som i alla år betalat skatter och avgifter på sina inkomster och han förtjänar inte att bli behandlad som en oseriös företagare.

Då bolagets anbud för de tre aktuella områdena prismässigt understeg övriga anbudsgivares anbud och med de utmärkta referenserna som bolaget har genom mångårigt arbete utfört åt andra offentliga och privata beställare talar allt för att bolagets anbud var det prismässigt mest fördelaktiga anbudet.

Sollentuna kommun (kommunen) bestrider bifall till ansökan och yrkar att målet avskrivs från vidare handläggning vid domstolen. Kommunen anför i huvudsak följande. En komplementär i ett kommanditbolag är att anse som en företrädare för kommanditbolaget i den mening som avses i 10 kap. 2 § 4 p LOU. Bolaget har till sitt anbud i upphandlingen bilagt en s.k. företags-

rapport från Business Check. I detta dokument anges att Mustapha Ben Dahrir är komplementär i bolaget. Tilldelningsbeslut och beslutet att utesluta bolaget från upphandlingen meddelades den 26 februari 2015. Mustapha Ben Dahrir var vid denna tidpunkt, och alltsedan den 6 oktober 2008, registrerad i handelsregistret (och därmed i Näringslivsregistret) som komplementär i bolaget. Som framgår var det först den 2 mars 2015 som det registrerades i handelsregistret att Mustapha Ben Dahrir inte längre var komplementär i bolaget. En upphandlande myndighet måste, såvitt avser frågan om vem som är företrädare för ett bolag, ha rätt att förlita sig på uppgifter i det aktuella bolagets eget anbud och på uppgifter som registrerats i handelsregistret. Det kan i sammanhanget noteras att en avgången bolagsman i ett kommanditbolag kan ådra sig ansvar för nya förpliktelser gentemot medkontrahent som varken insett eller bort inse att bolagsmannen avgått. I doktrinen anges därvid att medkontrahenten inte bör ha någon särskild undersökningsplikt i fråga om den som är registrerad som bolagsman i handelsregistret.

Till bolagets anbud i upphandlingen har också bilagts ett dokument rubricerat platsorganisation. Detta dokument innehåller ett organisationschema, av vilket framgår att Mustapha Ben Dahrir är bolagets platschef och personalchef. Också i egenskap av bolagets platschef och personalchef är han att anse som företrädare för bolaget i den mening som avses i LOU.

Vid erhållandet av bolagets anbud och därmed sammanhängande kontroll av inbetalda skatter och avgifter reagerade kommunen på att bolagets inbetalda arbetsgivaravgifter under senare tid framstod som låga i förhållande till antalet anställda enligt anbudet. När kommunen ställde kontrollfråga avseende detta till bolaget uppgav bolagets företrädare att bolagets revisor gjort fel och att för låga belopp därför satts in på skattekontot. Det var i samband med den ovan nämnda kontrollen som kommunen också noterade kammarrättens tidigare dom. Kammarrättens dom avser taxeringsåren 2006

– 2007. Såvitt avser taxeringsåret 2007 fann kammarrätten i likhet med Skatteverket att Mustapha Ben Dahrirs inkomst av tjänst skulle höjas med 380 700 kronor på grund av användandet av s.k. osanna fakturor.

Medvetet användande av osanna fakturor i syfte att undgå beskattning måste betraktas som ett mycket allvarligt fel i yrkesutövningen. Agerandet är uppsåtligt och resulterar i att medel undanhålls det allmänna. Det var således proportionerligt att utesluta bolaget från upphandlingen oaktat att viss tid förflutit sedan de händelser som föranledde kammarrättens dom.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att det inte framkommit i ingivna handlingar till domstolen att det ingåtts avtal i upphandlingen. Förvaltningsrätten kan därför inte pröva i upphandlingen ingångna avtals giltighet. Yrkandet härom ska således avvisas.

Kommunen har i upphandlingen den 19 maj 2015 meddelat ett ytterligare tilldelningsbeslut. Detta förhållande medför inte att domstolen är förhindrad att pröva det första tilldelningsbeslutet i upphandlingen (jmf. bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 24 april 2010 i mål 1434-10). Kommunens yrkande om att målet ska avskrivas på grund av att det meddelats ett nytt tilldelningsbeslut ska därför avslås.

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också

att det visas att sökanden lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Fråga i målet är om kommunen har visat att företrädare för bolaget har gjort sig skyldig till så allvarliga fel i yrkesutövningen att det funnits grund för uteslutning från den aktuella upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU.

Inledningsvis har domstolen att pröva om Mustapha Ben Dahrir att anse som företrädare för bolaget i den mening som avses i 10 kap. 2 § LOU.

I RÅ 2010 ref. 79 har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att det är förhållandena vid tiden för anbudsgivningen som är relevanta vid bedömningen av om någon kan anses som företrädare för en leverantör.

Av anbudets företagsrapport från Business Check som ingavs med anbudet framgår att Mustapha Ben Dahrir är komplementär i bolaget. Förvaltningsrätten finner att han därmed vid tidpunkten för anbudsgivningen får anses ha haft en sådan ställning i bolaget att han är att betrakta som dess företrädare i enlighet med vad som avses i 10 kap. 2 § LOU.

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 förevarande mål har kommunen åberopat en dom från kammarrätten avseende Mustapha Ben Dahrirs inkomsttaxeringar 2006 och 2007 i vilken fastslagits att s.k. osanna fakturor använts. Förvaltningsrätten anser att kommunen genom den åberopade skattedomen visat att Mustapha Ben

Dahir som företrädare har gjort sig skyldig till ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i den aktuella bestämmelsen.

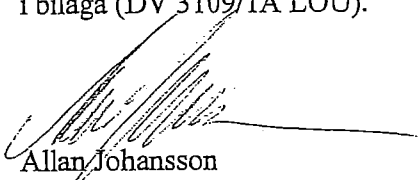
När det sedan gäller frågan om det kan anses proportionerligt att lägga överträdelsen till grund för uteslutning bör den tid som har förflutit från tidpunkten mellan överträdelsen och uteslutningen beaktas.

Den åberopade domen från kammarrätten vann laga kraft den 21 juni 2011 genom att Högsta förvaltningsdomstolen inte meddelade prövningstillstånd. I förevarande fall har det förflutit cirka fyra år från dess att kammarrättens dom vann laga kraft till dess att tiden för anbud gick ut. Enligt förvaltningsrättens mening kan med hänsyn till felets svårighetsgrad och karakter 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).

Vad bolaget anfört visar inte att kommunen har brutit mot någon av de grundläggande principer som följer av LOU. Kommunen har därför haft rätt att utesluta bolaget från upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Allan Johansson

F.d. rådman

Föredragande har varit Marie Englund.



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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 avtal inte får ingås, 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.