

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

Remiss

Datum  
2019-01-18

Vår referens/våra referenser  
Sofia Tot

## **Unionens yttrande över SOU 2018:44 – Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexiblare upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål**

### **Introduktion**

2014 kom nya EU-direktiv om offentlig upphandling. EU-direktiven införlivades i svensk rätt genom tre nya lagar, bl.a. genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ("LOU"). LOU reglerar offentlig upphandling som överstiger EU-direktivens tröskelvärden (s.k. direktivstyrd upphandling). Tröskelvärdet för varor och tjänster uppgår till 2 096 097 kr (för statliga myndigheter uppgår tröskelvärdet istället till 1 365 782 kr), tröskelvärdet för byggtreprenader uppgår till 52 620 561 kr och tröskelvärdet för sociala tjänster och andra särskilda tjänster uppgår till 7 113 450 kr. LOU reglerar även offentlig upphandling under tröskelvärdena (s.k. icke direktivstyrd upphandling). Vid icke direktivstyrd upphandling behöver medlemsstaterna alltså inte tillämpa EU:s upphandlingsdirektiv. Däremot är medlemsstaterna tvungna att tillämpa de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling, dvs. likabehandlingsprincipen, icke diskrimineringsprincipen, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande, om det finns ett gränsöverskridande intresse för upphandlingen.

En nyhet i upphandlingsdirektiven från 2014 är skyldigheten för EU:s medlemsstater att vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer som utför arbete inom ramen för offentliga upphandlingar iakttar miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Detta är ett led i EU:s strategi att modernisera upphandlingslagstiftningen i syfte att se till att offentliga upphandlingar kan utnyttjas på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål. I LOU infördes bestämmelser om hur arbetsrättsliga hänsyn kan beaktas i de olika leden av upphandlingsprocessen. Exempelvis kan upphandlande myndighet beakta att leverantören har brutit mot arbetsrättsliga skyldigheter vid prövning av om leverantören ska uteslutas från deltagande i upphandlingen, 13 kap. 3 § 1 p LOU. Upphandlande myndighet kan

också ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för leverantörens fullgörande av kontraktet enligt 17 kap. 1–5 §§ LOU.

Bestämmelserna för icke direktivstyrd upphandling finns idag i 19 kap. LOU som också hänvisar till flera bestämmelser i andra kapitel i LOU. Den 1 januari 2019 trädde nya regler i kraft i 19 kap. LOU avseende upphandlingar av vissa sociala tjänster och andra särskilda tjänster (vård, omsorg och utbildning; s.k. "välfärds-tjänster") under tröskelvärdet för sådana tjänster. Endast några få bestämmelser i LOU kommer att vara obligatoriska vid upphandling av sådana tjänster. De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling kommer inte att vara tillämpliga på dessa upphandlingar.

### **Utredningens uppdrag**

Utredaren i *Möjligt, tillåtet och tillgängligt – förslag till enklare och flexibla upphandlingsregler och vissa regler om överprövningsmål* (SOU 2018:44; "Utredningen") har haft i uppdrag att göra en översyn av de bestämmelser i LOU och i lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna ("LUF") som reglerar upphandlingar under EU-direktivens tröskelvärden (dvs. den icke direktivstyrda upphandlingen) i syfte att utreda hur regelverket kan göras enklare och mer flexibelt (del 1). 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 (del 2).

## **De viktigaste principfrågorna för Unionen vid offentlig upphandling**

Unionen organiserar tjänstemän inom privat sektor. Det är i många fall Unionens medlemmar som utför tjänster enligt offentligt upphandlade kontrakt. Sådana medlemmar påverkas således av de villkor som gäller för upphandlingen. Det är därför viktigt för Unionen att upphandlande myndigheter utnyttjar de möjligheter som finns att beakta arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingen.

Det är för Unionen en självklarhet att det allmänna ska verka för en sund konkurrens mellan företag och för sunda arbetsvillkor för tjänster som utförs enligt offentligt upphandlade kontrakt. Unionen har identifierat följande branscher inom sitt organisationsområde för vilka Unionen anser att upphandlande myndigheter bör ta ökad arbetsrättsliga hänsyn: IT-branschen, bygg- och installationsbranschen, flygbranschen och branscherna med säkerhetsföretag, serviceentreprenad- och specialserviceföretag.

