

År.

2012

Diariennr.

72

Bilaga.

0013

Kalmar kommun
Box 611
391 26 Kalmar



Kalmar kommuns upphandlingspolicy

Beslut

Kalmar kommun bryter mot 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – genom att i kommunens upphandlingar tillämpa ett krav att anbudsgivare ska förbinda sig att följa en uppförandekod som i sin utformning inte är förenlig med principerna för offentlig upphandling.

Ärendet

Kalmar kommun tillämpar ett krav för kvalificering av leverantörer i sina upphandlingar med innebörden att anbudsgivaren ska förbinda sig att följa en viss uppförandekod. I förfrågningsunderlagen anges "Leverantör **skall** underteckna uppförandekod och bifoga detta med Anbudssvar." I uppförandekoden anges bl.a. "Våra leverantörer får ej ha någon koppling till företag baserade i s.k. "skatteparadis"."

På förfrågan från Konkurrensverket har Kalmar kommun uppgett att med begreppet *skatteparadis* avses de stater som är upptagna på "OECD:s lista på offshore-ekonomier" samt att *koppling till* innebär att bolaget ingår i samma koncern som ett bolag baserat i ett sådant skatteparadis. Någon lista har inte presenterats för Konkurrensverket. Konkurrensverket har dock på eget initiativ tagit fram två av OECD:s listor benämnda "A progress report on the jurisdictions surveyed by the OECD Global forum in implementing the internationally agreed tax standard", daterade den 2 april 2009 samt den 5 december 2012. Av listan från 2009 kan utläsas två separata kategorier "Tax havens" och "Other Financial Centres" (se bilaga 1) dessa benämns ibland för "the black list" och "the grey list". På the gray list återfinns exempelvis Luxemburg, Österrike och Belgien. Vad gäller 2012 års lista, som måste anses vara gällande i dagsläget, kan konstateras att kategorin "Other Financial Centres" inte innehåller några länder och kategorin "Tax Havens" innehåller två, Nauru och Niue. Kalmar kommun pekar ut två små

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

öar i Stilla havet som de skatteparadis som leverantörer inte får har någon koppling till. Kalmar kommun har uppgett att Konkurrensverket identifierat rätt lista och anför att eftersom OECD minskat antalet länder på sin lista över skatteparadis har listan från kommunens synvinkel i praktiken blivit verkningslös. Kommunen menar dock att problematiken med ansvarslösa länder och ansvarslösa företag kvarstår och att kommunen har ett ansvar för att skattebetalarnas pengar används på ett ansvarsfullt sätt och inte flyttas från land till land för att undvika beskattning. Kalmar kommun anför också att man påbörjat en revidering av upphandlingspolicyn med tillhörande uppförandekod och att kommunen kommer att förändra denna och då förhålla sig till att OECD:s lista över s.k. offshore-ekonomier har förändrats. Målsättningen är fortfarande att kraven i policyn ska innebära att skattepengarna används på ett ansvarsfullt sätt och inte till tvivelaktig skatteplanering.

Kalmar kommun har i övrigt anført att de bolag som avses träffas av kravet har otillbörliga konkurrensfördelar eller annars snedvrider konkurrensen. Åtgärden har enligt kommunen till syfte att jämna ut dessa konkurrensfördelar. I och med att åtgärden har till syfte att åstadkomma en bättre likabehandling av anbudsgivare är den tillåtlig med hänvisning till EU-domstolens dom i mål C-213/07 *Michaniki*.

Skäl

I artikel 18 i EUF-fördraget anges bl.a. följande. "Inom fördragets tillämpningsområde och utan att det påverkar tillämpningen av någon särskild bestämmelse i fördragen, ska all diskriminering på grund av nationalitet vara förbjuden."

Enligt artikel 2 i direktiv 2004/18/EG (det klassiska direktivet) ska upphandlande myndigheter behandla ekonomiska aktörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och förfara på ett öppet sätt.

I 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), genom vilken bl.a. artikel 2 har implementerats i svensk rätt, anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 10 kap. 2 § 5 LOU får en leverantör uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker.

Konkurrensverkets bedömning

Konkurrensverket anser, trots att Kalmar kommun anfört att man påbörjat en revidering av upphandlingspolicyen med tillhörande uppförandekod, att det finns skäl att i detta beslut behandla frågan om uppförandekodens skrivningar om kopplingar till skatteparadis är förenliga med LOU. Beslutet innebär inget ställningstagande till övriga delar av koden.

