

KONKURRENSKOMMISSIONEN KKO 06-004

PM 2 2006-04-26 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom bristande affärsmässighet vid offentlig upphandling (diskriminerande särbehandling).

De kommunala bostadsföretagens inköpsorganisation, HBV, har vid upphandling av köksinredning m.m. beslutat att utesluta anbudsgivare från deltagande på grund av att en underleverantör vid en viss tidpunkt under upphandlingens handläggning, dock inte vid tidpunkten för tilldelningsbeslutet och utan att vara restförd hos kronofogdemyndighet, hade ett underskott på sitt skattekonto.

Husbyggnadsvaror H.B.V. förening u.p.a.(nedan HBV)^[1], är inrättad av huvudsak kommunala allmännyttiga bostadsföretag för att biträda dem vid bland annat varuinköp.^[2] HBV inhämtade i december 2005/januari 2006 skriftliga anbud avseende ramavtal för successiva avrop av ”Skåpluckor, bänkskivor och skärbrädor m fl produkter inklusive montering för köksförnyelse” under perioden den 1 april 2006 till och med den 31 mars 2008 (2 år).

Av förfrågningsunderlaget, daterat den 29 december 2005, framgår att upphandlingen skall handläggas som en s.k. öppen upphandling och att ramavtal kan ingås med en eller flera anbudsgivare. Vidare framgår (sid 2) att ”En anbudsgivare kan enligt bestämmelserna i 1 kap. 17 § LOU uteslutas från deltagande i upphandlingen om han ... inte har fullgjort sina åligganden avseende svenska skatter eller socialavgifter” samt (sid 4) att ”I denna upphandling samarbetar HBV med Skatteverket, som bidrar med att lämna uppgifter om anbudsgivarens skattesituation, såväl under upphandlingen som under avtalstiden. För upphandlingen gäller att anbudsgivaren skall ha fullgjort sina skyldigheter avseende avgifter och skatter. Uppgifter om skattesituation kommer att inhämtas av HBV”.

Vid anbudstidens utgång 14 februari 2006 registrerades nio inkomna anbud. Tilldelningsbeslut meddelades den 7 mars 2006. Av den tilldelningsupplysning som meddelades framgår att en anbudsgivare, här angiven som Anbudsgivare A, fått sitt anbud förkastat på grund av att HBV under upphandlingens löpande handläggning hade noterat att en i anbudet angiven underleverantör, här angiven som Underleverantör X, visat sig ha underskott på sitt skattekonto. HBV angav därvid att ”[Anbud A] är baserat på leveranser från [Underleverantör X], som vid prevision vid skatteverket 2002-02-20 [måste rätteligen vara 2006-02-20; KKO:s anmärkning] har en skatteskuld på 153 119 SEK. Företaget har därmed inte uppfyllt krav i LOU 1 kap 17 §.” HBV beslutade mot denna bakgrund att tilldela kontraktet till tre andra anbudsgivare.

Av utredning framgår att Underleverantören X har haft ett underskott på sitt skattekonto. Skatteverket anmanade därför bolaget att senast den 27 februari 2006 återföra saknat belopp. Betalning i enlighet med Skatteverkets krav skedde den 23 februari 2006 och enligt ett utdrag per den 4 mars 2006 uppgick behållningen till 1.626 kronor. Vid tidpunkten för HBV:s meddelande om tilldelningsbeslut i upphandlingen, den 7 mars 2006, hade skattekontot ett överskott. Underleverantör X kom således aldrig att restföras. Ärendet överföres aldrig till kronofogdemyndighet.

Av förfrågningsunderlaget för den aktuella upphandlingen framgår att inköpsvolymen för 2006 beräknas till 90 miljoner. Kontraktsvärdet av upphandlingen kan således uppskattas till minst 180 miljoner kronor under den angivna avtalstiden på två år.

