

# KONKURRENSKOMMISSIONEN

Box 5625; 114 86 STOCKHOLM; tel: 08—545 03 810; e-post:kko@dnv.se

Finansdepartementet

Remissyttrande R 16-01  
2016-03-18

Dnr. Fi2016/00530/UR

## **Yttrande med anledning av utkastet till lagrådsremiss ang. miljö-, social och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling, dnr Fi2016/00530/UR**

Konkurrenskommissionen är en oberoende expertgrupp inom Stiftelsen Den Nya Välfärden. Kommissionen uppmärksammar och motverkar olika former av konkurrensbegränsningar vid upphandling. Ordförande i Konkurrenskommissionen är tidigare stadsjuristen i Stockholm Inger Ridderstrand-Linderoth. Övriga ledamöter är tidigare hovrättsrådet Per Eklund, civilekonomen Patrik Engellau, professorn i handelsrätt Erik Nerep samt juristen och experten på konkurrensfrågor Lennart Palm.

Konkurrenskommissionen har sedan den inrättades 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Kommissionen brukar även lämna yttranden i lagstiftningsfrågor rörande bland annat upphandling och har yttrat sig avseende betänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal, SOU 2015:78 (Dnr. Fi 2015/4196).

I yttrandet anges hänvisningar till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling som LOU. Förslaget till ny lag om offentlig upphandling anges som NLOU. Regeringens utkast till lagrådsremiss benämns som Utkastet. Nedan kommer främst hänvisningar att göras till förslag till ändringar i NLOU. De synpunkter som framförs i yttrandet gäller dock även för regeringens likalydande förslag till ändringar i övriga lagar.

Konkurrenskommissionen vidhåller vad som tidigare yttrats med anledning av betänkandet om upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78) men vill tillägga följande.

Framställningsvis utgår detta yttrande huvudsakligen från Utkastets disposition.

### Behov av klargörande

Av Utkastet framgår att regeringen anser att det, på grund av påstådda osäkerheter hos upphandlande myndigheter och enheter vad gäller möjligheten att ställa miljö-, social- och arbetsrättsliga krav, finns ett behov av klargöranden på det aktuella området. Som Konkurrenskommissionen utvecklar närmare i framställningen nedan medför regeringens lagändringsförslag knappast någon ökad tydlighet i lagstiftningen, utan snarare tvärtom.

Konkurrenskommissionen menar vidare att det inte finns något behov av en utökad vägledning på området. Vid tidpunkten för Utkastet hade förutsättningarna för arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling varit föremål för en offentlig utredning; SOU 2015:78, två gånger utretts av Konkurrensverket<sup>1</sup>, samt även varit föremål för vetenskapliga artiklar i Upphandlingsrättslig tidskrift<sup>2</sup>.

Vidare har regeringen lämnat Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att utveckla och förvalta kriterier för sociala hänsyn inom offentlig upphandling.<sup>3</sup> Som ett led i detta uppdrag har Upphandlingsmyndigheten nyligen publicerat en webbplats med information särskilt om hur en upphandlande myndighet eller enhet kan ställa sociala krav vid sina upphandlingar. Mot denna bakgrund ställer sig Konkurrenskommissionen frågande till om det behövs någon ytterligare vägledning som inte kan tillgodoses inom i vart fall ramen för det uppdrag som har lämnats till Upphandlingsmyndigheten.

#### Lagförslaget medför en uppenbar lagkonflikt

I regeringens förslag till lag föreslås bestämmelsen i 4 kap. 3 § NLOU få följande lydelse:

*En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.*

Av lagtextförslaget kan utläsas att arbetsrättsliga och sociala krav *bör* beaktas för det fall att upphandlingens art motiverar detta. På annat håll i den föreslagna lagtexten – i förslaget till 17 kap. 2 § och 4 § NLOU där skyldigheten för upphandlande myndigheter att ställa sociala- och arbetsrättsliga krav specialregleras – framgår emellertid ett rakt motsatt förhållande, nämligen att den upphandlande myndigheten *ska* ställa sociala och arbetsrättsliga krav när så är behövligt.

Den föreslagna regleringen innehåller således en uppenbar lagkonflikt, vilken riskerar öka oklarheten i såväl upphandlande myndigheters som leverantörers förståelse av lagen. Konflikten kommer föranleda ett behov av vägledande uttolkning i rättstillämpningen där frågan om *lex generalis* kontra *lex specialis* aktualiseras.

Märkligt nog har den ovan redovisade oklarheten redan uppmärksammats av regeringen,<sup>4</sup> som dock verkar vara av uppfattningen att lagkonflikten ska kvarstå med ett uttalande att börregeln i 4 kap. 3 § NLOU kan bli föremål för framtida översyn. Konkurrenskommissionen ifrågasätter lämpligheten av att på detta sätt införa en uppenbar lagkonflikt med hänvisning till att den eventuellt skulle kunna komma att rättas till i en framtida översyn. Regeringen ger därigenom närmast uttryck för ett sådant *sangvinistiskt* förhållningssätt som Lagrådet tidigare kritiserat.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Se Konkurrensverkets rapporter 2015:2 och 2015:6.

<sup>2</sup> Se Upphandlingsrättslig tidskrift (UrT) 2014 s. 67 samt 2015 s. 263.

<sup>3</sup> se 2 § punkten 3 förordning (2015:527) med instruktion för Upphandlingsmyndigheten.

<sup>4</sup> Se Utkastet, s. 38, överst.

<sup>5</sup> Se Lagrådets yttrande av den 12 februari 2016, Nytt regelverk om upphandling, s. 10.



### Behovsbedömning

Som redovisats ovan har regeringen föreslagit att bestämmelsen i 4 kap. 3 § NLOU ska utformas så att en upphandlande myndighet *bör* ställa vissa krav *om upphandlingens art motiverar detta*. Av förslaget till bestämmelser i 17 kap. 2 § och 4 § NLOU framgår istället att en upphandlande myndighet *ska* ställa vissa krav *om det är behövt*.

Konkurrenskommissionen kan konstatera att frågan om upphandlingens art motiverar detta samt om det är behövt är två rekvisit som liknar varandra. Vid en jämförelse mellan förarbetena till bestämmelsen i nuvarande 1 kap. 9 a § LOU samt Utkastets skäl framstår det som om att dessa olika rekvisit ska tolkas på ett likartat sätt.<sup>6</sup> Användandet av två olika rekvisit torde dock indikera att regeringen avser att dessa ska tolkas olika. Någon vidare förklaring lämnas dock inte i Utkastet. Konkurrenskommissionen anser därvid att det bör klargöras huruvida dessa båda rekvisit ska ges olika innebörd eller om de ska tillmätas samma betydelse. För det fall att rekvisiten ska tillmätas samma betydelse förordar Konkurrenskommissionen att dessa även utformas likalydande - jfr. vad Lagrådet tidigare yttrat i liknande fråga.<sup>7</sup>

### Leverantörer med oskäliga avtalsvillkor kan med regeringens förslag varken nekas kontrakt eller få sitt anbud uteslutet

Av förslaget till 13 kap. 3 § NLOU följer att en anbudsgivare kan uteslutas ur en upphandling om myndigheten kan visa att leverantören åsidosatt tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter. Av förslaget till 16 kap. 1 § andra stycket samt 16 kap. 11 § NLOU följer dels att en upphandlande myndighet kan välja att inte tilldela ett kontrakt till en leverantör vars anbud inte stämmer överens med tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter, dels att en leverantör som lämnar ett onormalt lågt anbud ska få detta förkastat för det fall att anledningen till det låga anbudet beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter.

Samtliga dessa bestämmelser är villkorade av att leverantören agerar eller dess anbud står i strid med *tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter*. De aktuella skyldigheterna är således sådana som följer antingen av svensk arbetsrättslig lagstiftning eller av kollektivavtalskrav. Konkurrenskommissionen kan konstatera att det med stöd av uteslutningsbestämmelserna i 10 kap. 2 § första stycket 3 eller 4 § LOU redan föreligger möjlighet att utesluta en leverantör som inte fullgjort sina skyldigheter i enlighet med gällande arbetsrättslig lagstiftning.<sup>8</sup>

När det däremot gäller skyldigheter enligt kollektivavtal är dessa endast bindande mellan parterna, och saknar rättsverkan för övriga aktörer. Några skyldigheter enligt kollektivavtal föreligger således inte för andra än i avtalet deltagande parter.

<sup>6</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 273 samt Utkastet, s. 56 f.

<sup>7</sup> Se Lagrådets yttrande av den 12 februari 2016, Nytt regelverk om upphandling, s. 10

<sup>8</sup> Se Utkastet, s. 41.

Detta medför att en icke kollektivavtalsbärande leverantör inte kan anses ha brutit mot några *tillämpliga* arbetsrättsliga *skyldigheter*, även om leverantören skulle använda sig av oskäligen avtalsvillkor gentemot sina arbetstagare. Såsom lagtextförslaget har utformats kommer leverantören vid dessa omständigheter således inte kunna uteslutas.

Den utökade uteslutningsmöjligheten kan således endast göras gällande gentemot kollektivavtalsbärande leverantörer och riskerar därmed medföra en – förmodligen av lagstiftaren oavsedd – diskriminerande särbehandling.

Detta kan knappast vara avsikten med den av regeringen föreslagna ordningen varför Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget i sin helhet.

#### Kraven på villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner

Av förslaget till 17 kap. 1 § NLOU följer att den upphandlande myndigheten ska kunna ställa *arbetsrättsliga villkor*. Av bestämmelsen följer vidare att ”*sådana villkor kan avse att leverantören ska följa de bestämmelser som gäller där arbetet utförs*”. Såvitt kan utläsas ska svenska upphandlande myndigheter kräva av en tredjelandsbaserad leverantör att denne ska tillämpa det landets lagar och bestämmelser vid sin produktion eller tillhandahållande av berörda varor eller tjänster.

Längre fram i samma kapitel anges i 17 kap. 4 § NLOU att den upphandlande myndigheten ”*om det är behövligt*” ska ställa krav på villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner. Detta medför således krav på att den upphandlande myndigheten även kan komma behöva begära av en tredjelandsbaserad leverantör att denne ska tillämpa villkor som kan gå längre än *de bestämmelser som gäller där arbetet utförs*.

I specialmotiveringen anger regeringen att ”*även en leverantör som verkar i ett land där ILO:s kärnkonventioner inte är genomförda kan givetvis följa kontraktvillkor om att de villkor som avses i konventionerna ska respekteras*”. Vidare anføres att ”*för att det inte ska råda någon tveksamhet om detta är det av vikt att villkoren avseende dessa konventioner formuleras på ett sådant sätt att det tydligt framgår att det är villkor motsvarande rättigheter som följer av konventionerna som avses*”<sup>9</sup>.

Enligt Konkurrenskommissionens mening är det inte någon angelägenhet för upphandlande myndigheter att ställa krav på leverantörer som går utöver de lagar och regler som gäller där arbetet utförs. I vart fall riskerar regeringen i 17 kap. 1 § jämförd med 4 § NLOU medföra otydlighet vid rättstolkningen och vid tillämpningen av när ”*det är behövligt*” att ställa krav enligt ILO:s kärnkonventioner. Konkurrenskommissionen avstyrker därför förslaget till 17 kap. 4 § NLOU.

---

<sup>9</sup> Se Utkastet, s. 84.



### Osanktionerad lagstiftning

Av förslaget till ändringar i 17 kap. NLOU framgår, såsom tidigare redovisats, att det i vissa fall ska vara obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa arbetsrättsliga och sociala krav.

Eftersom det till bestämmelserna inte finns kopplat någon sanktion framstår det dock som oklart om, och i så fall på vilket sätt, leverantörer skulle kunna hävda de obligatoriska bestämmelserna i fall där upphandlande myndigheter underlåter att ställa erforderliga arbetsrättsliga och sociala krav. I vart fall har den nuvarande regleringen i 1 kap. 9 a § LOU hittills inte ansetts kunna läggas till grund för överprövning avseende dylika krav.<sup>10</sup>

