

Erref:
Fi2016/00530/UR

Datum:
2016-03-21
Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

Finansdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt

fi.registrator@regeringskansliet.se

Utkast till lagrådsremiss Miljö- sociala och arbets- rättsliga hänsyn vid upphandling (Fi2016/00530/UR)

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat utkast till lagrådsremiss.

Upphandlingsmyndigheten har tidigare yttrat sig över delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal, SOU 2015:78, (Utredningen).

Nedan hänvisas till direktivet om offentlig upphandling (2014/24/EU). Om inget annat anges avses i tillämpliga delar även direktivet om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transport och posttjänster (2014/25/EU) och direktivet om tilldelning av koncessioner (2014/23/EU). På motsvarande sätt avses även upphandlande enhet när begreppet upphandlande myndighet anges.

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

1. Inledande synpunkter

Upphandlingsmyndigheten är mycket positiv till att upphandlande myndigheter i större utsträckning utnyttjar de möjligheter som upphandlingslagstiftningen ger att ta miljö- sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling.

Det är av stor betydelse att sociala hänsyn tas för att enskilda arbetstagare ska tillförsäkras sunda arbetsvillkor, att social dumpning ska motverkas och att sund konkurrens ska upprätthållas. Det är även av stor betydelse då det kan skada tilltron till våra myndigheter, kommuner och i förlängningen demokratin, om medborgare och näringsliv får uppfattningen att det allmännas uppdrag utförs av leverantörer som konkurrerar genom att använda svart arbetskraft, undermåliga arbetsvillkor eller drar nytta av socialt utsatta gruppers strävan att komma in på arbetsmarknaden.

2. Regeringens förslag

2.1 Arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingar (5.1)

Upphandlingsmyndighetens synpunkter på de föreslagna bestämmelserna redovisas under respektive avsnitt nedan.

2.2 Målsättningsbestämmelsen kompletteras med arbetsrättsliga hänsyn (5.2)

Upphandlingsmyndigheten delar regeringens bedömning att Genomförandeutredningens förslag för genomförande av artikel 18.2 i LOU-direktivet inte var tillräckligt tydligt och välkomnar därmed ett alternativt genomförande.

Om man särskilt vill framhålla möjligheten att ta arbetsrättsliga hänsyn kan det vara ändamålsenligt att lyfta fram detta särskilt i målsättningsparagrafen.

2.3 Uteslutning på grund av allvarliga brister i övrigt i fråga om hur en leverantörs verksamhet bedrivs (5.3.1)

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget att artikel 57.4 a) i LOU-direktivet genomförs genom en fakultativ bestämmelse.

Upphandlingsmyndigheten skulle välkomna ett klagörande av vad som avses med "tillämpliga miljö- sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter". Motsvarande skrivning finns i bestämmelsen om tilldelning av kontrakt och bestämmelsen om onormalt låga anbud. Upphandlingsmyndigheten tolkar bestämmelserna så att de tar sikte på de skyldigheter som anges i direktivet i artikel 18.2, dvs. de skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö- social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X till direktivet.

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

Med denna tolkning skulle det vara värdefullt med ett klargörande av den närmare innebörden av vilka skyldigheter som avses. Exempelvis bör lagar och förordningar innefattas i begreppet nationell rätt medan det är mera osäkert vad som gäller avseende myndigheters föreskrifter. Möjligen är detta något som får prövas i varje enskilt fall utifrån en proportionalitetsbedömning.

2.4 Tilldelning av kontrakt vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (5.3.2)

Bestämmelsen genomför artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet på ett direktivnära sätt och Upphandlingsmyndigheten har inget att erinra mot förslaget. Upphandlingsmyndigheten skulle dock välkomna ett klargörande av vilka situationer som träffas av bestämmelsen. I flertalet av de situationer som anges i utkastet till lagrådsremiss, sid. 39, (exempelvis tekniska krav, funktionskrav, miljökrav, miljömärke) torde anbud som inte uppfyller aktuella krav behöva/kunna förkastas oaktat den aktuella bestämmelsen. Vad däremot avser tilldelningskriterier, som också omnämns, ska ett anbud inte förkastas om det inte "överensstämmer" med kriteriet.

Om man med tillämpliga miljö- sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter förstår de skyldigheter som anges i direktivet i artikel 18.2 får bestämmelsen, såvitt Upphandlingsmyndigheten förstår, den innebörden att en upphandlande myndighet får besluta att inte tilldela leverantören kontraktet om skyldigheten framgår av exempelvis lag eller aktuella konventioner, även om det inte har uppställts något krav eller villkor om detta i förfrågningsunderlaget.