Länsrätten i Stockholms län har genom dom den 29 mars 2006 förordnat om att den aktuella upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts, bestående i att HBV gör en ny utvärdering av anbudet, var vid anbudet från Anbudsgivare A skall beaktas. Av domskälen framgår bland annat följande: ”HBV har förkastat [Anbudsgivare A:s] anbud med

motiveringen att bolagets underleverantör hade skatteskulder. HBV:s synsätt innebär att begreppet underleverantör skall jämföras med begreppen anbudsgivare och leverantör vid tillämpningen av LOU. Vid genomgång av rättsläget finner länsrätten inte stöd för denna uppfattning. Eftersom det inte någonstans i förfrågningsunderlaget nämns att en underleverantörs underskott på skattekontot innebär att anbudsgivaren kan komma att uteslutas från att delta i utvärderingen har inte HBV ägt rätt att förkasta bolagets anbud”.^[5]

Gällande rätt

All offentlig upphandling och vad som äger samband med den, regleras genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU. Upphandling av varor skall om det beräknade kontraktsvärdet överstiger tröskelvärdet 200.000 euro eller 1,845 miljoner kronor^[6] handläggas enligt de av EG-direktiv styrda bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU. Upphandlingen skall i sådant fall normalt handläggas enligt ett öppet eller ett selektivt förfarande.

Förutom statliga och kommunala myndigheter omfattar lagens bestämmelser även bl.a. föreningar som har inrättats i syfte att täcka behov i det allmännas intresse, under förutsättning att behovet inte är av industriell eller kommersiell karaktär, och vars styrelse utses av andra upphandlande enheter. Ekonomiska föreningar som har inrättats för att tillhandahålla medlemmarna service och vars styrelse utses av allmännyttiga kommunala företag^[7] kan med ledning härav anses utgöra sådana *upphandlande enheter* som är skyldiga att iaktta upphandlingslagens bestämmelser. Tillsyn över lagen utövas av Nämnden för offentlig upphandling (NOU).^[8]

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att all upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Lagens bestämmelser bygger på de gemenskapsrättsliga grundsatser, bl.a. principerna om likabehandling, icke-diskriminering och insyn (*transparens*) som bär upp den centrala EG-rätten och kommer till uttryck genom EG-fördraget. Likabehandlingsprincipen är tillämplig på all upphandling, såväl över som under tröskelvärdena^[9], och innebär i korthet att samtliga tänkbara leverantörer ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta med anbud vid offentlig upphandling. Vissa leverantörer eller grupper får inte ensidigt gynnas.

Av 1 kap. 17 § första stycket femte punkten LOU framgår att *leverantör* kan uteslutas från deltagande i upphandling bl.a. om han inte *fullgjort sina åligganden* avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt.

Med *leverantör*: avses enligt 1 kap. 5 § LOU den som tillhandahåller varor eller utför arbeten eller tillhandahåller tjänster även om han inte varit den som i det särskilda fallet tillhandahållit eller utfört det som upphandlats. Frågan om vad som i aktuellt avseende skall anses ingå i leverantörsbegreppet enligt LOU och om exempelvis en underleverantör till en anbudsgivare omfattas av begreppet har berörts i litteratur och praxis.

Den s.k. branschsaneringsutredningen angav i betänkandet Branschsanering - och andra metoder mot ekobrott (SOU 1997:111) bland annat följande.

”Enligt 1 kap. 17 § (över tröskelvärdena) kan en leverantör uteslutas från deltagande i upphandling om han är i konkurs, dömd för brott avseende yrkesutövningen, inte betalat skatter och inte är registrerad i olika register. Om leverantören anlitar en underentreprenör som inte uppfyller de krav som får ställas på leverantören kan, enligt utredningens bedömning, den upphandlande enheten inte utesluta leverantören. Leverantören uppfyller ju kraven. LOU:s leverantörskontroll riktar sig mot leverantören och inte mot leverantörens bakomliggande affärskontakter i form av underentreprenörer, leverantörer av varor m.fl.”^[10]

