

# KONKURRENSKOMMISSIONEN

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

Finansdepartementet

Remissyttrande R 15-04

2015-10-28

Dnr. Fi 2015/4196

## Ang. betänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal, SOU 2015:78

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

Konkurrenskommissionen har sedan inrättandet 1994 utrett och bedömt mer än 700 ärenden avseende frågor om offentlig och annan upphandling. Konkurrenskommissionen brukar även lämna yttranden i lagstiftningsfrågor rörande bland annat upphandling och har inom detta område nyligen yttrat sig angående nya lagar om upphandling (SOU 2014:51 och Ds 2014:25), lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69) och nya regler för överprövning av upphandlingsmål (SOU 2015:12).

I yttrandet anges hänvisningar till de föreslagna nya lagarna om offentlig upphandling och om upphandling inom försörjningssektorerna som NLOU respektive NLUF och förslaget till ny lag om upphandling av koncessioner som LUK. Den nu gällande lagen (2007:1091) om offentlig upphandling anges som LOU och lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster som LUF. Regeringsformen anges i förkortad form som RF.

## SAMMANFATTNING

Konkurrenskommissionen avstyrker förslaget i sin helhet, eftersom det riskerar att sätta svenska leverantörer i ett sämre läge än sina utländska konkurrenter samt slå ut mikro- och småföretag från deltagande vid upphandling.

Frågan om den unionsrättsliga förenligheten av sådan omvänd nationell diskriminering som kan bli en effekt av utredningsförslaget behöver utredas ytterligare.

När det gäller förslaget om att upphandlande myndigheter och enheter ska tolka innehållet i gällande kollektivavtal eller i vissa fall fastställa egna minimivillkor kan det enligt kommissionens mening sättas ifråga om det är förenligt med unionsrätten; i vart fall strider detta mot den s.k. svenska modellen, vilken utgår från att dessa och dylika frågor brukar avgöras i förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter.

Förslaget om att en leverantör som har brutit mot kollektivavtal ska kunna uteslutas från deltagande vid upphandling riskerar – oväntat och förmodligen oönskat – medföra en negativ särbehandling av kollektivavtalsbärande företag framför deras icke kollektivavtalsbärande konkurrenter.

Förslaget om att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer ska kunna meddela föreskrifter m.m. avseende införande av särskilda kontraktsvillkor om lön, semester och arbetstid mm. riskerar enligt Konkurrenskommissionens bedömning att strida mot grundlag.

## YTTRANDE

Betänkandets förslag om införande av särskilda kontraktsvillkor om kollektivavtalsenliga villkor riktar sig huvudsakligen till svenska företag. Detta är en konsekvens av att det inte är unionsrättsligt möjligt att utanför det s.k. utstationeringsdirektivets (96/71/EG) hårda kärna införa en motsvarande reglering med avseende på leverantörer från andra EU-medlemsstater. Uppställande av villkor som enbart gäller för vissa leverantörer riskerar alltid att försätta dessa i ett sämre läge jämfört med sina konkurrenter. Konkurrenskommissionen, som ifrågasätter lämpligheten av att i svensk nationell lag medvetet sätta svenska leverantörer i en sämre konkurrenssituation än sina utländska konkurrenter, avstyrker utredningens förslag i sin helhet. Förslaget riskerar enligt kommissionens mening medföra en förflyttning av arbetstillfällen från Sverige till andra EU-medlemsstater

Upphandling omsätter uppskattningsvis varje år c:a 700 miljarder kronor eller 20 procent av brutonationalprodukten (BNP). Enligt en av Konkurrensverket nyligen presenterad rapport *Den offentliga marknaden i Sverige, uppdragsforskningsrapport* (2015:4) uppgår mikro- och småföretagens samlade försäljning till stat, kommuner och landsting, och därmed sammanhängande deltagande vid upphandling, till c:a 35 procent av den totala upphandlade volymen. Dessa företag är ofta familjeföretag som av uppenbara skäl inte tillämpar kollektivavtal eller kollektivavtalsliknande villkor i sin verksamhet. Enligt en rapport av Företagarna, *Småföretagarna och kollektivavtalen*, (2011) saknar c:a 60 procent av mikro- och småföretagen kollektivavtal vid sin verksamhet. Dessa riskerar om betänkandets förslag genomförs att komma uteslutas från deltagande vid upphandling.