De aktuella bestämmelserna synes därmed vara osanktionerade. Konkurrenskommissionen anser att osanktionerad lagstiftning inte bör komma ifråga och vill uppmärksamma regeringen på att även Lagrådet givit uttryck för att sådan lagstiftningsteknik kan sättas ifråga.<sup>11</sup>

### 17 kap. 3 § NLOU

Av den föreslagna bestämmelsen i 17 kap. 3 § NLOU följer att nivåerna på de arbetsrättsliga villkoren som ska ställas i en upphandling ska motsvara de lägsta nivåerna som följer av ett centralt nationellt kollektivavtal. Konkurrenskommissionen, som avstyrker förslaget, kan med anledning av den aktuella bestämmelsens lydelse konstatera att villkoren måste vara fastlagda i det centrala nationella kollektivavtalet för att kunna ställas som ett arbetsrättsligt krav. Om tillämpliga villkor bestäms på lokal nivå, eller det är fråga om s.k. sifferlösa avtal, kan dessa således inte ställas i en upphandling.

Konkurrenskommissionen anser att regeringens förslag i alltför stor mån inkräktar på den svenska modellen. Detta eftersom lagstiftningen kommer att skapa motiv för arbetsmarknadens parter att centralt reglera lönevillkor på nationell nivå, utan den flexibilitet som det nuvarande systemet medger, och påverkar därmed lönebildningen i stort.

Av förslaget till undantagsbestämmelse 17 kap. 3 § tredje stycket NLOU följer att den upphandlande myndighet som inte kan ange nivån för ett villkor om arbetsrättsligt krav inte heller behöver ställa detta villkor. Av specialmotiveringen framgår att undantagsregeln omfattar fall där uppgifter om villkornivåerna inte framgår av de centrala nationella kollektivavtalen, situationer där uppgifter om villkornivåerna saknas på grund av att arbetsmarknadens parter inte lämnar ut avtalen eller när parternas tolkning av villkoren är så otydlig att de inte går att ställa.<sup>12</sup>

Notabelt är att undantagsbestämmelsen inte omfattar situationer där arbetsmarknadens parter har olika, men inte desto mindre tydliga, tolkningar av avtalsvillkoren. Om exempelvis den ena parten tolkar villkoret så att semestersättning i visst fall ska utgå med x kronor medan motparten tolkar samma villkor så att ersättning ska utgå med y kronor förutsätter Utkastet att det är den upphandlande myndigheten som slutligen fastställa villkoret.

---

<sup>10</sup> Se prop. 2009/10:180, s. 317.

<sup>11</sup> Se Lagrådets yttrande av den 12 februari ang. förslag om nytt regelverk om offentlig upphandling, s. 59.

<sup>12</sup> Se Utkastet, s. 60.

Av specialmotiveringen framgår bl.a. följande. ”den upphandlande myndigheten eller enheten bör därför alltid ge arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer på central nivå som är part till kollektivavtalet möjlighet att lämna uppgift om villkoren. Utifrån detta får kontraktsvillkoret fastställas” samt ”om parterna inte är eniga om vad kollektivavtalet innebär eller om deras information är otydlig måste myndigheten således bestämma den lägsta nivå som kan anses gälla”.<sup>13</sup>

Konkurrenskommissionen anser inte att det ankommer på upphandlande myndigheter att tolka kollektivavtalens rätta innebörd. Denna uppgift har hittills avgjorts av parternas skiljeorgan, eller vid en rättslig tvist av domstolar. Att, som Utkastet synes föreslå, detta ansvar läggs över på upphandlande myndigheter medför en för arbetsmarknaden så pass rättsosäker ordning att Konkurrenskommissionen bestämt avstyrker förslaget.

#### Förslaget strider mot unionsrätten

Av Utkastets redovisning av gällande rätt framgår att ”likabehandlingsprincipen inte endast avser att upphandlande myndigheter måste behandla anbudsgivare från olika medlemsstater lika utan att alla anbudsgivare, oavsett nationalitet eller hemvist, måste behandlas lika”.<sup>14</sup> Vidare redovisas att EU-domstolen i målet *eVigilo* (C-538/13) EU:C:2015:166 uttalat att principen om likabehandling mellan anbudsgivare innebär att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och att *samma anbudsvillkor* därmed måste gälla för alla anbudsgivare.

Det aktuella lagförslaget riskerar dock leda till en rakt motsatt situation. Av förslaget till 17 kap. 5 § andra stycket NLOU följer att en leverantör som i sin kapacitet av arbetsgivare omfattas av utstationeringslagens reglering ska anses uppfylla ställda arbetsrättsliga krav så länge denne fullgör kontraktet i enlighet med utstationeringslagens krav. Enligt det unionsrättsliga direktiv (dir. 96/71/EG) som ligger till grund för den svenska utstationeringslagen får dock endast rättigheter som hör till den s.k. ”hårda kärnan” ställas i förhållande till utstationerade arbetstagare. I de fall där upphandlande myndighet ställer krav som går utöver denna hårda kärna kommer utländska leverantörer med utstationerade arbetstagare att gynnas eftersom de kommer ha lägre krav på sig än som gäller för svenska leverantörer.

Av regeringens förslag följer att en upphandlande myndighet ska ställa krav på försäkringar och tjänstepension i samtliga fall som det ansetts behövt att ställa upp något arbetsrättsligt krav.<sup>15</sup> Som exempel på försäkringar som kan krävas anger regeringen bland annat avtalsgruppsjukförsäkring, omställningsstöd och trygghetsförsäkring vid arbetsskada.<sup>16</sup> Den hårda kärnan omfattar dock inte denna typ av försäkringar.<sup>17</sup> Tjänstepension är vidare uttryckligen undantaget den hårda kärnan.<sup>18</sup> Således kan utländska leverantörer vare sig tvingas teckna denna typ av försäkringar för sina arbetstagare eller avsätta medel till tjänstepensioner för dessa, vilket däremot kommer att krävas av svenska leverantörer.

<sup>13</sup> Se Utkastet, s. 60.

<sup>14</sup> Se Utkastet, s. 30.

<sup>15</sup> Se Utkastet, s. 58.

<sup>16</sup> Se Utkastet, s. 50, nederst.

<sup>17</sup> Se EU-domstolens dom i mål *Laval un Partneri* (C-341/05) EU:C:2007:809, pp. 22, 81 och 83. Jfr. EFTA-domstolens dom i mål E-12/10, p. 53.

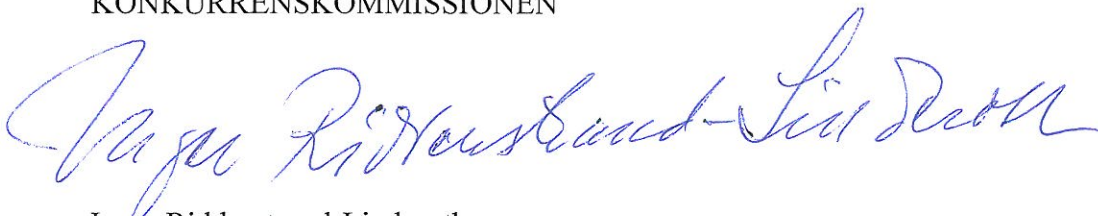
<sup>18</sup> Se art. 3.1.c i utstationeringsdirektivet. Jfr EU-domstolens dom i *Laval un Partneri*, pp. 83-84. Se även art. 1.2 i EU-kommissionens förslag till ändring av direktiv 96/71/EG, KOM(2016) 128 final där det uttryckliga undantaget från tjänstepension kvarstår.



Regeringen synes i Utkastet ha uppmärksammat diskrepansen mellan krav på utländska respektive inhemska företag när den anger att ”*utstationerade arbetsgivare i praktiken behandlas förmånligare i en upphandling än övriga leverantörer*”<sup>19</sup>.

I enlighet med regeringens konstaterande strider Utkastet i aktuella delar mot de centrala unionsrättsliga principer som bär upp den upphandlingsrättsliga lagstiftningen, eftersom anbudsgivare kommer att beredas sinsemellan olika villkor för deltagande i anbudsgivning. På grund av denna oförenlighet med unionsrätten avstyrker Konkurrenskommissionen förslaget.

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand-Linderoth  
/ordförande/



Pär Cronhult  
/föredragande/

---

<sup>19</sup> Se Utkastet, s. 70.