Utredningens bedömning bekräftas i rättspraxis, bl.a. genom ett avgörande av Kammarrätten i Sundsvall där rätten med utgångspunkt i upphandlingsdirektivens och lagens om offentlig

upphandling ordalydelse jämte lagens förarbeten avvisade talan som framförts av en underleverantör i ett mål om överprövning enligt LOU.^[9]

Liknande synsätt kommer till uttryck även genom ett avgörande, publicerat i RH 1999:122, där Svea hovrätt med följande motivering ogillade en underleverantör s skadeståndstalan:

"... med leverantör i lagens mening avses anbudsgivare och anbudssökande samt även den som avsett att lämna anbud eller att ansöka om att få lämna anbud men till följd av felet i upphandlingen inte kunnat göra detta. Såsom tingsrätten har konstaterat^[10] följer en sådan bedömning av syftet med lagstiftningen om offentlig upphandling och av de uttalande som gjorts i EG:s upphandlingsdirektiv och i förarbetena till lagen om offentlig upphandling. Eftersom [Kärandebolaget] ostridigt inte tillhör någon av de nämnda kategorierna är [Kärandebolaget] inte att anse som leverantör i lagens mening."^[11]

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har inom ramarna för sin tillsynsverksamhet intagit den ståndpunkten att en upphandlande enhet i princip inte kan ställa några krav på underleverantörer och får inte heller begära att sådana byts ut.^[12]

Frågan vad som skall avses med att *hafullgjort sina åligganden* avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt enligt 1 kap. 17 § LOU kan besvaras bland annat med hjälp av skattebetalningslagen (1997:483) SkBL.

Av 3 kap. 5 § SkBL följer att Skatteverket skall upprätta ett skattekonto för varje skattskyldig. På skattekontot skall, om inte annat anges i lag, Skatteverket registrera skatt som skall betalas in eller betalas tillbaka enligt ett beskattningsbeslut, avdragen A-skatt, gjorda inbetalningar och utbetalningar samt belopp som har lämnats för indrivning. Belopp som skall betalas in registreras på förfallodagen. Belopp som skall tillgodoräknas registreras så snart underlag finns. Skatteverket skall dels årligen, dels månatligen stämma av inbetalda och andra tillgodoförda belopp mot påförda belopp. Sedan den slutliga skatten har bestämts skall enligt 11 kap. 14 § SkBL Skatteverket göra en avstämning av skattekontot.

På skattekonto sammanställs skatteinbetalningar, preliminära skatter och slutliga skatter. För de flesta företag, som redovisar och betalar preliminärskatt, arbetsgivaravgifter, moms och eventuellt punktskatt förekommer att det under vissa dagar eller perioder föreligger ett överskott på skattekontot, medan det under andra dagar eller perioder föreligger underskott. Skattekontot är inrättat för att balansera den löpande skatteuppbörden mot de skattskyldigas betalningar. Skulle skattekontot efter avstämning visa ett underskott uppgående till visst belopp erhåller den skattskyldige från Skatteverket ett betalningskrav med anmaning om betalning senast viss dag. Visar skattekontot fortfarande underskott vid nästa avstämning efter i betalningskravet angiven sista dag för betalning överlämnas som regel ärendet till kronofogdemyndighet för indrivning. Ett sådant överlämnande till kronofogdemyndigheten innebär att den skattskyldige anses restförd och kan medföra bl.a. betalningsanmärkning i kreditupplysningsföretagens register.^[13]

Avseende möjligheten att utesluta viss leverantör från anbudsgivning till följd av underkott på skattekonto har Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har bland annat uttalat följande:

"... varje företag [har] numera ett skattekonto och inbetalaren kan inte själv styra vilka skatter eller avgifter kontots behållning skall bestrida. Skattelagstiftningen ändras relativt ofta och många företag har en eller flera pågående skattetvister. Det vore inte rimligt om en leverantör tvingats avstå från anbudsgivning så snart företaget blivit inbegripet i en skattetvist eller fått ett tillfälligt underskott på skattekontot." ... "En leverantör bör vid sådant förhållande inte heller bli automatiskt utesluten från deltagande i upphandlingen."^[14]

I doktrinen framhålls i anslutning till stadgandet i 1 kap. 17 § LOU även att "Även en utländsk leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandlingen p.g.a. restförd skatter och avgifter

i den stat han har sin hemvist". Detta tyder på att ett underskott får antas vara restfört, och därmed överfört till kronofogdemyndigheten, för att en upphandlande enhet skall kunna utesluta anbudsgivare från deltagande i upphandlingen.^[15]

Yttrande

HBV har beretts tillfälle att yttra sig över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet, utan att inom anvisad tid inkomma med något svar.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp som uppmärksammar och motverkar fall där offentliga organ genom överträdelse av lag, genom subventioner eller genom att blanda samman myndighetsutövning med annan verksamhet snedvrider konkurrensen.

Den aktuella upphandlingen avseende köksutrustning m.m. har utlysts på ett sådant sätt och avser varor till ett sådant värde att de på EG-direktiv grundade bestämmelserna i 1 kap. och 2 kap. LOU skall äga tillämpning.

HBV ekonomisk förening, som har inrättats för att tillhandahålla medlemmarna service och vars styrelse utses av allmännyttiga kommunala företag, får anses utgöra en sådan upphandlande enhet som är skyldig att följa lagen om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv och anslutande bestämmelser.

I upphandlingen har föreningen beslutat att utesluta anbudsgivare från deltagande på grund av att en underleverantör vid en viss tidpunkt under upphandlingens handläggning har haft ett icke restfört underskott på sitt skattekonto.

Enligt en vid det här laget allmänt knäsett rättspraxis skall förekommande underleverantörer inte innefattas i leverantörsbegreppet enligt LOU. Liksom länsrätten har funnit vid sin bedömning har det således saknats anledning för HBV att från upphandlingen diskvalificera viss anbudsgivare på grund av förhållanden som hänför sig till dennes underleverantör. Beslutet att från upphandlingen utesluta Anbudsgivare A saknar därför rättslig grund.

Enligt Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och vad som har framkommit i doktrinen skall ett tillfälligt underskott på ett företags skattekonto normalt inte innebära att företaget skall anses inte ha fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt. Först sedan underskottet har restförts hos kronofogdemyndighet kan anledning uppkomma att utesluta viss leverantör. Av utredningen framgår vidare att det underskott som noterades på skattekontot vid den tidpunkt då previsions vid Skatteverket ägde rum – den 20 februari 2006 – har inom föreskriven frist undanröjts varvid skattekontot vid tidpunkten för HBV:s meddelande om tilldelningsbeslut – den 7 mars 2006 – var balanserat och det noterades till och med ett överskott. Skäl för att på åberopad grund underkänna anbud A har således inte heller förelegat.

Den aktuella upphandlingen har således i båda dessa hänseenden hanterats på ett icke affärsmässigt sätt och i strid mot gällande bestämmelser om offentlig upphandling jämte bakomliggande EG-direktiv. Konkurrensen har därvid kommit att snedvridas samtidigt som förtroendet för HBV som upphandlare kan sättas ifråga.

^[15] Husbyggnadsvaror H.B.V. förening u.p.a. (nedan HBV), med organisationsnummer 702000-9226, registrerades av Länsstyrelsen i Stockholms län den 24 maj 1952. Nu gällande stadga registrerades den 6 juni 2000 och kungjordes den 19 juni 2000. Ändamålet för föreningens verksamhet består av att ”... främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom att anskaffa och till dem försälja byggnads- material och andra för bostads- företag erforderliga varor samt att i samband därmed bedriva inköps- och agenturverksamhet och idka fabriks- och annan därmed jämförlig rörelse avseende framställning av dylika varor och artiklar, ävensom att bedriva konsultverksamhet i upphandlingsfrågor”.

- ^[12] På föreningens hemsida www.hbv.se anges följande. Föreningen bildades 1952 och har idag 290 medlemmar som tillsammans äger och förvaltar ca 900 000 lägenheter. HBV:s övergripande uppgift är att främja medlemmarnas ekonomiska intressen genom att ge dem bra service i upphandlingsfrågor.
- ^[13] Länsrätten i Stockholms län, dom den 29 mars 2006 i mål 5903-06, Länsrätten har tidigare, den 17 mars 2006, förordnat om interimistiskt verkställighetsförbud (inhibition), i upphandlingen. Domen har inte vunnit laga kraft.
- ^[14] Vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen (december 2005) gällande tröskelvärdet enligt förordningen (2000:63) om tröskelvärdet vid offentlig upphandling. Sedan den 1 januari 2006 uppgår tröskelvärdet till 1,826 miljoner kronor, se förordningen (2005:1119).
- ^[15] Enligt 2 kap. 7 § kommunallagen (1991:900) är kommunerna med några undantag^[5] förbjudna att (direkt eller indirekt via företag) bedriva kommersiellt betingad näringsverksamhet. Bestämmelser om allmännyttiga bostadsbolag återfinns i lagen (2002:102) om allmännyttiga bostadsföretag. Med allmännyttigt bostadsföretag avses enligt lagen ett aktiebolag, en ekonomisk förening eller en stiftelse som drivs utan vinstsyfte, i sin verksamhet huvudsakligen förvaltar fastigheter i vilkabostadslägenheter upplåts med hyresrätt samt av länsstyrelsen godkänts som allmännyttigt bostadsföretag. Med kommunalt bostadsföretag avses i lagen ett allmännyttigt bostadsföretag där en kommun har det bestämmande inflytandet. Förteckning över allmännyttiga bostadsföretag förs löpande av länsstyrelserna.
- ^[16] Se 7 kap. 9 § LOU samt förordningen (1993:98) med instruktion för Nämnden för offentlig upphandling.
- ^[17] Se EG-domstolens dom den 3 december 2001 i mål C-59/00 (Vestergaard), se även domstolens dom den 13 oktober 2005 i mål C-458/03 (Parking Brixen), av vilka framgår giltigheten av den centrala EG-rättens principer, även utanför upphandlingsdirektiven.
- ^[18] Branschsaneringsutredningen, betänkandet Branschsanering - och andra metoder mot ekobrott (SOU 1997:111), sid. 512f.
- ^[19] Kammarrätten i Sundsvall beslut den xxx i mål 2113-1997 (Broform AB /. Staten g.m. Vägverket).
- ^[10] Södra Roslags tingsrätt, mellandom den 6 juli 1998 i mål T 2719-97 (Svenska Väg AB /. Danderyds kommun), Tingsrätten uppgav i sina domskäl att det "skulle föra för långt att till leverantör hänföra även en underentreprenör som inte haft intresse av att få kontrakt om upphandlingen".
- ^[11] RH 1999:122, Svea hovrätt, dom den 11 februari 1999 i mål T 1009-98 (Svenska Väg AB /. Danderyds kommun).
- ^[12] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), beslut vid nämndsammanträde 27 augusti 1997 (dnr. 70/97-26).
- ^[13] För ytterligare information om skattekonto, se bland annat Skatteverkets hemsida www.skatteverket.se.
- ^[14] Nämnden för offentlig upphandling (NOU), NOU-info december 1998, sid. 11-12 som delvis hänvisar till ett äldre uttalande i NOU-info 1993-95, sid. 18.
- ^[15] Hentze och Sylvén, Lagbokskommentaren till LOU, Norstedts, andra upplagan, 1998, sid. 128.
-