

PM 2 2014-12-11 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling.

Göteborgs kommun har för en kommunal förvaltning fastställt ett obligatoriskt krav om att leverantörer vid förvaltningens kommande upphandlingar, som omfattar miljardbelopp, ska vara anslutna till kollektivavtal.

Lokalnämnden i Göteborgs kommun beslutade vid sammanträde den 18 juni 2014 (LN § 57/14) att anta ett ”Mål- och inriktningsdokument för Lokalnämnden 2015” (nedan Inriktningsdokumentet) innefattande bl.a. interna föreskrifter om vad den under nämnden organiserade Lokalförvaltningen ska iakttä i samband med sådana offentliga upphandlingar som genomförs i nämndens regi.

Av avsnittet ”Övriga prioriterade mål 2015” framgår under punkten ”Sociala mål” på sid. 3 i detta Inriktningsdokument att ”[a]lla som utför arbete för lokalförvaltningens räkning ska vara anslutna till kollektivavtal”. Senare har Lokalnämnden yttrat¹ att avsikten med den beslutade ordningen har varit att Lokalförvaltningen ska verka för att anlitate företag har anställnings- och lönevillkor i enlighet med kollektivavtal och att om förvaltningen kommer fram till att något som anges i Inriktningsdokumentet inte är genomförbart av till exempel juridiska orsaker så driver inte nämnden frågan vidare. Lokalnämnden har emellertid hittills inte beslutat upphäva Inriktningsdokumentet, varken i sin helhet eller till den del som dokumentet innefattar krav på kollektivavtal.

Lokalförvaltningen förvaltar, anpassar och bygger lokaler och boenden för Göteborgs kommuns verksamheter och förvaltar enligt egen uppgift lokalytor på över två miljoner kvadratmeter med fem miljoner kvadratmeter tillhörande mark.²

Under perioden 2011-2013 upphandlade Lokalförvaltningen varor, tjänster och byggtreprenadarbeten för totalt c:a 1,6 miljarder kronor eller i genomsnitt c:a 45,231 miljoner kronor per månad.³ Hittills under 2014 har motsvarande upphandlingar genomfört till ett värde av c:a 412 miljoner kronor. Detta ger ett samlat kontraktvärde under en 48-månadersperiod på drygt 2 miljarder kronor. Beslutet har överklagats i ett mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen.⁴

Gällande rätt

Ramverket för den offentliga verksamhet som bedrivs i kommuner återfinns i bland annat regeringsformens och kommunallagens (1991:900) reglering. I 1 kap. 1 § regeringsformen föreskrivs att den offentliga makten utövas under lagarna. Därav följer en begränsning att verksamheten inte ska bedrivas så att den strider mot lag eller annan författning, dvs. verksamheten är trots föreskrifter om kommunalt självstyre i princip underordnad riksdagens beslut. Av 10 kap. kommunallagen följer vidare (1 §) att varje medlem av en kommun har rätt att få lagligheten av kommunens beslut prövad genom att överklaga dem, samt (8 §) att allmän förvaltningsdomstol vid en sådan prövning ska upphäva beslut som strider mot lag eller annan författning.

Bestämmelser för kommunal upphandling finns i bl.a. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU – samt, för vissa fall, i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster – LUF. Dessa lagar grundar sig i sin tur på bestämmelser som utfärdats genom direktiv av Europeiska rådet och parlamentet.⁵

¹ Se Göteborgs kommun yttrande av den 6 oktober 2014 till Förvaltningsrätten i Göteborg: aktbilaga 8 inom ramarna för pågående handläggning av mål nr. 7477-14 om laglighetsprövning enligt 10 kap. kommunallagen (1991:900) av Lokalnämndens beslut LN § 57/14.

² Se Göteborgs kommuns hemsida på Internet: goteborg.se/wps/portal/enheter/fackforvaltning/lokalforvaltningen/.

³ Se e-mail av den 4 november 2014 från Lokalförvaltningen vid Göteborgs kommun. Enligt där angiven uppgift uppgår det årliga värdet av förvaltningens samtliga genomförda upphandlingar under åren 2011-2013 till totalt 1.628.344.607 kronor. Detta belopp fördelar sig enligt följande, 2011: c:a 464.490.000 kr., 2012: c:a 673.480.000 kr. och 2013: 490.374.607 (uppgifterna avseende 2011 och 2012 är enbart preliminära, eftersom det för dessa år varit svårt att få fram exakta uppgifter från entreprenadupphandlingar och FKU. För 2014 har hittills upphandling genomförts för 412.614.211 Kr (inkluderat uppgifter från entreprenadupphandlingar och FKU).

⁴ Se ovan i not 1 angivna mål om laglighetsprövning enligt kommunallagen.

