

Finansdepartementet
103 33 Stockholm

Utkast till lagrådsremiss Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling

Fi 2016/00530/UR

Inledande anmärkningar

Konkurrensverket har i uppdrag att verka för en effektiv konkurrens och en effektiv offentlig upphandling. Konkurrensverket har också en skyldighet att uppmärksamma hinder mot en effektiv konkurrens och en effektiv offentlig upphandling.¹

Konkurrensverket ser positivt på en lagstiftning som syftar till att värna goda anställningsvillkor på den svenska arbetsmarknaden och till att motverka så kallad social dumpning och osund konkurrens vid utförandet av offentliga kontrakt. Samtidigt krävs det att ny lagstiftning på upphandlingsområdet är i enlighet med den övergripande unionsrätten.

Konkurrensverket har tidigare lämnat ett remissyttrande över delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal; SOU 2015:78 ("Utredningen"). Konkurrensverket uppehåller sig i detta yttrande huvudsakligen vid vissa frågor där utkastet till lagrådsremiss skiljer sig från Utredningens förslag.

Vilka särskilda arbetsrättsliga villkor ska vara obligatoriska att ställa samt hur ska dessa uppfyllas av leverantörer? (Avsnitt 5.4.2 respektive 5.4.7)

Om det införs en skyldighet att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor har Konkurrensverket tidigare tillstyrkt Utredningens förslag att dessa villkor i så fall begränsas till att gälla lön, semester och arbetstid. Utkastet till lagrådsremiss innebär dock att det obligatoriska området utvidgas till att även omfatta tjänstepension och försäkringar.

¹ Se förordning (2007:1117) med instruktion för Konkurrensverket.

Konkurrensverket avstyrker en sådan utvidgning. Skälet är att tjänstepension och försäkringar inte ingår i vad som omfattas av den hårda kärnan enligt utstationeringslagen.² Endast krav som omfattas av den hårda kärnan är tillåtna att ställa när det gäller leverantörer som använder utstationerad arbetskraft. Den faktiska konsekvensen blir därför att högre krav ställs på de leverantörer som inte har utstationerad arbetskraft. En sådan särbehandling strider enligt Konkurrensverket mot likabehandlingsprincipen. Konkurrensverket delar inte heller den uppfattning som uttrycks i såväl Utredningen som i utkastet till lagrådsremiss, det vill säga att det generellt kan anses föreligga sakliga skäl för en särbehandling. Prövningen om det föreligger sakliga skäl måste ske i det enskilda fallet utifrån proportionalitetsprincipen. Enligt Konkurrensverkets mening är det tveksamt om det hypotetiska utfallet av sådana prövningar skulle medge särbehandling. Det är i vart fall inte möjligt att genom lagstiftning slå fast att det generellt föreligger sakliga skäl att frånga likabehandlingsprincipen vid uppställandet av särskilda kontraktsvillkor.³

Närmare om utstationering

I Utredningen föreslås att alternativa kontraktsvillkor ska kunna gälla för utstationerande leverantörer, där de särskilda arbetsrättsliga villkoren endast får omfatta vad som ingår i den hårda kärnan. Utredningen bedömer det möjligt att ställa längre gående krav på övriga leverantörer.⁴

Utkastet till lagrådsremiss avviker från Utredningens bedömning och föreslår med hänsyn till likabehandlingsprincipen att samma villkor ska gälla för alla leverantörer. I remissen anmärks dock att EU-rätten hindrar en exkludering av utstationerande leverantörer som inte uppfyller villkor som går längre än vad som följer av utstationeringslagen. Skillnaden i förutsättningar anses därför medföra ett behov av särbestämmelser för sådana anbudsgivare. I remissen görs också bedömningen att det finns sakliga skäl för att utstationerande leverantörer därmed i praktiken behandlas förmånligare än övriga leverantörer. Skillnaden i behandling uppges kunna minska genom åtgärder inom arbetsrätten. Av utkastet till lagrådsremiss framgår dock inte vilken typ av åtgärder detta skulle vara.

Rent lagtekniskt innebär förslaget (17 kap. 5 § andra stycket LOU) att en utstationerande arbetsgivare ska anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren så länge denne fullgör kontraktet enligt de villkor som anges i utstationeringslagen.

² Se artikel 3 i utstationeringsdirektivet. Av punkt 1c framgår att yrkesanknutna tilläggs pensions-system inte ingår i begreppet minimilön. I SOU 2015:83 (Översyn av lex Laval) görs bedömningen att vissa arbetsskade- och livförsäkringar har en sådan koppling till säkerhet på arbetsplatsen att de kan tänkas ingå i den hårda kärnan. Rättsläget får dock bedömas som oklart. I lagrådsremissens förslag omnämns dessutom bl.a. sjukförsäkring och försäkringar avseende avgångsbidrag och omställningsstöd som exempel på centrala försäkringar som bör gälla som obligatoriska villkor. Se även Utredningen sid. 89-90.

³ Konkurrensverket hänvisar till vad som anförs i tidigare remissyttrande, se sid. 4-7.

⁴ Se sid. 118-122 i Utredningen.

Eftersom de föreslagna obligatoriska villkoren tjänstepension och försäkringar inte omfattas av den hårda kärnan behöver dessa därmed inte uppfyllas av leverantörer med utstationerad arbetskraft.

Visserligen har leverantörer som är bundna av ett annat kollektivavtal som är tillämpligt på uppdraget rätt att åberopa villkoren i det avtalet som alternativa kontraktsvillkor (17 kap. 5 § första stycket). Om ett enskilt villkor i detta avtal inte skulle nå upp till den nivå som myndigheten bestämt är då tanken att detta kompenseras av att olika kollektivavtal på samma område i teorin anses som likvärdiga, sedda som en helhet. Det synsättet är dock inte relevant när det gäller en utstationerande leverantör som inte uppfyller ett visst enskilt villkor. Dennes bristande kravuppfyllelse kan nämligen inte antas bli kompenserad genom att arbetstagarna har förmånligare villkor i andra delar av sitt anställningsavtal.

Konkurrensverket anser därför att den faktiska skillnaden mellan Utredningen och utkastet till lagrådsremiss är att enligt Utredningens förslag sker särbehandlingen vid själva kravställningen i upphandlingen, medan remissens förslag medför en särbehandling först i ett senare skede, nämligen vid granskningen av anbud, där utstationerande leverantörers anbud – till skillnad från övriga anbud – inte ska uteslutas när de inte uppfyller villkor som går utöver den hårda kärnan. Det saknar dock betydelse *när* likabehandlingsprincipen överträds under upphandlingsförfarandet så länge effekten är densamma.

Det aktuella lagförslaget kan också, ur ett annat perspektiv, ses som att en upphandlande myndighet måste godta vissa leverantörers anbud trots att de inte uppfyller samtliga krav och villkor i upphandlingen. Detta är i strid med EU-domstolens praxis, se till exempel mål C-243/89 *Stora Bält*, p. 37.

Lagförslaget kan även ifrågasättas utifrån transparensprincipen eftersom vissa krav och villkor som ställs i upphandlingen i praktiken inte gäller för alla anbudsgivare.

Kravet på försäkringar

Konkurrensverket anser att utkastet till lagrådsremiss innehåller oklarheter när det gäller skyldigheten att uppställa villkor om försäkringar. Som det anges kommer det i vissa situationer inte att vara möjligt att ställa sådana krav.⁵ För upphandlande myndigheter kommer det därför att uppstå svåra gränsdragningssituationer, bland annat när det gäller koppling till kontraktsföremålet och vad som gäller vid kontrakt med kortare löptider eller när den anställde växlar mellan olika uppdragsgivare. Sådana svårigheter kan även i viss mån förväntas när det gäller tjänstepensioner. Utkastet till lagrådsremiss är också oklart i frågan om vilken typ av försäkringar som ska vara obligatoriska att

⁵ Se utkastet till lagrådsremiss, sid. 47 f.

kräva. Enligt Konkurrensverkets uppfattning bör dessa frågor tydliggöras innan en eventuell lagstiftning införs.

Anbudsgivare utan kollektivavtal

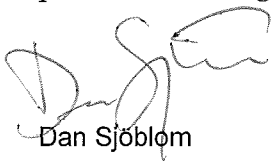
Utkastet till lagrådsremiss innebär att anbudsgivare som inte är anslutna till något kollektivavtal är skyldiga att följa de särskilda arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten ställt upp. Detta avviker från Utredningens förslag, enligt vilket anbudsgivare utan kollektivavtal ska ha möjlighet att tillämpa de alternativa villkor som anges i ett centralt kollektivavtal och som avser motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.⁶

Konkurrensverket förordar Utredningens förslag i denna del. Anbudsgivare som är bundna av ett annat tillämpligt kollektivavtal än det kollektivavtal som legat till grund för de i upphandlingen uppställda villkoren föreslås i remissen få möjlighet att tillämpa de alternativa villkoren i det förstnämnda kollektivavtalet. Anbudsgivare som inte är bundna av kollektivavtal bör, med hänsyn till likabehandlingsprincipen, ha samma rätt att tillämpa alternativa kontraktsvillkor. Däremot bör det inte vara möjligt för den leverantör som åberopar alternativa villkor att välja ut olika förmåner ur olika kollektivavtal.

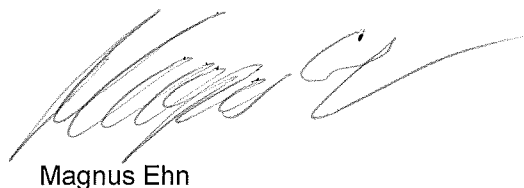
Upphandlingar som inte omfattas av direktiven (Avsnitt 5.5)

Konkurrensverket avstyrker att de föreslagna skyldigheterna att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor redan i detta skede ska gälla även på det icke direktivstyrda området. Lagförslaget innebär en sådan ökad komplexitet av regelverket att konsekvenserna på det direktivstyrda området först bör utvärderas.⁷

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit processrådet Magnus Ehn.



Dan Sjöblom



Magnus Ehn

⁶ Se sid. 145 i Utredningen.

⁷ Se Konkurrensverkets tidigare remissyttrande, sid. 1-2 och 15.