Unionen är positiv till ett flexibelt och användarvänligt upphandlingsregelverk. Det måste dock vara tydligt för upphandlande myndigheter vilka möjligheter och skyldigheter de har att ta arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling. Unionen 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 bara görs gällande när det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse samt med förtydliganden i förarbetena och stödmaterial från Upphandlingsmyndigheten.

Unionen anser att den fackliga vetorätten i MBL avseende offentlig upphandling inte blivit tillräckligt utredd vid implementeringen av de upphandlingsrättsliga direktiven från 2014. För Unionen 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.

## **Unionens synpunkter på Utredningen**

Unionen avgränsar sitt remissvar till att omfatta enbart vissa frågor i del 1 i Utredningen som är av särskild vikt utifrån möjligheten att ta arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling.

### **Förslagets utformning och tillämpningsområde**

#### ***Förslaget i huvuddrag***

Regelverket för icke direktivstyrd upphandling ska ange ramarna för de upphandlande myndigheternas och enheternas handlingsutrymme, samtidigt som det innehåller nödvändiga skyddsregler för leverantörerna. Ett flertal bestämmelser, bl.a. om möjligheten att ställa arbetsrättsliga krav vid utförandet av kontraktet och om uteslutning av leverantörer, ska tas bort från 19 kap. LOU.

#### ***Unionens synpunkter***

Unionen är positiv till ambitionen att göra regelverket för icke direktivstyrd upphandling enklare och flexiblare. Det måste dock vara tydligt för upphandlande myndigheter vilka möjligheter och skyldigheter de har avseende arbetsrättslig hänsyn i offentlig upphandling. Det är Unionens uppfattning att det fortfarande råder stor osäkerhet hos många upphandlande myndigheter kring detta. Unionen anser därför att det fortsatt bör finnas uttryckliga bestämmelser om arbetsrättsliga hänsyn i det icke direktivstyrda regelverket, såväl i 19 kap. som i ett eventuellt nytt 19 a kap. LOU. Unionen anser vidare att det finns ett behov av ytterligare analys och förtydliganden i det fortsatta lagstiftningsarbetet kring dessa frågor enligt vad som redovisas närmare nedan.

Unionen förstår Utredningens förslag som att upphandlingar mellan 600 000 kr och upp till relevant tröskelvärde samt sociala tjänster och andra särskilda tjänster enligt tröskelvärde i 5 kap. 1 § *måste* göras enligt förslagets 19 kap., alternativt enligt de strängare direktivstyrda reglerna i övriga LOU. För upphandlingar som omfattas av 19 kap. LOU ska därmed de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling *alltid* tillämpas på upphandlingen.

Unionen förstår det vidare som att upphandlingar under 600 000 kr samt upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster under tröskelvärde i 5 kap. 1 § LOU *får* göras enligt förslagets 19 a kap. som utgör ett förenklat regelverk och som saknar krav på obligatorisk annonsering. Den upphandlande myndigheten kan dock alltid, istället för 19 a kap, tillämpa reglerna i 19 kap och/eller de direktivstyrda reglerna. I 19 a kap. gäller en nationell princip om att myndigheten ska ta tillvara på konkurrensen. Om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse ska dock, utöver reglerna i 19 a kap., även de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling i 19 kap. 2 § tillämpas.

### **Avsnitt 9.1 – De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska gälla för annonspliktiga upphandlingar**

#### ***Förslaget om tillämpningen av de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling***

De grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling ska gälla för all upphandling som sker enligt 19 kap. LOU.

#### ***Unionens synpunkter***

Mot bakgrund av Utredningens uppdrag att förenkla det icke direktivstyrda regelverket har Unionen förståelse för Utredningens förslag att göra de grundläggande EU-rättsliga principerna för upphandling tillämpliga på all icke direktivstyrd upphandling enligt 19 kap. LOU.

Unionen är dock av uppfattningen att frågan hade bort analyseras närmare för 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.

