



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

**DOM**  
2013-05-31  
Meddelad i  
Uppsala

Mål nr  
1442-13 E  
Enhet 2

**SÖKANDE**

Markona AB, 556483-3654

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013-06-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**MOTPARTER**

1. Uppsala kommun, Kommunledningskontoret, Upphandling  
753 75 Uppsala

2. Uppsala Vatten och Avfall AB, 556025-0051  
751 44 Uppsala

**SAKEN**

Lagen om offentlig upphandling, LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

## BAKGRUND OCH YRKANDE

**Uppsala kommun** tillsammans med **Uppsala Vatten och Avfall AB** (kommunen) genomför en öppen upphandling gällande inhyrning av anläggningsmaskiner med förare, dnr 12-060 (upphandlingen). Av det tilldelningsbeslut som meddelats den 11 mars 2013 framgår att **Markona AB** (Markona) har uteslutits ur upphandlingen på den grunden att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Felet har bestått i att bolaget överträtt förbudet mot konkurrensbegränsande samarbete i 2 kap. 1 § konkurrenslagen (2008:579), KL, genom att ingå avtal eller tillämpa samordnat förfarande som haft till syfte att hindra, begränsa, eller snedvrída konkurrensen på marknaden på ett märkbart sätt.

**Markona** begär överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse vidtagits. Rättelsen ska bestå i att Markona inte ska uteslutas från kvalificeringsprövningen och att en ny anbudsutvärdering görs varvid ett nytt tilldelningsbeslut fattas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

**Kommunen** motsätter sig bifall till bolagets ansökan om överprövning.

## OMSTÄNDIGHETER SOM ÅBEROPAS I MÅLET

### Markona

Markona gör gällande att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt de EU-rättsliga regler som lagen grundas på genom att utesluta Markona från deltagande i upphandlingen. Markona har inte gjort sig skyldigt till något sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kommunen påstår.

Det är riktigt att Markona (tidigare Uppsala Asfaltanläggningar AB, ASFAB) godtagit ett avgiftsföreläggande av Konkurrensverket. Föreläggandet avsåg en upphandling av Vattenfall under våren 2010 och avgiften

uppgick till 293 000 kronor. Denna omständighet är dock inte, särskilt med hänsyn till den lagfästa proportionalitetsprincipen, sådan att den i det aktuella fallet kan anses utgöra ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som får medföra uteslutning. Genom att felaktigt utesluta Markona från upphandlingen, där Markona annars skulle ha tilldelats kontrakt, har Markona lidit eller kan komma att lida skada.

#### Inte fel i yrkesutövningen

Det fel som läggs Markona till last i den aktuella upphandlingen tar inte sikte på Markonas verksamhet. Felet saknar även relevans för den aktuella upphandlingen vars syfte är att finna kvalificerade entreprenörer för inhyring av anläggningsmaskiner med förare till de för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga villkoren.

#### Inte allvarligt fel

Även för det fall rätten skulle finna att Markonas överträdelse av 2 kap. 1 § KL utgör ett fel i yrkesutövningen som avses i 10 kap. 2 § fjärde punkten LOU så är det inte frågan om ett sådant allvarligt fel som avses i stadgandet.

När det gäller den avgift Markona förelades av Konkurrensverket att betala så beräknades denna genom en procentsats av bolagets omsättning på den aktuella marknaden som överträdelsen avsåg beroende av överträdelsens allvar och varaktighet. Den högsta procentsatsen av omsättningen är 10 procent. Allvarlighetsbeloppet för Markona bedömdes till 4 procent vilket innebär att det rör sig om den nedre hälften på allvarlighetsskalan.

Konkurrensverket har inte någonstans i sitt beslut konstaterat att det varit frågan om en "mycket allvarlig" överträdelse. Vad som anges i Konkurrensverkets beslut är att överenskommelser om att fastställa priser *talat för* att bedöma en överträdelse som "mycket allvarlig".

Den överträdelse Markona medgett att man gjort sig skyldig till är en följd av oaktsamhet, vilket inte heller motsägs av Konkurrensverket. Markona beslutade att acceptera 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. Markona och Björn Hägglunds Maskiner AB (BHM), var helt öppna med angivande av varandra som underentreprenörer i Vattenfalls upphandling. Denna omständighet framgår också av Konkurrensverkets beslut. Att parterna lämnade identiska anbud avseende flera hundra detaljerade priser talar i sig med tydlighet för att det var okunskap om de aktuella reglerna vilket föranledde de olyckliga anbuden vid upphandlingen 2010. Några tecken på förslagenhet hos parterna finns inte. Rätteligen borde parterna lämnat anbud inom ramen för ett konsortium eller liknande för att tydligare ha klargjort vad syftet med handlandet varit.

