

HFD 2013 ref 61

Fråga om beviskrav i mål om uteslutning av leverantör från en offentlig upphandling på grund av att leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.

10 kap. 2 § första stycket 4 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; EU-domstolens dom i mål C-465/11, Forposta; RÅ 1994 ref. 88; RÅ 2006 ref. 7; RÅ 2009 ref. 69; RÅ 2010 ref. 79

Göteborgs Stads Upphandlings AB (upphandlingsbolaget) genomförde en upphandling av ramavtal avseende Målningsarbeten-Hantverkstjänster i form av ett förenklat förfarande. I samband med tilldelningsbeslut den 21 oktober 2011 uteslöts Effektiv Måleri i Mölndal AB (anbudsgivaren eller bolaget) från upphandlingen. Som grund för uteslutningen angavs att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och inte ha betalat sina skatter och avgifter enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 och 5 lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. I beslutet om uteslutning hänvisade upphandlingsbolaget till ett omprövningsbeslut från Skatteverket som fastställdes 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 kr.

Anbudsgivaren ansökte om överprövning hos förvaltningsrätten och yrkade att upphandlingen inte skulle få avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering skulle göras som omfattade även bolagets anbud. Bolaget anförde bl.a. följande. Det saknas grund för att utesluta bolagets anbud enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 och 5 LOU och enligt Upphandlingsföreskrifterna - För seriösa leverantörer. Genom sitt beslut har upphandlingsbolaget brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, i första hand likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Anbudsgivaren har lidit skada på sätt att om bolagets anbud hade utvärderats så skulle upphandlingsbolaget ha tecknat ramavtal med bolaget. Upphandlingsbolaget har som grund för sitt påstående att bolaget gjort sig skyldigt till allvarliga fel i yrkesutövningen hänvisat till Skatteverkets omprövningsbeslut. Bolaget bestrider att det gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen på det sätt som upphandlingsbolaget påstår eftersom Skatteverket saknar grund för sitt beslut.

Upphandlingsbolaget bestred bifall till ansökan och anförde bl.a. följande. Upphandlingsbolaget har haft en rätt och en skyldighet att utesluta anbudsgivaren från fortsatt deltagande i upphandlingen eftersom bolaget inte uppfyller de krav som ställs i 10 kap. 2 § första stycket 4 och 5 LOU. Upphandlingsbolaget har även haft en skyldighet att utesluta anbudsgivaren på dessa grunder i syfte att inte i strid med likabehandlingsprincipen behandla bolaget mer förmånligt än andra anbudsgivare.

Förvaltningsrätten i Göteborg

Förvaltningsrätten i Göteborg (2012-02-01, ordförande Karlsson) yttrade, efter att ha redogjort för tillämpliga bestämmelser m.m.: Förvaltningsrättens bedömning - Enligt förfrågningsunderlaget kommer anbudsgivare att kontrolleras vad gäller förhållanden enligt 10 kap. 2 § LOU och kraven ska på begäran kunna styrkas av anbudsgivaren. Ett grundläggande krav för att få delta i upphandlingen är därför att anbudsgivaren uppfyller kraven i 10 kap. 2 § LOU. Att en anbudsgivare får uteslutas från upphandlingen om förhållanden enligt 10 kap. 2 § LOU föreligger framgår av det lagrummet. - Av tilldelningsbeslutet framgår att bolagets anbud uteslutits från prövning på de grunderna att bolaget har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen och för att inte ha fullgjort sina skyldigheter avseende betalning av arbetsgivaravgifter och skatter samt till följd därav inte har ansetts uppfylla de särskilda krav som Göteborgs stad ställt upp för att få vara leverantör till Göteborgs stad. - De krav som en upphandlande myndighet ställer i förfrågningsunderlaget är ovillkorliga för att anbud ska komma i fråga för antagande. Ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda skalkrav får inte antas eftersom det skulle strida mot principen om