#### ***Förslaget om att ta bort bestämmelser om arbetsrättsliga hänsyn***

Bestämmelser motsvarande 4 kap. 3 § LOU om att en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling och 17 kap. 1 § LOU om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt behövs inte på det icke direktivstyrda området.

## *Unionens synpunkter*

Unionen avstyrker förslaget att bestämmelser motsvarande 4 kap. 3 och 17 kap. 1 § inte behövs på det icke direktivstyrda området.

Unionen anser att hänvisningarna i 19 kap. 2 § till 4 kap. 3 § och till 17 kap. 1 § LOU är viktiga i förtydligande syfte och för att skapa incitament att ta arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling.

Om Utredningens förslag går igenom och nämnda hänvisningar tas bort från 19 kap. anser Unionen att det är mycket angeläget att det i kommande förarbeten utförligt redovisas vilket rättsligt utrymme som upphandlande myndigheter har att ta arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling. Unionens erfarenhet visar att det fortfarande råder osäkerhet hos upphandlande myndigheter och hos leverantörer kring detta. Sådan osäkerhet kan leda till att upphandlande myndighet avstår från att utnyttja de möjligheter som finns.

Unionen vill i detta sammanhang hänvisa till tidigare förarbetsuttalanden från genomförandet av de upphandlingsrättsliga direktiven 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. Mot bakgrund av vad som framkommer i nämnda källor föreslår Unionen att det rättsliga utrymmet att beakta arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling i det fortsatta lagstiftningsarbetet kan motiveras och beskrivas på följande sätt:

*Regeringen har i tidigare förarbeten konstaterat följande. Det sociala skyddet är något som särskilt framhålls i 2014 års upphandlingsdirektiv. Som regleringen ger uttryck för har kollektivavtal och arbetsrättslig lagstiftning en avgörande betydelse för att detta skydd ska kunna upprätthållas. Att arbetstagare som utför arbete som har upphandlats av det offentliga gör detta med respekt för arbetstagares grundläggande rättigheter och på villkor enligt lag eller kollektivavtal bidrar till att detta betydelsefulla gemensamma samhällliga mål – det sociala skyddet – kan uppnås och vidmakthållas (prop. 2016/17:163 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling, s. 26). Regeringen har vidare konstaterat att den lämpligaste formen att ställa krav på arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling är genom villkor för fullgörande av kontrakt.*

*Bestämmelser om arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt finns i 17 kap. 1–5 §§ LOU. När den upphandlande myndigheten utformar de arbetsrättsliga villkoren för fullgörande av kontrakt bör den ge leverantörer möjligheten att uppfylla kraven på olika sätt; (i) en leverantör kan uppfylla kraven genom att tillämpa de (minimi)villkor avseende lön, arbetstid och semester som anges i upphandlingen och som är hämtade från det centrala kollektivavtal som den upphandlande myndigheten valt ut enligt 17 kap. 3 §; (ii) en leverantören kan också uppfylla de arbetsrättsliga villkoren genom att tillämpa motsvarande villkor i ett annat centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen; (iii) om leverantören är en sådan arbetsgivare som omfattas av ut-*

*stationeringslagens kan leverantören uppfylla de arbetsrättsliga villkoren i upphandlingen genom att tillämpa villkoren i enlighet med vad som följer av utstationeringslagens hårda kärna; slutligen (iv) en leverantör kan också alltid uppfylla de arbetsrättsliga villkoren i upphandlingen genom att tillämpa bättre villkor än de nivåer som den upphandlande myndigheten har angett.*

*Ovanstående modell med möjlighet att uppfylla de arbetsrättsliga villkoren på fyra olika sätt kan användas oavsett om den upphandlande myndigheten ställer krav på miniminivåer enligt 17 kap. 3 § LOU eller strängare krav. Den upphandlande myndigheten kan också ställa krav på tjänstepension och försäkringar enligt ett kollektivavtal men samtidigt ange olika sätt på vilka leverantörer kan uppfylla kraven. För leverantörer som omfattas av utstationeringslagen gäller dock att de alltid uppfyller kraven, oavsett hur stränga de är, genom att de tillämpar den hårda kärnan enligt utstationeringslagen.*