2.5 Onormalt låga anbud vid offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna (5.3.3)

Av artikel 69 i LOU-direktivet följer en skyldighet för en upphandlande myndighet att begära en förklaring till ett onormalt lågt anbud. Möjligheten att förkasta ett anbud om leverantören inte lämnat en tillfredsställande förklaring är, enligt Upphandlingsmyndigheten, liksom idag, fakultativ. Den upphandlande myndigheten får alltså förkasta anbudet. Den upphandlande myndigheten är dock skyldig att förkasta anbudet om det är onormalt lågt på grund av att det inte uppfyller skyldigheterna i artikel 18.2, dvs. brister avseende miljö-, sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter.

För svensk del är lagförslaget utformat på det sättet att det alltid ska finnas en skyldighet att förkasta ett onormalt lågt anbud som inte fått en tillfredsställande förklaring. Man går alltså, enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning, längre än direktivet. Under dessa förutsättningar har Upphandlingsmyndigheten svårt att se vad det andra stycket i 16 kap. 11 § tillför.

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

2.6 En skyldighet för upphandlande myndigheter och enheter att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor (5.4.1)

Upphandlingsmyndigheten är positiv till att det i större utsträckning ska ställas särskilda arbetsrättsliga villkor, men konstaterar att det innebär såväl juridiska som praktiska utmaningar.

2.7 Vilka särskilda arbetsrättsliga villkor ska vara obligatoriska att ställa? (5.4.2)

Upphandlingsmyndigheten anser att Utredningen gjort en välavvägd bedömning om vad obligatoriet bör innefatta. Ska det vara obligatoriskt att ställa villkor om pension och försäkringar innebär det att de upphandlande myndigheterna blir tvungna att göra mycket komplexa bedömningar. Utredningen utvecklade denna problematik, sid. 126ff. För att kunna göra dessa bedömningar krävs därutöver en relativt god kännedom om de aktuella pensionsavtalens och försäkringarnas innehåll och hur de fungerar. Härtill tillkommer att rättsläget inte är klart vad avser utstationerad arbetskraft, se nedan avsnittet om Utstationering, punkt 2.12.

Det anges i utkastet till lagrådsremiss, sid. 48, att obligatoriet endast innebär att en eller flera av de för arbetstagarna mest centrala försäkringarna ska ställas, men också att vilka försäkringar som bör krävas beror på det aktuella kollektivavtalet och kopplingen till kontraktsföremålet. Det bör tydliggöras om den upphandlande myndigheten självständigt kan avgöra vilka försäkringar som ska omfattas av villkoret (och om det obligatoriska kravet anses uppfyllt så länge en försäkring har valts) eller om frågan ska avgöras utifrån en ”objektiv” uppfattning om vad som är behövligt.

2.8 Nivåerna på de särskilda arbetsrättsliga villkor som är obligatoriska (5.4.3)

Upphandlingsmyndigheten delar bedömningen att de särskilda arbetsrättsliga villkoren bör motsvara miniminivåerna enligt kollektivavtal men inte understiga den lägsta nivå som följer av lag.

2.9 Särskilda arbetsrättsliga villkor när svensk rätt inte är tillämplig (5.4.4)

Upphandlingsmyndigheten är positiv till förslaget att upphandlande myndigheter ska ställa villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner när svensk rätt inte är tillämplig om det finns en risk för att arbetet kommer att utföras enligt villkor som inte är förenliga med ILO:s kärnkonventioner.

Det anges i utkastet till lagrådsremiss, sid. 53, att vilka villkor enligt ILO:s kärnkonventioner som ska användas får bedömas från fall till fall. Upphandlingsmyndigheten anser att det bör klargöras vad som avses. Upphandlingsmyndighetens uppfattning är att det skulle vara komplicerat för den upphandlande myndigheten

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

att för var och en av bestämmelserna i ILO:s kärnkonventioner avgöra om det är behövt att ställa respektive krav, bl.a. beroende på att riskerna ser olika ut i olika delar av världen och att de förändras löpande. Upphandlingsmyndigheten anser därför att när det väl har konstaterats att det finns ett behov av att ställa villkoren bör samtliga villkor ställas.

2.10 Bedömningen av behovet av och nivåerna på villkoren (5.4.5)

Behovsbedömningen

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att det kan vara komplicerat att avgöra om det föreligger ett behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor och att fastställa dessa villkor. Upphandlingsmyndigheten kommer att ha en viktig uppgift i att ge stöd i dessa frågor.

