

Arbetsmarknadsdepartementet
103 33 Stockholm

Betänkandet Marknadsorienterade styrmedel på arbetsmiljöområdet (SOU 2009:97)

Sammanfattning

I betänkandet förslås bl.a. ändringar i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) gällande uteslutning av leverantörer. Konkurrensverket yttrar sig endast över detta förslag och har i övrigt inga synpunkter.

Konkurrensverket avstyrker betänkandets förslag om införande av en absolut uteslutningsgrund inom det direktivstyrda området i LOU. Skälen till detta är bl.a. Konkurrensverket inte kan finna stöd i EU-rätten för att införa en absolut uteslutningsgrund och att det saknas behov av en bestämmelse av denna typ i LOU. Det är vidare oklart i vilken omfattning som förslaget ska gälla då inte upphandlingar inom lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF) eller upphandlingar under tröskelvärdena 15 kap. LOU respektive LUF har beaktats samt att någon konsekvensanalys avseende förslagen inte har företagits. Förslaget är även svårt att förena med statsmakternas mål om att få enklare regler inom upphandlingsområdet för företag och inte minst för små och medelstora företag. Dessutom framgår det inte av betänkandet på vilket sätt arbetsmiljöns potential tas till vara genom det lämnade förslaget. Konkurrensverket delar till stora delar den uppfattning som Eva Kovar ger uttryck för i det särskilda yttrandet vad gäller förslaget om ändring av LOU.

De förslag som lämnas i betänkandet har ett lovvärt syfte och visar på att arbetsmiljö kan och bör vara ett konkurrensmedel. Emellertid förekommer det flera felaktigheter i det avsnitt som redogör för upphandlingsreglerna och dess betydelse. Utredningen har till stora delar missförstått upphandlingslagstiftningen. Detta innebär enligt Konkurrensverket att de slutsatser som dras i betänkandet i flera delar vilar på felaktig grund.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Konkurrensverkets utgångspunkter vid bedömning av förslaget.

En förutsättning för en väl fungerande konkurrens och en effektiv resursanvändning är bl.a. att samtliga företag följer gällande regler såsom arbetsmiljölagstiftningen. Till detta hör att det finns en effektiv tillsyn av gällande regler och att berörda myndigheter har lämpliga befogenheter och sanktionsmöjligheter för att komma till rätta med överträdelser av reglerna.

Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna angående offentlig upphandling är fri rörlighet för varor och tjänster och att området ska öppnas för icke snedvriden konkurrens i alla medlemsstater.¹ EU-domstolen har slagit fast att samordningen på gemenskapsnivå av förfaranden vid offentlig upphandling syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och att skydda de ekonomiska aktörernas intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och vilka önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat.²

LOU och LUF är inte i alla delar lätta att tillämpa och det kan i många fall vara svårt att genomföra framgångsrika och regelrätta upphandlingar. Flera förslag har på senare tid lämnats för att den offentliga sektorn i ökad omfattning ska använda köparrollen för att nå andra samhällsmål än de som primärt gäller för upphandlingsreglerna. De problem som detta kan leda till är bl.a. att upphandlingsreglerna blir mer komplicerade. Ett av Konkurrensverket mål är att upphandlingsprocessen inte ska försvåras till nackdel för den offentliga sektorns möjlighet att ingå avtal samt även underlätta för små och medelstora företag att vara med och tävla om offentliga kontrakt.

3.7 Upphandling

Den redogörelse för vad offentlig upphandling är och hur den fungerar är enligt Konkurrensverkets uppfattning felaktig i stora delar. I betänkandet används bl.a. begrepp som är främmande för offentlig upphandling och betydelsen av vissa begrepp har missförstått. Det förekommer även direkta felaktigheter, bl.a. hänvisning till upphävd lag. Vidare har LOU:s tillämpliga område missförstått. Det har i betänkandet helt bortsetts från försörjningssektorerna samt upphandlingar av B-tjänster och under tröskelvärdena. Problemen i detta avsnitt spiller över på de lämnade förslagen i avsnitt 4.3. Konkurrensverket har noterat bl.a. följande felaktigheter på sidorna 57 – 62.

Vid punkten "Planering och bestämmande av upphandlingens föremål och värde.." anges felaktigt att LOU inte är tillämplig under tröskelvärden. I LOU liksom i direktivet görs skillnad mellan A- och B-tjänster samt för upphandlingar över respektive under vissa tröskelvärden, som dessutom har olika nivåer beroende på

¹ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-26/03 Stadt Halle, punkt 44.

