

FESTSKRIFT
TILL
ÖRJAN
EDSTRÖM

Skriver från juridiska institutionen
vid Umeå universitet / Nr 41

Fackligt veto vid offentlig upphandling – funkar det?

KERSTIN AHLBERG¹

1 Inledning

I takt med att offentlig verksamhet i allt större utsträckning läggs ut på privata utförare har de fackliga organisationernas intresse av att förhindra att konkurrensen om de offentliga kontrakten sker på arbetstagarnas bekostnad blivit allt mer uttalat.² Genom inflytandereglerna i medbestämmandelagen,³ MBL, och arbetsmiljölagen,⁴ AML, har lokala fackliga företrädare i stat, kommuner och landsting en möjlighet att få ett ord med i laget när arbetsgivaren planerar upphandlingar som kan få betydelse för de egna medlemmarnas arbets- och anställningsvillkor. Det ger dem också möjligheter att bevaka villkoren för de anställda hos den leverantör som till sist tilldelas kontraktet.

I 38–40 §§ MBL finns några regler som kan tyckas ha särskild betydelse i sammanhanget. Det är reglerna om entreprenadförhandlingar och fackligt veto, som ytterst ger den fackliga organisationen möjlighet att hindra arbetsgivaren från att anlita en ”oseriös” leverantör.

I den här artikeln argumenterar jag för att denna vetorätt är i stort sett oanvändbar i samband med upphandling. Upphandlingslagarna innehåller dock regler om uteslutning av leverantörer och förkastande av onormalt låga anbud som kan tjäna samma syften som vetorätten och som tycks vara enklare att använda.⁵

¹ Jur.dr. h.c., föreståndare för Institutet för social civilrätt, Stockholms universitet.

² Exempelvis har Offentliganställdas förhandlingsråd (OFR) i början av 2019 tagit fram en handbok som ska uppmuntra medlemsförbundens lokala fackliga företrädare att utnyttja de möjligheter till inflytande över upphandlingarna som arbetsrätten ger.

³ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

⁴ Arbetsmiljölagen (1977:1160).

⁵ Sedan 2016 gäller lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). Jag kommer enbart att referera till LOU; i de avseenden som den här artikeln behandlar innehåller de likadana regler.

2 Vetorätten ”sista chansen”

Först finns det emellertid anledning att påpeka att MBL:s entreprenadregler och LOU:s bestämmelser om uteslutning av leverantörer och förkastande av onormalt låga anbud inte kommer in förrän i slutstadiet i upphandlingen. De är, så att säga, sista chansen att sortera bort oseriösa leverantörer. Redan i förfrågningsunderlaget kan man försöka göra klart att det inte är någon idé för sådana att ens lämna in anbud. Det gör man till exempel genom att informera om vilka lagar och regler som leverantören måste följa, och ställa upp arbetsrättsliga kontraktsvillkor som leverantören blir tvungen att tillämpa.⁶ Sedan beskriver man på vilket sätt leverantören ska rapportera hur den uppfyller villkoren liksom hur myndigheten kommer att följa upp att detta, och till sist vilka sanktioner som gäller om leverantören bryter mot kontraktet.⁷ Om myndigheten tänker tillämpa någon av de uteslutningsgrunder i upphandlingslagarna som inte är obligatoriska utan fakultativa (jag återkommer till dem), ska också det stå i förfrågningsunderlaget.⁸

Det är alltså först när anbudstiden har löpt ut och anbudena öppnas som MBL:s entreprenadregler och LOU:s bestämmelser om uteslutning av leverantörer och anbud aktualiseras. Vad innebär då dessa?

3 MBL:s entreprenadregler

En kort repetition av vad 38–40 §§ MBL innebär:

När arbetsgivaren planerar att låta någon utföra arbete för ”hans” (som det heter i lagar från 1970-talet) räkning eller i hans verksamhet, utan att denne ska vara arbetstagare hos honom, ska arbetsgivaren enligt 38 § på eget initiativ förhandla med den fackliga organisationen, förutsatt att de har kollektivavtal med varandra för arbetet.⁹

Arbetsgivaren är då skyldig att lämna den information om det tilltänkta arbetet som den fackliga organisationen behöver för att kunna ta ställning ”i förhandlingsfrågan”. Och förhandlingsfrågan är ifall arbetsgivaren ska kunna anlita *en viss* entreprenör och eventuellt också på vilka villkor.¹⁰ Frågan om arbetet över

⁶ Sedan den 1 juni 2017 är upphandlande myndigheter i vissa fall skyldiga att kräva att leverantören ska ge dem som ska utföra arbetet under kontraktet lön, arbetstid och semester enligt riksavtalet för branschen. Det är fullt möjligt att ställa upp sådana kontraktsvillkor även när det inte är obligatoriskt.

