



ENHET
Enheten för Avtalsfrågor
HANDLÄGGARE
Tobias Sjöqvist

DATUM
2023-11-30
ERT DATUM
Ert datum

DIARIENUMMER
20230217
ER REFERENS
Fi2023/02414

Finansdepartementet
Avdelningen för offentlig förvaltning
Enheten för offentlig upphandling
103 33 Stockholm

LOs yttrande gällande En samordnad registerkontroll för upphandlande myndigheter och enheter

Sammanfattning LOs remissvar angående den samordnade registerkontrollen

- LO tillstyrker inrättandet av en samordnad registerkontroll för upphandlande myndigheter och enheter.
- LO tillstyrker förslaget om att slopa systemet med sanningsförsäkran.
- LO anser inte att förslaget som utredningen presenterat är tillräckligt långtgående eftersom kontrollen inte omfattar samtliga uppgifter som skulle kunna leda till uteslutning enligt de obligatoriska och frivilliga uteslutningsgrunderna.
- LO anser att registerkontrollen, då den inhämtar information från Skatteverket, inte bara ska visa saldot på skattekontot utan även ska omfatta samtliga beslut som Skatteverket har tagit om en leverantör.
- LO anser att den samordnade registerkontrollen måste kompletteras med bestämmelser om när en upphandlande myndighet eller enhet ska utföra en sådan.
- LO anser att uteslutningsbeslut måste gälla hela den offentliga sfären och inte enbart den enskilda upphandlande myndigheten. Därför måste uteslutningsbeslut spridas mellan de upphandlande myndigheterna på ett ändamålsenligt sätt.
- LO anser att en myndighet, lämpligtvis Konkurrensverket, bör åläggas tillsynsansvar för att garantera att de upphandlande myndigheterna utför registerkontroll och utesluter kriminella leverantörer.

POSTADRESS 105 53 Stockholm
BESÖKSADRESS Barnhusgatan 18
TELEFON 08-796 25 00 TELEFAX 08-24 52 28
E-POST mailbox@lo.se HEMSIDA www.lo.se
ORGANISATIONSNUMMER 802001-9769
BANKGIRO 368-4834 PLUSGIRO 8 50-8

Landsorganisationen i Sverige

Sammanfattning LOs remissvar angående övriga förslag

- LO anser att utredningens beslut att inte föreslå en begränsning av antalet underleverantörsled i riskbranscher är olyckligt och bygger på en felaktig analys av EU-rätten.
- LO anser också, till skillnad från utredningen, att det ska ställas sociala krav vid upphandling av sociala tjänster, och att den ordning som vi har nu inte är förenlig med EU-rätten.
- LO anser att de kontrollmekanismer av underleverantörer som finns i LOU-direktivet artikel 71 bör införas i svensk rätt.

Utveckling av LOs resonemang

Då nuvarande upphandlingslagar infördes 2017 valde lagstiftaren att införa ett system med så kallad sanningsförsäkran som i korthet går ut på att en företrädare för en potentiell leverantör på heder och samvete försäkrar att det inte finns någon grund för uteslutning av leverantören i fråga. Om en upphandlande myndighet ville kontrollera en leverantörs belastningar fick myndigheten begära att leverantören självmanter inkom med dessa uppgifter. I praktiken genomfördes dessa uppmaningar sällan. I den utredning som föranledde lagarna gjordes ingen kartläggning av vilka brott enligt svensk rätt som motsvarade uteslutningsgrunderna i upphandlingsdirektiven, vilket ledde till att uteslutningsgrunderna kom att bli mycket svårtillämpbara. I kombination har dessa lett till en situation där det är mycket svårt att hitta och utesluta kriminella leverantörer som skor sig på den offentliga affären.

LO tillstyrker därmed införandet av en samordnad registerkontroll och slopandet av systemet med sanningsförsäkran.

LO anser inte att förslaget som utredningen presenterat är tillräckligt långtgående eftersom kontrollen inte omfattar samtliga uppgifter som skulle kunna leda till uteslutning enligt de obligatoriska och frivilliga uteslutningsgrunderna.

Trots att det förslag som utredningen presenterat är ett välkommet och betydelsefullt steg i rätt riktning så anser LO att det redan nu står klart att förslaget inte är tillräckligt långtgående. För en upphandlande myndighet eller enhet att ingå i en kontraksrelation med en leverantör är ett åtagande som sträcker sig över lång tid och varken ska hanteras oaktsamt eller lättvindigt. Många av samhällets allra viktigaste funktioner handhas av det offentliga just av den anledningen att det ställs större krav på kontroll och insyn vid genomförandet av dessa uppgifter. De leverantörer som inte lever upp till de krav som samhället ställer måste rimligtvis inte få möjlighet att delta i offentliga upphandlingar. Ambitionen från samhällets sida måste därför vara att de leverantörer som har begått handlingar som diskvalificerar dem från att delta i offentliga upphandlingar ska upptäckas och uteslutas från processen.

Det är därför inte rimligt att stanna vid att den samordnade registerkontrollen ska omfatta enbart några av de uppgifter som kan leda till uteslutning. LO förväntar sig därför att arbetet inleds snarast med att förbättra den av utredningen föreslagna registerkontrollen så att den på sikt kommer omfatta samtliga uppgifter som finns registrerade hos myndigheter och som kan leda till uteslutning vid offentlig upphandling.

LO anser att registerkontrollen inte bara ska visa saldot på skattekontot utan även ska omfatta samtliga beslut som Skatteverket har tagit om en leverantör.

Utredningen har i detta avseende valt att inte föreslå att registerkontrollen ska omfatta beslut som Skatteverket tagit med hänvisning till den långa period som dessa beslut är överklagbara, och att det därmed i de flesta fall skulle leda till uteslutning enligt en av de fakultativa uteslutningsgrunderna. Eftersom det förekommer beslut som skulle leda till obligatorisk uteslutning för det fall myndigheten upptäcker dem så borde registerkontrollen också omfatta dessa uppgifter. Den eventuella överskottsinformation som kontrollen genererar och som kan utgöra grund för uteslutning är inte unik för registerkontroll av skattebrott, och bör därför hanteras på samma sätt som vid övrig registerkontroll. LO anser inte att den uppgiftsminimering som utredningen föreslagit är ändamålsenlig.

LO anser att den samordnade registerkontrollen måste kompletteras med bestämmelser om när en upphandlande myndighet eller enhet ska utföra en sådan.

För att den samordnade registerkontrollen ska få önskad effekt så behöver lagstiftaren också föreskriva när en upphandlande myndighet ska använda sig av den. Regler som inte tydligt ålägger en aktör att i en viss situation handla på ett visst sätt, kallas vanligtvis för lex imperfecta, och bör undvikas i största möjliga mån. För att en lagstiftning ska få avsedd effekt bör den vara tydlig, och tydligt ange när den ska tillämpas och vilka följder som väntar vid underlåtenhet. LO anser därför att lagstiftaren ska införa en skyldighet för den upphandlande myndigheten att göra en samordnad registerkontroll när det finns indicier på att en leverantör eller underleverantör skulle kunna komma att uteslutas. Kravet bör infalla oavsett hur informationen har kommit myndigheten tillhanda eftersom det kan tänkas spridas information genom en mängd olika kanaler, anonyma tips, visselblåsare, samtal med arbetsmarknadens parter eller tips från andra myndigheter för att nämna några. En skyldighet att under ovan nämnda förutsättningar göra en registerkontroll bör framgå ur upphandlingslagarna.

LO anser att en myndighet, lämpligtvis Konkurrensverket, bör åläggas tillsynsansvar för att garantera att de upphandlande myndigheterna utför registerkontroll och utesluter kriminella leverantörer.

Konkurrensverket, eller annan myndighet som lagstiftaren finner lämplig, bör ges ansvar att bedriva tillsyn på att reglerna följs och tillämpas på ett korrekt och enhetligt sätt.

LO anser att uteslutningsbeslut måste gälla hela den offentliga sfären och inte enbart den enskilda upphandlande myndigheten. Därför måste uteslutningsbeslut spridas mellan de upphandlande myndigheterna på ett ändamålsenligt sätt.

LO anser att ambitionen måste vara att ingen leverantör som kan vara föremål för en uteslutning ska kunna ha kontrakt med det offentliga. Den myndighet som uteslutit en leverantör måste därför åläggas att informera andra upphandlande myndigheter om detta. LO ser ingen anledning till varför en leverantör som blivit utesluten till följd av att denne gjort sig skyldig till exempel penningtvätt skulle få fortsätta vara leverantör till en annan upphandlande myndighet eller enhet. För att garantera en enhetlig tillämpning av uteslutningsreglerna och samtidigt tillförsäkra att offentliga medel inte göder kriminella leverantörer så behöver det införas ett system som sprider kunskapen mellan de upphandlande myndigheterna och enheterna på ett ändamålsenligt sätt.

LO anser att utredningens beslut att inte föreslå en begränsning av antalet underleverantörsled i riskbranscher är olyckligt och bygger på en felaktig analys av EU-rätten. LO anser det ska införas en begränsning av antalet underleverantörsled

Utredningen bedömer att det inte är förenligt med upphandlingsdirektiven att begränsa antalet underleverantörsled vid offentlig upphandling. I utredningens uppdrag ingår att analysera de rättsliga förutsättningarna att vid offentlig upphandling införa krav på begränsningar av antalet underleverantörsled och ta ställning till om ett sådant krav vore förenligt med bland annat upphandlingsdirektivens regler om leverantörers rätt att åberopa andra företags kapacitet. Utredningen har tentativt nått slutsatsen att en begränsning av antalet underleverantörer inte är förenligt med upphandlingsdirektivens regler.

LO menar att utredningen inte har utrett de rättsliga förutsättningarna i tillräckligt stor grad för att göra den bedömningen. LO anser vidare att utredningen har på ett felaktigt sätt tolkat och applicerat den så kallade Vitali-domen, samt att de har en felaktig förståelse för på vilket sätt som underleverantörer kan delta i offentlig upphandling, dessa i kombination har lett utredningen till att dra felaktiga slutsatser om rättsläget, och därmed möjligheten att i lag begränsa antalet underleverantörsled vid offentlig upphandling.

Oaktat dessa felselut har utredningen inte tagit höjd för möjligheten att utforma en begränsning av antalet underleverantörsled som är förenlig med (deras tolkning av) Vitali-domen.

Syftet med de nya upphandlingsdirektiven

Utredningen pekar på att ett av syftena med moderniseringen av upphandlingsdirektiven som skedde 2014 var att öka möjligheterna för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling. Detta är förvisso sant, men ett minst lika viktigt syfte var att säkerställa att tillämpningen av EU-rätten inte skulle rasera viktiga åtaganden som medlemsstaterna har gjort inom de miljö- social- och arbetsrättsliga områdena. Sedan den 1 december 2009 då Lissabonfördraget trädde i kraft ska EU verka för en hållbar utveckling i Europa som bland annat bygger på en "social marknadsekonomi" (artikel 3.3 EUF-fördraget). Detta har bland annat tagit sig uttryck genom en utvidgning av de upphandlingsrättsliga principerna där krav på att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter. Genom att en sådan princip har antagits vill lagstiftaren signalera att detta åtagande är lika viktigt som de andra principerna, såsom principen om transparens och proportionalitet. Ett liknande resonemang har också EU-domstolen fört i domen *Tim SpA*, C-395/18 punkt 38. Med andra ord har EU-domstolen förstått och accepterat EU-lagstiftarens budskap att dessa sociala principer ska ha samma värde som de traditionella upphandlingsrättsliga principerna. Med detta sagt måste dessa lämpliga åtgärder som bestämmelsen tar sikte på att vara förenliga med EU-rätten i övrigt.

Vitali-domen

I Vitali-domen (Mål C-63/18) konstaterar EU-domstolen att medlemsstaterna har en rätt att föreskriva regler för underleverantörer som är strängare än dem som finns i upphandlingsdirektivet, så länge reglerna är kompatibla med EU-rätten i övrigt. För att sådana regler ska vara kompatibla krävs att de har ett legitimt syfte, inte diskriminerar leverantörer från andra EU-länder, och att de är proportionella.

EU-domstolen går vidare i målet och bedömer att den italienska lag som förbjöd leverantörer att låta mer än 30 procent av kontraktets värde utföras av underleverantörer, som förvisso tjänar ett legitimt syfte och inte verkar vara direkt diskriminerande, men som ändå inte kan tillåtas eftersom regeln går längre än vad som är nödvändigt och därför inte är proportionerlig. EU-domstolen förtydligar att lagen går längre än vad som är nödvändigt eftersom 70 % av kontraktets värde reserveras från underleverantörer oaktat om dessa sköter sina åtaganden som arbetsgivare eller ej.

Värdet av Vitali-domen för utredningen

Enligt utredningens direktiv skulle skälet till att införa en begränsning av antalet underleverantörsled främst vara att motverka lönedumpning, oskäligen arbetsvillkor och olika former av arbetslivskriminalitet då långa kedjor av underleverantörer ökar risken i dessa avseenden. Ett annat viktigt skäl skulle vara att öka graden av transparens i underleverantörskedjorna. Båda dessa syften är legitima mål av allmänintresse och dessutom grundläggande principer enligt upphandlingsrätten som står i lika paritet med kravet på proportionalitet.

Utredningen gör här bedömningen att en begränsning av antalet underleverantörsled skulle medföra en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster och etableringsfriheten eftersom den gör det svårare för aktörer i andra medlemsstater att delta i ett anbudsförfarande eller i genomförandet av ett offentligt kontrakt. Vidare kan en sådan begränsning, enligt utredningen, minska konkurrensen och försvåra för små och medelstora företag att delta i upphandlingar.

Dessa slutsatser är viktiga, och beroende på hur de görs så får de stora konsekvenser för utredningens fortsatta arbete eftersom utredningen lägger dessa till grund då de gör bedömningen om det egna potentiella lagförslaget är proportionerligt. Utredningen utvecklar här inte hur de har dragit dessa slutsatser men refererar till EU-domstolens resonemang i Borta C-298/15 punkt 47 – 50.

De resonemang som utredningen hänvisar till i fallet Borta C-298/15 är inte tillämpliga i utredningens fall. Detta dels eftersom fallet Borta rör den gamla upphandlingslagstiftningen, dels för att omständigheterna i det enskilda fallet är väsentligt annorlunda i Borta (och i Vitali, för den sakens skull) jämfört med de förslag som utredningen har utrett. I både Borta och Vitali gör EU-domstolen bedömningen utifrån lagar som prima facie undantar hela eller delar av kontraktsvärdet från att utföras av underleverantörer. I Vitali karaktäriserar EU-domstolen den italienska lagen som generell och abstrakt, vilket domstolen menade fick till följd att den upphandlande myndigheten inte kunde ta hänsyn till arbetets särart eller underleverantörernas identitet, och dessutom inte tillät den upphandlande myndigheten att göra ett fall till fall-bedömning.

LO kan inte dela utredningens slutsatser att en begränsning av antalet underleverantörsled innebär en inskränkning av den fria rörligheten, en minskning av konkurrensen eller en försvåring för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling, eftersom dessa lika väl kan delta i position ett eller två i underleverantörskedjan som på någon annan plats längre ned. Utredningen skriver att det skulle ”onekligen” innebära en ökad administration att skriva avtal för att delta på plats ett eller två i kedjan.

LO anser, i motsats till utredningen, att den administration som krävs för att delta på plats ett eller två i leverantörskedjan måste anses vara egal med den som krävs för att delta på plats tre eller fyra.

Vidare finns det enligt utredningens direktiv inte något krav på att vidare begränsa underleverantörers rätt att delta i offentlig upphandling, vare sig de är gränsöverskridande till sin verksamhet eller små eller medelstora till sin storlek.

Eftersom de förslag som utredningen är satta att utreda inte begränsar underleverantörers rätt att delta i offentlig upphandling står det klart att åtgärderna inte heller kan vara oproportionerliga gentemot dessa. En proportionalitetsbedömning tjänar därför inget syfte eftersom inga mindre begränsande åtgärder kan komma på tal.

Givet att de lagförslag som utredningen ska presentera inte innebär någon begränsning för underleverantörers möjlighet att delta i offentlig upphandling så aktualiseras inte heller de alternativa åtgärder som finns i artikel 71 i LOU-direktivet. LO anser därmed att ett krav på att begränsa antalet underleverantörsled, så som det är beskrivet i utredningens direktiv, inte strider mot EU-rätten och därmed bör införas.

Om möjligheten att utforma en begränsning av antalet UL-led givet utredningens tolkning av Vitali-domen

Utredningen anför att de åtgärder som finns i artikel 71 i LOU-direktivet måste införas i nationell lagstiftning innan andra lagstiftningsåtgärder kan komma på tal. EU-domstolen pekar i Vitali-domen på att de åtgärder som finns listade i artikel 71 LOU-direktivet skulle vara mindre restriktiva än den lag som infördes i Italien. LO anser att detta resonemang inte kan sägas utgöra en plikt att införa sådana åtgärderna i 71 artikeln innan andra kan komma på tal. EU-domstolen är tydliga i resonemanget härom i punkt 33 Vitali-domen som bygger på artikel 71.7 och skäl 41 och 105 i LOU-direktivet, vilka innebär att medlemsländerna har en rätt att föreskriva åtgärder som är strängare än de åtgärder som finns i artikel 71, så länge åtgärderna är förenliga med EU-rätten.

LO anser att det finns uttryckligt stöd för att införa en begränsning av antalet underleverantörsled i artikel 63.2 LOU-direktivet. Bestämmelsen tar sikte på upphandlande myndigheter som vid kontrakt avseende byggentreprenader, tjänstekontrakt och monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt, får kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren. Att det går att ställa långtgående krav inom vissa särskilt utsatta branscher står också i linje med EU-domstolens tidigare praxis, se speciellt domen Guiot, mål C-272/94.

I punkt 16 skriver domstolen följande: ”Det skall dock medges att allmänintresset i fråga om socialt skydd för arbetstagare inom byggnadssektorn, på grund av de särskilda villkoren inom denna sektor, kan utgöra ett tvingande hänsyn som gör en sådan inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster befogad.” Resonemanget tar förvisso sikte på huruvida skydd av byggnadsarbetare kan utgöra ett tvingande allmänintresse, men bekräftar inte desto mindre att speciella hänsyn kan vara befogade för att skydda arbetstagarna i fråga.

Det faktum att det redan i LOU-direktivet finns lagrum för att begränsa antalet underleverantörsled för vissa utsatta branscher i kombination med EU-domstolens resonemang i Guiot-domen måste också tillmätas betydelse vid en eventuell proportionalitetsbedömning för de lagstiftningsförslag som skulle gå utöver de åtgärder som är tillåtna enligt artikel 63.2. Ju mer skyddsvärt ett intresse är desto mindre behöver läggas i vågskålen innan åtgärden kan anses vara proportionerlig.

LO vill också i sammanhanget uppmärksamma om den finska upphandlingslagen. Enligt 77 § 4 mom. har upphandlande myndigheter möjlighet att förbjuda användningen av underleverantörer helt i vissa situationer. Det är möjligt för den upphandlande enheten att förbjuda huvudentreprenören att anlita underleverantörer för särskilt kritiska arbeten. I propositionen till lagen skriver den finska lagstiftaren att ”Särskilt kritiska arbeten kan utgöras av till exempel sådana arbeten i anslutning till byggentreprenader eller tjänster som är mycket krävande eller farliga eller annars förknippade med betydande risker och där en så kort tillsyns- och ansvarskedja som möjligt är motiverad. Arbetenas kritiska natur kan också bero på aspekter som hänför sig till kvalitetssäkringen, avtalspartens erfarenhet och kunnande samt avtalsrätten.”

Lagrummet har sedan använts av till exempel Helsingfors stadskoncern i syfte att bekämpa vad de i Finland kallar för grå ekonomi. Helsingfors stadskoncern har bland annat i sina anvisningar för bekämpning av grå ekonomi i fråga om byggentreprenader fastställt att avtalsleverantören har rätt att endast ge vidare entreprenaden som underleverans/underentreprenad i ett led. Kedjan får endast göras längre om man kan motivera orsaken och med beställarens skriftliga samtycke.

LO anser att det ska införas en begränsning av antalet underleverantörsled till max två led vid offentlig upphandling. LO anser vidare att det vid vissa upphandlingar av särskilt kritiska arbeten bör införas en möjlighet att helt förbjuda användandet av underleverantörer vid offentlig upphandling.

LO anser också, till skillnad från utredningen, att det ska ställas sociala krav vid upphandling av sociala tjänster, och att den ordning som vi har nu inte är förenlig med EU-rätten.

Utredningen har dragit slutsatsen att 18.2 i LOU-direktivet inte är tillämpligt på upphandling av sociala tjänster. LO anser att detta är en felaktig bedömning av rättsläget. I likhet med EU-domstolen anser LO att 18.2, på grund av dess placering i direktivet och med beaktande av direktivets systematik, ska tillämpas på samtliga upphandlingar. Se här resonemanget i punkt 38 i domen Tim SpA mål C-395/18.

”Det ska i detta hänseende påpekas att artikel 18 i direktiv 2014/24, med rubriken ’Principer för upphandling’, är den första artikeln i kapitel II i direktivet, som innehåller ’Allmänna bestämmelser’ om förfaranden för offentlig upphandling. Unionslagstiftaren har således, genom att i artikel 18.2 föreskriva att de ekonomiska aktörerna vid fullgörande av offentliga kontrakt ska iaktta tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, velat upphöja det kravet till en princip, likställd med de andra principer som anges i artikel 18.1, det vill säga principerna om likabehandling, öppenhet och proportionalitet och förbud mot att undanta en marknad från tillämpningsområdet för direktiv 2014/24 eller att på ett konstgjort sätt begränsa konkurrensen. Av detta följer att ett sådant krav, enligt den allmänna systematiken i direktivet, utgör ett grundläggande värde som medlemsstaterna ska iaktta enligt själva ordalydelsen i artikel 18.2 i direktivet.”

Det går att ifrågasätta om den konstruktion som gäller de direktivstyrda upphandlingarna lever upp till de krav som EU-domstolen tydliggör, det vill säga att medlemsstaterna ska iaktta själva ordalydelsen i artikel 18.2. Frågan är om den konstruktion som finns i den svenska lagstiftningen, vilket i praktiken lämnar det till den upphandlande myndigheten att efter eget skön avgöra om de bör ställa krav är förenlig med domen. Se här resonemang som dr Erik Sinander för i Lag&Avtal den 26 mars 2020.

Oaktat detta så är det LOs uppfattning att det inte går att tolka EU-domstolens resonemang, återgivet ovan, på annat sätt än att 18.2 också gäller vid upphandling av sociala tjänster. Givet denna slutsats framstår det som märkligt att inte införa samma krav på de upphandlande myndigheterna att ställa arbetsrättsliga krav på det direktivstyrda området som för de sociala tjänsterna.

LO anser att de kontrollmekanismer av underleverantörer som finns i LOU-direktivet artikel 71 bör införas i svensk rätt.

LO anser att de kontrollmekanismer av underleverantörer som finns i LOU-direktivet artikel 71 bör införas i svensk rätt. LO anser inte att dessa tjänar samma syfte som en eventuell begränsning av antalet underleverantörsled som föreslås ovan.

LO ser att det i framtiden kan komma att behöva införas starkare kontrollmekanismer för underleverantörer i de svenska upphandlingslagarna. Det vore olyckligt om också dessa utredningar skulle landa i att det inte går att göra sådana ändringar utan att först ha infört åtgärderna i artikel 71.

Med vänlig hälsning
Landsorganisationen i Sverige

Susanna Gideonsson

Tobias Sjöqvist
Handläggare