*Det är tillåtet att ställa strängare krav på arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling än det som följer av de obligatoriska kraven som finns i 17 kap. 2–5 §§ LOU. Regeringen har i tidigare förarbeten angett att det följer av huvudregeln enligt upphandlingsrätten att den upphandlande myndigheten eller enheten i princip får ställa vilka krav den vill så länge kraven har anknytning till det som ska anskaffas och uppfyller de grundläggande principerna, dvs. att de bl.a. är proportionella och icke diskriminerande (prop. 2016/17:163, s. 34).*

*En myndighet som vill ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras är friare vid icke direktivstyrd upphandling än vid direktivstyrd upphandling att gå längre än de lägsta nivåer på villkor som gäller enligt 17 kap. 3 § LOU. Den upphandlande myndigheten bör alltid beakta inte bara möjligheten att ställa strängare krav än miniminivåer på lön, semester och arbetstid, utan också möjligheten att ställa krav på tjänstepension och försäkringar. Dessa förmåner är, precis som semester och arbetstid, nära kopplade till lön. De är dessutom mycket viktiga ur en arbetstagares synvinkel (SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal, s. 126).*

*Alla centrala kollektivavtal inom privat sektor, d.v.s. branschavtal för tjänstemän och riksavtal för arbetare, innehåller krav på tjänstepension och försäkringsförmåner som t.ex. arbetskadeförsäkring, livförsäkring och omställningsförsäkring. När den EU-rättsliga principen om proportionalitet är tillämplig vid en offentlig upphandling är det endast möjligt att ange att de arbetstagare som sysselsätts i upphandlingen ska tjäna in tjänstepension och försäkringsförmåner under den tid arbetet som avses i upphandlingen ska pågå. För att inte riskera att ett krav på tjänstepension och försäkringsförmåner kan anses oproportionerligt är det framförallt lämpligt att ställa sådana krav vid kontrakt som inte är av kortvarig natur (som ska pågå i vart fall mer än två månader). Om den upphandlande myndigheten väljer att ställa krav på tjänstepension och försäkringsförmåner vid fullgörandet av kontraktet bör kraven utformas enligt vad som gäller i det centrala kollektivavtal som den upphandlande myndigheten valt ut.*

*Upphandlande myndighet bör även beakta möjligheten att kräva att leverantören har kollektivavtal. Vid upphandlingar där de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandling är tillämpliga begränsas denna möjlighet. Som angetts ovan följer av proportionalitetsprincipen att krav i en upphandling ska vara kopplade till kontraktsföremålet. Regeringen har i tidigare förarbeten angett att det kan strida mot proportionalitetsprincipen att ställa krav på arbetsrättsliga skyldigheter som omfattar alla arbetstagare hos en stor leverantör trots att bara en viss yrkesgrupp eller verksamhet ska fullgöra kontraktet (prop. 2016/17:163, s. 43). De EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandling gäller dock bara när detta föreskrivs i LOU eller upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det är därför som huvudregel möjligt att ställa krav på kollektivavtal genom hängavtal vid upphandlingar enligt 19 a kap. LOU.*

## **Avsnitt 9.2 – En skyldighet att ta till vara konkurrensen vid direktupphandling**

### ***Förslaget om ett nytt 19 a kap. LOU om direktupphandling***

Ett nytt 19 a kap. i LOU om direktupphandling ska införas i LOU. Med direktupphandling avses enligt förslaget upphandling utan obligatorisk annonsering. Det nya 19 a kap. får användas bl.a. vid upphandlingar upp till 600 000 kr samt vid upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster under tröskelvärdet i 5 kap. 1 § LOU (i dagsläget vid ett kontraktsvärde upp till 7 113 450 kr). I kapitlet ska som huvudregel en nationell princip gälla för direktupphandlingar i stället för de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandlingar. För det fall ett kontrakt som får direktupphandlas kan vara av intresse för någon leverantör som är etablerad i en annan medlemsstat eller EES-stat (dvs. om kontraktet är av ett bestämt gränsöverskridande intresse) ska dock de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandlingar tillämpas även vid den aktuella direktupphandlingen.