⁵ För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor, tjänster och byggtreprenader genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det s.k. klassiska upphandlingsdirektivet). På motsvarande sätt återfinns en reglering för upphandling inom de försörjningssektorerna i rådets och

Lagarna är såvitt något särskilt undantag inte anger motsatsen tillämpliga på *kontrakt med ekonomiska villkor* av varor, tjänster och byggtreprenader som ingås med fristående fysiska eller juridiska personer. Skyldigheten att följa lagarnas bestämmelser omfattar bl.a. kommunala myndigheter, vilka enligt LOU anges som ”*upphandlande myndigheter*” och enligt LUF även som ”*upphandlande enheter*”.

Lagarnas vid varje tidpunkt relevanta tillämpning och tolkning ska ske i enlighet med bl.a. de unionsrättsliga krav på etableringsfrihet och fri rörlighet av tjänster i artiklarna 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens Funktionssätt (FEUF), liksom de grundläggande principerna om bland annat *likabehandling och icke-diskriminering* samt *proportionalitet* som följer av dessa krav.

Principen om *likabehandling och icke-diskriminering* innebär att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som det är möjligt för att delta i förfarandet. Även om den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några utländska anbud får den exempelvis inte vid utformandet av förfrågningsunderlaget införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan tillgodose.

Proportionalitetsprincipen innebär vidare att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörerna än som behövs och framstår som ändamålsenligt för det aktuella förfarandet. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas med det aktuella upphandlingsförfarandet.

Av EU:s s.k. *utstationeringsdirektiv* (96/71/EG)⁶ följer bl.a. en skyldighet för en medlemsstat att se till att företag från andra medlemsstater som utstationerar arbetstagare inom medlemsstatens territorium garanterar sina berörda arbetstagare samma arbets- och anställningsvillkor som annars gäller inom medlemsstaten enligt lag eller kollektivavtal med allmän giltighet⁷ i fråga om vissa minimivillkor och sociala rättigheter till skydd mot bl.a. diskriminerande behandling. Den i direktivet angivna skyldigheten omfattar dock en begränsning i fråga om minimilön.⁸ EU-domstolen har i målet C-341/05 (*Laval*) tolkat utstationeringsdirektivet så att det tillsammans med bestämmelsen om fri rörlighet av tjänster i nuvarande art. 56 FEUF (dåvarande art. 49 EG) utgör hinder för en nationell facklig organisation att inleda stridsåtgärder mot ett utstationerande företag med krav på kollektivavtal avseende andra villkor än som följer av direktivets reglering.⁹

parlamentets direktiv (2004/17/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningssektorsdirektivet). Nya direktiv har i dessas ställe numera beslutas av Europeiska rådets och parlamentets genom antagande av direktivet (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG samt av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, vilka dock träder i kraft med s.k. direkt effekt först den 16 april 2016 – se vidare betänkandena med förslag på nya regler om upphandling, SOU 2014:51 och Ds 2014:25.

⁶ Se Europaparlamentets och rådets direktiv (96/71/EG) av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, särskilt art. 3.1 första stycket a–g.

⁷ Med kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet menas enligt art. 3.8 i utstationeringsdirektivet sådana kollektivavtal eller skiljedomar som skall följas av alla företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området.

⁸ Av *utstationeringsdirektivet* (96/71/EG) följer en skyldighet för medlemsstaterna att se till att berörda företag garanterar de utstationerade arbetstagarna villkor enligt bestämmelser i lag eller annan författning, och/eller i kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha *allmän giltighet* i den utsträckning som de rör de verksamheter såvitt avser minimilön och övertidsersättning med undantag för yrkesanknutna tilläggspensionssystem. Därmed avses att förekommande minimilönvillkor ska i princip äga rikstäckande tillämpning. Lokala variationer i fråga om t.ex. minimilön omfattas således inte av direktivet.

⁹ Se EU-domstolens dom av den 18 december 2007 i mål C- 341/05, *Laval*, REG 2007, s. I- 11767. Målet gällde prövningen av ett svenskt fackförbunds stridsåtgärder i syfte att förmå ett lettiskt tjänsteföretag att inleda förhandlingar med förbundet om den lön som företagets i Sverige utstationerade arbetstagare ska erhålla, och att ansluta sig till ett svenskt kollektivavtal som bl.a. innehåller villkor som är förmånligare än vad som annars följer av svensk lagstiftning eller som avser andra områden än som följer av art. i 3 utstationeringsdirektivet.