Att som i det aktuella fallet ytterligare bestraffas genom uteslutning från nu aktuella upphandlingar saknar all proportionalitet. I andra sammanhang har dylika "dubbelbestraffningar" bedömts stå i strid med grundläggande rättsstatliga principer.

#### Uteslutning av Markona AB strider mot proportionalitetsprincipen

För det fall rätten trots ovan anförda omständigheter skulle komma fram till att Markonas överträdelse av 2 kap. 1 § KL i och för sig skulle kunna utgöra ett sådant allvarligt fel som avses i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU så har kommunen i vart fall brutit mot proportionalitetsprincipen genom att 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 KL för all, eller i vart fall en obestämd, framtid ska vara förhindrad från att delta i offentliga upphandlingar. Syftet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU är just att fin-

nas till som en regulator för stävjande av orättfärdiga och oskäligen tillämpningar av de ibland oklara reglerna enligt LOU.

Genom att Markona har uteslutits från upphandlingen har bolaget lidit skada eller riskerat att lida skada.

### **Kommunens inställning**

#### Avgiftsföreläggandet

Markona har uteslutits ur upphandlingen på den grunden att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel vid yrkesutövningen. Konkurrensverket förelade Markona i beslut den 1 december 2011 att till staten betala 293 000 kronor i konkurrensskadeavgift. Beslutet motiverades med att dåvarande ASFAB och BHM som är konkurrerande företag, någon gång under perioden den 18 mars 2010 - 23 mars 2010, direkt eller indirekt har fastställt priser i samband med ett anbudsförfarande avseende transporter av förbränningsrestprodukter från Vattenfall AB Heat Nordics kraftvärmeanläggningar i Uppsala och Knivsta. Överträdelsen har, enligt Konkurrensverket, *"begåtts uppsåtligen eller i vart fall av oaktsamhet och kan inte ses som ringa."*

I beslutet konstaterar Konkurrensverket följande: *"I fråga om överträdelsernas art har de konkurrerande företagen ASFAB och Hägglunds i hemlighet kommit överens om att fastställa priser. Detta talar för att bedöma överträdelserna som mycket allvarlig"* (p. 15).

Vidare konstaterar Konkurrensverket att *"[h]orisontella prisöverenskommelser anses till sin art vara mycket allvarliga överträdelser"* (p.18). Konkurrensverkets avgiftsföreläggande har godkänts av ASFAB och vunnit laga kraft. Mot denna bakgrund valde kommunen att utesluta Markona från att delta i den aktuella upphandlingen. Markona påstår felaktigt att den

närmare innebörden av allvarligt fel i yrkesutövningen inte klarlagts i doktrin och förarbeten.

#### Proportionalitetsbedömning

Markona påstår felaktigt att uteslutningen strider mot proportionalitetsprincipen. Det är i och för sig korrekt att en uteslutning ska vara proportionell i förhållande till det allvarliga felet i yrkesutövningen. Det innebär att såväl överträdelsens svårighetsgrad som den tid som förflutit sedan överträdelsen begicks måste beaktas vid bedömningen om det föreligger ett allvarligt fel i yrkesutövningen. När det gäller överträdelsens svårighetsgrad ansluter sig kommunen till den bedömning som Konkurrensverket gör om att överträdelsen är mycket allvarlig. När det gäller tidsaspekten kan ledning hämtas från den praxis som utvecklats avseende leverantörer som, med stöd av 10 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU, uteslutits då de dömts för brott avseende yrkesutövningen. Högsta förvaltningsdomstolen fann det vara förenligt med proportionalitetsprincipen att utesluta en leverantör vars företrädare begått brott i yrkesutövningen då det gått cirka fem år från att det senaste brottet begicks fram till tiden för anbudsgivningen (RÅ 2010 ref. 79 som för övrigt just avser Markona). Den nu aktuella överträdelsen ligger tidsmässigt så nära den överprövade upphandlingen så att uteslutningen av det skälet inte kan anses stå i strid med proportionalitetsprincipen.