I utkastet till lagrådsremiss anges, sid. 56, att den upphandlande myndighetens bedömning att villkoren inte behöver ställas huvudsakligen endast kan prövas mot de grundläggande principerna och då särskilt likabehandlingsprincipen. Detta eftersom bedömningen är nära förknippad med den upphandlande myndighetens bestämning av kontraktets föremål.

Bestämmelsen om överprövning, i såväl den nuvarande som den kommande lagstiftning, är utformad på det sättet att om den upphandlande myndigheten brutit mot en bestämmelse i lagen och detta medfört skada för en leverantör ska domstol besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas. Nu föreslås att det ska vara obligatoriskt för den upphandlande myndigheten att ställa särskilda villkor där det är behövt. Om dessa obligatoriska villkor inte ställs i en situation där det är behövt bör det falla in under bestämmelsen om överprövning, dvs. den upphandlande myndigheten har brutit mot en bestämmelse i lagen. En sådan överträdelse kan också medföra skada för en leverantör i överprövningsbestämmelsens mening. Den upphandlande myndighetens bedömning i denna fråga bör alltså enligt Upphandlingsmyndighetens bedömning vara ett sådant ställningstagande som kan bli föremål för prövning i en överprövningsprocess.

Nivåbestämning

Upphandlingsmyndigheten tillstyrker förslaget, sid. 58, att arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer på central nivå som är part i kollektivavtalet ska ges möjlighet att lämna uppgift om villkoren och att utgångspunkten för villkoren bör vara parternas gemensamma tolkning av villkoren.

Upphandlingsmyndigheten anser också att det är lämpligt att skyldigheten att ställa villkoren bortfaller om det inte går att ange nivån för ett villkor. Utöver de fall som anges i utkastet till lagrådsremiss, sid. 59, anser Upphandlingsmyndigheten att även den situationen att parterna inte är eniga om vad kollektivavtalet innebär

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

bör utgöra en sådan situation att den upphandlande myndigheten inte ska vara skyldig att ställa villkoret. Därigenom ökar parternas incitament att vara de upphandlande myndigheterna behjälpliga i att ta fram villkoren och risken för arbetsrättsliga tvister i upphandlingsmål skulle också minimeras, jämför sid. 72.

2.11 Särskilda arbetsrättsliga villkor och underleverantörer (5.4.6)

Upphandlingsmyndigheten är positiv till förslaget att särskilda arbetsrättsliga villkor ska omfatta eventuella underleverantörer i alla led.

Upphandlingsmyndigheten efterfrågade i yttrandet över Utredningen ett klagörande av vad som avses med underleverantörer som direkt medverkar till att uppfylla kontraktet. Ett sådant klagörande lämnas också i utkastet till lagrådsremiss.

Det anges exempelvis att det inte är rimligt att det obligatoriska kravet avser allt byggmaterial som förbrukas under en byggtreprenad. En vanligt förekommande problematik avser beståndsdelar i varor, exempelvis konfliktmineraler i elektronikprodukter. Det skulle därför vara värdefullt om det av förarbetena klagörs hur man ska se på detta.

Enligt Upphandlingsmyndighetens mening skulle det också vara värdefullt om det klagjordes om avsikten är att denna krets av underleverantörer (dvs. "de underleverantörer som direkt medverkar till att uppfylla kontraktet") är snävare än de underleverantörer som omfattas av övriga bestämmelser i lagen (endast "underleverantörer").

Upphandlingsmyndigheten kan härvid konstatera att bedömningar av vad som avses med underleverantör förekommer i kammarrätternas praxis, se exempelvis Kammarrätten i Stockholms domar i mål nr. 6123-14 och 567-14 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr. 3150-14. I dessa domar anges att med underleverantör avses normalt varje annan juridisk eller fysisk person som anbudsgivaren avser att anlita för att genomföra hela eller del av uppdraget. I den förstnämnda av dessa domar anges också att denna tolkning av begreppet underleverantör inte skiljer sig på något avgörande sätt från definitionen av underleverantör i det aktuella förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget hade angivits att med underleverantör avses sådan leverantör som träder i ramavtalsleverantörens ställe för att utföra hela eller delar av uppdraget/leveransen och inte de leverantörer som levererar diverse varor och tjänster till ramavtalsleverantören.

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

2.12 Hur uppställda särskilda arbetsrättsliga villkor uppfylls av leverantörer (5.4.7)

Uppfylla villkoren

Av den föreslagna regleringen i 17 kap. 5 § 3 st. framgår att en leverantör som saknar förutsättningar att uppfylla ett villkor ändå ska anses uppfylla villkoret om leverantören tillämpar motsvarande villkor för sina anställda. Det anges, sid. 85, att vissa villkor, särskilt avseende försäkringar, i vissa fall är möjliga endast för avtalsparterna i ett kollektivavtal att uppfylla och att det genom lagregeln finns en möjlighet för icke kollektivavtalsbundna att som alternativ till ett sådant villkor visa att denne tillämpar motsvarande villkor. På sid. 66 anges att om villkoren innebär att leverantören måste ha en viss försäkring uppfyller denne villkoren om försäkringen täcker det som anges i villkoren.

I utkastet till lagrådsremiss anges på sid. 80 att "Myndigheten måste [...] säkerställa att de villkor som ställs kan uppfyllas av alla anbudsgivare" samt, på sid. 81, att "Om en försäkring bara är möjlig att teckna för vissa anbudsgivare som t.ex. är bundna av ett visst kollektivavtal är det inte möjligt att ställa det villkoret".

Skrivningarna ovan är inte helt entydiga och Upphandlingsmyndigheten anser att det är angeläget att det klargörs i vilka fall upphandlande myndigheter har en skyldighet att ställa villkor avseende försäkringar. Är avsikten att om en försäkring bara är möjlig att teckna för vissa anbudsgivare som t.ex. är bundna av ett visst kollektivavtal och det inte finns ett privat alternativ, då ska villkoret inte uppställas? Och om det däremot är så att försäkringen visserligen bara är möjlig att teckna för vissa anbudsgivare, men där det finns privata alternativ, då kan villkoret uppställas och leverantörer som tillämpar motsvarande villkor för sina anställda anses genom bestämmelsen i 17 kap. 5 § 3 st. uppfylla kravet.

Vidare – då det föreslås att det i lagtext ska framgå att villkoret uppfylls om en leverantör tillämpar motsvarande villkor – uppfattar Upphandlingsmyndigheten att avsikten är att det i förfrågningsunderlaget inte ska anges vilket skydd arbetstagarerna ska tillförsäkras, dvs. innehållet i försäkringen eller pensionen som pekas ut i kollektivavtalet, utan namngivna försäkringar. Om villkoret istället angav innehållet i försäkringen eller pensionen skulle, såvitt Upphandlingsmyndigheten förstår, bestämmelsen i 17 kap. 5 § 3 st. om motsvarande villkor inte behövas.

Att skilja på vad som är krav och vad som är bevis är ofta nödvändigt i upphandlingar och bör gälla även i detta sammanhang. Av detta följer även att den upphandlande myndigheten tydligt måste ange sina krav och inte bara hänvisa till vilka bevis som visar att kraven uppfylls. Upphandlingsmyndigheten anser därför att de

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

villkor som uppställs bör avse det skydd arbetstagarna ska tillförsäkras, dvs. innehållet i försäkringen eller pensionen som pekas ut i kollektivavtalet, inte vilka angivna försäkringar eller pensioner som ska finnas.

Ska ändå vissa försäkringar och pensioner pekas ut i förfrågningsunderlaget måste det enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning framgå av förfrågningsunderlaget att likvärdiga försäkringar och pensioner accepteras. Det bör framgå av lagtexten.

En leverantör kan också vara i den situationen att denne inte ”saknar förutsättningar” att uppfylla villkoret, den efterfrågade försäkringen går t.ex. att teckna även för den leverantör som inte har kollektivavtal. Leverantören kan dock redan ha tecknat en likvärdig försäkring. Den situationen synes inte omfattas av 17 kap. 5 § 3 st. Inte heller synes den situationen omfattas av bestämmelsen, att villkor ställts i en upphandling som inte går att uppfylla av en leverantör utan kollektivavtal, då ”motsvarande villkor” inte kan tillämpas, men avsikten är möjligen som angivits ovan, att villkoret då inte ska ställas.

Kollektivavtal

Som angavs i yttrandet över Utredningen anser Upphandlingsmyndigheten att det är angeläget att leverantörer som har ett kollektivavtal ska kunna tillämpa det, men att förslaget om möjlighet att tillämpa kollektivavtal istället för kontraktsvillkor bör utredas vidare. Ett tillvägagångssätt skulle kunna vara att endast ställa sådana villkor som kan uppfyllas oavsett vilket kollektivavtal en leverantör är bunden av.

Utstationering

Det finns en rättsosäkerhet vad gäller möjligheten att särbehandla leverantörer som använder utstationerad arbetskraft.

Som lagförslaget är utformat ska samtliga ställda villkor gälla för alla leverantörer, även villkor avseende pension och försäkring. En leverantör som omfattas av utstationeringslagen anses dock uppfylla de ställda villkoren om kontraktet fullgörs enligt motsvarande villkor enligt den lagen. Som Upphandlingsmyndigheten förstår förslaget är avsikten att utstationerande leverantörer alltså ska anses uppfylla villkor om pension och försäkringar även om sådana villkor rent faktiskt inte uppfylls. Den upphandlande myndigheten har därmed att tillämpa olika måttstockar på leverantörer med respektive utan utstationerad arbetskraft.

Anbudsgivare som tar del av ett förfrågningsunderlag och som har för avsikt att fullgöra kontraktet med utstationerad arbetskraft kan få en felaktig uppfattning om vilka villkor som gäller. Den, ofta utländska, leverantören måste veta att denne i

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

enlighet med svensk lag anses uppfylla de villkor som anges i förfrågningsunderlaget, trots att så inte är fallet. För att transparensprincipen ska upprätthållas bör det enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning framgå av förfrågningsunderlaget på vilket sätt leverantörer som omfattas av utstationeringslagen anses uppfylla de aktuella villkoren. Det bör följaktligen lämnas en upplysning med innebörd att en sådan leverantör inte behöver uppfylla uppställda villkor avseende pension och försäkring.

För de många upphandlande myndigheter som ska tillämpa dessa lagbestämmelser kommer det med den nu utvalda utformningen knappast att stå klart att en sådan upplysning bör lämnas i förfrågningsunderlaget. Utformningen bör alltså förtydligas på lämpligt sätt så att det av lagen framgår att en sådan upplysning bör lämnas.

Upphandlingsmyndigheten noterar också att det i förslaget till lagtext, 17 kap. 5 § 2 st. anges att villkoren anses uppfyllda om kontraktet fullgörs enligt *motsvarande villkor* om arbets- och anställningsvillkor enligt utstationeringslagen. Pensioner och försäkringar omfattas inte av utstationeringslagen, varför hänvisningen till att motsvarande villkor ska uppfyllas torde innebära att syftet med bestämmelsen inte uppnås till fullo.

2.13 Upphandlingar som inte omfattas av direktiven (5.5)

Som angavs i yttrandet över Utredningen anser Upphandlingsmyndigheterna att konsekvenserna av att reglerna införs på det område som inte är direktivstyrt bör analyseras och vägas mot möjligheterna att genom den föreslagna regleringen komma åt undermåliga anställningsvillkor. Direktupphandlingar till lågt värde bör vara undantagna regleringen.

3. Ikraftträdande och övergångsbestämmelser (6)

Från den tidpunkt reglerna träder ikraft kommer det att vara obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor när det är behövt.

Som Utredningen angav, sid. 157, kommer det att vara betungande för de upphandlande myndigheterna att i varje enskild upphandling göra bedömningen av om det finns ett behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Man konstaterade också att det ofta inte finns den kunskapen och de resurserna som krävs hos den upphandlande myndigheten.

När reglerna träder ikraft bör det därmed finnas ett utvecklat stöd framtaget av Upphandlingsmyndigheten. Som Upphandlingsmyndigheten angav i yttrandet över Utredningen kräver uppdraget delvis andra kompetenser än de som finns inom

Datum:
2016-03-21

Diarienummer:
UHM-2016-0032-
003

myndigheten idag. Det kommer därmed att vara en stor utmaning för Upphandlingsmyndigheten att ta fram efterfrågat stöd. Detta bör beaktas när ikraftträdandetidpunkten fastställs.

4. Konsekvenser för Upphandlingsmyndigheten (7)

Upphandlingsmyndigheten noterar regeringens uppfattning, sid. 60, att det förhållandet att Upphandlingsmyndigheten inte ska meddela föreskrifter på området inte påverkar Upphandlingsmyndighetens uppdrag att stödja de upphandlande myndigheterna genom att utfärda allmänna råd. Upphandlingsmyndigheten kan konstatera att den föreslagna regleringen är komplex och att upphandlande myndigheter kommer att behöva ett relativt omfattande stöd i de bedömningar som ska göras och i uppföljningen av villkoren för att regleringen ska få önskad effekt. Upphandlingsmyndigheten har i budgetunderlaget för 2017-2019 utvecklat behovet av resurser och kompetens med anledning av den nya lagstiftningen.

Generaldirektör Ann-Christin Nykvist har beslutat i detta ärende. Juristen Sofia Mårtensson har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjuristen Anders Asplund deltagit.


Ann-Christin Nykvist


Sofia Mårtensson