## Omvänd nationell diskriminering

Av det unionsrättsliga kravet på *likabehandling och ickediskriminering* följer ett tydligt förbud mot diskriminerande särbehandling på grund av bl.a. nationalitet eller nationellt ursprung. Huruvida härmed även följer ett förbud mot *omvänd nationell diskriminering* – d.v.s. en begränsning av en medlemsstats möjligheter att diskriminerande särbehandla inhemska företag framför deras utländska konkurrenter – är omtvistat och för närvarande inte fullt ut klarlagt i unionsrättslig praxis.

Den aktuella problematiken brukar beskrivas som att det är nödvändigt med en unionsrättslig länk för att det skydd som enskild ges i unionsrätten ska aktiveras i fall rörande omvänd diskriminering, se '*Civis europaeus sum*': *from the cross-border link to the status of citizen of the Union*, Online Journal on free movement of workers within the European Union, no 3, 2011. Unionsrätten anses normalt inte tillämplig på verksamheter där alla relevanta omständigheter är begränsade till att avse en medlemsstats inre förhållanden, se exempelvis målet *Jägerskiöld* (C-97/98) EU:C:1999:515, p. 42-44.

Frågan om en viss situation innebär att unionsrätten aktualiseras är dock långt ifrån självklar och får i ljuset av bland annat EU-domstolens praxis på området snarast bedömas *in casu*. Det kan exempelvis nämnas att EU-domstolen funnit att en nationell bestämmelse som fick till följd att en EU-medborgares möjlighet att utnyttja den fria rörligheten begränsades ansågs medföra överträdelse av unionsrätten, se bland annat EU-domstolens dom i målet *Ruiz Zambrano* (C-34/09) EU:C:2011:124.

Det har även ansetts att interna tullar som ålagts varor från andra regioner inom en medlemsstat utgjort ett hinder mot den fria rörligheten eftersom det enligt EU-domstolen är närmast omöjligt att inom unionen skilja mellan produkter av olika ursprung. Det skulle således vara nödvändigt att i varje enskilt fall, även vid leverans av varor från leverantörer i samma medlemsstat, fastställa om de aktuella varorna i själva verket inte kommer från en annan medlemsstat. Ett sådant kontrollförfarande skulle medföra ytterligare administration och förseningar som i sig skulle hindra den fria rörligheten (se EU-domstolens dom i de förenade målen *Lancry mfl.* (C-363/93 och C-411/93) EU:C:1994:315).

Det kan härvid tilläggas att EU-domstolen i målet *Parking Brixen* (C-458/03) EU:C:2005:605, uttalat att principen om likabehandling syftar till att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud, oberoende av nationalitet (se p. 48 med där angiven praxis).

Att en enskild medlemsstat på detta sätt skulle verka för att aktivt missgynna de egna nationella företagen i förhållande till företag från andra medlemsstater förefaller överhuvudtaget aldrig ens ha föresvävat EU-lagstiftarna. Exempelvis har EU-domstolens vice ordförande, professor Koen Lenaerts, i en artikel beskrivit frågan genom att uttrycka att ”*where reverse discriminations affects a majority of nationals, it will be very unlikely to persist. Politicians will be obliged to adopt new policies in compliance with the views of that majority*”, se ‘*Civis europaeus sum’ : from the cross-border link to the status of citizen of the Union* (se Online Journal on free movement of workers within the European Union, no 3, 2011).

Mot bakgrund av ovanstående unionsrättsligt komplicerade frågeställning framstår det som förvånande att utredningen har lämnat förslag som kan få långtgående konsekvenser för företagsklimatet i Sverige utan annan utredning än att i förbigående konstatera att det saknas unionsrättslig praxis i frågan (se betänkandet, s. 120).

Eftersom den unionsrättsliga tillåtligheten av omvänd nationell diskriminering är avgörande för delar av utredningens förslag bör denna fråga utredas ytterligare och mer noggrant innan lagstiftning införs på nationell nivå.

#### Fastställande av lägsta nivå

Av den föreslagna bestämmelsen i 17 kap. 4 § NLOU och 16 kap. 4 § NLUF framgår att i de fall villkoren enligt ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen är förmånligare för arbetstagarna än vad som följer av lag ska villkoren i stället motsvara den lägsta nivå som gäller enligt detta kollektivavtal. Vidare följer att den upphandlande myndigheten ska ge möjlighet till de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna att lämna uppgift om villkor enligt avtalet.

I lagtextförslaget är villkor skrivet i bestämd form. Det måste således röra sig om i avtalet bestämda villkor. Detta stärks vidare av formuleringen att kollektivavtalets lägsta nivå ska gälla istället för den lagreglerade miniminivån för det fall att kollektivavtalet ger ett bättre skydd för arbetstagaren.

Konkurrenskommissionen kan mot denna bakgrund inte tolka bestämmelsens ordalydelse så att det skulle vara fritt för den upphandlande myndigheten eller enheten att själv fastställa innebörden av ett kollektivavtal. Av specialmotiveringen framgår dock (s. 201) att den upphandlande myndigheten eller enheten, för det fall att någon lägstanivå inte angetts i kollektivavtalet, är fri att själv avgöra vilken som är en lämplig lägstanivå, vilket i så fall strider mot den föreslagna bestämmelsens ordalydelse.

Det kan vidare sättas ifråga huruvida det är förenligt med det s.k. utstationeringsdirektivet att en myndighet själv avgör en lämplig lägstanivå utan att denna framgår av gällande kollektivavtal. Av artikel 3 i direktivet framgår att utstationerade arbetare ska garanteras de arbetsvillkor som är *fastställda* i lag eller kollektivavtal. Utstationeringsdirektivet tillåter således inte krav på villkor som utom lag eller kollektivavtal har fastställts av en upphandlande myndighet eller enhet. Förslaget riskerar således även av detta skäl strida mot unionsrätten.

Det föreslagna förfarandet, att upphandlande myndigheter och enheter ska tolka innehållen i gällande kollektivavtal samt vid avsaknad av avtalade lönevillkor fastställa egna minimivillkor, innebär vidare en inblandning i den svenska lönebildningen. Detta strider mot den svenska modellen, vilken utgår från att löner och andra uppkommande arbetsrättsliga frågor löses i förhandlingar mellan arbetsmarknadens parter.

Upphandling omsätter uppskattningsvis varje år c:a 700 miljarder kronor eller 20 procent av BNP. Genom att på detta ekonomiskt betydelsefulla område tillskapa befogenhet för upphandlande myndigheter och enheter – vilka även kan vara statliga, kommunala eller privata bolag – att fastställa vissa lägsta nivåer för löner m.m. framstår som minst sagt betänkligt.

Om den aktuella bestämmelsen överhuvudtaget genomförs bör det i så fall tydligt klargöras att det endast är i kollektivavtalen uttryckta villkor som får ställas av en upphandlande myndighet.

#### Ökad risk för uteslutning för leverantörer med kollektivavtal

I betänkandet anges på s. 193 att 13 kap. 3 § NLOU jämte anslutande bestämmelser i NLUF och LUK ska utvidgas i enlighet med art. 57.4.a i direktiv 2014/24/EU. Enligt denna artikel möjliggörs en fakultativ rätt för en upphandlande myndighet eller enhet att utesluta leverantör som åsidosatt bl.a. tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter. Vad som i direktivets mening avses med arbetsrätt utreds dock inte i någon utförligare mening. Konkurrenskommissionen tolkar det dock som att utredningen menar att tillämpliga kollektivavtal ska anses utgöra gällande arbetsrättsliga skyldigheter för avtalsparterna (jfr betänkandet s. 119).

Konkurrenskommissionen anser att följderna av detta kan få såväl oväntade som förmodat oönskade konsekvenser. Kollektivavtalsbärande leverantörer exponerar sig nämligen i betydande mån för överträdelser av avtalens icke sällan detaljrika bestämmelser jämfört med sina icke kollektivavtalsbärande konkurrenter som enbart har att agera utifrån gällande lagreglering. Utredningens förslag om att leverantör som har brutit mot kollektivavtal ska kunna uteslutas från deltagande vid upphandling riskerar således att försätta företag med kollektivavtal i en sämre sits än leverantörer utan sådan avtalsbundenhet som de kan riskera bryta mot.

### Allmänna bindande särskilda kontraktsvillkor måste meddelas genom lag

I betänkandet föreslås att Upphandlingsmyndigheten ska bemyndigas att meddela föreskrifter avseende vilka särskilda kontraktsvillkor som ska ställas i vissa fall. I förslaget till lagtext anges att regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer ska få meddela föreskrifter om i vilka fall det är behövligt att ställa villkor om särskilda sociala, miljömässiga, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.

Därmed aktualiseras en tillämpning av regeringsformens normgivningsregler. Av 8 kap. 2 § första stycket 1 RF framgår att föreskrifter som avser enskildas personliga ställning och deras personliga och ekonomiska förhållanden inbördes ska meddelas av riksdagen genom lag, det så kallade *obligatoriska lagområdet*. Kravet på lagform är undantagslöst när det gäller föreskrifter av detta slag. Regeringens primärområde, den s.k. *restkompetensen*, framgår av 8 kap. 7 § RF och omfattar enbart ren verkställighet av lag och föreskrifter som inte på grund av grundlag ska meddelas av riksdagen.

