

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

*En kommun har beslutat att vid sina upphandlingar ställa obligatoriska krav på att leverantörerna ska ha kollektivavtal.*

Vimmerby kommun (nedan Kommunen) ska enligt beslut av kommunfullmäktige den 25 januari 2016 (KF § 12/16), såvitt får förstås, föra in obligatoriska krav i sina upphandlingsunderlag på att leverantörer som vill lämna anbud till kommunen eller dess bolag ska ha kollektivavtal.<sup>1</sup>

Beslutet har sin grund i en motion som fick bifall av en majoritet av kommunfullmäktige. Av kommunstyrelsens beredningsunderlag<sup>2</sup> framgår att det i de nya direktiv som 2016 kommer att genomföras i den svenska upphandlingslagstiftningen finns det visserligen flera skrivningar om ökade möjligheter att ställa krav på miljö- och sociala hänsyn samt nya krav på utvärderingskriterier, upphandlingslagstiftningen medger dock inte någon sådan möjlighet att ställa krav på att anbudsgivare ska ha tecknat svenskt kollektivavtal. Mot denna bakgrund yrkade kommunstyrelsen att motionen skulle avslås av fullmäktige.<sup>3</sup>

En utredning från organisationen Företagarna<sup>4</sup> visar att i Sverige saknar uppskattningsvis c:a 60 procent av småföretagen kollektivavtal, utan att därmed erbjuda oskäligen arbetsvillkor för sina anställda.

Enligt årsredovisning för 2014 omsatte Kommunen och dess bolag c:a 1,317 miljarder kronor, varav 396,2 miljoner kronor avser de kommunala bolagen. Av Kommunens egen omsättning uppges ungefär 15 procent, eller c:a 138 miljoner kronor, hänföra sig till ”köp av verksamhet”.<sup>5</sup>

### Gällande rätt

Ramverket för den 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 den begränsningen att offentlig verksamhet inte får bedrivas så att den strider mot lag eller annan författning. De kommunala verksamheterna är således, trots föreskrifter om kommunalt självstyre, i princip underordnade 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 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.<sup>6</sup>

<sup>1</sup> Den av kommunfullmäktige (KF § 12/16) antagna motionens beslutsformulering lyder enligt följande följer ”att [Kommunen] och dess dotterbolag i enlighet med riksdagens beslut skriver in i alla upphandlingsunderlag att kollektivavtal ska vara obligatoriska för anbudsgivning på verksamheter som finansieras med skattemedel gällande alla företag eller organisationer som har anställd personal”.

<sup>2</sup> Se bl.a. tjänsteskrivelse från Kommunstyrelseförvaltningen av den 27 februari 2015 (dnr. 2014/000150/109), där förvaltningen föreslår avslag på motionen med anledning av att den nuvarande upphandlingslagstiftningen inte medger krav på en anbudsgivare att denne ska ha tecknat svenskt kollektivavtal.

<sup>3</sup> Se kommunstyrelsens i Vimmerby beslut av den 19 augusti 2014 (KS § 257/14) och av den 1 december 2014 (KS § 427/15) med anledning av motionen kommunfullmäktige ”Krav på kollektivavtal vid offentliga upphandlingar” (dnr. 2014/150).

<sup>4</sup> Företagarna, rapporten *Småföretagarna och kollektivavtalen*, (2011).

<sup>5</sup> Kommunens årsredovisning 2014, s. 35-36.

<sup>6</sup> För närvarande regleras offentlig upphandling av bl.a. varor, tjänster och byggtreprenader genom Europeiska rådets och parlamentets direktiv (2004/18/EG) av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, 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 2004/18/EG samt dir. 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter

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 och bolag, vilka enligt LOU anges som ”*upphandlande myndigheter*” och enligt LUF även som ”*upphandlande enheter*”.

Upphandlingslagarna ska vid varje tidpunkt tillämpas och tolkas i enlighet med 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 eller enheten inte förväntar sig några utländska anbud får den vid utformningen av förfrågningsunderlaget exempelvis inte införa krav som enbart svenska företag känner till eller kan tillgodose.

Av *proportionalitetsprincipen* följer vidare att en upphandlande myndighet eller enhet 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 den aktuella upphandlingen.

I fråga om krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling har EU-kommissionen i ett meddelande från 2001<sup>7</sup> 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)<sup>8</sup> tolkat bestämmelsen om fri rörlighet av tjänster i nuvarande artikel 56 FEUF (dåvarande art. 49 EG) så att denna tillsammans med det s.k. utstationeringsdirektivet (96/71/EG)<sup>9</sup> 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.<sup>10</sup>

Domstolen har även på motsvarande sätt bedömt att artikel 56 FEUF kan utgöra hinder mot villkor om minimilön vid offentlig upphandling, särskilt i fråga om anbudsgivare som avser att använda sig av underleverantörer med arbetstagare i en annan medlemsstat. EU-domstolens praxis ger uttryck för att villkor om viss minimilön vid offentlig upphandling kan komma ifråga enbart om den föreskrivna minimilönnen finns fastställd i nationell lag (eller i ett allmänförklarat kollektiv-

---

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.

<sup>7</sup> 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).

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

<sup>9</sup> Se Europaparlamentets och rådets direktiv (96/71/EG) av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (utstationeringsdirektivet), särskilt art. 3.1 första stycket a–g.

<sup>10</sup> Arbetsdomstolen har mot bl.a. denna bakgrund (se 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) funnit anledning att med stöd av 36 § avtalslagen (1915:218) 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.

avtal)<sup>11</sup> och har givits en generell tillämpning på alla slags upphandlingar, oberoende av vilken sektor de rör.<sup>12</sup> De grundläggande unionsrättsliga principer som här aktualiseras gäller även i fråga om tjänstekoncessioner.<sup>13</sup>

För svenskt vidkommande har regeringen i förarbetena till lagen (2008:962) om valfrihetssystem hänvisat till EU-domstolens dom i *Rüffert*<sup>7</sup> och därvid kommit fram till att möjligheten att ställa krav på kollektivavtal är begränsat.<sup>14</sup> Såvitt gäller nationella överväganden om att i kommande upphandlingslagstiftning införa möjlighet till krav på kollektivavtal har den s.k. Genomförandeutredningen<sup>15</sup> kunnat konstatera att de nya upphandlingsdirektiv som antagits av Europeiska parlamentet och rådet för att träda i kraft 2016<sup>16</sup> inte medför någon förändring av rättsläget i fråga om möjligheten att ställa krav på kollektivavtalsbundenhet vid upphandling.<sup>17</sup> Däremot kan direktiven anses medföra 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.<sup>18</sup> Ett utredningsbetänkande med förslag på att upphandlande myndigheter och enheter ska kunna ställa krav på kollektivavtalsenliga villkor har nyligen presenterats (SOU 2015:78). Inte heller detta förslag innefattar dock någon legal möjlighet att vid upphandling ställa krav på att leverantörer för att lämna anbud ska ha kollektivavtal.

I de fall där riksdagen haft att ta ställning till motionsvis framförda krav på obligatoriska regler om krav på kollektivavtal har dessa motioner regelmässigt avslagits med åberopande bland annat av att det utifrån gällande unionsrätt framstår som omöjligt att införa krav på kollektivavtal i de svenska upphandlingslagarna.<sup>19</sup>

I svensk nationell rättspraxis har krav på att leverantörer vid upphandling ska inneha eller kunna erbjuda kollektivavtal bedömts strida mot unionsrättens grundläggande krav på likabehandling och proportionalitet. Dyliga krav – eller kommunala reglementen med instruktion om att i sina kommande upphandlingar införa sådana krav – har sålunda kommit att undanröjas av domstolarna.<sup>20</sup>

<sup>11</sup> Med *allmänförklarad kollektivavtal* avses ett avtal jml. art. 3.1 och 3.8, punkten 8 utstationeringsdirektivet (96/71/EG) som är riksomfattande och representativt för hela den ifrågakvarande branschen och som normerar sådant arbete (eller därmed närmast jämförbart arbete) som utförs av berörda arbetstagare – se SOU 2015:78, s. 84 f. I Sverige finns det ett fåtal dyliga kollektivavtal med mycket liten praktisk betydelse på arbetsmarknaden, eftersom flertalet här förekommande branschvisa kollektivavtal innefattar lokalt varierande regleringar och villkor.

<sup>12</sup> Se EU-domstolens dom i målet *Bundesdruckerei* (C-549/13) EU:C:2014:2235 jämförd med *Regio Post* (C-115/14) EU:C:2015:760. Båda målen gällde krav enligt vilka anbudsgivarna och deras underleverantörer ålades att betala minimilön enligt nationell (delstats-) lagstiftning. I *Bundesdruckerei* konstaterade domstolen (p. 30) att en nationell bestämmelse om viss minimilön som åligger anbudsgivare och underleverantörer i en annan medlemsstat där minimilönenivåerna är lägre, kan utgöra en ekonomisk börda som i sig självt medför en otillåten inskränkning enligt bestämmelsen om fri rörlighet i art. 56 FEUF (se, för ett liknande resonemang, *Regio Post*, p. 69-70). I *Regio Post* förelåg det emellertid inte några motsvarande gränsoverskridande omständigheter (se p. 44). EU-domstolen kom i detta mål fram till att en upphandlingsbestämmelse om (delstats-) lagstiftad minimilön kunde godkännas eftersom den aktuella minimilöven samtidigt gällde för alla offentliga upphandlingar i delstaten oberoende av vilken sektor de rör (se p. 75).

<sup>13</sup> 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).

<sup>14</sup> Se prop. 2008/09:29 s. 77-78.

<sup>15</sup> Se Genomförandeutredningens delbetänkande, Nya regler om upphandling, SOU 2014:51.

<sup>16</sup> Europeiska parlamentets och rådets direktiv (2014/24/EU) av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

<sup>17</sup> Se bet. SOU 2014:51, s. 14, där bl.a. anges följande. ”Vad gäller möjligheten att hävda rättigheter ur kollektivavtal har utredningen kommit fram till att [...] det även framöver kommer att vara oförenligt med unionsrätten att en offentlig upphandlare ställer som krav att en leverantör ska vara ansluten till ett kollektivavtal”.

<sup>18</sup> Se bet. SOU 2014:51, s. 14, där bl.a. anges följande. ”Vad gäller hänsynstagande till miljö m.m. finner utredningen att det visserligen redan i dag finns ett rimligt stort utrymme för upphandlarna att ta sådana hänsyn och alltså då också ställa sådana krav. Men de nya direktiven kodifierar EU-domstolens senare praxis inom området och öppnar enligt utredningens mening än större möjligheter att i den framtida upphandlingen ta sådana hänsyn”.

<sup>19</sup> Riksdagen, finansutskottets betänkande 2009/10:FiU22, 2010/11:FiU29, 2011/12:FiU32, 2012/13:FiU32 och nu senast 2013/14:FiU27.

<sup>20</sup> 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

### Yttrande

Kommunen har i ett yttrande över en promemoria med en preliminär bedömning som upprättats i ärendet hänvisat till att frågan om lagligheten i fullmäktiges beslut om att ställa krav på kollektivavtal vid upphandlingar är under rättslig laglighetsprövning och att Kommunen därför avstår från att lämna ytterligare synpunkter.

### 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.

Av utredningen framgår att Kommunen och de kommunala bolagen i vad som har beskrivits som Vimmerby kommunkoncern varje år köper varor och tjänster för hundratals miljoner kronor. Kommunfullmäktige har nu beslutat införa obligatoriska krav i de kommunala upphandlingsunderlagen om att leverantörer som vill lämna anbud ska ha kollektivavtal, trots att det av beslutets beredning tydligt framgår att en sådan ordning saknar laga stöd.

Kommunens rätt att ställa 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 kommer till uttryck genom bl.a. utstationeringsdirektivet och anslutande praxis från EU-domstolen. Enligt dessa bestämmelser är det inte möjligt att ställa krav på att leverantörer ska ha kollektivavtal för att komma i fråga för anbudsgivning vid en offentlig upphandling. Några avvikande bestämmelser med annan innebörd har varken föreslagits till eller beslutats av den svenska riksdagen. De nya EU-direktivbestämmelser med ökade möjligheter att vid upphandling ställa krav på miljö- och sociala hänsyn samt nya krav på utvärderingskriterier innebär heller inte någon ändring i detta avseende, utan kan snarast ses som en kodifiering av hittills gällande svensk och unionsrättslig praxis.

Det av kommunfullmäktige beslutade kravet på kollektivavtal vid kommunala upphandlingar är som framgår av redovisningen ovan lagstridigt och ytterst ägnat att snedvrider förutsättningarna för konkurrensen. Detta måste ha stått klart för fullmäktige genom kommunstyrelsens beredning. Trots detta har fullmäktige ändå röstat igenom förslaget. Mot denna bakgrund, och med beaktande av att Vimmerby kommunkoncern varje år upphandlar för hundratals miljoner kronor, finns det anledning att rikta allvarlig kritik mot Kommunen.