### ***Unionens synpunkter***

Unionen tillstyrker Utredningens förslag med följande tillägg.

Unionen anser 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. 18–19 §§ och 19 kap. 27 § LOU, enligt nedanstående motivering.

Unionen 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.

## **Avsnitt 12 – Nödvändiga förfarandebestämmelser**

### ***Förslaget om att ta bort bestämmelser om uteslutning av leverantörer***

Bestämmelsen i 19 kap. 18 § LOU som hänvisar till 13 kap. 1–2 §§ om obligatoriska uteslutningsgrunder och 13 kap. 3 § om fakultativa uteslutningsgrunder ska tas bort. Även bestämmelsen i 19 kap. 27 § om en skyldighet för upphandlande myndighet att agera om ett anbud förefaller vara onormalt lågt ska tas bort.

#### ***Unionens synpunkter***

Unionen avstyrker Utredningens förslag att ta bort de befintliga bestämmelserna i 19 kap. 18–19 §§ och 19 kap. 27 § LOU.

Uteslutningsgrunderna utgör ett viktigt skydd för skattemedel, för den upphandlande myndigheten, för konkurrerande leverantörer och för de arbetstagare som ska utföra arbetet enligt kontraktet. Unionen ifrågasätter om det blir enklare för myndigheten med avsaknaden av en bestämmelse som tydligt anger vilka uteslutningsgrunder som finns och hur dessa ska värderas. Unionen anser vidare att reglerna om uteslutning redan är mycket flexibla eftersom flertalet av uteslutningsgrunderna är fakultativa för den upphandlande myndigheten. Det måste vidare beaktas att vetorätten i 39 § lagen (1976:380) om medbestämmande i arbetslivet ("MBL") är kopplad till uteslutningsgrunderna i LOU. Se mer om detta nedan.

## **Avsnitt 13.3 – Ett enkelt och flexibelt regelverk för upphandling av sociala tjänster och andra särskilda tjänster**

### ***Förslaget om att alla sociala tjänster och andra särskilda tjänster ska regleras på samma sätt***

Alla sociala tjänster och särskilda tjänster ska regleras på samma sätt, dvs. utan någon åtskillnad mellan välfärdstjänster (vård, omsorg och utbildning) och andra sociala tjänster och särskilda tjänster. När upphandlingens beräknade värde uppgår till minst det tröskelvärde som gäller för dessa tjänster ska 19 kap. LOU gälla. När värdet understiger nämnda tröskelvärde får 19 a kap. LOU tillämpas. De lagändringar som trädde i kraft den 1 januari 2019 i 19 kap. LOU, enligt Välfärdsutredningens förslag, ska enligt Utredningens förslag därmed inte längre gälla.

#### ***Unionens synpunkter***

Unionen tillstyrker Utredningens förslag att alla sociala tjänsterna och andra särskilda tjänster ska regleras på samma sätt. Unionen tillstyrker vidare Utredningens förslag om när 19 kap. ska tillämpas och när 19 a kap. LOU får tillämpas för dessa tjänster.

Som Utredningen framför finns ett betydande nationellt handlingsutrymme beträffande regleringen av samtliga av dessa tjänster. Unionen ser positivt på att ett enklare regelverk får tillämpas i större utsträckning för samtliga av dessa tjänster



istället enbart för välfärdstjänster enligt nu gällande rätt. Unionen är vidare positiv till att den nationella princip som Utredningen föreslår för att ta tillvara konkurrensen blir tillämplig som huvudregel istället för de EU-rättsliga grundläggande principerna för upphandlingar.

### **Avsnitt 18.1 – Ändring i lagen (1976:380) om medbestämmande i arbetslivet**

#### ***Förslaget om att vetorätten ska gälla för samtliga uteslutningsgrunder både vid det direktivstyrda och det icke direktivstyrda regelverket samt förslaget om ny lydelse av 39 § MBL***

39 § MBL ska ändras så att den fackliga vetorätten vid offentlig upphandling får utnyttjas om den grundar sig på omständigheter som anges i 13 kap. 1–3 §§ LOU, dvs. både de obligatoriska och de fakultativa uteslutningsgrunderna. 39 § MBL ska inte längre innehålla någon hänvisning till 19 kap. 18 § LOU.

