

PM 2 2015-12-10 SLUTLIG BEDÖMNING

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

En kommun avser att i sin kommunala organisation ställa obligatoriska krav på att upphandlade leverantörer ska erbjuda kollektivavtal till sina anställda.

Sundsvalls kommun (nedan Kommunen) avser enligt ett beredningsbeslut av kommunstyrelsen den 16 november 2015 (KS § 378/15) att justera ett förslag till lokal Inköpsstrategi för Sundsvalls kommunkoncern (nedan Inköpsstrategin) så att *kommunkoncernen ska genom tydligt formulerade krav i upphandlingar säkra att leverantörer och underleverantörer erbjuder kollektivavtal till sina anställda*. Beslutet innebär en förändring jämfört med förvaltningens förslag om att krav i aktuellt avseende ska avse *kollektivavtalsenliga villkor*.¹

Målgrupp för Inköpsstrategin är alla Kommunens nämnder samt de bolag där Kommunen är majoritetsägare.² Syftet med Inköpsstrategin är enligt punkten 1 i densamma att beskriva vad som styr kommunkoncernens arbete med upphandlingar och inköp. Inköpsstrategin beskriver vilka krav som kommunkoncernen ska ställa i upphandlingar för att uppnå en socialt, ekologiskt och ekonomiskt hållbar utveckling. I Inköpsstrategin beskrivs principer för styrning av kommunkoncernens upphandlingar och inköp, exempelvis det uppdrag och ansvar som den politiska organisationen och tjänstemannaorganisationen har. I relationen med potentiella och nuvarande leverantörer ska kommunkoncernen agera på ett likartat sätt.

Enligt punkten 3.1 andra stycket Inköpsstrategin får *”Kommunkoncernens upphandling och inköp [...] inte strida mot gällande lag, föreskrifter, denna inköpsstrategi eller andra tvingande beslut”*.

Den sammanlagda omsättningen för Kommunen uppgick 2014 till c:a 6 miljarder kronor.³ Därutöver äger Kommunen, genom sitt holdingbolag Stadsbacken AB, sammanlagt 16 bolag vilka under 2014 omsatte c:a 1,5 miljarder kronor.⁴ Enligt egen uppgift köper Sundsvalls kommunkoncern varje år varor och tjänster för över 2,5 miljarder kronor.⁵

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, d.v.s. 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.⁶

1 Kommunstyrelsens beslutade (KS § 378/15) att föreslå kommunfullmäktige följande ändringar i föreliggande förslag till *”Inköpsstrategi för Sundsvalls kommunkoncern”*. Rubriken för avsnitt 4.1.5 *”Kollektivavtalsenliga villkor”* ska ersättas med ny rubrik: *”Kollektivavtal”*, samt den efterföljande meningen med *”kollektivavtalsenliga villkor”* ska ersättas med *”kollektivavtal”*. Avsnitt 4.1.5 får därmed följande lydelse: *”Kommunkoncernen ska genom tydligt formulerade krav i upphandlingar säkra att leverantörer och underleverantörer erbjuder kollektivavtal till sina anställda”*.

2 Se redovisning på Inköpsstrategins förstasida (omslaget).

3 Se Sundsvalls kommuns årsredovisning 2014, s. 8.

4 Se Årsredovisning för Stadsbacken AB, s. 17, not. 4, enligt vilken koncernens totala nettoomsättning 2014 uppgick till 1.553.314.000 kronor.

5 Se uppgift från Näringslivsbolaget Sundsvall AB, på bolagets hemsida <http://naringslivsbolaget.se/natverka/upphandling/>.

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

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.

I fråga om krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling har EU-kommissionen i ett meddelande från 2001⁷ 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 *Rüffert* (C-346/06)⁸ tolkat bestämmelsen om fri rörlighet av tjänster i nuvarande artikel 56 EU (dåvarande art. 49 EG) så att denna tillsammans med det s.k. utstationeringsdirektivet (96/71/EG)⁹ 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 målet *Bundesdruckerei* (C-549/13) 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 medlems-

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.

7 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).

