

PM 2 2000-09-13 SLUTLIG BEDÖMNING

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

Norrtälje kommun har som ett s.k. *bör-krav* för värderingen av inkomna anbud i en upphandling av städtjänster bland annat föreskrivit att anbudsgivarna bör erbjuda sig att överta för verksamheten berörd kommunal personal.

Norrtälje kommun har i juni 2000, bland annat genom annons i Europeiska gemenskapernas officiella tidning (EGT), inhämtat anbud avseende tjänster för städning av skol- omsorgs- och administrationslokaler. Upphandlingen omfattar tre år, under perioden den 15 november 2000 till och med den 14 november 2003 med möjlighet för kommunen att förlänga avtalet i ytterligare ett år. I förfrågningsunderlaget för upphandlingen har angivits att denna skall handläggas i enlighet med förfarandet för s.k. *öppen upphandling* enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling. Anbudstiden går ut den 8 september 2000.

Den aktuella städningen har tidigare utförts av kommunen i egen regi. I den avdelning av förfrågningsunderlaget som avser ”UPPHANDLINGSFÖRESKRIFTER” har under punkten 2.17, med rubriken ”Utvärderingskriterier”, angivits att det anbud som är ”*det för kommunen mest fördelaktiga med hänsyn till samtliga omständigheter*” skall komma att antas. Som utvärderingskriterium, enligt vilka anbuden således skall komma beaktas, har under punkten bland annat angivits ”*Personalövertagande Vi kommer att värdera om anbudsgivaren har för avsikt att erbjuda berörd personal anställning (se vidare under kravspecifikationen)*” Urvalskriteriet har rangordningsvis viktats till att motsvara 20 av hundra möjliga poäng, således 20 procent.

I den avdelning av förfrågningsunderlaget som avser ”KRAVSPECIFIKATION” har under punkten 3.4, med rubriken ”Övertagande av personal”, angivits att ”*Vi ser gärna att anbudsgivaren erbjuder de kommunala arbetstagare som berörs av entreprenaden anställning hos sig på oförändrade anställningsvillkor (se också utvärderingskriterierna)*”. Lite längre fram i samma avdelning anges under rubriken ”Allmänna krav på kommunen entreprenörer Lagar m.m.” (punkten 3.2.) att ”*Entreprenören förutsätts ta del och följa lagar författningar och föreskrifter som gäller för verksamheten...*” Den senare bestämmelsen anges bli sanktionerad med vite på 50.000 kronor (avtalsvite) samt genom att överträdelse från entreprenörens sida riskerar medföra att kommunen häver avtalet.

Gällande rätt

I detta ärende aktualiseras huruvida krav på övertagande av befintlig personal kan utgöra ett s.k. *bör-krav* vid offentlig upphandling samt huruvida Norrtälje kommun genom att framföra sådant krav har åsidosatt kravet på affärsmässighet och därmed snedvridit konkurrensen

Sedan den 1 januari 1994 regleras all offentlig upphandling och vad som äger samband med den, genom lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Tjänster för fastighetsförvaltning, inkl. städning och löpande underhåll, utgör sådana s.k. A-tjänster^[1] som, om det totala värdet av upphandlingen överstiger 1,756 miljoner kronor^[2], skall handläggas enligt bestämmelserna i 1 kap., 5 kap. samt 7 kap. LOU.

^[1] 5 kap. 1 § LOU samt punkt 16 bilaga A till lagen.

^[2] Vid upphandlingar av varor och tjänster, gällande tröskelvärde från den 1 april 2000 med tillämpning av förordningen (2000:63) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

Enligt lagens huvudregel skall alla upphandlande enheter iaktta affärsmässighet och opartiskhet i sin inköpsverksamhet och därvid på bästa sätt utnyttja förefintlig konkurrens (1 kap. 4 § LOU).

I förarbetena till lagen om offentlig upphandling motiveras huvudregeln om affärsmässighet bl.a. av hänsyn till principen om icke diskriminering^{3[3]} (jfr. art. 6 i EG-Romfördraget). Reglerna är bl.a. utformade i syfte att försvåra möjligheterna att gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Lagens bestämmelser medför bland annat att skattebetalarna skyddas mot onödigt höga kostnader.

Vid bland annat *öppen upphandling* av tjänster gäller vidare enligt gemenskapsrättsliga bestämmelser bl.a. den s.k. *proportionalitetsprincipen*, som innebär att den upphandlande enheten i en upphandling får inte ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Endast sådana krav som kan relateras till leverantörens möjlighet för att genomföra uppdraget får ställas. Kraven skall alltså ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som skall täckas. En uppgift som diskvalificerar eller eljest missgynnar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och rimligen vara av inte oväsentlig betydelse^{4[4]}.

Fråga om *övertagande av personal* i samband övergång av verksamheter regleras, dels genom Europeiska rådets direktiv 77/187/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter (samt i viss mån direktiv 75/129/EEG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om kollektiva uppsägningar), dels genom den svenska lagen (1982:80) om anställningsskydd – LAS . Den senare lagen innefattar i angivet avseende en kodifiering av de tidigare EG-direktiven.

Enligt 6 b § LAS skall, om berörd om arbetstagare inte motsätter sig detta, vid övergång av bland annat en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan, också övergå de rättigheter och skyldigheter på grund av de anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren.

Bestämmelsen, vilken infördes genom en lagändring 1994^{5[5]} och saknar motsvarighet i den tidigare lagtexten, behandlar det fallet att en ”verksamhet” eller en ”del av en verksamhet” övergår från en arbetsgivare till en annan. I ett sådant fall skall de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången också gå över på den nya arbetsgivaren om inte arbetstagaren motsätter sig detta. Den svenska lagregeln knyter här an till det övergångsbegrepp som EG-direktivet har (going concern). Enligt artikel 1.1 i direktivet 77/187/EEG skall direktivet tillämpas vid övergång av ett företag, *en verksamhet* eller en *del av en verksamhet* till en annan arbetsgivare genom lagenlig överlåtelse eller fusion.

Vid en sedvanlig överlåtelse och ett skifte av ägare till verksamhetens maskiner, fastigheter, immateriella rättigheter och andra tillgångar får det avgörande betydelse om verksamheten har bevarat sin identitet eller ej. Det är inte tillräckligt att alla tillgångar i en pågående rörelse omfattas av överlåtelsen. Det måste även ske en närmare bedömning av frågan om verksamheten utgör en ”bestående ekonomisk enhet” (going concern) som överläts^{6[6]}. En helhetsbedömning av samtliga omständigheter kring övergången måste därmed ske. EG-domstolen har i flera avgöranden i praxis utvecklat sin syn på denna bedömning. I målet C-24/85 (Spijkers-målet)^{7[7]} har domstolen bland annat angivit ett antal omständigheter

^{3[3]} Prop. 1992/93:88, sid. 42 samt sid. 59-60.

^{4[4]} Se bl.a. NOU-info - okt. 96, sid. 10, se även Hentze, Sylvén, Offentlig upphandling, första upplagan sid 19 ff., 62 ff. samt 160.

^{5[5]} SFS 1994:1685, som trädde i kraft den 1 januari 1995, se vidare prop. 1994/95:102.

^{6[6]} Se prop. 1994/95:102 sid 26.

^{7[7]} EG-domstolens avgörande 1986 i mål nummer: C-24/85, Josef Maria Anonius Spijkers ./ Gebroederes Benedik Abbattoir CV och Alfred Bededik en Zonen BV, Nederländerna.

som kan vara av betydelse^{8[8]}. Dessa är: (1.) arten av företag eller verksamhet, (2.) frågan om företagets materiella tillgångar, såsom byggnader och lösöre, har överlåtits eller inte, (3.) värdet av överlåtna immateriella tillgångar vid överlåtelsestidpunkten, (4.) om majoriteten av de anställda har tagits över av den nya arbetsgivaren eller inte, (5.) om kunderna har tagits över eller inte, (6.) graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen, samt (7.), i förekommande fall, den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere. De nu angivna omständigheterna skall enligt praxis inte ses isolerade var för sig. I stället skall en samlad bedömning ske av samtliga förhållanden kring den aktuella transaktionen.

Det krävs således i regel någon form av övergång av materiella tillgångar såsom maskiner och / eller inventarier för att övergång av verksamhet i lagens och direktivets mening skall vara för handen.

Är det däremot fråga om verksamhetsövergång enligt lagens och direktivets mening gäller föreskrifterna om övertagande av personalansvar *obligatoriskt*. Berörda företag kan således inte själva avgöra huruvida de skall följa bestämmelserna eller ej.