#### ***Unionens synpunkter***

Unionen avstyrker Utredningens förslag om att den fackliga vetorätten ska aktualiseras såväl när omständigheterna är sådana att det finns obligatoriska skäl att utesluta en leverantör som fakultativa skäl både vid direktivstyrd och icke direktivstyrd upphandling. Unionen avstyrker vidare Utredningens förslag att ta bort 19 kap. 18 § LOU. Unionen föreslår nedan en annan ny lydelse av 39 § MBL.

Likt Utredningen konstaterar Unionen att det finns en diskrepans mellan den fackliga vetorättens tillämpning vid direktivstyrd respektive icke direktivstyrd upphandling. Unionen delar Utredningens uppfattning att skillnaden häremellan inte verkar vara sakligt motiverad.

Till skillnad från Utredningen anser Unionen dock 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. När obligatoriska skäl för uteslutning föreligger är det den upphandlande myndighetens skyldighet att utesluta leverantören. Om så inte sker ska myndigheten stå risken för dess underlåtenhet att agera. Det kan inte vara fackens ansvar att genom vetorätten bevaka och ytterst framtvunga ett beslut som myndigheten enligt lag redan är skyldig att fatta.

Unionen ser en risk att Utredningens förslag om att ta bort hänvisningen i 39 § MBL till 19 kap. 18 § LOU kan skapa en osäkerhet kring vetorättens tillämpning på det icke direktivstyrda området. För att tillförsäkra att den fackliga vetorätten fortsättningsvis gäller även vid icke direktivstyrd upphandling anser Unionen att detta uttryckligen bör anges i 39 §. För att skapa en reglering av vetorätten som gäller enbart vid fakultativ uteslutning såväl på det direktivstyrda som det icke direktivstyrda området föreslår Unionen att 39 § andra stycket första strecksatsen MBL utformas enligt följande (med förbehåll att ytterligare revidering kan behövas

för att också hänvisa till relevant bestämmelse om uteslutning i ett eventuellt nytt 19 a kap LOU):

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

Om Utredningens förslag till ändrad lydelse av 39 § MBL skulle antas anser Unionen att förtydligande behöver ske i det fortsatta lagstiftningsarbetet avseende vetorättens omfattning. Det får inte råda något tvivel om att vetorätten är tillämplig både på det direktivstyrda och det icke direktivstyrda området, inklusive för sådan upphandling som sker enligt Utredningens förslag om ett nytt 19 a kap. LOU. Det bör därför tydligt anges i det fortsatta lagstiftningsarbetet att det är de *faktiska omständigheterna* som anges i bestämmelserna om uteslutning i LOU som ger rätt till nyttjande av vetorätten i 39 § MBL oaktat om det är de direktivstyrda eller icke direktivstyrda reglerna som tillämpas vid upphandlingsförfarandet.

I tillägg till ovan kring Utredningens förslag vill Unionen framföra följande. Unionen konstaterar att konsekvenserna för den fackliga vetorätten i MBL inte blivit belysta och analyserade i någon större utsträckning vid utredningen av implementering av de upphandlingsrättsliga direktiven från 2014. Detsamma gäller frågan om vilket utrymme upphandlande myndighet har till uteslutning enligt de nya uteslutningsgrunderna i 13 kap. 3 § LOU. Unionens uppfattning – vilket också framhölls av TCO:s representant i Utredningen – är att dessa frågor behöver ytterligare klargöranden. För Unionen är det särskilt angeläget med ytterligare vägledning kring tillämpningen av 13 kap. 3 § första punkten LOU om att uteslutning får ske om upphandlande myndighet ”*kan visa att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter*”. Detta bör ske i nära samarbete med parterna.

Behovet av klargöranden är motiverat av den risk för överprövning som den upphandlande myndigheten står vid prövningen av skäl för uteslutning. Det är vidare motiverat av den skadeståndsrisk som facken står vid en vetoförklaring som saknat fog.



Martin Linder, Förbundsordförande Unionen