likabehandling av anbudsgivarna. Av det sagda följer att bolaget kan komma att uteslutas från deltagande i upphandlingen om förhållande enligt 10 kap. 2 § LOU föreligger. - Kammarrätten i Stockholm har i dom den 7 oktober 2011 i mål nr 4809-11 uttalat att användandet av osanna fakturor är att betrakta som ett allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 10 kap 2 § första stycket 4 LOU och att den omständigheten att skatter och avgifter har betalats inte medför någon annan bedömning. Av domen framkommer att någon lagakraftvunnen dom inte behöver föreligga för ett sådant konstaterande. Förvaltningsrätten instämmer i kammarrättens bedömning. - Genom den av upphandlingsbolaget åberopade skattedomen är det mycket sannolikt att bolaget har använt osanna fakturor, vilket innebär att upphandlingsbolaget visat att bolaget gjort sig skyldig till ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som avses i 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU. Användningen av de osanna fakturorna har pågått under flera år, ligger inte långt tillbaka i tiden och är ett mycket allvarligt fel. Beslutet att utesluta bolagets anbud från provning strider därför inte mot proportionalitetsprincipen. Någon mindre ingripande åtgärd har inte funnits. - Om upphandlingsbolaget inte hade uteslutit bolagets anbud från provning hade detta inneburit att upphandlingsbolaget inte följt skullkravet i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska uppfylla kravet i 10 kap. 2 § 4 LOU. Upphandlingsbolaget hade då brutit mot likabehandlingsprincipen. Upphandlingsbolaget har även av detta skäl haft fog för att utesluta bolagets anbud från provning. - Sammanfattningsvis medför det som bolaget anfört och har visat inte att det nu klandrade beslutet står i strid mot LOU. Upphandlingsbolaget har därför haft fog för sitt beslut att utesluta bolagets anbud från provning, varför ansökan alltså ska avslås.

Kammarrätten i Göteborg

Anbudsgivaren överklagade förvaltningsrättens dom och yrkade att kammarrätten skulle upphäva domen och besluta att upphandlingen skulle rättas på så vis att bolagets anbud skulle utvärderas. Bolaget anförde bl.a. följande. Upphandlingsbolaget har inte visat att bolaget har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen. Domarna i de åberopade skattemålen är överklagade till kammarrätten och det pågår således alltjämt en utredning om bolaget skatterättsligt använt osanna fakturor. Förundersökningen mot bolagets företrädare, avseende samma fakturor som omfattas av skattedomarna, har lagts ned. Åklagare har efter utredning mot såväl bolaget som de bolag som utfärdat de ifrågavarande fakturorna funnit att bolagets fakturor är riktiga. Skattedomarna är vidare ett resultat av skatterättslig genomsyn. Genomsynsresonemang får inte förekomma i ärenden avseende uteslutning av anbudsgivare. - Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 4442-09 bedömt att beviskravet för uteslutningsgrunden allvarligt fel i yrkesutövningen utgörs av ”klart visat”, vilket är ett högre krav än ”visat/styrkt”. Beviskravets styrka i mål om uteslutning från offentliga upphandlingar beror på de konsekvenser som ett sådant beslut medför. Till följd av den långa tid som en anbudsgivare riskerar att stängas ute från affärer med det allmänna utgör en uteslutning närmast ett partiellt näringsförbud. Ett beslut om uteslutning är således väsentligt mer ingripande än ett beslut om efterbeskattning. En skattedom beträffande osanna fakturor är därmed inte tillräcklig i bevishänseende. - Den överklagade domen motiveras också med att Kammarrätten i Stockholm i mål nr 4809-11 uttalat att användandet av osanna fakturor är att betrakta som ett allvarligt fel i yrkesutövningen samt att det inte behöver föreligga någon lagakraftvunnen dom för ett sådant konstaterande. Detta är felaktigt. Såväl preambeln till direktiv 2004/18/EG som förarbetena till LOU ger stöd för att uteslutning enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU fordrar en lagakraftvunnen dom eller ett likvärdigt beslut när skuldfrågan avgörs genom ett domstolsförfarande. Det föreligger vidare stora skillnader mellan nämnda kammarrättsdom och den nu överklagade domen. I kammarrättsdomen var det underliggande skatteärendet överklagat till högsta instans och hade, till skillnad från bolagets skatteärende, inte bedömts av åklagare. I det nu aktuella fallet har skattefrågan endast prövats i en instans.