Genom att det i upphandlingarna är ett obligatoriskt krav att förbinda sig till koden analyserar Konkurrensverket kravet utifrån perspektivet *tillträde till upphandlingen*, dvs. upphandlingens kvalificeringsfas. Kravet begränsar vissa leverantörers faktiska *möjlighet att delta* i Kalmar kommuns upphandlingar. (Jämför: "Endast leverantörer vars sortiment uteslutande består av ekologiska äpplen kan lämna anbud.") Detta ska inte sammanblandas med möjligheten att exempelvis ta miljöhänsyn eller sociala hänsyn avseende föremålet för upphandlingen. (Jämför: "De äpplen som levereras till myndigheten ska vara ekologiska.")

Kalmar kommuns egentliga avsikt med att använda begreppet "skatteparadis", som Konkurrensverket tolkar kommunen, synes vara att detta inbegriper stater med väsentligt lägre bolagsskatt än Sverige. Enligt Konkurrensverkets bedömning brister Kalmar kommuns krav på en rad punkter.

Grunderna i EU-rätten handlar om att göra en avvägning mellan fri rörlighet å ena sidan och skyddsintressen å andra sidan. Nationella åtgärder som kan utgöra hinder för eller göra det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras av fördraget (närmast fri rörlighet för varor och tjänster¹ i aktuellt fall) ska i enlighet med fast rättspraxis uppfylla fyra villkor för att vara förenliga med fördraget. De ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de ska motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset, de ska vara ägnade åt att säkerställa det mål som eftersträvas med dem uppnås och de ska inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål (proportionallitet).

Inom upphandlingsområdet finns ett antal grundläggande rättsprinciper som utvecklats av EU-domstolen och som kan ge vägledning vid tillämpning av lagstiftningen. Dessa rättsprinciper uttrycks även i de svenska upphandlingslagarna.² Rättsprinciperna har sin grund i EU-rätten och följer av artikel 18, 34, 35, 49 och 56 i EUF-fördraget. De har även utvecklats genom EU-domstolens praxis.

¹ Artikel 28 respektive artikel 56 EUF.

² 1 kap. 9 § LOU, 1 kap. 24 § LUF och 1 kap. 2 § LOV.

Krav på icke-koppling till "skatteparadis" utgör en begränsning av friheten att tillhandahålla varor och tjänster

Principen om icke-diskriminering innebär ett förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av deras nationalitet. Upphandlande myndigheter ska behandla varor, tjänster, företag och enskilda personer lika, oavsett om dessa kommer från Sverige eller från andra EU-länder. Svenska intressenter får alltså inte ges någon fördel – oavsett vilken – i förhållande till intressenter från andra EU-medlemsstater. Krav på icke-koppling till Nauru och Niue innebär inte någon direkt diskriminering av bolag med hemvist inom EU. Alla bolag inom EU med koppling till dessa är träffas av kravet. Kravet försätter alltså inte leverantörer i någon särskilt medlemsstat i en mindre gynnsam – faktisk eller rättslig – situation än svenska leverantörer. Med ett krav som däremot riktar sig mot exempelvis Luxemburg är det fråga om en direkt diskriminering av bolag i denna medlemsstat.

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar att delta som möjligt. Principen berör därmed såväl nationella som utländska leverantörer. På upphandlingsområdet innebär principen att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn, både när de utarbetar sina anbud och när anbuden utvärderas.³ EU-domstolen har fastställt att principen om likabehandling utgör grunden för regelverket om offentlig upphandling.⁴ (Principen anses omfatta alla typer av diskriminering, varav diskriminering på grund av nationalitet är en typ.) Kalmar kommuns krav innebär otvivelaktigt en olik behandling av leverantörer som ingår i samma koncern som bolag i vad kommunen väljer att betrakta som skatteparadis. Kravet utgör därför ett hinder bl.a. för friheten att tillhandahålla tjänster.

Kravet kan inte motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset

Som påtalats ovan ger EU-rätten ett visst utrymme att ställa krav på utländska produkter, tjänster eller personer om det är nödvändigt för att skydda vissa allmänna intressen. Det finns ingen färdig lista på alla olika samhällsintressen som kan göra att inskränkningar i den fria rörligheten är befogade, det är något som måste bedömas från fall till fall. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan när ett undantag utnyttjas och som ska kunna visa att det är berättigat att exempelvis försvåra för en tjänsteleverantör.

Kalmar kommun har anfört att syftet med kravet är att åstadkomma en bättre likabehandling av anbudsgivare. Kommunen menar att bolag med kopplingar till så kallade skatteparadis har otillbörliga konkurrensfördelar eller annars snedvrider konkurrensen. Kommunen anser därför att kravet är tillåtet och hänvisar till EU-domstolens dom i mål C-213/07 *Michaniki*.

³ Se bl.a. mål C-87/94, Kommissionen mot Belgien (Vallonska bussarna) p. 54 och mål C-458/03, Parking Brixen p. 48.

⁴ Se bl.a. mål C-470/99, Universala-Bau mfl. p. 91 och mål C-315/01, GAT.

Flera objektiva grunder eller allmänintressen följer direkt av EUF-fördraget. Främst rör det sig om skyddet för människors hälsa, allmän ordning och allmän säkerhet. Andra objektiva grunder följer av EU-domstolens praxis. Exempel på sådana är miljöskydd, trafiksäkerhet, skydd för arbetstagare, skydd av kulturell mångfald.

I 10 kap. 2 § LOU anges uteslutningsgrunder som får medföra uteslutning av leverantörer. Enligt Konkurrensverkets tolkning följer av *Michaniki* att det är möjligt för *medlemsstater* att införa eller bibehålla regler i den nationella lagstiftningen utöver den uttömmande beskrivningen som anges i direktivet, under förutsättning att dessa syftar till att främja de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens i offentliga upphandlingar och att dessa åtgärder inte är att anse som oproportionerliga.

Det ankommer på lagstiftaren och de myndigheter som har ansvar för beskattningen i det eller de aktuella territorierna att fastställa anbudsgivares skyldigheter avseende skatter och socialförsäkringsavgifter.⁵ Utrymmet för en upphandlande myndighet att fastställa ytterligare skyldigheter för anbudsgivare på dessa områden torde vara ytterst begränsat. Bedömningen huruvida en anbudsgivare har uppfyllt sina skyldigheter enligt lagstiftningen i den jurisdiktion där den är hemmahörande ankommer därmed primärt på de nationella skattemyndigheterna.

Kalmar kommun har även anfört att kommunen har ett ansvar för förvaltningen av skattemedel och att dessa inte hamnar i skatteparadis. Kalmar kommuns ambitioner synes utgöras av ett rättvisemotiv samt en vilja att agera moraliskt och etiskt riktigt. Om EU-domstolen skulle pröva ett krav som det aktuella är det enligt Konkurrensverkets mening, mycket tveksamt att domstolen skulle bedöma att otillbörliga konkurrensfördelar skulle anses vara ett tvingande hänsyn till allmänintresset. Det är även mycket tveksamt om domstolen skulle bedöma att åtgärden är proportionerlig för att åstadkomma ett sådant syfte.

Kravet strider mot principen om öppenhet

Av EU-domstolens fastslagna praxis följer att principen om öppenhet (även benämnd transparensprincipen) innebär att förfrågningsunderlag och övrig information i en upphandling ska vara utformad på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka dem på samma sätt. Avseende innebörden av krav och bestämmelser i förfrågningsunderlag har EU-domstolen även uttalat att den ska vara klar, precis och otvetydig.⁶

⁵ Se bl.a. de förenade målen C-226/04 och C-228/04 *La Cascina m.fl.*]

⁶ Se bl.a. C-368/10, *Kommissionen mot Nederländerna*, punkt 109, samt däri angiven rättspraxis.

Som tidigare redovisats framgår det inte av det underlag som Kalmar kommun gett in att det är OECD-listan som tillämpas avseende vad som anses vara ett skatteparadis. Inte heller begreppet koppling ges någon närmare definition. Det överlämnas till potentiella anbudsgivare att tolka begreppen efter bästa förmåga. Enligt Konkurrensverkets bedömning är skrivningen som sådan varken *klar*, *precis* eller *otvetydig*. Det ter sig därmed högst sannolikt att olika potentiella anbudsgivare, även om dessa är rimligt informerade och normalt omsorgsfulla, kan dra olika slutsatser avseende innebörden av de aktuella begreppen. Den aktuella skrivningen kan därmed inte anses vara förenlig med principen om öppenhet.

Konkurrensverket slutsats

Konkurrensverket bedömer att Kalmar kommuns krav på att leverantörer inte får ha koppling till s.k. skatteparadis strider mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling, proportionalitet samt öppenhet.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Mathias Lassinantti Jansson.



Dan Sjöblom



Mathias Lassinantti Jansson

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats