

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

Angående krav på kollektivavtal i samband med offentlig upphandling

Beslut

Botkyrka kommun har brutit mot 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling vid upphandlingen i maj 2009 av markskötselentreprenad genom att tillämpa ett kontraktsvillkor med innebörden att om leverantören inte tecknat svenskt kollektivavtal ska ändå motsvarande villkor gälla för leverantörens anställda.

Ärendet

Den 5 april 2009 inkom ett klagomål till Konkurrensverket avseende Botkyrka kommuns upphandling av markskötselentreprenader. Den klagande ifrågasätter om inte villkor i upphandlingen avseende anställning av arbetslösa ungdomar, s.k. trainees, är diskriminerande.

Upphandlingen är en öppen upphandling enligt 4 kap. LOU. Av förfrågningsunderlag avseende markskötselentreprenader (drift och underhåll av markanläggningar, ärende nr 08/34), inklusive bilagor framgår att upphandlingen avsett fem olika entreprenadområden. Entreprenaderna omfattar drift och underhåll av markanläggningar inkl. utrustning (sommare och vinter) för i förfrågningsunderlaget angivna fastigheter. Drift och underhåll innebär bl.a. tillsyn, skötsel av gräsytor, naturmarker, rabatter, lekplatser etc. samt snöröjning och halkbekämpning.

Av förfrågningsunderlagets *särskilda föreskrifter*, punkt SFO.93 samt bilagor, framgår att särskilda villkor tillämpas i denna upphandling och kommer att ingå i de kontrakt som tecknas för åtaganden enligt denna upphandling.

Förfrågningsunderlaget innehåller särskilda villkor avseende kollektivavtal. Innebörden är att om leverantören inte tecknat svenskt kollektivavtal ska ändå motsvarande villkor gälla för leverantörens anställda.

För vissa angivna entreprenadområden gäller även särskilda villkor i enlighet med en förenklad programförklaring av trainee-anställning ("villkor för att främja sysselsättningen m.m. sociala hänsyn"). Enligt villkoren ska antagen leverantör under kontraktstiden åta sig att anställa en person per entreprenadområde. Leverantören är skyldig att acceptera och iaktta att det för uppdragets utförande fordras att sysselsättningen främjas för av kommunen särskilt anvisade personer mellan 16 och 24 år, vilka är boende inom Botkyrka kommun. Samma avtalsvillkor ska gälla för eventuella underleverantörer som leverantören anlitar för att fullgöra kontraktet. Det finns vad gäller villkoren krav på uppgifter och handlingar för att skyldigheterna skall kunna kontrolleras och en hävningsklausul om leverantören skulle brista i fullgörande.

Traineemodellen är ett projekt som är under utveckling och finansieras genom Samordningsförbundet Botkyrka som är ett samarbetsorgan mellan Försäkringskassan, Arbetsförmedlingen, kommun och landsting som arbetar för att förebygga ohälsa och för att samordna insatser för rehabilitering. Botkyrka kommun beslutade i juni 2008 om nya riktlinjer vid kommunens upphandlingar som bl.a. innebär att en arbetslös ungdom erbjuds anställning i ett företag under en fastslagen period och omfattas av sedvanliga anställningsvillkor. Företaget får möjlighet att intervjua flera kandidater och sedan göra urvalet i samråd med projektansvariga. Överenskommelser angående lägsta löner är upprättade med Kommunal. Företag alternativt arbetsplatser som tar emot trainees kommer att kunna få anpassat stöd.

Av tilldelningsbeslutet och utvärderingsprotokollet framgår att totalt sex anbudsgivare har lämnat anbud på samtliga entreprenadområden. Samtliga anbudsgivare har accepterat de särskilda kontraktsvillkoren. Kontrakt har tilldelats Svensk Markservice AB för två entreprenadområden och Svensk Entreprenad Drift och Underhåll AB för tre områden. Avtalet sträcker sig från och med 2009-10-01 till och med 2011-09-30 med möjlighet till förlängning med längst 48 månader.

I en skrivelse från Konkurrensverket per den 28 april 2009 anmodades Botkyrka kommun att inkomma med yttrande över klagomålet. Den 25 juni 2009 inkom Botkyrka kommun med ett yttrande där bl.a. följande framgår.

Botkyrka kommun har i den aktuella upphandlingen av markskötsel valt att ta sociala hänsyn i form av särskilda kontraktsvillkor i enlighet med förutsättningarna i gällande EU-fördrag, gemenskapsrättsliga upphandlingsdirektiv och LOU. Det innebär att kraven inte prövas i kvalificeringsfasen eller i utvärderingsfasen utan anbudsgivarna ska acceptera villkoren om de skall kunna vinna kontraktet. Botkyrka kommun har i förfrågningsunderlaget beaktat de grundläggande principerna i EU-rätten.

Kommunen kan konstatera att det hittills varit ovanligt att särskilda kontraktsvillkor av social karaktär uppställts i förfrågningsunderlagen när upphandlande myndigheterna i Sverige genomför anskaffningar. Kommunen har för sin del bl.a. som grund för sitt beslut att uppställa sociala hänsyn noga studerat Europeiska kommissionens tolkningsmeddelande KOM(2001) 566, som visar på en rad möjligheter att fastställa kontraktsvillkor av social karaktär och som numera även återspeglas i den svenska lagtexten.

Botkyrka kommun vill betona att orsakerna till att sociala hänsyn infogas i denna upphandling är de omfattande och allvarliga sociala problem som arbetslöshet bland ungdomar skapat i södra Stockholm, särskilt inom Botkyrka kommuns gränser.

Konkurrensverket tillsände den 16 december 2009 Botkyrka kommun ett utkast till beslut i ärendet med möjlighet för kommunen att yttra sig över detta senast den 18 januari 2010. Kommunen begärde anstånd med yttrande till den 18 februari, vilket därefter förlängdes ytterligare till och med den 8 mars 2010. Botkyrka kommun har emellertid inte, trots påminnelser, inkommit med något yttrande.

Skäl

Rättsläget

Lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU, bygger på EU-direktiv vad avser varor, byggtreprenader och s.k. A-tjänster över tröskelvärdena. Även de grundläggande principerna som härrör ur EUF-fördraget omfattas av upphandlingslagstiftningen¹ och framgår av 1 kap. 9 § LOU. I alla upphandlingar, även upphandlingar under tröskelvärdet och beträffande s.k. B-tjänster, ska dessa grundläggande principer följas².

Enligt gällande rätt är det inte tillåtet att i samband med offentlig upphandling begära att en leverantör är bunden av eller tecknar ett kollektivavtal. Enligt kammarrätten i Stockholm (mål nr 1713-1995) missgynnar villkor som avser bundenhet till kollektivavtal vissa leverantörer, i detta fall klaganden som inte tecknat kollektivavtal. Länsrätten i Skåne (mål 5538-09), har i ett överprövningsmål enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV), funnit att ett krav i förfrågningsunderlaget om att vårdgivare ska teckna kollektivavtal står i strid med de grundläggande principer som ska iaktas enligt 1 kap. 2 § LOV. Detta stadgande får anses motsvara 1 kap. 9 § LOU.

Det är heller inte tillåtet att begära att leverantören ska åta sig att uppfylla minst den lön som fastställts i ett kollektivavtal som endast gäller på den ort där tjänsten utförs, se EU-domstolens dom i mål C-346/06, Rüffert. Domstolen fastställer att de

¹ Bl.a. likabehandlingsprincipen (inkl. principen om icke-diskriminering), principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen.

² Se Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, 2006/C 179/02

bestämmelser som finns i utstationeringsdirektivet 96/71/EG avseende möjligheten att fastställa minimilöner för utländska arbetstagare, endast får tillämpas om minimilönerna har fastställts på det sätt som direktivet anger. Vad gäller krav på minimilön kan dessa i första hand fastställas i lag eller förordning alternativt fastställas bl.a. genom rikstäckande kollektivavtal, vilket innebär att de ska gälla lika för alla företag i samma bransch i hela medlemsstaten. Detta framgår av utstationeringsdirektivet. Efter EU-domstolens dom i det s.k. Laval-målet (C-341/05) framgår det att det kan finnas svenska kollektivavtal som inte uppfyller detta i nuläget och därmed strider mot unionsrätten. En förutsättning för att lagar, förordningar eller kollektivavtal rörande anställningsvillkor ska kunna vara tillämpliga vid fullgörande av ett offentligt kontrakt är att dessa överensstämmer med unionsrätten.³

Vad härutöver gäller möjligheten till andra sociala hänsyn i samband offentlig upphandling noterar Konkurrensverket följande.

Enligt såväl upphandlingsdirektiven som LOU är det möjligt att ta sociala hänsyn genom bl.a. villkor för fullgörande av kontrakt, se artikel 26 i direktiv 2004/18/EG. I beaktandesats 33 anges att sådana villkor kan bl.a. syfta till att bekämpa arbetslöshet, främja anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, att anställa personer med funktionshinder eller att följa bestämmelser i grundläggande ILO-konventioner.

Europeiska kommissionen har publicerat ett tolkningsmeddelande om sociala hänsyn i offentlig upphandling. Av särskilt intresse är följande exempel på kontraktsvillkor som anses möjliga under de förutsättningar som anges i meddelandet⁴ :

Krav på att anbudsgivare i samband med kontraktets utförande ska anställa arbetslösa, särskilt långtidsarbetslösa, eller anordna utbildning för arbetslösa eller ungdomar

Vidare sägs det i meddelandet att sociala målsättningar kan främjas genom att man använder sig av kontrakts- eller utförarvillkor, förutsatt att detta sker i överensstämmelse med unionsrätten och i synnerhet inte har någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt gentemot anbudsgivare från andra medlemsstater.

I LOU finns motsvarande bestämmelse beträffande villkor för fullgörande av kontrakt i 6 kap. 13 § och lyder: *En upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt skall fullgöras. Dessa villkor skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.*

³ Se beaktandesats 34 i direktiv 2994/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

⁴ KOM(2001)566 Tolkingsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, sidan 18

Av regeringens proposition 2006/07:128⁵ (sid. 199 ff) framgår bl.a. följande vad gäller 6 kap 13 §. De villkor som ställs i en upphandling måste behandla leverantörerna på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Villkoren får t.ex. inte diskriminera utländska företag. Upphandlingen måste vidare genomföras på ett öppet sätt och respektera principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU). Det innebär att kraven bara får riktas mot den del av leverantörens verksamhet som upphandlingen avser, inte leverantörens verksamhet i största allmänhet.

Proportionalitetsprincipen innebär vidare att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Åtgärderna måste vara ägnade att åstadkomma det eftersträvade målet samtidigt som det som drabbar den som påverkas av åtgärderna inte får vara oproportionerligt i förhållande till nyttan för det allmänna. Enligt EU-domstolens praxis och den doktrin som utvecklats för tolkning av proportionalitetsprincipen⁶ ska en bedömning genomföras som en "strukturerad avvägning" mellan motstående intressen och en bedömning av om det funnits något mindre ingripande alternativ för att uppnå samma syfte.

Två domar från EU-domstolen har hittills varit rådande rättspraxis vad gäller sociala hänsyn vid offentlig upphandling. En av dessa domar är mål C-31/87, Beentjes som bl.a. gällde om det var förenligt med det då gällande byggdirektivet att ha ett krav på att 70 % av den av leverantören anlidade arbetskraften skulle bestå av långtidsarbetslösa knutna till en regional arbetsförmedling. Domstolen konstaterades att det var möjligt att använda "hjälpkriterier" så länge dessa var lämpliga för en sådan bedömning och inte hade någon diskriminerande effekt. Domstolen benämnde kravet som ett tillkommande särskilt villkor, dvs. ett villkor som, trots att det inte angavs i direktivet, ändå kunde uppställas. Domstolen betonade att villkoret inte direkt eller indirekt fick ha diskriminerande effekt för anbudsgivare från andra länder och att leverantörer ska få reda på villkoret i inledning av upphandlingsprocessen.

Den andra domen från EU-domstolen är mål C-225/98, Nord Pas de Calais. Enligt denna dom var det möjligt med ett villkor som var knutet till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslöshet. Med hänvisning till Beentjes godtog domstolen villkoret och betonade att villkor av detta slag inte får strida mot gemenskapsrätten. Bl.a. ska villkoren vara förenliga med alla grundläggande principerna, särskilt icke-diskrimineringsprincipen och friheten att tillhandhålla tjänster⁷ och de

⁵ Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

⁶ Se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-15/83 Denkavit Nederland eller förstainstansrättens dom i mål T-260/94, Air Inter mot Kommissionen och De Búrca, G, The principle of Proportionality and its Application in EC Law, Yearbook of European Law vol 13, 1993, sid 146..

⁷ FEUF artikel 18, 49 och 56

ska ha bekantgjorts för anbudsgivarna, dvs. framgå av förfrågningsunderlag och/eller annons.

Konkurrensverkets bedömning

Frågan gäller om Botkyrka kommuns tillämpning av särskilda villkor avseende kollektivavtal eller motsvarande samt om åtagande att anställa en person som trainee i den genomförda upphandlingen av markskötselentreprenader skett i enlighet med LOU.

Beträffande möjligheten att kräva tillämpning av kollektivavtal eller motsvarande villkor i samband med offentlig upphandling har inte direkt varit föremål för EU-domstolens prövning.

Utifrån utstationeringsdirektivet och Ruffert-domen framgår att lagstiftning, allmängiltigförklarade eller nationella kollektivavtal kan utgöra en grund för fastställandet av minimilöner. På så vis uppfylls tillräcklig grad av förutsebarhet.

Frågan om utstationering av arbetstagare har bedömts i den s.k. Laval-domen⁸. Regeringen har efter denna dom genomfört en ändring i lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare med syfte att ange förutsättningarna för att svenska kollektivavtal ska uppfylla unionsrätten⁹. Ändringen innebär att stridsåtgärder mot en arbetsgivare i syfte att genom kollektivavtal få till stånd en reglering av villkoren, t.ex. löner, får vidtas endast om de villkor som krävs motsvarar villkoren i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen, bara avser minimilön och är förmånligare än vad som i övrigt följer av lagen.

Även om rättsläget inte är helt klart drar Konkurrensverket den slutsatsen att det i samband med offentlig upphandling är möjligt att kräva att en tjänsteleverantör minst betalar minimilön, under förutsättning att denna minimilön är tydligt definierad i ett rikstäckande kollektivavtal. Villkor som innebär att "kollektivavtal eller motsvarande villkor" ska uppfyllas är däremot inte förenligt med gällande rätt.

Botkyrka kommuns villkor om kollektivavtal eller motsvarande har således stått i strid med upphandlingsreglerna.

Konkurrensverket kan, vad gäller frågan om traineeanställningar, konstatera att det är möjligt att åtgärda arbetslöshetsproblematik genom s.k. särskilda villkor i offentlig upphandling. Åtgärderna måste emellertid beakta principerna om lika-behandling, icke-diskriminering, proportionalitet, öppenhet och transparens och även beakta EU-fördragets bestämmelser om frihet att tillhandhålla tjänster och

⁸ EU-domstolens dom i mål C-341/05. Se även ovan sidan 4.

⁹ Trädde i kraft 15 april 2010. Se prop 2009/10:48 Åtgärder efter Laval-domen.

etableringsfrihet. Om åtgärderna varit proportionella får bedömas med hänsyn till effektivitet och lämplighet, om det funnits något annat, mindre ingripande alternativ samt om åtagandena för leverantörerna står i rimlig proportion till syftet.

Den ifrågasatt upphandlingen avser markskötselentreprenad. Vinnande entreprenörer åläggs att per entreprenadområde anställa en arbetslös ungdom till en med fackförbundet överenskommen lägsta lön.Handledning och stöd ges från kommunen och andra som ingår i samarbetet, bl.a. Arbetsförmedlingen.

De särskilda villkoren som tillämpas av Botkyrka kommun innebär emellertid att den arbetslösa 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. Upphandlande myndigheter bör därför alltid överväga ifall det finns en mindre ingripande åtgärd för att uppnå det sociala syfte som eftersträvas, t.ex. att hjälpa ungdomar att komma ut i arbetslivet.

Sammanfattningsvis finner Konkurrensverket att Botkyrka kommun har brutit mot 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling vid upphandling av markskötselentreprenad genom att tillämpa ett villkor med innebörden att om leverantören inte tecknat svenskt kollektivavtal ska ändå motsvarande villkor gälla för leverantörens anställda.

Detta yttrande har beslutats av generaldirektören. Föredragande har varit Charlotta Frenander.

Dan Sjöblom

Charlotta Frenander

Kopia till
Sveriges Kommuner och Landsting SKL
Finansdepartementet
Näringsdepartementet

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats