

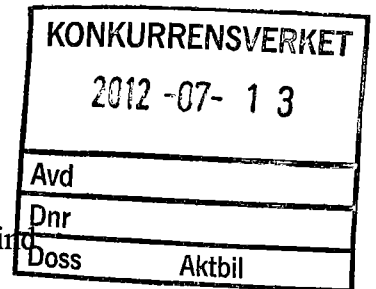


KLAGANDE

Effektiv Måleri i Mölndal AB, 556475-9917
Kråketorpsgatan 32
431 53 Mölndal

Ombud:

Advokaterna Lars Thunberg och Jimmy Carnelind
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg



MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings AB, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 1 februari 2012 i mål nr
12113-11, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 13 februari 2012 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Effektiv Måleri i Mölndal AB (bolaget) yrkar att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom och besluta att upphandlingen ska rättas på så vis att bolagets anbud ska utvärderas. Bolaget anför bl.a. följande.

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (UHB) 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 ifrågasatta 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 § 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.

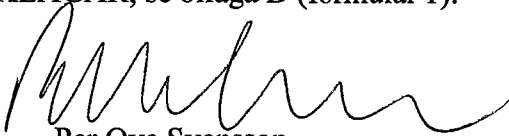
UHB anser att bolagets överklagande ska avslås och anför bl.a. följande. Att det inte krävs någon lagakraftvunnen dom i bevishänseende för allvarligt fel i yrkesutövningen följer direkt av direktivbestämmelsens utformning – ”på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten” – och lagtexten. Om en upphandlande myndighet skulle behöva ”vänta ut” skatteprocessen innan uteslutning kan ske, skulle det medföra att bestämmelsen i 10 kap. 2 § 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.

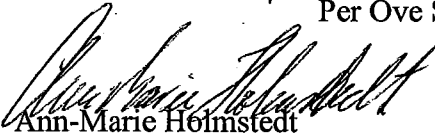
Processen i skattemålen rör efterbeskattning på grund av osanna fakturor samt skattetillägg. I dessa mål gäller beviskravet ”mycket sannolikt”. Det föreligger inte något högre beviskrav för uteslutning till följd av allvarligt fel i yrkesutövningen enligt LOU än vad som gäller för Skatteverket i mål om efterbeskattning och skattetillägg. UHB har genom att åberopa Skatteverkets omprövningsbeslut och förvaltningsrättens domar i skattemålen uppfyllt beviskravet för uteslutning från upphandlingen.

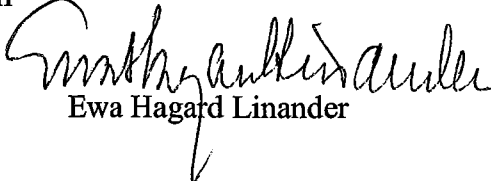
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten gör, även med beaktande av vad bolaget anfört i kammarrätten, samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Per Ove Svensson


Ann-Marie Holmstedt
referent


Ewa Hagard Linander


/Monika Knutsson

UPPLYSNING

Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap.

LOU.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-02-01
Meddelad i
Göteborg

BILAGA A

Sida 1 (10)

Mål nr
12113-11 E
Enhet 2:1

AB 23

SÖKANDE

Effektiv Måleri i Mölndal AB, 556475-9917
Kråketorpsgatan 32
431 53 Mölndal

Ombud: Advokaterna Lars Thunberg och Jimmy Carnelind
Wistrand Advokatbyrå, Göteborg
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlingsbolag AB genomför en upphandling av ramavtal avseende Hantverkstjänster - Målningsarbeten, dnr 270/11. Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 21 oktober 2011 framgår att UHB avser att teckna avtal med andra leverantörer och att Effektiv Måleri i Mölndal AB utesluts ur upphandlingen. Som skäl angavs att bolaget gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och för att inte ha betalat sina skatter och avgifter enligt 10 kap. 2 § punkterna 4 och 5 LOU samt för att därigenom inte ha inte levt upp till den seriositet som krävs för att få ha avtal med Göteborgs Stad, *Upphandlingsföreskrifter – För seriösa leverantörer*.

Till grund härför ligger Skatteverkets omprövningsbeslut daterat den 26 mars 2010 vari anbudsgivaren påförts ytterligare skatter, arbetsgivaravgifter och skattetillägg med drygt 2,4 mkr och där Skatteverket gjort bedömningen att osanna fakturor under flera år har använts av anbudsgivaren för utbetalning av löner till svart arbetskraft.

– Förvaltningsrätten i Göteborg har i dom den 25 mars 2011 (mål nr 14262-10 m.fl.) fastställt Skatteverkets beslut. Bolaget har överklagat domen hos Kammarrätten i Göteborg.

YRKANDEN M.M.

Effektiv Måleri i Mölndal AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att en ny utvärdering görs och som omfattar även bolagets anbud.

Till stöd för talan anförs bland annat följande.

Det saknas grund för att utesluta bolagets anbud enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 och 5 LOU samt *Upphandlingsföreskrifterna – För seriösa leverantörer*. Genom sitt beslut har UHB brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. I första hand likabehandlings- och proportionalitetsprincipen.

Bolaget har lidit skada på så sätt att om bolagets anbud hade utvärderats så skulle UHB ha tecknat ramavtal med bolaget.

Som grund för uteslutning enligt 10 kap. 2 § första stycket 5 LOU har UHB åberopat Skatteverkets beslut att påföra bolaget skatter, arbetsavgifter och skattetillägg grundat på osanna fakturor. Bolaget har bestritt dessa påståenden och Skatteverkets beslut är föremål för prövning i Kammarrätten i Göteborg. Trots bolagets inställning har emellertid de påförda skatterna och avgifterna betalats i sin helhet.

Av litteraturen framgår att när det gäller bristande betalning av skatter och avgifter kan detta inte åberopas som grund för uteslutning efter att betalning skett. I detta fall har bolaget inga utestående skatter eller avgifter då betalning gjordes i direkt anslutning till Skatteverkets omprövningsbeslut.

UHB 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 UHB påstår eftersom Skatteverket saknar grund för sitt beslut.

Som en konsekvens av de uppgifter som Skatteverket grundat sina beslut på påbörjade Ekobrottsmyndigheten en förundersökning mot en av ställföreträdarna för bolaget. Förundersökningen lades ner den 13 maj 2011.

De händelser som UHB åberopat som grund för sitt beslut skedde under perioden 2005 till 2008, dvs. för minst tre år sedan och längre tillbaka. Av praxis och litteraturen framgår att det inte ska vara möjligt att diskvalificera en leverantör från den offentliga marknaden under längre tid. Uteslutningsgrunderna ska således inte användas för att straffa leverantörer. Vid proportionalitetsbedömningen ska dels tidsaspekten vägas in, dels allvaret i överträdelsen. I det aktuella fallet har de påstådda överträdelserna skett för tre till sex år sedan. Även för det fall bolaget skulle varit ansvarigt för de aktuella överträdelserna strider det därmed mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolaget för händelser som ligger så långt tillbaka i tiden. För detta talar även det faktum att förundersökningen mot företrädare för bolaget lades ned i ett tidigt skede, vilket inte är annat än naturligt då bolaget inte gjort sig skyldigt till det som läggs det till last av UHB.

Upphandlingsföreskrifterna – *För seriösa leverantörer* är endast en allmän redogörelse för hur UHB arbetar för att säkerställa att de leverantörer som man tecknar avtal med är seriösa. Bolaget har ingen erinran mot denna beskrivning men ser inte på vilket sätt punkten kan åberopas som stöd för UHB:s beslut

Göteborgs Stads Upphandlingsbolag AB (UHB) bestrider bifall till ansökan.

Upphandlingsbolaget har haft en rätt och en skyldighet att utesluta bolaget från fortsatt deltagande i upphandlingen eftersom bolaget inte uppfyller de krav som ställs i 10 kap. 2 § första stycket 4 och 5 LOU. Upphandlingsbo-

laget har även haft en skyldighet att utesluta bolaget på dessa grunder i syfte att inte i strid med likabehandlingsprincipen behandla bolaget mer förmånligt än andra anbudsgivare.

Det är ett grundläggande krav att en anbudsgivare uppfyller kraven i bland annat 10 kap. 2 § LOU för att anbudsgivaren ska få delta i de upphandlingar som Upphandlingsbolaget genomför för Göteborgs Stads m.fl. räkning.

Skatteverket har i omprövningsbeslut påfört bolaget skatter, arbetsgivaravgifter och skattetillägg med drygt 2,4 miljoner kronor grundat på osanna fakturor under flera år för utbetalning av löner till svart arbetskraft.

Beslutet bygger på att bolaget lämnat oriktiga uppgifter. Eftersom det är fråga om efterbeskattning har också ett högre beviskrav tillämpats.

Förvaltningsrätten i Göteborg har avslagit bolagets överklagande av omprövningsbeslutet. Bolaget har överklagat förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg.

Bland annat mot bakgrund av omprövningsbeslutet och förvaltningsrättens dom beslutade UHB att utesluta bolaget från fortsatt deltagande i upphandlingen enligt 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU. Uteslutning på grund av allvarligt fel i yrkesutövningen kräver inte att det finns en lagkraftvunnen dom för den grund som anförs för uteslutning. Bestämmelsen tar i stället sikte på själva beteendet hos en leverantör. Detta framgår av Kammarrättens i Stockholm dom den 7 oktober 2011 i mål nr 4809-11.

Av Skatteverkets beslut och förvaltningsrättens dom framgår dessutom att bolaget har haft systematiska brister sin internkontroll avseende underlag i form av tidssedlar och rapporter från uppgivna underleverantörer. Sådana brister omöjliggör nödvändig uppföljning av en ramavtalsleverantör. Brister av aktuellt slag innebär att det för en beställare inte ens är möjligt att utföra en helt vanlig fakturamatchning efter utfört uppdrag. Även brister i

den interna kontrollen av ett företag har i praxis varit att anse som allvarligt fel i yrkesutövningen.

Av 10 kap. 2 § punkten 5 LOU och förfrågningsunderlaget följer att Upphandlingsbolaget även ska utesluta bolaget eftersom bolaget inte har fullgjort sin skattskyldighet i Sverige. Skatteverkets omprövningsbeslut har fastställts av förvaltningsrätten. Det saknar betydelse att bolaget har överklagat omprövningsbeslutet och förvaltningsrättens dom. Det saknas betydelse att bolaget har betalat skatten. Med tanke på karaktären och tillvägagångssättet av skatteundandragandet i relation till den tid som passerat sedan händelserna inträffat kan det på inget sätt anses oproportionerligt att utesluta bolaget. Någon mindre ingripande åtgärd har inte heller varit möjlig att vidta.

I fortsatt skriftväxling vidhåller parterna sina ställningstaganden.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 beaktas.

Av 15 kap. 13 § LOU framgår att 10 kap. 2 § samma lag är tillämplig även för upphandlingar som genomförs i form av förenklat förfarande.

Enligt 10 kap 2 § första stycket 4 och 5 får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören bl.a. har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta eller, inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker.

Avseende 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU framgår av förarbetena till lagstiftningen (prop. 2006/2007:128 s. 390) att bestämmelsen har utformats i överensstämmelse med bestämmelserna i Europaparlamentets och rådets direktiv (EG) nr 2004/18 av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. I beaktandesats 43 anges vad avser punkterna 3 och 4 att om det i nationell rätt ingår sådana bestämmelser, kan överträdelse av miljölagstiftning eller lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling som har lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt betraktas brott som brott mot leverantörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel. I avsnitt 2 i direktivet anges i artikel 45 punkt 2 under vilka förhållanden en ekonomisk aktör får uteslutas från deltagande i förfarandet för tilldelning av offentligt kontrakt. Under d) anges att det får ske om denne har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen, som på något sätt kan styrkas av den upphandlande myndigheten.

I en kommentar till 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU uttalas att vad som avses med allvarligt fel i yrkesutövningen är svårt att veta, men yrkesfusk torde falla under regeln liksom lagbrott som kan bevisas utan att dom fallit, se J-E Falk Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2009, s.299.

Kammarrätten i Stockholm har i återopad dom funnit att bruk av osanna fakturor måste anses som ett allvarligt fel i yrkesutövningen i den mening som avses i 10 kap. 2 § första stycket 4 LOU och att ett beslut i allmän förvaltningsdomstol där osanna fakturor förekommit är tillräcklig bevisning därom. Något krav på att beslutet vunnit laga kraft krävdes inte. Vidare saknade omständigheten att skatten till följd av beslutet betalats betydelse. Kammarrättens dom har numer vunnit laga kraft sedan Högsta förvaltningsdomstolen den 18 november 2011 (mål nr 6284-11) beslutat att inte meddela prövningstillstånd.

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 skyldig 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 som 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 skallkrav 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 laga-kraftvunnen 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 prövning strider därför inte mot proportionalitetsprincipen. Någon mindre ingripande åtgärd har inte funnits.

Om Upphandlingsbolaget inte hade uteslutit bolagets anbud från prövning 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 prövning.

Sammanfattningsvis medför det som bolaget anför och har visat inte att det nu klandrade beslutet står i strid med LOU. Upphandlingsbolaget har därför haft fog för sitt beslut att utesluta bolagets anbud från prövning, varför ansökan alltså ska avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.