#### **DOMSKÄL**

Fråga i målet är om kommunen haft skäl att utesluta Markona från upphandlingen på den grunden att företrädare för Markona gjort sig skyldig till allvarligt fel vid yrkesutövning enligt 10 kap. 2 första stycket fjärde punkten LOU.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor och omständigheter som sökanden tar upp.

Enligt 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU får en 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.

#### Allvarligt fel vid yrkesutövning

Den första frågan i målet förvaltningsrätten har att ta ställning till är om den överträdelse det aktuella avgiftsföreläggandet avser kan ligga till grund för en uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen. Det är i målet ostridigt att Konkurrensverket har utfärdat ett avgiftsföreläggande till följd av den överträdelse som skett. Markona har anfört att tidigare överträdelse saknar relevans för aktuell upphandling, samt att felet i vart fall inte kan anses utgöra ett allvarligt fel med hänsyn till den förelagda avgiftens storlek i förhållande till bolagets omsättning.

Det är den upphandlande myndighetens sak att visa att ett allvarligt fel i yrkesutövningen föreligger. Det är tillräckligt att det framgår av den utredning som finns tillgänglig för den upphandlande myndigheten vid beslutstillfället att en uteslutningsgrund föreligger.

Av förarbetena till bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket fjärde punkten LOU (prop. 2006/07:128 s. 390) framgår bl.a. följande. Bestämmelsen har utformats i överensstämmelse med Europaparlamentets och rådets direktiv (EG) nr 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Av beaktandesats 43 framgår vad avser fjärde punkten att om det finns bestämmelser i nationell rätt som avser otillåten samverkan vid offentlig

upphandling, och en överträdelse har skett som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt, kan överträdelsen betraktas som brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. I 6 § konkurrenslagen (1993:20) [nuvarande 2 kap. 1 § KL, förvaltningsrättens anmärkning] finns ett förbud mot konkurrensbegränsande samarbete mellan företag motsvarande vad som gäller även enligt artikel 81 i EU-fördraget när förfarandet kan påverka handeln mellan medlemsländerna. En överträdelse av någon av dessa bestämmelser kan bl.a. avse otillåtet samarbete i samband med upphandling.

Konkurrensverket har förelagt Markona att utge konkurrensskadeavgift om 293 000 kronor till följd av en överträdelse av förbudet i 2 kap. 1 § KL mot konkurrensbegränsande samarbete. Enligt föreläggande har överträdelsen bestått i att Markona tillsammans med ett konkurrerande företag direkt eller indirekt har fastställt priser i samband med ett anbudsförfarande avseende transporter av förbränningsprodukter.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan finner förvaltningsrätten att Markona gjort sig skyldigt till allvarligt fel vid yrkesutövningen.

#### Proportionalitetsprincipen

En uteslutning på grund av allvarligt fel vid yrkesutövning ska på motsvarande sätt som gäller enligt bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU vara proportionell i förhållande till det allvarliga felet i yrkesutövningen. Förvaltningsrätten har således att ta ställning till om det med hänsyn till det allvarliga felet i yrkesutövningen anses proportionellt att utesluta Markona ur upphandlingen.

Enligt aktuellt avgiftsföreläggande framgår att Markona tillsammans med det konkurrerande bolaget BHM i hemlighet har kommit överens om att fastställa priser. Överträdelsen har begåtts uppsåtligen eller i vart fall av



oaktsamhet och kan inte ses som ringa. Konkurrensverket fann överträdelsen som mycket allvarlig.

När det gäller den tid som förflutit sedan aktuell överträdelse ska den tidsrymd som följer av praxis gällande proportionalitetsbedömningar avseende bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket tredje punkten LOU tillämpas även för fjärde punkten (RÅ 2010 ref. 79). Det framgår av avgiftsföreläggandet att överträdelsen skedde någon gång under perioden den 18 mars 2010 - 23 april 2010. Det har således gått cirka tre år från aktuell överträdelse till dess att anbudstiden löpte ut i aktuell upphandling.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av syftet med uteslutningsreglerna i 10 kap. 2 § LOU och med hänsyn till överträdelsens svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt, 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 den i målet aktuella upphandling. Ansökan ska därmed avslås.

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



Klas Innerstedt  
rådman

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.



# 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