

## **HFD 2018 ref. 14**

**Det förhållandet att en upphandlande myndighet själv har inhämtat registeruppgifter om leverantörer genom att använda befintliga och allmänna register men begärt att utländska leverantörer i stället ska ge in intyg från behöriga myndigheter i det egna landet har inte ansetts strida mot de allmänna principerna för offentlig upphandling.**

1 kap. 9 §, 15 kap. 13 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 12 mars 2018 följande dom (mål nr 4092-17).

### **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.

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.

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

## Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

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

I avgörandet deltog justitieråden *Jermsten, Nord, Askersjö, Baran* och *Andersson*. Föredragande var justitiesekreteraren Emily Alfvén Nickson.

---

### *Förvaltningsrätten i Linköping (2016-09-15, Wiker):*

*Frågan om förfrågningsunderlaget bryter mot principerna om ickediskriminering och likabehandling*

För det fall aktuella krav inte ska tolkas på det sätt som bolaget hävdar, menar bolaget att kravet bl.a. är diskriminerande mot utländska leverantörer. Förvaltningsrätten gör i denna del följande bedömning.

Den aktuella upphandlingen omfattas inte av EU-direktiven på upphandlingsområdet, varför 15 kap. LOU är tillämpligt. Även upphandlingar som inte omfattas av direktivet ska dock genomföras enligt EUF-fördragets bestämmelser, vilket bl.a. innebär att diskriminering p.g.a. nationalitet är förbjudet.

Principen om icke-diskriminering innebär i upphandlingssammanhang ett förbud mot både direkt och indirekt diskriminering p.g.a. nationalitet eller etablering i en viss medlemsstat. En svensk upphandlande myndighet får inte ställa sådana krav som i praktiken endast svenska leverantörer kan uppfylla. Vidare medför likabehandlingsprincipen ett generellt förbud mot olikbehandling av företag som är i en likvärdig konkurrenssituation.

Annat har inte framkommit än att bolaget befinner sig i en likvärdig konkurrenssituation som svenska leverantörer som inte anlitar utländska underleverantörer. Genom att ställa särskilda krav på utländska leverantörer och svenska leverantörer som anlitar utländska underleverantörer att komma in med vissa handlingar, får Migrationsverket anses ha behandlat lika situationer olika. Det har inte framkommit något som talar för att särbehandlingen har varit motiverad av sakliga skäl. Inte heller de administrativa fördelarna för den upphandlande myndigheten kan anses vara ett godtagbart skäl för en särbehandling i ett fall som det nu förevarande (se Kammarrätten i Stockholms avgörande den 13 maj 2015 i mål nr 6123-14). Det aktuella kravet får därmed anses strida mot principerna om likabehandling och ickediskriminering.

#### *Skaderekvisitet*

Bolagets anbud har uteslutits eftersom det inte uppfyller det aktuella, otillåtna kravet. Bolaget har angett att det, om det hade kvalificerats, hade tilldelats ramavtal.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolagets yrkande i målet till dess utformning omfattar hela upphandlingen, d.v.s. kontrakt för alla boende-

former. Som ovan angetts har dock bolaget endast lämnat anbud avseende boendeform B, samtliga avtalstider. Bolaget har inte heller uttryckt att det haft för avsikt att konkurrera om övriga delar av upphandlingen. Med beaktande av angivna förhållanden finner förvaltningsrätten att bolaget, till den del ansökan rör kontrakt för vilka anbud inte har offererats, inte har visat att bolaget lider eller kan komma att lida skada till följd av de brister som anförts i målet (jfr HFD 2013 ref. 53).

Vad gäller upphandlingen för boendeformen B finner förvaltningsrätten att det inte har framkommit några omständigheter som talar mot att bolaget hade tilldelats ramavtal om det hade kvalificerats. Den felaktiga uteslutningen får därmed anses medföra att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed och ansökan ska bifallas i den del som avser boendeform B. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet kan någon annan åtgärd än att upphandlingen i denna del görs om inte komma ifråga. – Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen Ramavtal Tillfälligt boende för asylsökande Värmlands län (dnr 3.2.1-2016-41277), boendeform B, ska göras om. Förvaltningsrätten avslår ansökan i den del den avser övriga boendeformer.

**Kammarrätten i Jönköping** (2017-06-16, Stelzer, Källman och Davidson):

Frågan i målet är om kraven på utländska leverantörer under punkten 3.1 i förfrågningsunderlaget står i strid med principen om likabehandling och därmed LOU.

Av EU-domstolens praxis framgår att likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se t.ex. EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i de förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom, punkt 27).

Migrationsverket har i förfrågningsunderlaget ställt upp obligatoriska krav för utländska leverantörer att till sitt anbud bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet som visar dels att registrering i yrkes- eller handelsregister föreligger dels att föreskrivna skatter och sociala avgifter är erlagda. Vidare ska utländska leverantörer bifoga intyg från myndighet motsvarande Kronofogdemyndigheten som visar om leverantören har indrivningsbara skulder. Några motsvarande krav tillika uteslutningsgrunder har inte tillämpats för svenska anbudsgivare. Avseende svenska leverantörer anges i förfrågningsunderlaget att Migrationsverket kommer att kontrollera motsvarande krav genom att inhämta uppgifter från Skatteverket och Kronofogdemyndigheten.

Det kan således konstateras att förfrågningsunderlaget innebär en olik behandling av utländska leverantörer och svenska leverantörer som anlitar utländska underleverantörer jämfört med svenska leverantörer som inte anlitar utländska underleverantörer.

Såvitt gäller frågan om det rör sig om lika situationer anser kammarrätten, i likhet med förvaltningsrätten, att bolaget befinner sig i en likvärdig konkurrenssituation som svenska leverantörer som inte anlitar

utländska underleverantörer. Det rör sig således om en olik behandling av lika situationer.

Mot bakgrund av bestämmelsen i 15 kap. 13 a § LOU får Migrationsverket anses ha haft fog för att i förfrågningsunderlaget föreskriva att utländska leverantörer till anbudet ska bifoga intyg från behöriga myndigheter i det egna landet som visar att föreskrivna skatter och sociala avgifter är erlagda.

Migrationsverket har dock krävt att utländska leverantörer från behöriga myndigheter i det egna landet även ska bifoga intyg som visar om registrering i yrkes- eller handelsregister föreligger och om leverantören har indrivningsbara skulder. Denna olika behandling avseende sist nämnda uppgifter saknar stöd i LOU och kan inte heller i övrigt anses rättfärdigad, även med beaktande av vad Migrationsverket anfört om svårigheten för verket att inhämta handlingar från utlandet samt administrativa fördelar.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser kammarrätten att de sist angivna kraven, såsom de är formulerade, strider mot principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Eftersom bristen hänförs till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om i den del som målet gäller. Överklagandet ska därför avslås. – Kammarrätten avslår överklagandet.