

## **Expertyttrande med anledning av Konkurrensverkets beslut 2010-04-15 angående krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling**

### **Bakgrund**

Konkurrensverket har i ett beslut den 15 april 2010 (Dnr 259/2009) slagit fast att krav i samband med offentlig upphandling som innebär att leverantören måste ge sina anställda villkor som motsvarar villkoren enligt svenskt kollektivavtal inte är förenliga med gällande rätt, och att Botkyrka kommun därför i ett enskilt fall har brutit mot lagen om offentlig upphandling (LOU) vid upphandling av markskötselentreprenader. Konkurrensverket hävdar också – som det förefaller – att ett kontraktsvillkor som innebär att leverantören ska anställa en arbetslös ungdom som trainee på varje entreprenadområde är oproportionerligt och därmed rättsstridigt. Verket underbygger sina slutsatser huvudsakligen med EU-rättsliga argument.

LO och TCO har genom sina jurister Claes-Mikael Jonsson och Ingemar Hamskär bett undertecknade göra en rättslig granskning och analys av Konkurrensverkets beslut. Vi har med anledning av detta gjort föreliggande bedömning.

Vi vill understryka att vi inte har haft tillgång till kommunens förfrågningsunderlag och att vi därför inte heller haft möjlighet att med säkerhet bedöma om de villkor kommunen ställt är förenliga med EU-rätten. Vad vi däremot kan konstatera är att Konkurrensverkets beslut grundar sig på felaktiga beskrivningar av såväl EU-rättens innebörd som de ändringar i utstationeringslagen som nyligen antagits med anledning av EU-domstolens dom i det så kallade Laval-målet (C-341/05), och att svaret på frågan om vad en upphandlande myndighet kan kräva när det gäller anställningsvillkor och kollektivavtal är betydligt mer komplicerat än vad som framgår av Konkurrensverkets beslut.

### **EU-rätten**

#### Upphandlingsreglerna

Genom LOU har Sverige genomfört EU:s direktiv 2004/18 om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (det ”klassiska” direktivet). Direktivet omfattar enbart upphandlingar som definitionsmässigt anses ha en sådan betydelse för den inre marknadens funktion att de ska bjudas ut inom hela EU/EES. Därför är upphandlingar under vissa tröskelvärden undantagna, liksom upphandling av s.k. B-tjänster (”oprioriterade” tjänster) oavsett hur stor kontraktssumman är. Det betyder inte att medlemsstaterna står helt fria att göra som de vill vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven. Fördragets regler och principer om den inre marknaden gäller även för dessa – förutsatt att de har betydelse för den inre marknaden, dvs. om de har ett gränsöverskridande intresse. När det gäller upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster får de upphandlande myndigheterna därför själva bedöma om de alls kan vara av intresse för ekonomiska aktörer i andra medlemsstater. Om inte, blir unionsrätten över huvud taget inte tillämplig. Detta är en av de faktorer som har relevans då man avgör vilket utrymme det finns för att kräva kollektivavtalsenliga villkor.

#### Utstationeringsdirektivet

Det som kan lägga hinder i vägen för att kräva kollektivavtalsenliga villkor är nämligen EU:s utstationeringsdirektiv som EU-domstolen tolkade det i målen Laval och Rüffert (C-346/06). Upphandlingsreglerna i sig säger inget om detta. De föreskriver enbart en procedur som ska garantera att presumtiva anbudsgivare behandlas lika och att förfarandet är transparent. Varken fördragen eller upphandlingsreglerna innehåller heller någon allmän regel som talar om hur medlemsstaterna ska hushålla med sina skattemedel. Det betyder att myndigheten är fullkomligt fri att kräva kollektivavtalsenliga villkor i fall då den har bedömt att upphandlingen inte är intressant för leverantörer i andra medlemsstater, för i så fall blir det inte aktuellt med någon utstationering.

Vid upphandlingar som kan vara av intresse för utländska leverantörer blir EU-rätten relevant. Genom domarna i Laval och Rüffert gjorde EU-domstolen klart att det en medlemsstat får kräva av utstationerande företag begränsar sig till landets minimivillkor – fastlagda på visst sätt – på de områden som hör till den så kallade hårda kärnan så som den definierats i direktivet (minimilöner, arbetstid, semester m.fl villkor). För att minimivillkor fastlagda i kollektivavtal ska kunna krävas måste kollektivavtalen uppfylla vissa kriterier.

Här kan det vara skäl att påminna om att varken domslutet i målet Rüffert eller den nya svenska lagstiftningen efter Lavaldomen direkt reglerar offentlig upphandling. Det finns därför anledning att vara försiktig när man drar slutsatser om tolkningen av upphandlingslagstiftningen från dem. Någon sådan försiktighet präglar inte Konkurrensverkets beslutsfattande i Botkyrka-ärendet, vilket är överraskande. Konkurrensmyndigheter brukar nämligen ofta förespråka försiktighet då upphandlande myndigheter, önskar använda sociala klausuler och jämställdhetskrav (se närmare om denna ”försiktighetsprincip” Ahlberg & Bruun, Upphandling och Arbete i EU, Sieps 2010:3, s 12).

Konkurrensverkets beskrivning av vilka kriterier kollektivavtalet måste uppfylla är sålunda felaktig i flera avseenden. Verket skriver ”Det är inte heller tillåtet att begära att leverantören ska åta sig att uppfylla minst den lön som fastställs i ett kollektivavtal som endast gäller på den ort där tjänsten utförs, se EU-domstolens dom i mål C-346/06 Rüffert”. Vidare sägs att det framgår av utstationeringsdirektivet att minimilönen kan fastställas ”bl.a. genom rikstäckande kollektivavtal, vilket innebär att de ska gälla lika för alla företag i samma bransch i hela medlemsstaten” (vår kursivering).

I själva verket innebär varken Rüffertdomen eller utstationeringsdirektivet att endast ”rikstäckande” kollektivavtal duger, tvärtom.

Skälet till att den tyska delstaten Niedersachsen inte fick kräva att utländska leverantörer betalade löner enligt kollektivavtalet för delstaten var inte i sig att det bara gällde i en delstat, utan att det inte var allmängiltigförklarat. Eftersom Tyskland har ett system för att allmängiltigförklara kollektivavtal var Tyskland nämligen, enligt domen, tvunget att hålla sig till det och utgå från att minimilönerna i det allmängiltigförklarade kollektivavtal som gällde för hela Tyskland utgjorde i direktivet avsedda minimilöner (stycke 25 – 29 Rüffert). Detta står fullkomligt klart för den som läser hela domen och inte bara det allra

sista stycket (som i och för sig preciserar att svaret på frågan gäller ” i en sådan situation som är aktuell i målet vid den nationella domstolen”).

För medlemsstater som, till skillnad från Tyskland, inte har något system för allmängiltigförklaring finns det dock enligt utstationeringsdirektivet 3.8 andra stycket två andra alternativ för att definiera minimilöner. I det stycke i Konkurrensverkets beslut som vi citerat ovanför gör verket något slags hemgjord syntes av de två alternativen som även den är felaktig. Det rätta förhållandet är att medlemsstaten kan utgå från kollektivavtal

- ”som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området” (vår kursivering)

och/eller

- ”som ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet”.

Det första alternativet tar visserligen fasta på kollektivavtalets täckningsgrad men innebär som synes inte att det måste gälla för ”alla” företag i branschen, som Konkurrensverket skriver (om täckningsgraden, se närmare kommissionens Explanatory Memorandum den 16 juni 1993, Celex 593PC0225). Inte heller förutsätter det att kollektivavtalets geografiska täckningsområde är hela riket.

Det gör däremot det andra alternativet, som i gengäld inte anger några villkor när det gäller kollektivavtalets täckningsgrad utan utgår från att det är tillräckligt att det har slutits av de mest representativa organisationerna på nationell nivå.

Det är en annan sak att den svenska utstationeringslagen efter revisionen den 15 april 2010, som utgår från det första alternativet, förutsätter att avtalet är rikstäckande. Lagstiftaren ställer som krav för att en facklig organisation ska få vidta stridsåtgärder mot ett utstationerande företag att de villkor som organisationen vill genomdriva motsvarar villkoren i ett centralt kollektivavtal ”som tillämpas i hela Sverige”. Skälet är att svenska rikstäckande kollektivavtal som slutits av de centrala organisationerna antas ha den täckningsgrad som krävs (se SOU 2008:123 s 254 ff och prop 2009/10:48 s 32).

### **Konkurrensverkets bedömning**

När Konkurrensverket ska bedöma det kontraktsvillkor som Botkyrka kommun ställt upp hänvisar verket till ändringarna i utstationeringslagen. Även verkets beskrivning av dessa är bristfällig. Enligt denna är det en förutsättning att de villkor som krävs ”bara avser minimilön och är förmånligare än vad som i övrigt följer av lagen”. Verket förbiser alltså att den fackliga organisationen även får försöka genomdriva minimivillkor på andra områden som hör till den hårda kärnan (förutsatt att de är mer förmånliga än vad som följer av utstationeringslagen).

Utgående från denna bristfälliga premiss drar Konkurrensverket slutsatsen att det i samband med offentlig upphandling i princip är möjligt att kräva att en tjänsteleverantör

”minst betalar minimilön under förutsättning att denna minimilön är tydligt definierad i rikstäckande kollektivavtal”. Utan ytterligare motivering konstaterar verket därefter att ”villkor som innebär att ’kollektivavtal eller motsvarande villkor’ ska uppfyllas” däremot inte är förenliga med gällande rätt.

### **Vår bedömning**

Låt oss börja med det som Konkurrensverket har gjort rätt: Redan inledningsvis konstaterar verket att den upphandlande myndigheten inte får kräva att en leverantör ska vara bunden av kollektivavtal eller teckna ett sådant. Om detta är vi eniga.

Men svaret på frågan om i vilken utsträckning myndigheten kan kräva att leverantören tillämpar anställningsvillkor som motsvarar de kollektivavtalsenliga är betydligt mer komplicerat än det svepande omdöme med vilket Konkurrensverket dömer ut Botkyrka kommuns kontraktsvillkor.

Som har framgått av vår redogörelse måste det bedömas från fall till fall.

För det första: Omfattas upphandlingen av EU:s upphandlingsdirektiv? Om inte, har den över huvud taget något intresse för leverantörer i andra medlemsländer? Om den inte har det finns det inga som helst EU-rättsliga begränsningar i möjligheten att kräva kollektivavtalsenliga villkor.

För det andra: Om upphandlingen omfattas av direktiven eller om den ändå har ett gränsöverskridande intresse är det fullt möjligt att kräva att leverantören ger sina anställda minst de villkor som föreskrivs i kollektivavtal som uppfyller förutsättningarna i utstationeringslagen. Om myndigheten vill använda ett sådant kontraktsvillkor måste den alltså ställa sig frågan om det finns ett sådant kollektivavtal för det eller de arbeten som kontraktet innefattar.

När det gäller lön är det rent faktiskt så att kollektivavtalen i de branscher där utstationering förekommer oftast inte använder begreppet minimilön (se SOU 2008:123 s 339 f och prop 2009/10:48 s 55). Däremot innehåller de i allmänhet klart angivna lägstlöner. Det är omstritt om detta är detsamma som minimilön i utstationeringsdirektivets mening och bland LO-förbunden pågår ett arbete med att definiera vad i branschavtalen som kan innefattas i detta. Minimilön skulle i så fall innefatta mer än lägstlön. Under alla omständigheter finns det alltså åtminstone kollektivavtalade lägstlöner som redan idag kan användas som kontraktsvillkor för de flesta branscher i samband med upphandling, oavsett vad som är minimilön i utstationeringsdirektivets och utstationeringslagens mening.

Att mot denna bakgrund rätt och slätt avfärda Botkyrka kommuns kontraktsvillkor som oförenligt med gällande rätt saknar helt stöd i EU-rätten. Tror Konkurrensverket att det inte finns något kollektivavtal som innehåller en tydlig minimilön för de aktuella arbetena? Eller är felet att förfrågningsunderlaget inte bara nämner lön utan även andra kollektivavtalsenliga villkor? Eller är villkoret bara inte tillräckligt precist utformat? Det

hade verket i så fall kunnat uttrycka med en positiv beskrivning av vad som krävs av precision för att det ska vara gångbart.

När det gäller villkoret att leverantören ska anställa en arbetslös ungdom per entreprenadområde (fem stycken) är Konkurrensverkets beslut inte alldeles glasklart. Verket konstaterar mycket riktigt att EU-domstolen i målet C-225/98 Nord Pas de Calais accepterade ett villkor som var knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslöshet, men att åtgärderna måste vara proportionella. Om Botkyrka kommuns krav sägs därefter: ”De särskilda villkoren som tillämpas av Botkyrka kommun innebär emellertid (vår kursivering) att den arbetslöse ungdomen ska anställas av den leverantör som antas för uppdraget. Av detta följer att andra former för anlitande av arbetskraft synes ha uteslutits. Enligt proportionalitetsprincipen bör beaktas att en leverantör inte onödigtvis hindras att organisera sin egen verksamhet.” Konkurrensverket skriver sedan inte uttryckligen att Botkyrkas krav strider mot proportionalitetsprincipen, men formuleringen ger onekligen intrycket att det är vad verket menar. Om beslutet ska tolkas så, är det en slutsats som är minst sagt tveksam, bland annat i ljuset av EU-domstolens rättspraxis, särskilt Nord Pas de Calais. Det är svårt att tänka sig att det innebär några större ingrepp i leverantörernas möjlighet att organisera sin egen verksamhet att de måste anställa totalt fem ungdomar för markskötseln i en av Sveriges största kommuner. Vid proportionalitetsbedömningen måste man dessutom också ta hänsyn till att just Botkyrka har särskilt stora problem med ungdomsarbetslöshet.

Genom sin i bästa fall slarviga och i sämsta fall tendentiösa tolkning av EU-domstolens praxis och utstationeringsdirektivet och genom att med en generell formulering döma ut krav på ”kollektivavtalsenliga villkor” som oförenliga med gällande rätt, bidrar Konkurrensverket till den vilseledande debatt om möjligheten att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling som vi har belagt i vår rapport Arbete och upphandling i EU (se ovan). Med beaktande av det stora behovet att rätta till de missuppfattningar som Konkurrensverket sprider genom sitt beslut i ärendet med Botkyrka kommun ser vi det som angeläget att LO och TCO vidtar åtgärder i syfte att klarlägga rättsläget.

Stockholm den 19 maj 2010

Kerstin Ahlberg

forskningsredaktör

Niklas Bruun

professor