

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS BESLUT

Mål nr
4266-12

meddelat i Stockholm den 26 september 2013

KLAGANDE

Effektiv Måleri i Mölndal AB, 556475-9917

Ombud:

Advokat Jimmy Carnelind
MAQS Law Firm
Box 11918
404 39 Göteborg

Advokat Lars Thunberg
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings AB, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 12 juli 2012 i mål nr 958-12, se bilaga (här borttagen)

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen avskriver målet.

Dok.Id 135746

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00

E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings AB (upphandlingsbolaget) genomförde en upphandling av ramavtal avseende Målningsarbeten-Hantverkstjänster i form av ett förenklat förfarande. Effektiv Måleri i Mölndal AB (anbudsgivaren) uteslöts från upphandlingen. Som grund för uteslutningen angavs att anbudsgivaren under flera år deltagit i förfaranden med s.k. osanna fakturor. I beslutet om uteslutning hänvisade upphandlingsbolaget till ett omprövningsbeslut från Skatteverket som fastställts i en dom av Förvaltningsrätten i Göteborg. Skatteverket hade gjort bedömningen att osanna fakturor använts för utbetalning av löner till svart arbetskraft och för resor avseende privata ändamål. Anbudsgivaren hade till följd av detta påförts skatter, arbetsgivaravgifter och skattetillägg om drygt 2,4 miljoner kronor.

Anbudsgivaren ansökte om överprövning. Förvaltningsrätten i Göteborg avslog ansökningen med motiveringen att det genom den åberopade skattedomen var mycket sannolikt att osanna fakturor hade använts och att upphandlingsbolaget därmed hade visat att anbudsgivaren gjort sig skyldig till ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i 10 kap. 2 § första stycket 4 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Anbudsgivaren överklagade förvaltningsrättens dom hos Kammarrätten i Göteborg, som i det nu överklagade avgörandet gjorde samma bedömning som förvaltningsrätten och avslog överklagandet.

Högsta förvaltningsdomstolen beslutade den 23 juli 2012 att upphandlingsbolaget inte får ingå avtal avseende den aktuella upphandlingen innan något annat har bestämts.

Kammarrätten i Göteborg ändrade den 18 september 2013 förvaltningsrättens skattedom och upphävde Skatteverkets omprövningsbeslut.

YRKANDEN M.M.

Anbudsgivaren yrkar att det överklagade beslutet ska undanröjas och att upphandlingen ska rättas samt anför bl.a. följande.

Inom förvaltningsrätten gäller allmänt att ju mer ingripande ett beslut är mot den enskilde desto högre är det beviskrav som uppställs. För bolagets del är uteslutningen betydligt mer ingripande än den icke lagakraftvunna domen beträffande osanna fakturor. Beviskravet för uteslutning bör ligga väsentligt högre än beviskravet i skatteprocesser.

EU-domstolens dom i mål C-465/11, Forposta, innebär att upphandlingsbolagets argumentering har varit felaktig. Det är inte tillräckligt för uteslutning att fel och brister kan tillskrivas en leverantör. Skatteverkets omprövningsbeslut och förvaltningsrättens skattedom, vilka inte innefattar någon prövning av subjektiva rekvisit, utgör inte tillräcklig bevisning för att bolaget har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Forposta-domen ger starkt stöd för att om det finns en återopad bedömning av tillsynsmyndighet eller domstol så måste denna ha vunnit laga kraft. I domen anges att uteslutning måste ha samband med en leverantörs yrkeskvalifikationer. Det kan ifrågasättas om bristande kontroll av underleverantörers skattebetalningar faller in under begreppet yrkeskvalifikationer.

Upphandlingsbolaget bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande.

Bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU gör det möjligt för en upphandlande myndighet att utesluta en leverantör om det av den utredning som är tillgänglig för den upphandlande myndigheten vid beslutstillfället framgår att leverantören har begått ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Beslut om uteslutning kan fattas oberoende av om det finns ett lagakraftvunnet avgörande i fråga om

Mål nr
4266-12

felet. Om en upphandlande myndighet skulle behöva invänta en lagakraftvunnen dom skulle mycket allvarliga fel i praktiken inte kunna medföra uteslutning eftersom en alltför lång tid skulle ha gått sedan det allvarliga felet begicks innan en uteslutning skulle kunna aktualiseras.

Av Forposta-domen framgår att alla felaktiga ageranden som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten och som inverkar på aktörens trovärdighet i professionellt avseende kan läggas till grund för uteslutning. I domen görs ingen distinktion mellan olika slag av felaktigheter på så sätt att enbart sådana omständigheter som ligger utanför tillsynsmyndigheters eller domstolars jurisdiktion skulle kunna läggas till grund för uteslutning utan ett lagakraftvunnet avgörande. Att en lagakraftvunnen dom är ett starkt bevismedel är en annan sak.

Det som framgår av Skatteverkets omprövningsbeslut har i sig varit tillräckligt för uteslutning. Upphandlingsbolaget kan inte genomföra egna skatteutredningar utan måste kunna förlita sig på uppgifter som framgår av ett omprövningsbeslut från Skatteverket, som dessutom fastställts av förvaltningsrätten.

Avtalsperioden för den aktuella upphandlingen löper ut den 31 december 2012. Kontraktsteckning kommer inte att kunna ske inom ramen för den planerade avtalsperioden. Ett nytt upphandlingsförfarande har påbörjats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I 10 kap. 2 § första stycket LOU anges omständigheter som får medföra uteslutning av leverantörer. En grund för uteslutning är att leverantören genom lagakraftvunnen dom är dömd för brott avseende yrkesutövningen (punkt 3). En annan

Mål nr
4266-12

grund är att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta (punkt 4). Av 15 kap. 13 § andra stycket följer att dessa bestämmelser är tillämpliga på upphandlingar som genomförs i form av förenklat förfarande.