Upphandlingsbolaget ansåg att bolagets överklagande skulle avslås och anförde bl.a. följande. Att det inte krävs någon lagakraftvunnen dom i bevishänseende för allvarligt fel i yrkesutövningen följer direkt av direktivbestämmelsens utformning - ”på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten” - och lagtexten. Om en upphandlande myndighet skulle behöva ”vänta ut” skatteprocessen innan uteslutning kan ske, skulle det medföra att bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU blir verkningslös. En leverantör skulle då kunna överklaga ett omprövningsbeslut om osanna fakturor och föra en utdragen skatteprocess i flera instanser för att omöjliggöra en uteslutning i upphandling. För att syftet med bestämmelsen ska kunna upprätthållas är det därför nödvändigt att en upphandlande myndighet ska kunna utesluta en anbudsgivare på grund av den utredning som finns, t.ex. genom ett beslut av Skatteverket. Har Skatteverkets beslut dessutom, som i det här fallet, fastställts av förvaltningsrätt utgör det en bekräftelse av riktigheten av Skatteverkets beslut. Processen i skattemålen rör efterbeskattning på grund av osanna fakturor samt skattetillägg. I dessa mål gäller beviskravet ”mycket sannolikt”. Det föreligger inte

något högre beviskrav för uteslutning till följd av allvarligt fel i yrkesutövningen enligt LOU än vad som gäller för Skatteverket i mål om efterbeskattning och skattetillägg. Upphandlingsbolaget har genom att åberopa Skatteverkets omprövningsbeslut och förvaltningsrättens domar i skattemålen uppfyllt beviskravet för uteslutning från upphandlingen.

Kammarrätten i Göteborg (2012-07-12, Svensson, Holmstedt, referent, Hagard Linander) yttrade: Kammarrätten gör, även med beaktande av vad bolaget anfört i kammarrätten, samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås. - Kammarrätten avslår överklagandet.

Högsta förvaltningsdomstolen

Anbudsgivaren överklagade kammarrättens dom och yrkade att det överklagade beslutet skulle undanröjas och att upphandlingen skulle rättas. Därvid anfördes 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 åberopad 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 bestred bifall till överklagandet och anförde 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 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.

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

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

Högsta förvaltningsdomstolen (2013-09-26, Sandström, Ståhl, Saldén Enérus, Nymansson, Silverberg) yttrade:

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 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 byggtreprenader, 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 yrkesetiken (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 ifrågasvarande 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 lagakraftvunnen 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).

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 upphävt av kammarrätten. Det saknas dock anledning att i detta mål ta ställning till betydelsen av kammarrättens skattedom. Av handlingarna framgår nämligen att den 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.

Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen avskriver målet.

Anm. Samma dag avgjordes mål nr 4267-12 i samma fråga och med samma utgång.
Mål nr 4266-12, föredragande Berglund Creutz

Sökord: EU-rätt; Förvaltningsprocess, onyttiga besvär; Offentlig upphandling

Litteratur: Diesen, Bevisprövning i förvaltningsmål, 2003, s. 112-114; von Essen, Processramen i förvaltningsmål, 2009, s. 36-42; Wennergren, Förvaltningsprocesslagen m.m. - en kommentar, 5 u. 2005, s. 150 och 317-318

Målnummer: 4266-12

Avgörandedatum: 2013-09-26

Avdelning: