

2019-01-28

Finansdepartementet
Stockholm
Sverige

Sofia Råsmar
072-5273120
sofia.rasmar@tco.se

Remissyttrande över betänkande SOU 2018:44 Möjligt, tillåtet och tillgängligt

- *förslag till enklare och flexiblere upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål.*

Ref nr Fi2018/02531/OU

TCO har beretts tillfälle att yttra sig över betänkande SOU 2018:44 (Utredningen) och inkommer härmed med följande yttrande.

Utredningens uppdrag har varit att göra en översyn av de bestämmelser i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) som reglerar upphandlingar under EU:s s.k. tröskelvärden i syfte att utreda hur regelverket kan göras enklare och mer flexibelt. Utredaren har även haft i uppdrag att föreslå regler om skyldighet för den förlorande parten att ersätta motpartens processkostnader och om avgifter för att ansöka om överprövning som ett alternativ eller komplement till regler om processkostnadsansvar i överprövningsmål.

TCO:s medlemsförbund organiserar tjänstemän som upphandlar, tjänstemän som arbetar i verksamheter där upphandling sker och tjänstemän som utför de tjänster som blir upphandlade. TCO har tagit del av utredningen och yttrar sig nedan enbart över de delar som är av särskild betydelse för TCO-förbunden. Yttrandet följer betänkandets egen disposition.

TCO:s principiella inställning till offentlig upphandling

Upphandling är strategiskt viktigt både för att se till att offentliga medel används på ett så effektivt sätt som möjligt och för att främja andra samhällsliga mål, t.ex. skydd för miljön och goda arbetsvillkor såväl i Sverige som i andra länder.

TCO anser att en upphandlande myndighet vid all upphandling ska ställa krav på kollektivavtal för de anställda som utför arbetet med en svensk facklig organisation som organiserar arbetstagare i aktuell bransch, eller att anbudsgivaren visar att man tillämpar löner och anställningsvillkor som ligger på minst samma nivå.

TCO anser vidare att märkningar, som t.ex. TCO Certified, ska användas i större utsträckning då upphandlande myndigheter ställer sociala krav och miljökrav. Offentlig upphandling kan dessutom vara ett viktigt verktyg i den aktiva arbetsmarknadspolitiken t.ex. genom att ställa krav på att leverantörer anställer långtidsarbetslösa eller upplåter praktikplatser.

En väl fungerande uppföljning är en förutsättning för att sociala krav ska få en verkan i praktiken.

TCO vill se att utrymmet vid icke direktivstyrda upphandlingar att ta arbetsrättsliga hänsyn, inklusive i de fall det är möjligt att ställa krav på kollektivavtal vid kontraktets utförande, bättre tas till vara. Det borde kunna göras genom att de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling inte görs gällande när det saknas ett bestämt gränsöverskridande intresse följt av förtydliganden i förarbetena och stödmaterial från Upphandlingsmyndigheten.

Del 1 – Enklare och flexiblare upphandlingsregler

TCO anser att icke direktivstyrda upphandlingar *ska* regleras *men* på ett enkelt sätt till såväl utformning som innehåll. Ett enklare och flexiblare regelverk kan också underlätta för små leverantörer och idéburna aktörer att delta i upphandlingar.

TCO anser dock att en förenkling inte nödvändigtvis uppnås genom att ta bort bestämmelser. Enkelhet kan lika väl uppnås genom att förtydliga regelverket så att det ska bli enklare att förstå för mottagaren. TCO förordar således ett fokus på kvalitet snarare än kvantitet vid framtagande av ett nytt regelverk.

Att tillföra upphandlingsregelverket regler om insyn och förutsebarhet för leverantörer kan göra regelverket enklare att tillämpa och är ett konkret exempel där en tillförsel av regler innebär kvalitet snarare än ett fokus på kvantitet.

8 Bestämt gränsöverskridande intresse

TCO anser att det i lagtext och i förarbete bör förtydligas vad som avses med ett bestämt gränsöverskridande intresse. Precis som utredningen anför är begreppet *bestämt gränsöverskridande*

intresse komplext och en vägledning i lagstiftning och förarbeten är därför välkommet för de som ska tillämpa lagstiftningen.

9 Principer för upphandling

9.1 De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska gälla för annonspliktiga upphandlingar.

De EU-rättsliga principerna

TCO anser inte att de EU-rättsliga principerna ska tillämpas oavkortat på annonspliktiga upphandlingar i det föreslagna 19 kapitlet. TCO anser dock att det finns ett behov av att vidare analysera frågan om de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska bli tillämpliga på all icke direktivstyrd upphandling enligt 19 kap. LOU. En sådan analys skulle kunna ge en mer nyanserad bedömning av räckvidden av de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling vid icke direktivstyrd upphandling beroende på vilken tjänst som ska upphandlas och huruvida det föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse i det enskilda fallet. Det finns givetvis fall där det inte föreligger ett bestämt gränsöverskridande intresse. Utredningen borde i dessa fall ha resonerat kring det utökade nationella utrymmet att lagstifta, t.ex. om möjligheten att ställa krav på kollektivavtal.

Arbetsrättsliga hänsyn

TCO delar inte utredningens slutsats att målsättningsstadgandet för det icke direktivstyrda området, dvs. den s.k. bör-regeln (4 kap. 3 § LOU och LUF) och regeln om arbetsrättsliga villkor (17 kap. 1 § LOU och 16 kap. 1 § LUF) ska tas bort från 19 kap. LOU och LUF. TCO har aktivt drivit frågan om arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling. TCO är medveten om att regelverket kring arbetsrättsliga villkor nu enbart är obligatoriskt över tröskelvärdena men hade gärna sett att det var obligatoriskt även under tröskelvärdena. I dagens regelverk anges i 19 kap. LOU och LUF (genom en hänvisning till 17 kap. 1 § LOU och 16 kap. 1 § LUF) att en upphandlande myndighet *får* ställa arbetsrättsliga villkor. Utredningen föreslår att denna hänvisning tas bort. Möjligheterna att ta miljömässiga hänsyn och arbetsrättsliga villkor i nivå med kollektivavtal är förhållandevis oprövade ännu. Dessa nya möjligheter har inte överallt blivit en självklarhet i upphandlares praktiska arbete. Tvärtemot vad utredningen anför under punkten 9.1 anser därför TCO att det finns en god anledning, både i förtydligande syfte och för att skapa incitament att ställa arbetsrättsliga villkor, att behålla den s.k. bör-regeln i 4 kap. 3 § LOU och LUF och hänvisningen till regeln om arbetsrättsliga villkor i 17 kap 1 § LOU och 16 kap. 1 § LUF.

Om utredningens förslag ändå går igenom anser TCO att det är av yttersta vikt att förarbetena resonerar kring utrymmet att ta arbetsrättsliga hänsyn så att det vid tveksamhet blir tydligt för den upphandlande myndigheten att det även i fortsättningen är tillåtet att ställa arbetsrättsliga villkor.¹

9.2 En skyldighet att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling

TCO tillstyrker utredningens förslag om ett nytt kapitel 19 a för direktupphandling i LOU. TCO anser dock att bestämmelser motsvarande 4 kap. 3 § och 17 kap. 1 § LOU bör gälla även i 19 a kap. LOU, se ovanstående motivering. Detsamma gäller bestämmelse motsvarande 19 kap. 18 och 19 §§ och 19 kap. 27 § LOU om onormalt låga anbud enligt motiveringen i avsnitt 12.3.3. TCO ser positivt på att de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling inte ska gälla för upphandlingar enligt 19 a kap. om det saknas ett gränsöverskridande intresse.

11 Dialog i upphandlingar

11.6 Utredningens förslag om dialog i upphandlingar

TCO välkomnar de av utredningen föreslagna utökade möjligheterna till dialog under upphandlingsförfarandet. En utökad dialog för att kunna göra rättelser och kompletteringar bör ge goda förutsättningar för en effektivare och bättre upphandlingsprocess på så sätt att överprövningar undviks och att leverantörer som inte är vana att ge anbud kan göra det

12 Nödvändiga förfarandebestämmelser

12.3.3 Kommunikeringskyldighet vid onormalt låga anbud

TCO avstyrker utredningens förslag att de nuvarande bestämmelserna (19 kap. 18 och 19 §§ och 19 kap. 27 § LOU) att den upphandlande enheten eller myndigheten ska agera vid ett onormalt lågt anbud tas bort, när det gäller det icke direktivstyrda området. TCO delar inte utredningens syn att myndigheten har ett eget intresse av att agera och att en föreskriven skyldighet kan ge upphov till fler tvister. Det är av stor vikt att möjligheten och skyldigheten att agera och förkasta onormalt låga anbud kvarstår för att motverka social dumpning och konkurrens med osunda medel. TCO ifrågasätter vidare om det blir enklare för myndigheten utan en bestämmelse som tydligt anger vilka uteslutningsgrunder som finns

¹ Se förarbetsuttalanden från genomförandet av upphandlingsdirektiven från 2014 samt till Mathias Sylvans analys i rapporten ”Hur kan man gå längre än LOU:s regler om arbetsrättsliga villkor?” från den 20 augusti 2018 för utgångspunkt för förarbetsuttalanden.

och hur dessa ska värderas. Att ta bort bestämmelsen riskerar att minska möjligheterna att avvisa oseriösa företag som till exempel inte ger arbetstagare löner och villkor i nivå med kollektivavtal. Det måste vidare beaktas att vetorätten i 39 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) är kopplad till uteslutningsgrunderna i LOU. Se mer om detta i avsnitt 18.

TCO skulle gärna se att Upphandlingsmyndigheten bistår upphandlare med ytterligare metodstöd i fråga om onormalt låga anbud.

13 Upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster

13.3.1 Samma regler för alla sociala tjänster och andra särskilda tjänster

TCO ställer sig positivt till att förenkla regelverket om sociala och andra särskilda tjänster och delar utredningens bedömning att en förenkling och därtill den ökade möjligheten till reserverade upphandlingar skulle innebära ökade möjligheter för små och medelstora företag och idéburna organisationer.

De ändringar som började gälla den 1 januari 2019 innebär ökade möjligheter för exempelvis s.k. socialt företagande inom de områden som definierats som välfärdstjänster. Dock bör samma effekt kunna uppnås om de av utredningen nu föreslagna förenklingsåtgärderna genomförs för alla de i bilaga 2 uppräknade tjänsterna. TCO delar därmed utredningens bedömning att särregleringen för välfärdstjänsterna bör avskaffas för att förenkla regelverket. Som utredningen framför finns ett betydande nationellt handlingsutrymme beträffande regleringen av samtliga av dessa tjänster. TCO ser positivt på att ett enklare regelverk får tillämpas i större utsträckning för samtliga av dessa tjänster istället enbart för välfärdstjänster som enligt nu gällande rätt.

TCO är positiv till att möjligheten till reserverad upphandling ska fortsätta att gälla men numera uttryckligen regleras i 19 kap. 20 §. De tjänster (definierat av CPV-koder) som omfattas förs enligt förslaget in i en bilaga 2 a. Vilka tjänster för vilka reserverad upphandling kan genomföras definieras i direktiven. Att CPV-koder förs in i en bilaga istället för som i dag vara i själva lagtexten gör det enklare för den som ska tillämpa lagen.

18 Följdändringar i andra lagar

18.1 Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet²

TCO anser att den fackliga vetorätten enbart ska kunna aktualiseras när omständigheterna är sådana att det finns fakultativa skäl att utesluta en leverantör både vid direktivstyrd och icke direktivstyrd upphandling. Det bör inte vara fackens ansvar, när obligatoriska skäl för uteslutning föreligger, att tillse att leverantören utesluts och ytterst framtvinga ett beslut som myndigheten enligt lag redan är skyldig att fatta. Om så inte sker anser TCO att myndigheten ska stå risken för sin underlåtenhet att agera.

Den fackliga vetorätten i offentlig upphandling är dessutom i dag starkt begränsad i praktiken. Begränsningarna - att myndigheten inte alltid är bunden av ett kollektivavtal för det arbete som den aktuella leverantören ska utföra (vilket krävs för att myndigheten ska vara skyldig att förhandla enligt 38 § MBL), att upphandlingen är omgärdad av absolut sekretess och Arbetsdomstolens stränga praxis vad gäller den fackliga vetorätten – gör att vetorätten får ett litet genomslag i praktiken. Om den fackliga vetorätten används felaktigt kan en arbetstagarorganisation bli skadeståndsskyldig.

För att tillförsäkra att den fackliga vetorätten gäller även vid icke direktivstyrd upphandling anser TCO att detta uttryckligen bör anges i 39 § MBL. För att skapa en reglering av vetorätten som gäller enbart vid fakultativ uteslutning såväl på det direktivstyrda som på det icke direktivstyrda området föreslår TCO att 39 § andra stycket första strecksatsen MBL utformas enligt följande:

13 kap. 2 § andra stycket och 3 § samt 19 kap. 18 § andra stycket lagen om offentlig upphandling

Eventuella andra ändringar av den fackliga vetorätten måste ses över i särskild ordning.

TCO anser att den fackliga vetorätten i MBL avseende offentlig upphandling inte blivit tillräckligt utredd vid implementeringen av de upphandlingsrättsliga direktiven från 2014. För TCO:s del är det särskilt angeläget med ytterligare vägledning kring tillämpningen av den nya möjligheten att utesluta en leverantör som den upphandlande myndigheten kan visa har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Vidare behöver myndighetens respektive fackets ansvar vid uteslutning belysas ytterligare. Det kan inte vara fackens ansvar att agera när det föreligger obligatoriska skäl enligt LOU för myndigheten att utesluta en leverantör.

² SFS-numret till MBL i utredningen var felaktig.

21 Processkostnader i överprövningsmål

21.3.2 Utredningens överväganden

TCO ställer sig tveksamt till ett processkostnadsansvar och ser en risk att det kan verka avskräckande för mindre leverantörer, särskilt förslaget om att man riskerar att betala motpartens rättegångskostnader.

Att det införs en kostnad för överprövning är relevant för att i viss mån minska antalet överklaganden. Utredningen har också föreslagit ett processkostnadsansvar för båda parter i en överprövningsprocess. TCO uppfattar att utredningen kommit till slutsatsen att det inte kan visas föreligga ett omotiverat högt antal överprövningar i Sverige. Det finns så som utredningen anför andra faktorer, än avsaknaden av ansökningsavgift och processkostnadsansvar vid överprövning, som gör att antalet överprövningar i Sverige troligtvis ligger relativt högt jämfört med övriga Europa. Att en betydande del av det offentliga verksamheten kommit att utföras av privata aktörer samt att den svenska offentlighetsprincipen ger en bättre insyn för leverantörerna innebär enligt utredningen att antalet överprövningar blir fler. TCO vill poängtera att möjligheten att begära överprövning är en viktig del av kvalitetssäkringen av den offentliga upphandlingen.

Om ett processkostnadsansvar ändå införs är det viktigt att det inte blir alltför betungande och i någon mån blir förutsägbart i förväg så att även mindre och ekonomiskt resurssvagare företag ser en möjlighet att begära en överprövning av upphandlingsbeslut. Det finns också fördelar med ett ömsesidigt processkostnadsansvar så som att leverantörer kan få dessa kostnader ersatta utan att driva skadeståndsprocesser gentemot myndigheten. För en ökad förutsägbarhet skulle man kunna tänka sig ett tak baserat på exempelvis en angiven procentsats av upphandlingens värde när det gäller leverantörernas skyldighet, alternativt för den ömsesidiga skyldigheten, gällande processkostnader. Detta skulle möjliggöra för leverantörerna att få ett i någon mån förutsägbart och rimligt ansvar för motpartens processkostnader samtidigt som en sådan lösning skulle möjliggöra åtminstone en viss kostnadstäckning utan att en skadeståndsprocess måste drivas. Om det primära målet med en ny reglering av processkostnadsansvaret istället är att minska antalet omotiverade överklaganden kan möjligtvis en väl övervägd överprövningsavgift vara en enklare väg att gå.

Avslutande kommentar

Det finns ett stort behov av metodstöd i upphandlingsförfarandet, vilket inte torde minska trots ett förenklat regelverk. Det finns även ett samhällsintresse i att upphandlare och leverantörer får goda förutsättningar i upphandlingsprocessen. TCO vill därför poängtera

vikten av att Upphandlingsmyndigheten får tillräckliga resurser och ett fortsatt uppdrag att konkretisera unionsrätten och den svenska lagstiftningen på upphandlingsområdet.

Eva Nordmark
Ordförande

Sofia Råsmar
EU-rättsjurist