I den mån det kan föreligga en möjlighet för regeringen eller myndighet under regeringen att i visst avseende meddela föreskrifter om verkställighet (vilka dock inte får innehålla några nya förpliktelser jämfört med befintlig lag) faller detta av sig själv inom ramen för regeringens restkompetens enligt 8 kap. 7 § RF och är i sådant fall inget som riksdagen ska eller behöver besluta om att regeringen kan fullgöra. Det i betänkandet föreslagna normgivningsbemyndigandet – eller hur det nu ska uppfattas – innefattar emellertid ett större problem än så.

I fråga om föreskrifter om enskildas personliga och ekonomiska förhållanden inbördes har Lagrådet tidigare uttalat att dit bör räknas sådana föreskrifter som en enskild person med framgång kan åberopa direkt mot andra enskilda i domstol och som kan leda till att enskilda förpliktas att erlagga exempelvis skadestånd. Lagrådet har även funnit att den omständigheten att samma föreskrifter dessutom kan ha påtagliga offentlighetsrättsliga inslag inte innebär att den privaträttsliga delen bortfaller. Lagrådet tog i det aktuella fallet därför avstånd från att tanken att föreskrifter skulle förlora sin privaträttsliga karaktär och förvandlas till offentlighetsrättsliga genom införandet av ett system för offentlig tillsyn eller kriminalisering av de privaträttsliga föreskrifterna. Ett godtagande av en sådan tolkning skulle enligt Lagrådet nämligen innebära en väsentlig och godtycklig urholkning av det i 8 kap. 2 § RF stadgade obligatoriska lagområdet (se prop. 1997/98:44, s. 238).

Som utredningen kunnat konstatera på s. 162 i betänkandet omfattar begreppet *enskild* här i aktuellt avseende även stat och kommun, eftersom dessa uppträder i rättsförhållanden som är väsentligen likartade med dem som är vanliga bland enskilda rättssubjekt. Bestämmelserna om upphandling riktar sig dessutom inte till enbart statliga och kommunala *upphandlande myndigheter* utan även till andra enskilda privaträttsligt organiserade rättssubjekt såsom exempelvis statliga och kommunala bolag – vilka enligt lagarnas systematik anges som *offentligt styrda organ* – samt företag som utan offentligt ägande är verksamma såsom *upphandlande enheter* inom de s.k. försörjningssektorerna.

Nu aktuella kontraktsvillkor med avseende på sociala, miljömässiga, arbetsrättsliga och andra krav för hur ett kontrakt ska fullgöras är ägnade att kunna åberopas direkt vid en tvist i domstol och bland annat medföra skadestånd på grund av avtalsbrott. Dessa hänför sig således till sådana rent civilrättsliga förhållanden som parterna i en upphandling i sin kapacitet av enskilda har att iakttä med anledning av ett tilldelat avtal. Normgivning avseende dessa villkor omfattas därmed av det obligatoriska lagstiftningsområdet i 8 kap. 2 § första stycket 1 RF.



Inom ramen för detta område är det endast möjligt för riksdagen att delegera normgivning med stöd av 8 kap. 4 § RF såvitt avser ”anstånd med att fullgöra förpliktelser”. Det mer omfattande delegationsstadgandet i 8 kap. 3 § är – som lagtexten tydligt utvisar – avsett endast för betungade offentlig rätt enligt 8 kap. 2 § p. 2 och kommunalrätt enligt 8 kap. 2 § p. 3 RF. Utredningens försök att med åberopande av 8 kap. 7 § RF kringgå dessa regler är en nydanande normteknisk lösning som inte vinner stöd i grundlag.

Den aktuella frågan borde, med anledning av de starka intressen som grundlagen syftar till att skydda, ha utretts grundligare än vad som nu har skett. Det är enligt Konkurrenskommissionens mening av yttersta vikt att det inte får råda någon osäkerhet om den eventuella grundlagsenligheten när regeringen överväger ett lagförslag. Om regeringen väljer att gå vidare med förslaget förutsätter kommissionen att den föreslagna ordningens förhållande till regeringsformens normgivningsbestämmelser blir föremål för Lagrådets granskning.

KONKURRENSKOMMISSIONEN



Inger Ridderstrand-Linderöth  
/ordförande/



Pär Cronhult  
/föredragande