I fråga om krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling har EU-kommissionen i ett meddelande från 2001¹⁰ tolkat kraven på *likabehandling och icke-diskriminering*, samt *proportionalitet* på följande sätt:

”Om ett företag, som har sitt säte i en annan medlemsstat och inte undertecknat det nationella kollektivavtal som gäller för den berörda sektorn i den upphandlande myndighetens land, av dessa skäl utesluts från att delta i en offentlig upphandling, skulle detta alltså inte bara strida mot upphandlingsdirektiven utan också kunna vara ett brott mot friheten att tillhandahålla tjänster, och i förekommande fall även mot etableringsfriheten”.

Vidare har på det aktuella området EU-domstolen i målet C-346/06 (*Rüffert*)¹¹ tolkat bestämmelsen om fri rörlighet av tjänster i nuvarande artikel 56 EU (dåvarande art. 49 EG) så att denna tillsammans med utstationeringsdirektivet utgör hinder för en medlemsstats myndigheter att vidta åtgärd av lagstiftningskaraktär enligt vilken en upphandlande myndighet endast får anta anbud från företag som åtar sig att för tjänsternas utförande betala sina arbetstagare minst den lön som fastställts i kollektivavtal som är tillämpligt på orten där tjänsterna tillhandahålls. Domstolen har även i mål C-549/13 (*Bundesdruckerei*)¹² på ett motsvarande sätt bedömt att artikel 56 FEUF utgör hinder för en upphandlande myndighet att uppställa krav på minimilön enligt nationell lagstiftning för anbudsgivare som avser att fullgöra kontraktet genom att uteslutande använda arbetstagare som är anställda av en underleverantör som är etablerad i en annan medlemsstat.¹³

För svenskt vidkommande har regeringen i förarbetena till lagen (2008:962) om valfrihetssystem – LOV – hänvisat till EU-domstolens dom i målet C-346/06 (*Rüffert*) och därvid kommit fram till att möjligheten att ställa krav på kollektivavtal vid ett sådant förfarande är begränsat.¹⁴

Även i svensk nationell rättspraxis har villkor om kollektivavtal i samband med upphandling ansetts strida mot unionsrättens grundläggande krav på likabehandling och proportionalitet. Dylika villkor, eller kommunala reglementen med instruktion om att i sina kommande upphandlingar införa sådana villkor, har regelmässigt undanröjts av domstolarna.¹⁵ Unionsrättens grundläggande principer gäller i aktuellt avseende även i fråga om tilldelning av tjänstekoncessioner.¹⁶

Såvitt gäller nationella överväganden *de lege ferenda* om att införa möjlighet till krav på kollektivavtal i kommande upphandlingslagstiftning kan nämnas att riksdagens finansutskott hittills avslagit motioner om att lagstiftningsvägen föra in en möjlighet att ställa krav på kollektivavtalsbundenhet av leverantörer med motiveringen att det utifrån gällande unionsrättslig reglering bl.a. framstår som omöjligt att införa krav på kollektivavtal i de svenska upphandlingslagarna.¹⁷

¹⁰ Se Tolkningsmeddelande av den 15 oktober 2001 från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling (KOM 2001 566 slutlig).

¹¹ Se EU-domstolens dom av den 3 april 2008 i mål C-346/06, *Rüffert*, REG 2008 s. I-0000.

¹² Se EU-domstolens dom av den 18 september 2014 i mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, REG 2014 s. I-0000.

¹³ Målet gällde ett krav som uppställdes i en tryckeritjänstupphandling om att anbudsgivarna skulle åta sig att betala minimilön enligt tysk lag (på 8,62 euro i timmen) till sin för uppdraget aktuella personal. Anbudsgivaren skulle även kräva av eventuella underleverantörer att de i sin tur åtog sig att iaktta denna minimilön. Bundesdruckerei GmbH var en av anbudsgivarna i upphandlingen, och om bolaget vann tilldelning skulle tjänsterna utföras genom en underleverantör i Polen. I de polska kollektivavtalen och i polsk lag angavs inte någon sådan minimilön och det var heller inte vanligt med hänsyn till de rådande levnadsvillkoren i Polen att föreskriva en sådan minimilön som följer av tysk lag. Bundesdruckerei meddelade upphandlande myndighet detta och angav att dess underleverantör inte kunde åta sig att iaktta kravet på viss minimilön. Den upphandlande myndigheten vidhöll dock kravet på minimilön, och hänvisade till bindande tysk lagstiftning. EU-domstolen kom vid sin prövning fram till att kravet stred mot art. 56 FEUF om fri rörlighet av tjänster. Värt att notera är att domstolen särskilt påpekade att förhållandena i målet inte var sådana att *utstationeringsdirektivet* (96/71/EG) kunde göras direkt tillämpligt. Målet avsåg istället en primärrättslig tillämpning av art. 56 FEUF.

¹⁴ Se prop. 2008/09:29 s. 77-78.