⁷ Se t.ex. Osund konkurrens i offentlig upphandling Om lagöverträdelse som konkurrensmedel Konkurrensverkets rapportserie 2013:6 s. 40 ff.

⁸ A.a. s. 42.

⁹ Från regeln finns några undantag som är utan betydelse för den fråga som intresserar oss här.

¹⁰ Proposition 1975/76:105 Bilaga 1 med förslag till arbetsrättsreform m.m., s. 497 f, se också SOU 1982:60 MBL i utveckling, s. 175.

huvud taget ska läggas ut på entreprenad eller om det är lämpligare att bedriva det i egen regi hör inte hemma här. Det är en fråga för vanliga samverkansförhandlingar enligt 11 § eller 12 § som bör vara avklarade när entreprenadförhandlingarna blir aktuella. Syftet med den här förhandlingen är att komma fram till om det är en seriös entreprenör och kanske också om arbetsgivaren ska ställa några särskilda krav på den tilltänkta entreprenören för att kunna anlita denne. Ytterst är frågan om den fackliga organisationen har anledning att lägga in veto mot åtgärden enligt 39 § MBL, ifall arbetsgivaren inte låter sig övertygas av de fackliga argumenten?

Beslut om vetoförklaring kan enbart fattas av den centrala arbetstagarorganisationen. Förutsättningen är att den åtgärd som arbetsgivaren planerar ”kan antas medföra att lag eller kollektivavtal för arbetet åsidosätts eller att åtgärden på annat sätt strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde”. Det handlar alltså om att göra antaganden om något som kan komma att hända.

MBL 39 § innehåller dock en särskild begränsning av vetorätten vid offentlig upphandling. Vid offentlig upphandling får ett veto enbart grunda sig på någon av de grunder för uteslutning av leverantörer som är angivna i upphandlingslagarna, i LOU närmare bestämt i 13 kapitlet. Andra grunder för veto som kan tänkas vara tillåtna enligt 39 § kan alltså inte åberopas vid offentlig upphandling.

Om den fackliga organisationen sålunda har förklarat att arbetsgivarens planer kan antas att få sådana konsekvenser som nämns i 39 §, får arbetsgivaren inte genomföra dem. Förbudet gäller dock inte om organisationen har saknat fog för sin uppfattning, eller (i samband med upphandling) har grundat sin vetoförklaring på andra omständigheter än dem som anges i upphandlingslagarnas avsnitt om uteslutning av leverantörer.

Båda parter handlar under ett skadeståndsansvar som upprätthåller ett slags terrorbalans. Den fackliga organisationen kan bli skadeståndsskyldig om den genomdriver ett veto utan att ha fog för det, medan arbetsgivaren kan bli skadeståndsskyldig om den inte respekterar ett veto som är befogat.¹¹

4 Uteslutning av leverantörer och anbud enligt LOU

LOU innehåller dels regler om uteslutning av leverantörer, som alltså rör anbudsgivarna själva och deras vandel, dels regler om förkastande av anbud ifall de är onormalt låga. Bådadera kan tjäna samma syften som entreprenadreglerna i MBL, men ansvaret för att tillämpa dem ligger på den upphandlande myndigheten.

¹¹ AD 1978 nr 109 (Tipp & Kran) och AD 1979 nr 31 (Steamex).

4.1 Uteslutning av leverantörer

Reglerna om uteslutning av leverantörer finns i kapitel 13 LOU. I vissa fall är myndigheten skyldig att utesluta en leverantör, i andra fall är det frivilligt.

Obligatoriska uteslutningsgrunder är att leverantören, genom en lagakraftvunnen dom, är dömd för något av de allvarliga brott som räknas upp i 13 kap. 1 §. Det är framför allt ekonomiska brott, exempelvis sådana som innefattar organiserad brottslighet, mutbrott, vissa typer av bedrägerier, penningtvätt eller finansiering av terrorism, men också människohandel.

Det är också (i princip) obligatoriskt att utesluta en leverantör som inte har fullgjort sina skyldigheter att betala skatt eller socialförsäkringsavgifter i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker, förutsatt att detta har fastställts genom ett bindande domstolsavgörande eller myndighetsbeslut som har fått laga kraft. Det är dock inte nödvändigt att det finns något sådant lagakraftvunnet beslut för att leverantören ska kunna uteslutas. Det är möjligt att göra det också om myndigheten på "ett annat lämpligt sätt" kan visa att leverantören inte har fullgjort dessa skyldigheter.

Reservationen "i princip" ovan beror på att det i 13 kap. 5 § finns ett undantag. Om leverantören senare har betalat de skatter och socialförsäkringsavgifter som den var skyldig, inklusive ränta och sanktionsavgifter, eller ingått en bindande överenskommelse om att betala, ska leverantören inte uteslutas.

I 13 kap. 3 § räknas en lång rad omständigheter upp som kan leda till uteslutning av leverantörer, men där det inte är obligatoriskt. Myndigheten bestämmer alltså själv. Först på listan, och särskilt intressant ur facklig synvinkel, står att en leverantör kan uteslutas om myndigheten "kan visa" att leverantören har åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

Innan myndigheten beslutar att utesluta en leverantör ska den ge leverantören tillfälle att yttra sig. Om denna då kan visa att den är tillförlitlig, exempelvis genom att den har ersatt de skador som har orsakats av brottet eller missförhållandet eller vidtagit konkreta tekniska, organisatoriska och personmässiga åtgärder som är ägnade att förhindra en upprepning, ska den inte uteslutas. När myndigheten bedömer om åtgärderna är tillräckliga ska den ta hänsyn till hur allvarligt brottet eller missförhållandet var och de särskilda omständigheterna kring dessa. Påföljden, det vill säga en uteslutning, ska alltså inte vara oproportionerlig i förhållande till vad leverantören har gjort sig skyldig till.

4.2 *Onormalt låga anbud*

Reglerna om onormalt låga anbud finns i kapitel 16 om Utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt. Om ett anbud förefaller lägre än normalt ska myndigheten, enligt 16 kap. 7 §, begära att anbudsgivaren förklarar hur priset kan vara så lågt. Bland annat kan den fråga hur leverantören tänker fullgöra sina miljö- social- eller arbetsrättsliga skyldigheter under kontraktet. Om leverantören inte kan ge en tillfredsställande förklaring ska anbudet förkastas. I paragrafens sista stycke framhålls särskilt att det ska förkastas om myndigheten finner att det låga priset beror på att anbudet inte stämmer överens med tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter.

5 Hur användbar är vetorätten?

Under de första tio åren efter att MBL hade trätt i kraft avgjorde Arbetsdomstolen tio mål om vetorätten, och efter 1987 har AD inte haft fler än två sådana mål. Rättspraxis är alltså sparsam men gör ändå klart att vetorätten har begränsad användbarhet. Bara en enda gång under de drygt 40 år som MBL har existerat, har AD kommit fram till att den fackliga organisationen haft fog för ett veto.

5.1 *Vetot obefogat trots att entreprenören brutit mot arbetstidsreglerna*

Det allra första målet, AD 1978 nr 109, blev ett ordentligt bakslag för den fackliga sidan. Inte bara var vetot obefogat, Handelsanställdas förbund hade gjort en så klar och tydlig missbedömning att förbundet dömdes att betala skadestånd trots att det också fanns förmildrande omständigheter.

Upprinnelsen till tvisten var att VVS-företaget Ahlsell AB ville lägga ut transporter som dittills skötts av företagets egna anställda på åkeriföretaget Tipp & Kran. Arbetet omfattades av kollektivavtalet för lagerpersonal och chaufförer inom grosshandeln. Som stöd för sitt veto mot åtgärden åberopade Handels två omständigheter som gjorde det antagligt att entreprenaden skulle komma att bryta mot lag och kollektivavtal för arbetet. För det första hade Tipp & Kran vid tre tillfällen de senaste två åren anmälts till åtal av Yrkesinspektionen för att ha brutit mot reglerna om arbetstid vid vägtransporter och vissa andra trafikföreskrifter. För det andra skulle det vara omöjligt att utföra frakterna på det sätt som det var tänkt utan att bryta mot arbetstidsreglerna i lag och kollektivavtal.

Inget av detta räckte, enligt AD. När det gällde trafikförseelserna bestod ett fall i att chauffören inte hade arbetstidsbok med sig, i ett annat fall saknades både arbetstidsbok och färdskrivare, och även i det tredje fallet saknade chauffören

arbetstidsbok, och hade dessutom försummat att byta diagramblad i färdskrivaren. På grundval av dessa förseelser var det ”uppenbarligen” inte möjligt att dra några slutsatser om huruvida Tipp & Kran kunde antas åsidosätta arbetstidsreglerna i fortsättningen om man betraktade dem som enstaka isolerade händelser. Enligt AD stod det klart att det var så de hade uppfattats vid den rättsliga prövning som hade skett. Ett fall hade lett till åtalseftergift, i ett annat fall till 100 kr i böter för företaget och 400 kr för chauffören. Det tredje fallet hade ännu inte prövats slutligt. För att kunna anta att dessa förseelser var ett uttryck för att Tipp & Kran regelmässigt bröt mot arbetstidsreglerna hade det behövts ytterligare utredning än de tre rapporterna från Yrkesinspektionen.

När det gäller uppläggningsen av transporterna resonerar AD på ett liknande sätt om möjligheter att dra slutsatser för framtiden av de omständigheter som den fackliga organisationen pekade på. Frågan för AD var om den tilltänkta uppläggningsen av transporterna verkligen skulle leda till att Tipp & Kran mer frekvent skulle komma att bryta mot arbetstidsbestämmelserna, och domstolen besvarar den nekande. Om förbundet skulle ha rätt sin kritik mot upplägget skulle visserligen de ekonomiska kalkyler som låg till grund för entreprenadavtalet visa sig felaktiga. Detta skulle dock inte göra det sannolikt att Tipp & Kran skulle komma att överträda arbetstidsreglerna istället för att modifiera systemet är AD:s slutsats.

Domen illustrerar vad jag uppfattar som stötestenen i vetorätten, nämligen svårigheterna med att förutsäga hur en aktör ska uppträda i fortsättningen enbart utifrån vad den har gjort tidigare.

5.2 Vetot befogat trots att entreprenören inte bröt mot lagen

AD:s andra avgörande om vetorätten, AD 1979 nr 31 är det enda hittills där domstolen ansett ett veto befogat. Målet skilde sig från det föregående på så sätt att de omständigheter som Byggnadsarbetareförbundet åberopade för att lägga in veto förelåg samtidigt som arbetsgivaren, AB Steamex, tog upp entreprenadförhandlingarna.

Steamex ville anlita det finska företaget PPTH för rörinstallationer vid kärnkraftverket Forsmark II. Byggnads lade in veto med motiveringen att den tilltänkta entreprenaden skulle stå i strid mot lagen om olaga arbetsförmedling (det vill säga ut- och inhyrning av arbetskraft), men Steamex bröt igenom vetot.

Arbetsdomstolen konstaterade att förbundet måste kunna visa på positiva omständigheter som talar för att entreprenaden skulle komma att strida mot lagen om olaga arbetsförmedling. Det räcker inte med lösa antaganden, men det krävs inte heller att förbundet visar att den faktiskt strider mot lagen. Det rör sig om

svårbedömbara förhållanden och arbetstagersidan måste ges en inte alltför snäv marginal för sin bedömning, om inte syftet med reglerna ska gå förlorat.

Byggnads hade pekat på tre omständigheter. För det första var entreprenadavtalet utformat på ett sätt som kunde tyda på att det handlade om uthyrning av arbetskraft, vilket AD höll med om. När förbundet lade in sitt veto visste det för det andra att det pågick en polisutredning mot PPTH om ett tidigare misstänkt brott mot lagen om olaga arbetsförmedling. För det tredje hade företrädare för förbundet rådgjort med Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) innan vetoförklaringen skickades iväg och AMS gjorde senare preliminärt samma bedömning som Byggnads. Därmed var vetot befogat – trots att AD så här i efterhand kunde konstatera att entreprenaden (som ju hade genomförts trots vetot) inte stred mot lagen.

5.3 Brottet måste ha samband med arbetet och entreprenaden

Ytterligare ett avgörande om vetorättens gränser är värt att nämna, AD 1983 nr 2, Svenska arbetsgivareföreningens allmänna grupp mot Svenska industritjänstemannaförbundet (SIF).

Bakgrunden var att Sveriges television (SVT) planerade att samproducera en serie program om musikkulturen i ”tredje världen” med ett utomstående produktionsbolag. Den del av produktionen som produktionsbolaget skulle stå för skulle bekostas med ett bidrag från SIDA. SIF lade in veto mot arbetsgivarens planer med motiveringen att det skulle strida mot radiolagens krav på opartiskhet att låta SIDA bekosta en del av programmet.

SVT hävdade i AD att radiolagen inte är en sådan lag som 39 § MBL syftar på. Genom entreprenadreglerna har lagstiftaren velat komma till rätta med kringgående av arbetstagarbegreppet och de oseriösa entreprenörerna, och frånsatt skattelagstiftningen syftar 39 § enbart på lagar som har arbetsrättslig anknytning, menade SVT.

