



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2015-01-29
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 29221-14

SÖKANDE

ICM Kungsholms AB, 556257-2189

Ombud: Jur.kand. Catherine Innergård
 Bergh & Co Advokatbyrå AB
 Jungfrugatan 6
 114 44 Stockholm

MOTPART

SKL Kommentus Inköpscentral AB, 556819-4798
 117 99 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 555909

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

SKL Kommentus Inköpscentral AB (SKI) genomför en samordnad upphandling av flytt- och transporttjänster på uppdrag av Nacka kommun, Täby kommun, Vaxholms stad, Lidingö stad, Värmdö kommun och Danderyds kommun, dnr STIC 2014. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt 4 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 19 november 2014 framgår att annan anbudsgivare än **ICM Kungsholms AB (ICM)** har antagits.

ICM yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att ICM inte utesluts från upphandlingen och dess anbud utvärderas. ICM yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

SKI har uteslutit ICM från upphandlingen under kvalificeringsstadiet med hänvisning till 10 kap. 2 § 4 LOU. Som skäl för detta har SKI hänvisat till Konkurrensverkets pågående tingsrättsprocess mot bl.a. ICM samt till kontraktsbrott som påstås ha skett under det av SKI tidigare upphandlade ramavtalet *Möbel- och kontorsflyttning 2010* (Ramavtal 2010).

Det föreligger inte grund att utesluta ICM enligt 10 kap. 2 § 4 LOU, eftersom SKI inte visat att ICM begått allvarligt fel i yrkesutövningen. Uteslutningen strider vidare mot proportionalitetsprincipen, bl.a. med hänsyn till den tid som förflutit sedan de påstådda kontraktsbrotten ska ha begåtts och eftersom de s.k. ”self-cleaning”-åtgärder som vidtagits av ICM inte har beaktats. Uteslutningen står även i strid med likabehandlingsprincipen eftersom anbudsgivare inte har behandlats lika under upphandlingsprocessen.

Bakgrund

Ramavtal 2010 innebar ett mycket stort uppdrag och ICM hade förberett sig väl inför planerad avtalsstart. Tilldelningsbeslut och avtalstecknande drog dock ut på tiden och när ramavtalet väl tecknades var det med kort varsel och ICM:s under många månader upprätthållna startberedskap var inte lika omfattande som om avtalet hade tecknats enligt plan. Det var därför svårt för ICM att i början av avtalsperioden uppbåda erforderliga resurser för att genomföra de omfattande åtagandena i Ramavtal 2010.

Ramavtal 2010 har under avtalets gång gett upphov till frågetecken hur vissa bestämmelser ska tolkas och tillämpas. ICM har därför sedan början av 2011 begärt att få till stånd möten med SKI för att diskutera och gemensamt fastslå tillämpningsprinciper. ICM:s försök att få SKI att medverka i en dialog om tolkningen av Ramavtal 2010 har dock varit resultatlösa. ICM har därför tvingats tolka Ramavtal 2010 – i de delar de varit oklart – efter bästa förmåga. ICM har aktivt samarbetat med kunder för att klargöra förhållanden och omständigheter och även aktivt arbetat för att få till stånd samma samarbete med SKI. ICM:s uppfattning är att de tolknings- och tillämpningsproblem som uppstått till allra största delen har kunnat hantearas och lösas efter hand. ICM:s uppfattning är vidare att tolknings- och tillämpningsproblem aldrig hade behövt uppstå om SKI hade samarbetat med ICM bättre. I den mån feltolkningar eller misstag begåtts av ICM har dessa kunnat rättas i enlighet med Ramavtal 2010.

Den 3 april 2012 meddelade SKI att inköpscentralen önskade förlänga Ramavtal 2010 med ICM. Ramavtal 2010 förlängdes för perioden den 1 maj 2012 – den 30 april 2013. Från den 1 maj 2013 valde elva av fjorton upphandlande enheter att fortsätta sitt samarbete med ICM och förlängde Ramavtal 2010 ytterligare ett år. Ett beslut att inte förlänga Ramavtal 2010 ska inte tolkas som en missnöjdhet över hur ICM utfört tidigare uppdrag.

Tvärtom, Stockholms stad som var en av de upphandlande enheterna som inte förlängde Ramavtal 2010 efter den 1 maj 2013, valde trots detta att fortsätta att anlita ICM under efterföljande år.