8 Se EU-domstolens dom i *Rüffert* (C-346/06) EU:C:2008:189.

9 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.

stat.¹⁰ Unionsrättens grundläggande principer gäller i aktuellt avseende även i fråga om tjänstekoncessioner.¹¹

För svenskt vidkommande har regeringen i förarbetena till lagen (2008:962) om valfrihetssystem – LOV – hänvisat till EU-domstolens dom i *Rüffert*⁸ och därvid kommit fram till att möjligheten att ställa krav på kollektivavtal är begränsat.¹² Såvitt gäller nationella överväganden om att i kommande upphandlingslagstiftning införa möjlighet till krav på kollektivavtal har den s.k. Genomförandeutredningen i betänkandet SOU 2014:51¹³ kunnat konstatera att de nya upphandlingsdirektiv som har antagits av Europeiska parlamentet och rådet för att träda i kraft 2016¹⁴ inte medför någon förändring av rättsläget i fråga om möjligheten att ställa krav på kollektivavtalsbundenhet vid upphandling. Däremot innebär direktiven en unionsrättslig anpassning till den i Sverige redan etablerade praxis som tillåter krav på att arbetsvillkoren vid utförandet av ett kontrakt ska stå i nivå med vissa kollektivavtalsenliga villkor. Ett utredningsbetänkande med förslag på att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna ställa krav på kollektivavtalsenliga villkor har nyligen presenterats (SOU 2015:78), men inte heller detta förslag innefattar någon legal möjlighet att vid upphandling ställa krav på kollektivavtal.

I svensk nationell rättspraxis har krav i samband med upphandling på att leverantörer ska inneha eller kunna erbjuda kollektivavtal ansetts strida mot unionsrättens grundläggande krav på likabehandling och proportionalitet. Dylika krav – eller kommunala reglementen med instruktion om att i sina kommande upphandlingar införa sådana krav – har regelmässigt undanröjts av domstolarna.¹⁵ Vidare har Arbetsdomstolen med stöd av 36 § avtalslagen¹⁶ funnit anledning att ogiltigförklara kollektivavtal med lönevillkor som tillkommit i strid med unionsrätten. Domstolen angav bl.a. att omständigheterna vid avtalens tillkomst och att deras innehåll – i vart fall avseende lönevillkoren – går utöver vad som enligt unionsrätten kunde krävas. Detta medför enligt rättens bedömning att avtalen i sin helhet ska lämnas utan avseende enligt bestämmelsen om oskäliga avtalsvillkor.¹⁷

Yttrande

Kommunen 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.

10 Se EU-domstolens dom i målet *Bundesdruckerei* (C-549/13) EU:C:2014:2235. Målet gällde ett krav som uppställdes i en tryckeri-tjänstupphandling 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.

11 Se EU-domstolens dom i *Parking Brixen* (C-458/03) EU:C:2005:605, 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" (för liknande resonemang se domstolens dom i *Telaustria* (C-324/98) EU:C:2000:669, p. 60 och i *Coname* (C-231/03) EU:C:2005:487, p. 16.

12 Se prop. 2008/09:29 s. 77-78.

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

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

15 Se Kammarrätten i Stockholms 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 läns dom av den 16 januari 2006 i mål 2434-05, Länsrätten i Kronobergs läns dom av den 31 oktober 2006 i mål 1350-06 samt Länsrätten i Norrbottens läns dom av den 23 maj 2006 i mål 1022-06.

16 Se 36 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, enligt vilken avtalsvillkor får jämkas eller lämnas utan avseende, om villkoret är oskäligt med hänsyn till avtalets innehåll, omständigheterna vid avtalets tillkomst, senare inträffade förhållanden och omständigheterna i övrigt. Har villkoret sådan betydelse för avtalet att det icke skäligen kan krävas att detta i övrigt skall gälla med oförändrat innehåll, får avtalet jämkas även i annat hänseende eller i sin helhet lämnas utan avseende. Bestämmelsen äger även motsvarande tillämpning i fråga om villkor vid annan rättshandling än avtal.

17 Se Arbetsdomstolens dom nr. 70/15 av den 25 november 2015 i mål nr A 14/02, A 39/02, A 53/03 och A 137/03.

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 Sundsvalls kommunkoncern varje år köper varor och tjänster för över 2,5 miljarder kronor. Kommunen avser att i sin lokala Inköpsstrategi införa krav på att anlita leverantörer och underleverantörer ska erbjuda kollektivavtal till sina anställda.

Kommunens rätt att uppställa krav på att anlita leverantörer ska tillämpa vissa anställnings- och lönevillkor begränsas ytterst av unionsrättens krav på fri rörlighet av varor och tjänster såsom detta kommit till uttryck genom bl.a. utstationeringsdirektivet och praxis från EU-domstolen. Enligt dessa bestämmelser är det inte möjligt att uppställa krav på att leverantörer ska erbjuda kollektivavtal för att komma i fråga för tilldelning vid en upphandling.

Det angivna kravet på kollektivavtal framstår som ägnat att snedvrider förutsättningarna för konkurrensen. Med beaktande av att kommunkoncernen varje år upphandlar för miljardbelopp finns det därför anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.