

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
4092-17

meddelad i Stockholm den 12 mars 2018

KLAGANDE
Migrationsverket

Ombud: Advokat Toralf Hällen och jur.kand. Gustav Nittby
Flood Herslow Holme Advokatbyrå AB
Box 7615
103 94 Stockholm

MOTPART
Carewell Group AB, 559055-0868
Box 39
101 20 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Kammarrätten i Jönköping dom den 16 juni 2017 i mål nr 661-17

SAKEN
Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver kammarrättens och förvaltningsrättens avgöranden och avslår ansöknings om överprövning.

Dok.Id 188241

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

Prövningen av anbud i ett upphandlingsförfarande sker i flera led. I det första ledet undersöker den upphandlande myndigheten omständigheter som antingen ska eller får medföra uteslutning av leverantörer. I det andra ledet ska myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte uteslutits redan i det första ledet. I det tredje och avslutande ledet görs en utvärdering av kvarvarande anbud.

Migrationsverket genomförde under våren 2016 en upphandling avseende tillfälligt boende för asylsökande.

Av förfrågningsunderlaget framgick att Migrationsverket skulle kontrollera att leverantören hade fullgjort sina åligganden avseende sociala avgifter och skatter samt var registrerad i aktiebolagsregister, handelsregister eller liknande register och att Migrationsverket skulle kontrollera detta genom att hämta in uppgifter från Skatteverket. Det angavs också att Migrationsverket skulle kontrollera om leverantören var registrerad för skulder för indrivning hos Kronofogdemyndigheten. För utländska leverantörer ställdes motsvarande krav. Dessa skulle till sitt anbud bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet som visade att registrering i yrkes- och handelsregister förelåg, att föreskrivna skatter och sociala avgifter var erlagda och om leverantören hade indrivningsbara skulder.

Carewell Group AB, som hade en norsk underleverantör, lämnade ett anbud.

Migrationsverket uteslöt Carewell Group eftersom bolaget inte hade uppfyllt kraven på att bifoga intyg från utländsk myndighet.

Mål nr
4092-17

Bolaget ansökte om överprövning av upphandlingen och anförde att kraven i förfrågningsunderlaget på att utländska leverantörer skulle ge in intyg stred mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten biföll ansökningen och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Genom att ställa särskilda krav på utländska leverantörer och svenska leverantörer som anlitar utländska underleverantörer om att ge in vissa handlingar, hade Migrationsverket enligt förvaltningsrätten behandlat lika situationer olika. Det hade inte framkommit något som talade för att särbehandlingen hade varit motiverad av sakliga skäl. Inte heller ansågs de administrativa fördelarna för den upphandlande myndigheten vara ett godtagbart skäl för särbehandlingen. Kraven bedömdes därmed strida mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Den felaktiga uteslutningen hade medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada. Det fanns därför grund för ingripande.

Kammarrätten avslog Migrationsverkets överklagande av förvaltningsrättens dom. Även kammarrätten ansåg att det var fråga om en olik behandling av lika situationer. Kammarrätten ansåg dock att Migrationsverket hade haft fog för att i förfrågningsunderlaget föreskriva att utländska leverantörer skulle bifoga intyg från myndigheter i det egna landet som visade att skatter och sociala avgifter var betalda. Kammarrätten hänvisade till en särskild bestämmelse i upphandlingslagstiftningen enligt vilken den upphandlande myndigheten själv ska hämta in uppgifterna när det gällde kontroll av nämnda förhållanden i Sverige. Däremot ansåg domstolen att motsvarande krav avseende registrering i yrkes- eller handelsregister och om indrivningsbara skulder saknade stöd i lag och stred mot likabehandlingsprincipen.

YRKANDEN M.M.

Migrationsverket yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska upphäva kammarrättens dom och förordna att upphandlingen inte ska göras om. Verket anför bl.a.

följande. Förfrågningsunderlaget innebär att såväl svenska som utländska leverantörer i det egna landet kontrolleras angående samma förhållanden. Det förhållandet att uppgiftsinhämtande sker på olika sätt är proportionerligt med hänsyn till Migrationsverkets behov av bl.a. fungerande e-handelslösningar samt säkerställande av varje leverantörs status och ansvar.

Carewell Group AB anser att överklagandet ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

I målet är den nu upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, tillämplig.

De flesta bestämmelser i lagen gäller sådana upphandlingar som styrs av EU-direktiv, men lagen innehåller också regler för upphandlingar som inte omfattas av direktiven. Dessa regler är samlade i 15 kap., som innehåller hänvisningar till övriga regler i lagen.

Den upphandling som är aktuell i målet är en upphandling enligt 15 kap.

Enligt 1 kap. 9 § ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

I 10 kap. 1 § anges sådana omständigheter som ska medföra uteslutning av leverantörer. Så är fallet om leverantören enligt lagakraftvunnen dom är dömd för vissa i paragrafen angivna brott.

I 10 kap. 2 § anges sådana omständigheter som får medföra uteslutning. Så kan vara fallet bl.a. om leverantören är föremål för ansökan om konkurs eller tvångslikvidation (första stycket 2) eller inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker (första stycket 5).

Kontroll av leverantörs lämplighet görs med stöd av 11 kap. och avser bl.a. leverantörens ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Den upphandlande myndigheten får för denna kontroll med stöd av 6 § begära att leverantören visar registrering i aktiebolags- eller handelsregister eller motsvarande register som förs i det land där leverantörens verksamhet är etablerad.

En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap. (10 kap. 2 § första stycket 6).

Enligt 10 kap. 4 § ska den upphandlande myndigheten vid kontroll av om en leverantör har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i Sverige enligt 10 kap. 2 § första stycket 5 inhämta uppgifter om detta från behörig myndighet. För det icke direktivstyrda området finns motsvarande reglering i 15 kap. 13 a §. Bestämmelserna infördes genom lagstiftning 2010 och syftade till att förenkla upphandlingen och minska den administrativa bördan för leverantörerna (prop. 2009/10:180 s. 275 f. och 297).

En leverantör får enligt 15 kap. 13 § andra stycket uteslutas från deltagande i enlighet med 10 kap. 2 §. Enligt 15 kap. 13 § tredje stycket ska upphandlande myndighet som begär upplysningar av leverantören ange i förfrågningsunderlaget på vilket sätt leverantören kan lämna upplysningarna.

Mål nr
4092-17

I den nu gällande lagen (2016:1145) om offentlig upphandling finns det inom det direktivstyrda området inte längre någon motsvarighet till 10 kap. 4 §. Vad gäller upphandling som inte omfattas av direktiven motsvaras 15 kap. 13 a § av 19 kap. 19 §.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

I det förfrågningsunderlag som ligger till grund för upphandlingen anger Migrationsverket att verket kommer att kontrollera vissa angivna uppgifter, bl.a. om avgifter och skatter, om leverantören är registrerad i aktiebolagsregister eller liknande register samt om leverantören är registrerad för skulder för indrivning. Vidare anges att verket inhämtar uppgifterna från bl.a. Skatteverket och Kronofogdemyndigheten men att utländska leverantörer ska ge in intyg från behöriga myndigheter i det egna landet. Vad gäller åligganden avseende avgifter och skatt i Sverige är Migrationsverket enligt 15 kap. 13 a § LOU skyldigt att inhämta uppgifter från Skatteverket.

Det kan således konstateras att den kontroll som ska företas är densamma beträffande alla leverantörer men att metoderna för inhämtande av underlaget skiljer sig åt beroende på om uppgifterna finns i svenska register eller inte.

Den upphandlande myndigheten kan enkelt och effektivt använda befintliga och allmänna register avseende svenska förhållanden. När det är fråga om inhämtande av underlag om utländska leverantörer avseende deras förhållanden i det egna landet, kan det däremot inte förutsättas att upphandlande myndigheter har möjlighet att inhämta uppgifter eller ens kan antas känna till varifrån en viss uppgift kan inhämtas. För att kontrollen ska kunna genomföras krävs därför att leverantörerna själva lämnar uppgifterna.

De skilda metoderna innebär visserligen att leverantörer behandlas olika men detta får mot den angivna bakgrunden anses sakligt motiverat. Utformningen av förfrågningsunderlaget kan således inte anses strida mot de allmänna principerna i

Mål nr
4092-17

1 kap. 9 § LOU. Av utredningen framgår att bolaget inte uppfyllt kraven i fråga.
Överklagandet ska därmed bifallas.

I avgörandet har deltagit justitieråden Henrik Jermsten, Eskil Nord,
Inga-Lill Askersjö, Mahmut Baran och Mari Andersson.

Föredragande har varit justitiesekreteraren Emily Alfvén Nickson.

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 15 september 2016 i mål nr 4266-16