Bestämmelserna om uteslutning i 10 kap. 2 § LOU ska tolkas mot bakgrund av motsvarande bestämmelser i direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster. Enligt artikel 45.2 första stycket i direktivet får en ekonomisk aktör uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av ett offentligt kontrakt bl.a. om han enligt lagakraftvunnen dom enligt de rättsliga bestämmelser som gäller i landet är dömd för brott mot yrkesetik (punkt c) eller om han har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten (punkt d).

Frågan i målet

Frågan i målet är vilket beviskrav som gäller för att en leverantör ska kunna uteslutas från en offentlig upphandling med hänvisning till att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Allvarligt fel i yrkesutövningen

Av Forposta-domen framgår att begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen omfattar alla felaktiga ageranden som inverkar på den ifrågavarande aktörens trovärdighet i professionellt avseende och inte endast överträdelse av i strikt mening etiska regler för den yrkesgrupp som aktören tillhör (punkt 27). Att delta 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.

Beviskrav och bevismedel

I LOU och i direktivet anges att den upphandlande myndigheten ska visa respektive styrka att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Av bestämmelserna framgår således att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att de påstådda missförhållandena föreligger. Några närmare anvisningar om vilket beviskrav som ska gälla, eller om vilka bevismedel som får användas, finns dock inte. Detta är en skillnad jämfört med bestämmelserna om uteslutning på grund av att leverantören är dömd för brott (10 kap. 2 § första stycket 3 LOU och artikel 45.2 första stycket c i direktivet) där det anges att detta ska framgå av en dom som har vunnit laga kraft. Att det inte fordras en laga-kraftvunnen dom för att slå fast att ett fel har begåtts i yrkesutövningen framgår även av EU-domstolens praxis (se Forposta-domen, punkt 28).

Eftersom det i detta fall alltså saknas bestämmelser i det upphandlingsrättsliga regelverket angående frågan om beviskrav och bevismedel ska förvaltningsprocesslagen (1971:291) och allmänna förvaltningsrättsliga principer tillämpas. När det gäller beviskrav finns i förvaltningsprocessen inget för alla situationer gällande beviskrav utan detta varierar med hänsyn till sakens beskaffenhet. När det gäller bevismedel bygger processen på att bevisföringen är fri, dvs. den är inte begränsad till vissa bevismedel.

I målet har argumenterats för att beviskravet vid beslut om uteslutning från en offentlig upphandling av hänsyn till rättssäkerheten bör sättas högt eftersom sådana beslut är ingripande för den enskilde och kan ha betydande konsekvenser för dennes möjlighet att driva sin verksamhet. När det gäller myndighetsbeslut som innebär att rätten att utöva en verksamhet inskränks, t.ex. genom att ett tillstånd återkallas, har vidare ett förhöjt beviskrav tillämpats i praxis (se t.ex. RÅ 1994 ref. 88 och RÅ 2006 ref. 7).

Mål nr
4266-12

Emellertid måste också beaktas att en upphandling är en del av en myndighets affärsinriktade verksamhet och att mål om offentlig upphandling har ansetts i princip gälla ekonomiska förhållanden mellan enskilda näringsidkare (RÅ 2009 ref. 69). Beslut om uteslutning från en offentlig upphandling kan därför inte jämföras med beslut som en myndighet fattar inom ramen för sin tillsynsverksamhet etc. Mot den uteslutne leverantörens intressen står vidare den upphandlande myndighetens intresse av att inte behöva sluta avtal med oseriösa aktörer och andra leverantörers intresse av att kunna konkurrera på lika villkor. Det anförda talar enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening sammantaget för att det för uteslutning bör vara tillräckligt att den upphandlande myndigheten gör sannolikt att leverantören gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

Det återstår att bedöma om upphandlingsbolaget i detta fall fullgjort sin bevisbörda och alltså förmått göra sannolikt att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Denna bedömning tar sikte på förhållandena vid tidpunkten för uteslutningsbeslutet. Till stöd för beslutet åberopade upphandlingsbolaget ett omprövningsbeslut från Skatteverket där det framgick att verket funnit att anbudsgivaren deltagit i förfaranden med osanna fakturor. Genom att hänvisa till Skatteverkets omprövningsbeslut – vilket vid den tidpunkten inte hade ändrats av högre instans – får upphandlingsbolaget anses ha fullgjort sin bevisbörda. Högsta förvaltningsdomstolen finner därmed att upphandlingsbolaget hade fog för att utesluta anbudsgivaren från upphandlingen.

Avskrivning av målet m.m.

Beslutet om uteslutning var alltså riktigt när det fattades. Därefter har Skatteverkets omprövningsbeslut upphävts av kammarrätten. Det saknas dock anledning att i detta mål ta ställning till betydelsen av kammarrättens skattedom. Av handlingarna framgår nämligen att den

BESLUT

Mål nr
4266-12

planerade avtalsperioden för upphandlingen löpt ut utan att kontraktsteckning har kunnat ske och att ett nytt upphandlingsförfarande har påbörjats. Eftersom ändamålet med överklagandet har förfallit ska målet skrivas av.

I avgörandet har deltagit justitieråden Gustaf Sandström, Kristina Ståhl, Anita Saldén Enérus, Erik Nymansson och Christer Silfverberg.

Målet har föredragits av justitiesekreteraren Anneli Berglund Creutz.