Uteslutningsgrunderna

En stämningsansökan från Konkurrensverket med påstående om överträdelse av konkurrenslagen (KL) är inget sådant myndighetsbeslut som i sig utgör tillräckligt bevis för att allvarligt fel i yrkesutövningen faktiskt begåtts. Överträdelser av 2 kap. 1 § KL kan utgöra ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som kan leda till uteslutning enligt 10 kap. 2 § 4 LOU. ICM har dock inte gjort sig skyldig till den överträdelse av 2 kap. 1 § KL som görs gällande, varför 10 kap. 2 § 4 LOU inte är tillämplig.

ICM har heller inte gjort sig skyldigt till ”upprepade och omfattande” avtalsbrott. ICM kan vitsorda:

- (i) Att ICM använt underleverantörer vid ett fåtal tillfällen under Ramavtal 2010:s initiala fas,
- (ii) Att en av ICM:s anställda inte legitimerat sig vid ett tillfälle vid flytt i april 2011, samt
- (iii) Att i undantagsfall rabatter av misstag inte utgått, eller kostnader poster felaktigt fakturerats, och därefter krediterats av ICM. Vad avser Stockholms stad har Stockholm stad inte riktat några återkrav mot ICM. Den utredning från Ernst & Young som SKI hänvisar till i målet bygger på felaktiga premisser och ska därför lämnas utan avseende.

De fel som begåtts har varit ringa och ursäktliga. Felen är inte sådana att de är att anse som ett allvarligt fel i yrkesutövningen som motiverar uteslutning enligt 10 kap. 2 § 4 LOU. Det faktum att SKI valde att förlänga Ramavtal 2010 med ICM både år 2012 och år 2013, talar för att SKI vid denna

tidpunkt inte bedömde felen som allvarliga. Det ter sig därför orimligt att SKI flera år senare finner att felen är sådana att de motiverar uteslutning.

Proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU

De påstådda kontraktsbrotten som framgår av beslutsunderlaget hänför sig i huvudsak till år 2010 och första hälften av 2011. Kontraktsbrotten är felaktigt beskrivna alternativt har aldrig inträffat. Även om ICM skulle ha gjort sig skyldigt till kontraktsbrott på det sätt som SKI gör gällande, uppfyller beslutet att utesluta ICM inte kravet på proportionalitet. Skälen till detta är att det rör sig om ett obetydligt antal fel av ringa karaktär, de av SKI påstådda kontraktsbrotten är 3,5 – 4 år gamla och effektiva ”self-cleaning”-åtgärder har vidtagits.

ICM har sedan det tidigare ramavtalet ingicks förvärvats av nya ägare. De nya ägarna har sedan övertagandet arbetat med att förbättra ICM:s processer och tjänster, vilket lett till att bolaget i dag har en helt ny organisation jämfört med 2010/2011. Vad avser eventuella fel som skett under Ramavtal 2010 har ICM genast vid felens konstaterande avhjälpst dessa.

Vid prövningen av målet bör förvaltningsrätten beakta såväl åldern på de förhållanden som SKI kan styrka som de ”self-cleaning”-åtgärder som ICM har utfört. Det följer av den proportionalitetsprincip som idag gäller för alla uteslutningsbeslut, dvs. åtgärden måste vara proportionell i förhållande till det som den upphandlande enheten kan göra sannolikt.

Det nyligen antagna upphandlingsdirektivet (2014/24/EU) ger en vägledning för tillämpningen av proportionalitetsprincipen. Kommissjonen har i det nya upphandlingsdirektivet valt att inkludera bestämmelser om s.k. ”self-cleaning”. ”Self-cleaning”-åtgärder är åtgärder som en leverantör vidtagit för att komma till rätta med tidigare begångna fel. Genom att upp-

handlande myndigheter prövar om självsanering utförts kan det hjälpa myndigheten att genomföra en objektiv och heltäckande bedömning av leverantören innan uteslutning sker.

SKI bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Konkurrensbegränsande samarbete

Överträdelse av 2 kap. 1 § KL utgör allvarligt fel i yrkesutövningen som, om övriga förutsättningar är uppfyllda, kan leda till uteslutning från en upphandling. Enligt 10 kap. 2 § 4 LOU får en leverantör 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. Något krav på myndighetsbeslut föreligger således inte.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i mål HFD 2013 ref. 61 tagit ställning till vilket beviskrav som ska tillämpas när en upphandlande myndighet utesluter en leverantör med hänvisning till att denne gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. HFD slog fast att det är tillräckligt att upphandlande myndighet gör detta sannolikt. Bedömningen tar endast sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet. I målet hade den upphandlande myndigheten till stöd för beslutet åberopat ett omprövningsbeslut från Skatteverket, vilket var föremål för prövning men inte ändrat av högre instans. HFD fann att den upphandlande myndigheten därigenom hade fullgjort sin bevisbörda och hade fog för att utesluta leverantören.

Det är nödvändigt att upphandlande myndigheter ska kunna beakta stämningensansökan, precis som upphandlande myndigheter kan beakta ett ej lagkraftvunnet omprövningsbeslut från Skatteverket. För det fall ett lagkraftvunnet avgörande skulle behöva inväntas skulle uteslutningsgrun-

den allvarligt fel i yrkesutövningen sällan kunna tillämpas på överträdelser av 2 kap. 1 § KL. Utredningar och rättsliga prövningar av sådana överträdelser tar regelmässigt mycket lång tid. Lika lite som det kan krävas att en upphandlande myndighet ska kunna bedöma sannolikheten för att ett överklagat skatteverksbeslut ändras kan det krävas att upphandlande myndighet kan bedöma sannolikheten att Konkurrensverkets stämningsansökan avslås. HFD:s praxis innebär att upphandlande myndigheter och förvaltningsdomstolar kan förlita sig på tillsynsmyndigheternas bedömningar.

SKI anser att en överträdelse av 2 kap. 1 § KL utgör en synnerligen allvarlig förseelse och att uteslutning från upphandling är proportionerligt i förhållande till förseelsen. Av Konkurrensverkets stämningsansökan framgår att överträdelsen pågick till och med den 29 april 2014. Den ligger således nära i tiden. SKI anser att uteslutning av ICM är proportionerlig i förhållande till den överträdelse av 2 kap. 1 § KL som ligger till grund för Konkurrensverkets stämningsansökan.

Tidigare kontraktsbrott

SKI genomförde upphandlingen av Ramavtal 2010 för ett antal upphandlande myndigheters räkning. ICM tilldelades ramavtal med bästa rangordning för fyra geografiska områden. Ramavtalen har medfört omfattande arbete för SKI som ramavtalsförvaltare samt för de avropande myndigheterna. Detta på grund av att ICM inte följt de villkor som anges i ramavtalen samt i ICM:s anbud, vilket också ledde till erinringar och i ett fall till hävning.

SKI och ICM har haft flera möten angående Ramavtal 2010. Avtalet ledde till omfattande badwill och dålig publicitet på båda sidor och tilliten parterna emellan var låg. Vissa av avtalsbrotten kan sedda var för sig te sig mindre väsentliga. Det är emellertid viktigt att en sammantagen bedömning

av ICM:s avtalsbrott görs. Antalet avtalsbrott och det faktum att de i vissa fall fortsatte även efter erinran gör att en uteslutning på grund av hävningen är befogad.

Parterna är överens om att ICM på ett otillåtet sätt använde underleverantörer vid fullgörandet av uppdrag enligt Ramavtal 2010. ICM anser dock att användandet av underleverantörer var ursäktligt då bolaget inte hade tillräckliga resurser att utföra uppdragen. Om en leverantör inte hade tillräckliga resurser att genomföra uppdrag enligt Ramavtal 2010 kunde leverantören tacka nej till uppdraget och låta det gå till nästa leverantör i rangordningen. Det finns ingen ursäkt för att i stället för att tacka nej till uppdrag genomföra dem genom ej godkänd underleverantör. Det är mycket viktigt för upphandlande myndigheter att uppdrag genomförs av de företag som lämnat anbud och som kontrollerats i upphandlingen.

Under ramavtal 2010 har ICM använt fordon utan tillstånd och även tillämpat prisvillkor felaktigt. I upphandlingen fanns möjlighet för anbudsgivare att erbjuda rabatter på fakturerat pris från 100 000 kr respektive 300 000 kr. ICM erbjöd 80 procents rabatt från 100 0000 kr och 85 procents rabatt från 300 000 kr. Rabatterna skulle avräknas från fakturerat pris exklusive moms samt beräknas på det eller de uppdrag som kunden avropar vid ett och samma beställningstillfälle. Det säger sig självt att en tillämpning av rabatterna skulle innebära att ICM får en mycket låg intäkt för ett uppdrag. Det har därför varit en del diskussioner och olika tolkningar kring när rabatt ska utgå. En utredning som Ernst & Young utfört på uppdrag av Stockholm stad visar att staden har förlorat 7 364 499 kr på uteblivna rabatter.

När Sundbyberg stad beställde flyttjänster avseende Stadsbiblioteket i november 2012 för 102 735 kr utgick ingen rabatt på flytten. Efter att staden påtalat detta för ICM krediterade ICM staden 82 236 kr. Det har under ti-

digare ramavtal även förekommit att ICM fakturerat sådant som enligt prislistan skulle ingå i prissättningen och att bolaget tagit betalt för kostnadsposter som prissatts till 0 kr i anbudet.

ICM har i maj 2011 under ramavtalet med Stockholms stad erinrats om att upphöra med användningen av egna avtalsvillkor. Även efter erinran har ICM dock fortsatt att tillämpa egna avtalsvillkor. ICM har även använt personal som vid pågående flyttuppdrag inte kunnat styrka sin anställningstillhörighet med identitetshandlingar. ICM tycks anse att agerandet varit ursäktligt. SKI bestrider detta. Kontrollen av arbetarnas identitet är viktig för att upphandlande myndighet ska kunna säkerställa att svartarbete inte utförs.

ICM gör en poäng av att flera av de ramavtal som inte hävdades förlängdes samt att Stockholms stad, som inte förlängde ramavtalet, använt ICM även efter avtalsperioden. Detta saknar, enligt SKI, betydelse för bedömningen av huruvida ICM gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Att avtal förlängs behöver inte bero på att upphandlande myndigheter är nöjda med leverantörens arbete. Exempelvis kan upphandlande myndigheter behöva förlänga avtal för att inte tvingas till direktupphandling.

De olika kontraktsbrotten har varit upprepade och omfattande. De har i vissa fall inte upphört trots SKI:s erinran därom. En uteslutning av ICM:s anbud på grund av de aktuella kontraktsbrotten är proportionerlig. Enligt gällande rätt finns ingen skyldighet att låta anbudsgivaren presentera ”self-cleaning”-åtgärder och följaktligen inte heller att beakta dessa vid proportionalitetsbedömningen.

SKI har inte genom att utesluta ICM från upphandlingen brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i lagen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. 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.

I 10 kap. 2 § LOU anges följande. En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören

1. är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud,
2. är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsförvaltning, ackord eller annat liknande förfarande,
3. genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen,
4. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta,
5. inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, eller
6. i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap.

Är leverantören en juridisk person, får leverantören uteslutas om en företrädare för den juridiska personen har dömts för brott som avses i första stycket 3 eller gjort sig skyldig till sådant fel som avses i första stycket 4. Myndigheten får, utom i de fall som avses i 4 §, begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta leverantören med stöd av första stycket 1, 2, 3 eller 5.

Förvaltningsrättens bedömning

ICM har uteslutits från den i målet aktuella upphandlingen på grund av att SKI ansett att bolaget gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Förvaltningsrätten har i målet att pröva om SKI med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU haft skäl för att utesluta ICM.

Som skäl för att utesluta ICM från upphandlingen har två grunder angetts; *tidigare avtalsbrott* och *konkurrensbegränsande samarbete*. De avtalsbrott

som SKI har åberopat som skäl för uteslutningen ska ha ägt rum under tidigare gällande ramavtal (Ramavtal 2010). Vissa av de avtalsbrott som SKI har hänvisat till har medgetts av ICM. Det är i målet t.ex. ostridigt att rabatter inte alltid har lämnats i enlighet med kontraktsvillkoren och att kostnadsposter i vissa fall har fakturerats felaktigt. Det är vidare ostridigt att ICM under tidigare gällande ramavtal på ett otillåtet sätt använt sig av underleverantörer.

Förvaltningsrätten anser att redan de förseelser som medgetts av ICM i målet ger tillräckligt stöd för bedömningen att bolaget vid tidigare avtalsförhållande har agerat på ett sådant sätt att det har funnits förutsättningar för att utesluta bolaget med stöd av 10 kap. 2 § 4 LOU. Det förhållandet att SKI har förlängt det tidigare ramavtalet med ICM förändrar inte denna bedömning. Någon skyldighet för SKI att beakta eventuella ”self-cleaning”- åtgärder från ICM:s sida kan inte anses ha förelegat. Förvaltningsrätten finner inte heller att SKI genom att utesluta ICM har brutit mot någon av de principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten finner således att SKI inte har agerat felaktigt som uteslutit ICM på grund av tidigare inträffade avtalsbrott. Vid denna bedömning saknas skäl att pröva frågan om SKI haft fog för att utesluta bolaget till följd av konkurrensbegränsande samarbete, vilket också åberopats som grund för uteslutningen.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att SKI haft fog för att utesluta ICM till följd av tidigare avtalsbrott. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU och ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Robert Johansson

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



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.