Enligt EG-Romfördraget gäller vidare en allmän princip om *likabehandling*. Fördraget har genom 2 § lagen (1994:1500) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen, giltighet som svensk lag. Inför Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen uttalade regeringen (i prop. 1994/95:19 Del 1 sid. 478) att "Den i Romfördraget centrala likabehandlingsprincipen återfinns bl.a. i artikel 6 om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Andra uttryckliga likabehandlingsprinciper återfinns i artikel 40 tredje stycket i Romfördraget angående likabehandling mellan producenter och konsumenter inom den gemensamma jordbrukspolitiken samt i artikel 119 i Romfördraget när det gäller lika lön för kvinnor och män. EG-domstolen har vidare slagit fast att det inom gemenskapsrätten gäller en allmän likabehandlingsprincip, utöver de uttryckliga bestämmelser som återfinns i fördragen". Den allmänna likabehandlingsprincipen får förstås så, att en medlemsstats myndigheter över huvud taget inte får särbehandla eller otillbörligt gynna vissa leverantörer framför andra vid bland annat handel inom den offentliga sektorn.

^{8[8]} Jfr. även EG-domstolens avgörande 1986 i mål nummer: C-101/87 P Bork International A/S m.fl. / . Foreningen af Arbejdsledere i Danmark för räkning, Birger E Petersen och Junckers Industrier A/S, Danmark, samt domstolens avgörande 1992 i mål nummer C-209/91, Anne Watson Rask och Kirsten Christensen / . ISS Kantineservice A/S, Danmark.

Yttrande

Norrtälje kommun har som yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet skickat en kopia av ett cirkulärmeddelande till i upphandlingen förekommande leverantörer, av vilket framgår att kommunen numera frånträder önskemålet om övertagande av befintlig personal samt att poängvärderingen av inkomna anbud kommer att genomföras oberoende av detta kriterium.

Bedömning

Konkurrenskommissionen är en privat 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.

I den aktuella upphandlingen av städtjänster har Norrtälje kommun föreskrivit att anbudsgivarna skall ange huruvida de avser att överta den i kommunens nuvarande städverksamhet sysselsatta personalen samt att anbudsgivare som erbjuder sig att överta personal kommer att bedömas på ett förmånligare sätt.

Enligt gällande anställningsskyddslag och EG-direktiv om övergång av personal föreligger en i princip tvingande skyldighet för företag att överta ansvaret för befintlig personal vid s.k. ”övergång av verksamhet”. Skulle den aktuella städupphandlingen i Norrtälje utgöra en verksamhetsövergång enligt dessa bestämmelser följer det således av gällande författning att vinnande anbudsgivare tvingas överta kommunens städpersonal.

Frågan huruvida städverksamhet typiskt sett är sådan verksamhet som vid övergång till annan huvudman omfattas av anställningsskyddslagen och personalövertagandedirektivet bedöms ytterst av domstol. Mot bakgrund av att överföring av materiella tillgångar, såsom byggnader och lösöre normalt inte torde förekomma vid den aktuella typen av övergångar talar mycket för att lagen och direktivet emellertid inte är tillämpliga.

Oavsett detta har Norrtälje kommuns utformning av den aktuella städupphandlingen kunnat sättas ifråga. Önskemålet att de anbudsgivande företagen skall ta över befintlig personal är allmänt ägnat att på ett konkurrensnedvridande sätt gynna företag utan lediga personal- /produktionsresurser på övriga företags bekostnad.

Antingen är anställningsskyddslagen och personalövertagandedirektivet tillämpliga. Kravet på anbudsgivarna i angivet avseende skall i sådant fall framföras som ett obligatoriskt s.k. skall-krav, eller inte framföras alls utan istället lämnas för reglering enligt anställningsskyddslagen.

Eller så är lagen och direktivet inte tillämpliga. Eftersom önskemålet saknar objektiv relevans för företagens möjlighet att genomföra uppdraget strider detta mot den s.k. *proportionalitetsprincipen* vid offentlig upphandling och skall av detta skäl inte förekomma som underlag för upphandlingen.

Eftersom kommunen numera insett det felaktiga i förfarandet samt vidtagit rättelse föranleder ärendet inte några ytterligare kommentarer från Konkurrenskommissionens sida.