¹⁵ Se Kammarrätten i Stockholm, dom av den 28 mars 1995 i mål nr 1713-1995, vars avgörande föregicks av en utredning av Konkurrenskommissionen (KKO 95-013). Se även Länsrätten i Hallands län, dom av den 16 januari 2006 i mål 2434-05, Länsrätten i Kronobergs län, dom av den 31 oktober 2006 i mål 1350-06 samt Länsrätten i Norrbottens län, dom av den 23 maj 2006 i mål 1022-06.

¹⁶ Se EU-domstolens dom av den 13 oktober 2005 i mål C-458/03, *Parking Brixen*, REG 2005, s. I-5397, p. 46, där domstolen avseende tjänstekoncessionen att driva en parkeringsplats konstaterade att trots att ”avtal om koncession avseende allmännyttiga tjänster på gemenskapsrättens nuvarande stadium inte omfattas av tillämpningsområdet för [offentlig upphandling] är de upphandlande myndigheter som ingår sådana avtal ändå skyldiga att beakta fördragets grundläggande regler i allmänhet och principen om förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet” (se, för ett liknande resonemang, domstolens dom av den 7 december 2000 i mål C-324/98, *Telaustria och Telefonadress*, REG 2000, s. I-10745, punkt 60, och av den 21 juli 2005 i mål C-231/03, *Coname*, REG 2005, s. I-0000, punkt 16).

¹⁷ Riksdagen, finansutskottets betänkande 2009/10:FiU22, 2010/11:FiU29, 2011/12:FiU32, 2012/13:FiU32 och nu senast 2013/14:FiU27.

Vidare anger den s.k. Genomförandeutredningen i sitt nyligen framlagda betänkande¹⁸ att de nya upphandlingsdirektiven¹⁹ inte medför någon förändring av rättsläget i fråga om möjligheten att ställa krav på kollektivavtalsbundenhet vid offentlig upphandling. De nu aktuella direktivändringarna innebär sålunda närmast en unionsrättslig anpassning till den i Sverige redan etablerade praxis som vid offentlig upphandling tillåter krav på att arbetsvillkoren vid utförandet av ett kontrakt ska stå i nivå med vissa kollektivavtalsenliga villkor, dock inte krav på kollektivavtalsenliga minimilöner.

Yttrande

Göteborgs kommun 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.

Av utredningen framgår att Lokalförvaltningen i Göteborgs kommun omsätter c:a en halv miljard kronor per år på upphandling av varor, tjänster och byggtreprenadarbeten. Kommunen har för dessa upphandlingar uppställt ett krav om att *alla som utför arbete för Lokalförvaltningens räkning ska vara anslutna till kollektivavtal*. Detta krav har senare kommit att modifieras så att avsikten ska ha varit att förvaltningen *ska verka för att anlitade företag har anställnings- och lönevillkor i enlighet med kollektivavtal*.

Göteborgs kommuns rätt att som upphandlande myndighet ställa krav på att anlitade leverantörer ska tillämpa vissa anställnings- och lönevillkor begränsas ytterst av unionsrättens krav på fri rörlighet av tjänster såsom detta kommit till uttryck genom bl.a. utstationeringsdirektivet och praxis från EU-domstolen.

Enligt dessa bestämmelser är det inte lagligen möjligt att ställa krav på villkor som går utöver vad som följer av utstationeringsdirektivet och föreskriften om fri rörlighet av tjänster i art 56 FEUF. Krav på villkor om viss minimilön enligt kollektivavtalet på orten får överhuvudtaget inte förekomma.

Det kan sålunda inte anses förenligt med unionsrätten att, såsom Göteborgs kommun nu gjort, uppställa en föreskrift om att alla som ska utföra arbete för den kommunala förvaltningens räkning måste vara anslutna till kollektivavtal. Det riskerar även att strida mot de grundläggande unionsrättsliga principerna att kommunen vid sina upphandlingar ska verka för att anlitade företag tillämpar anställnings- och lönevillkor i enlighet med kollektivavtal.

Ytterst är det allmän förvaltningsdomstol och möjligen EU-domstolen som avgör lagligheten och den unionsrättsliga förenligheten av kommunens instruktion till Lokalförvaltningen. Oaktat detta framstår enligt Konkurrenskommissionens mening den begränsning som ligger i att anlitade leverantörer måste ha kollektivavtal eller tillämpa vissa anställnings- och lönevillkor i enlighet med sådant avtal som ägnade att i vart fall snedvrider förutsättningarna för konkurrensen. Det finns därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Göteborgs kommun.

¹⁸ Se Genomförandeutredningens delbetänkande, Nya regler om upphandling, SOU 2014:51, s. 41 f.

¹⁹ Europeiska parlamentets och rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.