

Avdelningen för offentlig upphandling

Referat av Regeringsrättens dom i mål 567-10

Regeringsrätten har i ett mål prövat frågan om det är förenligt med proportionalitetsprincipen att ett företag utesluts från att delta i en upphandling därför att dess företrädare dömts för brott som avser yrkesutövningen.

Bakgrund

Fastighetskontoret i Stockholms stad genomförde en öppen upphandling av mindre entreprenader inom mark- och trädgårdsarbeten. Fastighetskontoret meddelade i tilldelningsbeslut den 17 december 2008 att anta ett annat anbud än från Uppsala asfaltsanläggningar AB (ASFAB). ASFAB uteslöts ur upphandlingen med anledning av att bolagets entreprenadchef dömts till bl.a. ett års fängelse avseende för ekonomisk brottslighet.

Regeringsrättens dom

I Regeringsrätten yrkar ASFAB att kammarrättens dom ska upphävs och att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts så att ASFAB:s anbud skulle vara med i utvärderingen. Vidare yrkar ASFAB att Regeringsrätten ska inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen avseende frågan om tolkningen av företrädarbegreppet i artikel 45.1 i direktiv 2004/18/EG samt proportionalitetsbedömningen vid tillämpning på uteslutningsgrunden i artikel 45.2 c.

Regeringsrätten avslår överklagandet och fastställer kammarrättens dom. Regeringsrätten delar bedömningen såväl när det gäller frågan om entreprenadchefen varit att anse som företrädare som frågan om proportionalitet. Regeringsrätten finner inte heller att det finns skäl att inhämta förhandsavgörande från EU-domstolen eftersom den unionsrättsliga regleringen inte ger utrymme för någon annan bedömning i detta fall.

Företrädare

Kammarrätten tar vid sin prövning först ställning till frågan om entreprenadchefen var att anse som företrädare vid tidpunkten för anbudsgivningen enligt 10 kap. 2 § LOU.

ASFAB anförde bl.a. att LOU innehåller ett utvidgat företrädarebegrepp i förhållande till artikel 45 i direktiv 2004/18/EG. Enligt domstolen framkommer det av artikel 45. 1 fjärde stycket att begreppet även omfattar "företagschefer och andra personer som är behöriga att företräda, fatta beslut om eller kontrollera anbudssökande eller anbudsgivaren. Mot bakgrund av detta finner kammarrätten att beskrivningen av företrädarebegreppet i prop. 2006/07:128 inte är oförenligt med artikel 45 i direktivet.

Kammarrätten konstaterar vidare att det är förhållandena vid tidpunkten för anbudsgivningen som är relevanta för bedömningen. Entreprenadchefen innehade inte någon ställning i ASFAB:s styrelse eller ledning och ägde inte heller aktier i bolaget. Däremot ägde entreprenadchefen och hans fru hälften var av aktierna i moderbolaget Queenie Holding AB. Entreprenadchefen var också moderbolagets styrelseordförande och tillika dess företrädare. Denne var också anställd som entreprenadchef i ASFAB och dess grundare samt innehade så sent som år 2008 en generalfullmakt utan inskränkning att företräda bolaget och teckna dess firma. Sammantaget finner kammarrätten att entreprenadchefen vid tidpunkten för anbudsgivningen får anses ha haft en sådan ställning i ASFAB att han är att betrakta som dess företrädare i enlighet med 10 kap. 2 § LOU.

Proportionalitet

Den andra frågan som kammarrätten tar ställning till är frågan om det kan anses strida mot proportionalitetsprincipen att utesluta ASFAB från tilldelning av kontrakt.

Kammarrätten konstaterar att 10 kap. 2 § LOU inte ger utrymme för att betrakta "särskilda skäl" (jfr 10 kap. 1 § LOU), men att en proportionalitetsbedömning enligt 1 kap. 9 § LOU ska göras i varje enskilt fall vid bestämmelsens tillämpning.

Frågan om en åtgärd är proportionerlig innebär att en prövning ska ske om syftet med åtgärden kan uppnås på ett mindre ingripande sätt. Enligt kammarrätten är syftet med bestämmelsen att förhindra att icke seriösa leverantörer tilldelas kontrakt.

Det som enligt kammarrätten bör tillmätas betydelse vid en bedömning av proportionaliteten av att ett företag utesluts från att delta i en upphandling är dels den brottsliga handlingens svårighetsgrad, dels den tid som förflutit sedan

brottet begicks. Kammarrätten konstaterar också att det inte enbart är uteslutningsgrundande brott begångna i det anbudsgivande eller anbudssökande bolaget som kan medföra för uteslutning i enlighet med 10 kap. 2 § LOU.

Brottets svårighetsgrad

Av kammarrättens utredning framkommer att entreprenadchefen, genom lagakraftvunnen dom år 2006, är dömd för brottslighet, som kan kopplas till yrkesutövningen (bokföringsbrott, brukande av falsk urkund, bestickning, grovt skattebrott, försvårande av skattekontroll och vållande till miljöförstöring). Dessa är brott som kan läggas till grund för uteslutning enligt 10 kap. 2 § LOU. Vidare noteras att verksamheten vari brotten begicks i till viss del är jämförlig med ASFAB:s verksamhet.

Tid

Vad gäller frågan om hur lång tid som, ur proportionalitetsperspektiv, kan eller får förflyta mellan begångna brott, lagakraftvunnen dom och uteslutning från tilldelning av kontrakt måste, enligt kammarrätten, avgöras från fall till fall.

Av utredningen i målet framgår att det senaste brott som entreprenadchefen dömts för begicks år 2003 (5 år innan tiden för anbud gick ut). Kammarrätten anser, mot bakgrund med syftet med uteslutningsreglerna i 10 kap. 2 § LOU, och med hänsyn till brottets svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt samt till den tid som förflutit sedan brottet begicks, att det inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen att vid tidpunkten för anbudstidens utgång utesluta ASFAB från tilldelning av kontrakt.

Överklagandet avslås.

Läs domen i fulltext: http://www.kkv.se/beslut/0913105808_001.pdf

Konkurrensverkets kommentar

Regeringsrätten har i detta mål förtydligat hur bedömningen av eventuella uteslutningsgrundande faktorer ska göras. Det ger vägledning och information till upphandlande myndigheter och enheter.

Regeringsrätten fastställer att företrädarbegreppet måste utredas i varje enskilt fall och att det är förhållandena vid tidpunkten för anbudsgivningen som är relevanta för bedömningen. Bedömningen av de omständigheter som kan utgöra uteslutningsgrund ska ske från fall till fall och göras med hänsyn till dels den brottsliga handlingens svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt och dels den tid som har förflutit sedan brottet begicks. Även brott som begåtts i andra bolag

eller andra sammanhang kan påverka bedömningen. Det går därmed inte att generellt utesluta leverantörer på grund av brottslighet som t.ex. ligger 5 år tillbaka i tiden.