Det höll domstolen i och för sig inte med om, men kom ändå fram till att vetot saknade fog. Radiolagen handlar nämligen enbart om sändningen av programmen, inte om hur de ska produceras. Det lagbrott som SIF ansåg skulle bli konsekvensen hade därmed inte något sådant samband med arbetet eller det faktum att SVT anlätade ett utomstående företag som 39 § förutsätter. Det eventuella lagbrottet skulle uppstå först när programmen sändes. Om en facklig organisation skulle ha rätt att lägga in veto i ett sådant fall skulle den ha befogenhet att rent allmänt övervaka lagenligheten av arbetsgivarens verksamhet via vetorättsreglerna. En sådan allmän övervakningsuppgift kan inte grundas på MBL:s vetorättsregler, slog domstolen fast.

6 Entreprenadreglerna och reglerna om uteslutning av leverantörer och anbud

Av genomgången ovanför bör det ha framgått att det är en grannlaga uppgift för den fackliga organisationen att avgöra om det är möjligt att utnyttja vetorätten enligt MBL 39 §. Det är svåra bedömningar som går ut på att spå hur en tilltänkt entreprenör kan komma att handla (är det en förhärdad fifflare eller har den lärt sig en läxa av att ha åkt fast?) och bedömningen görs under skadeståndsansvar. Så hur ska en offentliganställd facklig företrädare tänka om hen vill förhindra att ett offentligt kontrakt tilldelas en oseriös leverantör?

Till att börja med gäller det att inte stirra sig blind på vetorätten. Även om den inte är så användbar förefaller förhandlingsrätten enligt 38 § MBL faktiskt vara ett ändamålsenligt verktyg. Genom att utnyttja förhandlingsrätten kan den fackliga organisationen begära att arbetsgivaren skaffar fram sådana upplysningar som den behöver för att kunna avgöra om leverantören är seriös eller ej. Kanske kan facket i sin tur bidra med information som de som ansvarar för upphandlingen inte känner till om hur leverantören sköter sina åligganden mot de anställda. På så sätt kan arbetsgivaren bli tvungen att göra kontroller som inte hade blivit av annars – vetorätten finns ju ändå där som ett abstrakt hot.

I den bästa av världar slutar förhandlingen med att parterna blir överens om bedömningen av den tilltänkta leverantören. Om slutsatsen är att denne bör uteslutas från upphandlingen finns det ingen anledning att grubbla på om den fackliga organisationen kan ha fog för att lägga in veto. Då stöder man sig i stället på upphandlingslagarnas regler om uteslutning av leverantörer.

Ur facklig synvinkel har det flera fördelar. En är förstås att den fackliga organisationen då slipper ta ansvar för att bedömningen är riktig. Det ansvaret ligger på den upphandlande myndigheten. En annan fördel är att det tycks enklare att utesluta en anbudsgivare med stöd av upphandlingsreglerna än med stöd av vetorätten. Här behövs inga antaganden om vad som kan tänkas inträffa om arbetsgivaren fullföljer sina planer, här räcker det som utgångspunkt att kunna visa att leverantören gjort sig skyldig till brott eller någon annan regelöverträdelse. Leverantören kan visserligen undgå uteslutning om den sedan har bättrat sig, men bevisbördan för det ligger på leverantören själv.

Men låt säga att förhandlingen enligt 38 § MBL slutar i oenighet. Den fackliga organisationen anser att leverantören bör uteslutas, men de som ansvarar för upphandlingen håller inte med. Då återstår inget annat än vetorätten. När den fackliga organisationen då överväger ifall den ska utnyttja vetorätten har den särskild anledning att fundera på hur mycket det ligger i arbetsgivarsidans argument. En vetoförklaring i samband med offentlig upphandling får ju inte grunda sig på andra

omständigheter än dem som anges i upphandlingslagarnas regler om uteslutning av leverantörer – och arbetsgivaren anser att omständigheterna inte är sådana.

Till sist ska tilläggas att vetorätten i samband med offentlig upphandling enbart kan grunda sig på de omständigheter som anges i upphandlingslagarnas regler om uteslutning av *leverantörer*. Reglerna om förkastande av *onormalt låga anbud* kan aldrig åberopas som stöd för fackligt veto. Ett beslut om att förkasta ett anbud för att det är onormalt lågt kan bara den upphandlande myndigheten fatta.