² Se bl.a. EU-domstolens domar i målen C-470/99 Universale-Bau, C-380/98 University of Cambridge och C- 237/99 Kommissionen mot Frankrike.

föremålet för upphandling. För upphandlingar under dessa tröskelvärden samt för B-tjänster, som således befinner sig utanför det direktivstyrda området, gäller 15 kap. LOU. Sverige har således valt att reglera också upphandlingar som inte omfattas av direktiven. Se vidare 1 kap. 2 § LOU för lagens tillämpningsområde.

I utredningen används begreppet "lämplighetsprövning". Detta begrepp är inte något som används i upphandlingssammanhang. Konkurrensverket menar att korrekt benämning hade varit *kvalificering av leverantör*. Se vidare 11 kap. 1 § LOU för en redogörelse för processen.

Det anges vidare att "Slutligen ska de kvalificerade leverantörerna prövas mot utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget med hänsyn till den valda utvärderingsgrunden samt eventuella *särskilda kontraktsvillkor*". Det är inte de kvalificerade leverantörerna som prövas mot utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget, det är anbudet i sig som ska utvärderas. Särskilda kontraktsvillkor får inte vara urvalskriterier eller tilldelningskriterier. Om en leverantör inte antar de särskilda kontraktsvillkoren ska anbudet förkastas då det inte följer förfrågningsunderlaget. Korrekt är därför "Slutligen ska anbudet prövas mot de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna".

Vad gäller redogörelsen för proportionalitetsprincipen delar inte Konkurrensverket slutsatsen att ett särskilt kontraktsvillkor skall vara proportionerligt i förhållande till kontraktet i övrigt. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. I valet mellan olika åtgärder ska en medlemsstat välja den åtgärd som leder till minsta möjliga störning för den ekonomiska verksamheten.³ I fråga om kontroll av uppfyllande av villkor gäller enligt praxis från EU-domstolen att det måste vara *möjligt att* kontrollera om ett krav faktiskt uppfyllts.⁴

Under rubriken "sociala hänsyn" görs en hänvisning till 2 kap. LOU som enligt betänkandet ska gälla för varuupphandlingar. Detta stämmer emellertid inte. I lag (1992:1528) om offentlig upphandling, vilken nu är upphävd och ersatt av LOU, rörde 2 kap. varuupphandlingar. Nu gällande LOU har en annan uppbyggnad och konstruktion. Hänvisningen till 2 kap. är därför felaktig.

Beträffande SOU 2006:28 och betänkandets förslag om att upphandlande myndigheter/enheter *bör* ställa miljökrav har regeringen den 17 december 2009 överlämnat remiss till lagrådet avseende förslag till ändring i LOU. Regeringen föreslår att det ska införas bestämmelser i LOU och LUF som anger att upphandlande myn-

³ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål 15/83 Denkavit Nederland eller förstainstansrättens dom i mål T-260/94 Air Inter mot Kommissionen.

⁴ Se mål C-448/01 EVN och Wienström GmbH mot Republiken Österrike, punkt 72 samt domslutet.

digheter och enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar i den utsträckning det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art.⁵

Det är förfrågningsunderlaget som utgör grunden för upphandlingen. För att kraven på förutsebarhet, likabehandling (transparens) ska kunna uppnås ska samtliga krav som ställs finnas med i förfrågningsunderlaget. Detta innebär att kvalifikations- och utvärderingskriterier ska vara angivna i förfrågningsunderlaget samt i annonsen. Väsentliga förändringar är sedan inte möjliga att göra och några nya krav är därför inte möjliga att ställa i ett senare skede i processen.

4.3 Arbetsmiljökrav i upphandlingen

Konkurrensverket avstyrker förslaget.

Konkurrensverket ifrågasätter att det förslag som lämnas i betänkandet rörande offentlig upphandling ligger inom det av regeringen lämnade uppdraget. På vilket sätt som det lämnade förslaget skulle kunna vara ett marknadsorienterat styrmedel innebärande att arbetsmiljöns potential tas till vara framgår enligt Konkurrensverkets bedömning inte av betänkandet.

Konkurrensverket önskar tydliggöra att gällande rätt rörande andra materiella frågor givetvis är gällande rätt även vid offentlig upphandling. Det saknas därför behov av den bestämmelse som utredningen föreslår i LOU. Lagar och regler gällande exempelvis arbetsmiljö är tillämpliga i en upphandlingssituation utan särskild hänvisning.

Enligt Konkurrensverkets bedömning är det framförallt fråga om det är möjligt att i 10 kap. LOU, d.v.s. inom det direktivstyrda området, föra in en absolut grund för uteslutning av leverantörer. Konkurrensverket är av den uppfattningen att en sådan grund med hänsyn till de grundläggande principerna, och då speciellt principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet samt EU-domstolens praxis på området, svårigen kan införas i LOU på det sätt som föreslås i betänkandet. EU-domstolen har i ett flertal mål bedömt att gemenskapsrätten ska tolkas på så sätt att den kan utgöra hinder för en nationell lagstiftning i vilken det föreskrivs automatisk uteslutning av anbudsgivare. Domstolen har i dessa fall angett att sådana nationella bestämmelser inte är förenliga med principerna om likabehandling eller proportionalitet samt att de kan ha en avhållande verkan på näringsidkare i andra medlemsstater.⁶

Vidare menar Konkurrensverket att så som förslaget är utformat, d.v.s. att anbudsgivare ska uteslutas från upphandling om denne inte har fullgjort vad som

⁵ Lagrådsremiss Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet av den 17 december 2009, s 251f, s 300 samt s 352.

⁶ Se bl.a. C-213/07 *Michanik*, C-538/07 *Assitur*, C-299/02 *Kommissionen mot Nederländerna*, C-433/04 *Kommissionen mot Belgien*, C-376/08 *Conorzio stabile m.fl.*

föreskrivs om skyldighet att undersöka riskerna i verksamheten, utan att det närmare preciseras vad en leverantör ska ha utfört eller på vilket sätt leverantören ska visa att denne uppfyller kravet inte är förutsebart vare sig för en leverantör eller för en upphandlande myndighet.

Någon beskrivning av eller exempel på hur de föreslagna kraven eller villkoren avseende arbetsmiljön skulle kunna utformas saknas helt i betänkandet. Betänkandet anger att "[k]raven kan också utformas på ett relativt enkelt och lättillämpat sätt" utan att några förslag ges. Konkurrensverket delar inte uppfattningen att kraven skulle vara möjliga att utforma på ett relativt enkelt sätt.

Konkurrensverket anser att om en absolut uteslutningsgrund skulle införas i LOU eller LUF ska denna skrivas in direkt i dessa lagar och inte genom en teknik med hänvisning till en annan lag som föreslås i betänkandet.

Konkurrensverket saknar en närmare analys i betänkandet av den föreslagna bestämmelsen jämförd med 10 kap. 2 § punkten 4 i LOU vari anges att leverantörer *får* uteslutas från att delta i en upphandling om leverantören har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande myndigheten kan visa detta. En leverantörs underlåtenhet att följa arbetsmiljölagstiftningen skulle kunna innebära att denne gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.⁷ Emellertid är det inte möjligt att säga att så alltid måste vara fallet utan det är istället en fråga att bedöma i varje enskilt fall.

Konkurrensverket saknar också redogörelse för vad som skulle kunna gälla för upphandlingar inom försörjningssektorerna samt för B-tjänster och under tröskelvärdena, upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU respektive LUF.

Konkurrensverket vill också erinra om det arbete som pågår med regelförenkling på området för offentlig upphandling.⁸ En ändring i enlighet med betänkandets förslag står enligt Konkurrensverket i strid mot regeringens mål att minska företagens administrativa kostnader med minst 25 procent till hösten 2010.

5 Konsekvenser av utredningens förslag, avsnitt Arbetsmiljökrav i upphandlingen

Konkurrensverket kan inte finna någon redogörelse för konsekvenserna av förslaget i sin helhet. Konkurrensverket saknar exempelvis redogörelse för konsekvenser för den gränsöverskridande handeln, hur förslaget skulle påverka upphandlande myndigheter och enheter samt leverantörer och hur dessa ställer sig till angivet förslag.

⁷ Se vidare Prop. 2006/07:128, s. 241f och 389-390.

⁸ Se Ds 2009:30 Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, s 244f samt tidigare nämnd lagrådsremiss av den 17 december 2009, s 257f.

Det saknas redogörelse för huruvida det är vanligt eller ovanligt att företag inte utarbetar skriftliga riskbedömningar.

Konkurrensverket kan heller inte följa resonemanget om att förslaget skulle leda till kostnadsminskningar.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Helena Henriksson.

Dan Sjöblom

Helena Henriksson

Kopia till
Näringsdepartementet, Enheten för marknad och konkurrens
Finansdepartementet, Enheten för upphandlingsrätt