

PM 2 2018-12-12 SLUTLIG BEDÖMNING

Fråga om snedvridning av konkurrensen genom tillkommande kontraktsvillkor som delvis innebär avvikelser från kollektivavtal.

En kommun har vid upphandling av taxitransporttjänster uppställt krav som medför att leverantörer som tillämpar viss lönesättning enligt rikstäckande kollektivavtal inte kan komma ifråga för anbudsgivning.

Trosa kommun, (nedan Kommunen), har genom meddelande om upphandling som skickades den 18 april 2018 för publicering i Europeiska unionens officiella tidning (EUT) och i databasen TED, infordrat anbud på tjänster för persontransporter, innefattande elevtransporter med taxi (dnr. HN 2018/40).¹ Upphandlingen, som har påbörjats i ett s.k. öppet förfarande, avser skolskjutstrafik inom Trosa kommun samt till och från angränsande kommuner och Stockholms län för elever med särskilda behov, trafikledning, samt kompletterande planerade elevtransporter och avropsstyrda transporter av elever och personal. Avtalet avser perioden den 1 juli 2019 till och med den 30 juni 2024 med möjlighet till förlängning i maximalt 24 månader, till och med den 30 juni 2026 (5+2= 7 år).

I upphandlingsdokumentets avsnitt 3.12, "Arbetsgivar- och driftansvar" anges som s.k. tillkommande kontraktsvillkor att "[o]m anbudsgivare inte kan påvisa att de bedriver sin eller underleverantörernas verksamheter så att den inte innebär åsidosättande av lag eller krav enligt Avtal avsnitt 10.2 'Särskilda arbetsrättsliga villkor' kan anbudet komma att förkastas". I avsnittet 10.2 anges att "Villkor enligt bilaga 'Arbetsrättsliga villkor för förare' och fortlöpande enligt Upphandlingsmyndighetens uppdatering ska följas." I bilagan "Arbetsrättsliga villkor för förare" uppställs obligatoriska arbetsrättsliga villkor. Bland annat ska avlöning av för uppdraget berörda förare betalas enligt följande.²

	Månadslön 40 vtr	Timlön 40 vtr	Månadslön 38,25 vtr	Timlön 38,25 vtr
Stockholm:	22.268 kronor	127,98 kronor	21.991 kronor	132,16 kronor
Övriga riket:	22.244 kronor	127,84 kronor	21.967 kronor	132,01 kronor

Härutöver ska anbudsgivaren till de berörda förarna betala övertidsersättning,³ samt ersättning för obekvämt arbetstid och kvalificerad obekvämt arbetstid.⁴

Ovan angivna villkor uppges överensstämmande med på området rikstäckande kollektivavtal. Det avtal som har legat till grund för uppgifterna är emellertid 2013 års Taxiavtal,⁵ vilket hade upphört att gälla vid tidpunkten för den aktuella upphandlingen (i april 2018) och istället ersatts med 2017 års Taxiavtal.⁶

Enligt vid varje tidpunkt gällande bestämmelser i Taxiavtalet har arbetsgivare dock möjlighet att utöver fast månadslön alternativt tillämpa en provisionsbaserad rörlig lönesättning, med en vid här relevanta förhållanden minsta garantilön på 19.653 kronor i månaden.⁷ Denna lönesättningsmodell medför enbart ovan angivet minimibelopp, ett i allt, och innefattar således inte några ytterligare, tillkommande ersättningar för exempelvis övertid och obekvämt arbetstid m.m.

¹ Se meddelande om upphandling i EUT och TED: "Sverige-Trosa: Passagerartransport på väg för särskilda ändamål: 2018/S 076-169591-Meddelande om upphandling Tjänster". Annonsen skickades den 18 april och publicerades den 19 april 2018.

² Se "Bilaga till KravID: 11104:2 Arbetsrättsliga villkor för förare" som utgör del av upphandlingsdokumentet.

³ Se bilagan, punkten 2.4.1, "Övertidsersättning".

⁴ Se bilagan, punkten 2.4.2, "Ersättning för obekvämt arbetstid".

⁵ 2013 års Taxiavtal, förare, som tecknats mellan Svenska Transportarbetareförbundet och Biltrafikens Arbetsgivareförbund (BA) för att avse perioden den 1 juli 2013 till och med (efter förlängning) den 30 juni 2017.

⁶ 2017 års Taxiavtal, förare, som tecknats mellan parterna för att avse perioden den 1 juli 2017 till och med den 30 juni 2020.

⁷ Angivet belopp om 19.653 kronor per månad avser minimilönenivå enligt § 4 mom. 9 Taxiavtalet, från och med den 1 juli 2019 till förare i övriga landet utom Storstockholm som inte enbart sysselsätts med samhällsbetalda transporter. För förare inom Storstockholm utgör motsvarande belopp 20.423 kronor per månad.

Provisionsbaserad lönesättning utgör därigenom en minsta lön enligt vid varje tidpunkt gällande bestämmelser i Taxiavtalet.⁸ Någon uppgift om eller hänvisning till att även sådan lönesättning kan tillämpas anges dock inte i upphandlingsdokumentet, som istället uppställer ett obligatoriskt krav om fast månadslön som enda alternativ

Upphandlingen s.k. kontraktsvärde kan med ledning av den uppgift Kommunen själv lämnat i meddelandet om upphandling uppskattas till 50 miljoner kronor, exklusive lagstadgad mervärdesskatt (moms).⁹

Rättslig reglering

Med upphandling avses bland annat förfarandet till och med tilldelning av ett *kontrakt* med ekonomiska villkor som har slutits mellan en eller flera ekonomiska aktörer och en eller flera upphandlande myndigheter och som avser bland annat tillhandahållande av tjänster mot ersättning.

Upphandling av tjänster som har påbörjats efter den 1 januari 2017 regleras genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU. Bestämmelserna ersätter motsvarande reglering i äldre lagstiftning.¹⁰ Lagen är en följd bl.a. av kraven på etableringsfrihet och fri rörlighet av varor och tjänster enligt (numera) artiklarna 18, 49 och 56 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt det s.k. LOU-direktivet (2014/24/EU).¹¹ Lagens bestämmelser är generellt tillämpliga på alla åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att anskaffa tjänster genom tilldelning av ett kontrakt.¹²

Kommunala myndigheter och beslutande församlingar samt kommunala sammanslutningar utgör enligt legaldefinitionen i 1 kap. 22 § LOU sådana *upphandlande myndigheter* som obligatoriskt har att iakttas upphandlingsbestämmelserna.¹³

En upphandling som avser tjänster för landtransport, däribland passagerartransport på väg för särskilda ändamål (CPV 60130000-8)¹⁴ ska om det samlade kontraktsvärdet¹⁵ överstiger gällande tröskelvärde handläggas enligt de på LOU-direktivet grundade bestämmelserna i 1-18 kap. LOU. I nu aktuellt avseende uppgår tröskelvärdet till 2.096.097 kronor för upphandling som har påbörjats efter den 1 januari 2018.¹⁶

Lagen bygger på ett antal unionsrättsligt grundade principer som oavsett upphandlingsförfarande ska iakttas vid offentlig upphandling, däribland principerna om *likabehandling och icke-diskriminering* samt *öppenhet (transparens)*.¹⁷ Av dessa följer att alla leverantörer ska behandlas likvärdigt och ges lika möjlighet att i konkurrens med andra leverantörer lämna anbud utifrån objektiva villkor.

⁸ Provisionsbaserad rörlig lönesättning ska enligt 2017 års Taxiavtal inte tillämpas på förare som enbart sysselsätts med samhällsbetalda transporter. Förare som är sysselsatta med s.k. blandad trafik av exempelvis både samhällsbetalda skolskjutsar och privat beställningstrafik kan dock avlönas enligt denna lönesättningsmodell.

⁹ Se meddelandet om upphandling i EUT och TED (2018/S 076-169591) punkten II.2.6.

¹⁰ Lagen har kommit att ersätta de äldre lagarna (1992:1528) respektive (2007:1091) om offentlig upphandling.

¹¹ EUROPAPARLAMENTETS OCH RÅDETS DIREKTIV 2014/24/EU, av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹² Se 1 kap. 2 § jämförd med 2 kap. 13 § LOU.

¹³ På motsvarande sätt utgör enligt 1 kap. 16 § LOU företag som på marknaden tillhandahåller aktuella tjänster *leverantörer* som ska lämnas möjlighet att delta med anbud eller intresseanmälan att lämna anbud (s.k. anbudsansökan).

¹⁴ CPV, eller *Common Procurement Vocabulary*, har fastställts som ett gemensamt klassifikationssystem inom Europeiska Unionen - se 4 kap. 19 § LOU samt Europeiska parlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), numera i delvis ändrad lydelse sedan 2008.

¹⁵ Om ett tjänstekontrakt upphandlas utan att något totalpris anges ska det s.k. kontraktsvärdet enligt 3 kap. 12 § LOU vara det uppskattade totala värdet av tjänsterna under kontraktets löptid, om denna är högst 48 månader.

¹⁶ Gällande tröskelvärde 2018 för kommunal upphandling av varor och tjänster inom den s.k. klassiska sektorn - se regeringens tillkännagivande (2018:34) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

¹⁷ Se 4 kap. 1 § LOU. De grundläggande principer som här åsyftas följer numera av avdelning IV i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt - FEUF - tidigare EG-fördragets art. 28-30 och 43-55 EG. Angående de grundläggande principernas innebörd, se bl.a. prop. 2006/07:128, s. 132 samt prop. 2015/16:195, avsnitt 9.1 (s. 426 ff.) samt specialmotiveringen till 4 kap 1 § LOU (s. 972 f.).

Av det till kravet på *likabehandling* kopplade *förbudet mot diskriminerande särbehandling* följer vidare att medlemsstaterna och deras myndigheter inte får inskränka möjligheten till information om förutsättningarna att delta med anbud i en upphandling till att rikta sig enbart till vissa företag. Samtliga leverantörer som är verksamma på EU:s inre marknad ska ges samma relevanta information vid samma tillfälle.¹⁸ Enligt vad Högsta förvaltningsdomstolen uttalat är det nämligen en av regelverkets viktigaste funktioner att på detta sätt säkerställa att leverantörerna ges lika förutsättningar inom hela EU för att kunna lämna bärkraftiga anbud.

En upphandling får enligt 4 kap. 2 § LOU därmed inte vara utformad i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. Förutsättningarna för att ställa tillkommande kontraktsvillkor har av detta skäl begränsats¹⁹ till de minimikrav som antingen följer av nationell lagstiftning eller av centralt rikstäckande kollektivavtal.²⁰ För svenskt nationellt vidkommande regleras detta genom bestämmelser i 17 kap. LOU.

Enligt 17 kap. 2 § LOU ska en upphandlande myndighet vid behov²¹ uppställa villkor om lön, semester och arbetstid som berörda arbetstagare minst ska tillförsäkras vid fullgörandet av kontraktet. Nivåerna på dessa villkor ska enligt 3 § anges enligt *de lägsta nivåer* som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska dock alltid motsvara minst de nivåer som följer av lag. När en upphandlande myndighet har att ange nivån på villkoren ska den ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtalet tillfälle att yttra sig, om detta inte är obehövt.

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.

Slutlig 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.

Kommunen är såsom upphandlande myndighet skyldig att iaktta LOU och de grundläggande principerna om bland annat likabehandling och ickediskriminering. Kommunens nu aktuella upphandling av taxitransporter (elevtransporter) omfattar tjänster till ett så högt värde att de direktivstyrda bestämmelserna i 1-18 kap. LOU är tillämpliga.

Av utredningen framgår att Kommunen som *obligatoriska krav* har uppställt villkor om att en lönomodell med fast månadslön till ett visst angivet minsta belopp ska tillämpas gentemot berörda förare. Företag som utifrån gällande kollektivavtal istället tillämpar rörlig provisionsbaserad lönesättning, med en viss garanterad minimilön, har därmed kommit att i praktiken uteslutas från möjlighet att lämna konkurrenskraftiga anbud.

En grundläggande princip för lönebildningen i Sverige är den s.k. *Svenska modellen*, enligt vilken det i första hand ankommer på arbetsmarknadens parter att i avtalsförhandlingar fastställa löner och övriga arbetsrättsliga villkor.

¹⁸ Se prop. 2006/07:128, s 132, samt EU-domstolens domar i *Succhi di Frutta* (C-496/99), EU:C:2004:236, pp. 108-111, *SIAC Construction* (C-19/00) EU:C:2001:553, p. 42 och i *Cartiera dell'Adda* (C-42/13) EU:C:2014:2345, p. 44, se även domstolens avgörande i *Connexion Taxi* (C-171/15) EU:C:2016:948, pp. 39 och 40.

¹⁹ Se Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (utstationeringsdirektivet) jämfört med den svenska lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

²⁰ Härmed avses enligt prop. 2016/17:163, 37 "ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen".

²¹ Om det dock saknas förutsättningar att ange nivån för ett villkor enligt 17 kap. 2 § LOU är myndigheten jml. 3 § inte skyldig att ställa villkoret.

Lönebildningen sker således fristående från och utan inblandning av statliga eller kommunala myndigheter.²² Det är exempelvis av detta skäl som det inte finns någon lagstadgad minimilön i Sverige. Istället fastställs de lönenivåer som ska tillämpas på arbetsmarknaden genom löpande avtalsförhandlingar. Det är utifrån denna princip som bestämmelserna i 17 kap. LOU om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt har utformats. Arbetsrättsliga villkor ska enligt dessa bestämmelser utformas så att leverantörerna alltid kan lämna anbud utifrån en tillämpning av *de lägsta lönenivåer* som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. En leverantör som gentemot sina anställda tillämpar ett sådant centralt kollektivavtal ska således kunna förlita sig på att företaget därigenom anses uppfylla de arbetsrättsliga villkor som kan krävas för anbudsgivning vid offentlig upphandling.

I förevarande fall har det på området för förarlöner inom taxibranschen förhandlats fram det s.k. Taxiavtalet, som är ett rikstäckande kollektivavtal mellan Svenska Transportarbetareförbundet och Biltrafikens Arbetsgivareförbund. Enligt detta avtal kan leverantörer tillämpa såväl en rörlig provisionsbaserad lönesättning, med en viss minsta garantilön, som en fast månadslön med vissa särskilt reglerade tillägg, gentemot sina anställda. Båda dessa lönesättningsmodeller är enligt Taxiavtalet likställda, såvitt angivna förutsättningar i övrigt är uppfyllda.

Det är mot denna bakgrund förvånande att Kommunen har ansett sig kunna bortse från gällande kollektivavtal och uppställa krav som innebär att endast fast månadslön kan komma ifråga. Det kan dessutom konstateras att de i upphandlingsunderlaget angivna beloppsuppgifterna hänför sig till det äldre kollektivavtal som upphörde att gälla 2017, varför dessa miniminivåer överhuvudtaget inte längre var aktuella 2018 då den nu aktuella upphandlingen påbörjades.

Eftersom Kommunen föreskriver lönesättningskrav som medför diskriminerande särbehandling strider förfarandet inte enbart mot LOU och dess grundläggande principer utan även mot den *Svenska modellen* för kollektivavtalsbaserad lönesättning. Det finns därför anledning att rikta kritik mot Kommunen, som på detta sätt snedvridit konkurrensen på marknaden för taxitransporttjänster i Södermanland.

²² Om avtalsförhandlingarna har brutit samman kan i vissa fall medling ske genom Medlingsinstitutet, som är en av staten särskilt inrättad myndighet under Arbetsmarknadsdepartementet. Någon kommunal inblandning i lönebildningen förutsätts dock överhuvudtaget inte förekomma.