Stockholm 2017-04-04

**Angående propositionen om arbetsrättsliga villkor vid upphandling
(prop. 2016/17:163)**

I propositionen föreslås bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter och enheter i upphandlingar ska ställa villkor avseende lön, semester och arbetstid, om det är behövligt och de går att fastställa. De centrala bestämmelserna återfinns i 17 kap. 2-5 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), 16 kap. 2-5 §§ lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och 14 kap. 2-5 §§ lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK). De två förstnämnda lagarna ersätter äldre lagstiftning, medan LUK innebär en reglering av ett tidigare oreglerat område. De innebär kortfattat att upphandlande myndigheter under vissa förutsättningar är skyldiga att kräva att leverantören fullgör kontraktet enligt villkor om lön, semester och arbetstid som är i nivå med ett centralt kollektivavtal eller lag.

**Ikraftträdande av reglerna**

Reglerna föreslås träda i kraft den 1 juni 2017. Några övergångsbestämmelser med innebörden att de ska gälla för upphandlingar som påbörjas efter det datumet föreslås däremot inte. Det bör betonas att sådana ikraftträdande- eller övergångsbestämmelser tidigare har tillämpats regelmässigt vid lagstiftning på upphandlingsområdet.

I frågan om tillämplig lagstiftning på det förvaltningsrättsliga området har Högsta domstolen uttalat följande om nya bestämmelsers ikraftträdande (NJA 2012 s. 559). Det aktuella målet gällde kommunalt veto vid tillståndsgivning enligt miljöbalken:

*”5. Frågan om i vilka ärenden bestämmelsen om kommunalt veto ska tillämpas bör bedömas med ledning av allmänna förvaltningsrättsliga grundsatser. Enligt dessa ska, beträffande såväl förfarandet som prövningen i sak, i regel de föreskrifter tillämpas som är i kraft när prövningen sker. Det gäller även vid prövning av överklaganden av beslut som har fattats före ikraftträdandet (se bl.a. RÅ 1988 ref. 132 och RÅ 1996 ref. 57).*

*6. För den som ansöker om tillstånd till anläggningar för vindkraft innebär den kommunala vetorätten inte någon ny allvarlig begränsning i möjligheterna att få tillstånd jämfört med det krav på bygglov som gällt tidigare. Några andra vägande skäl mot en tillämpning av bestämmelsen på gamla ärenden finns inte heller (jfr RÅ 1988 ref. 132 och RÅ 1996 ref. 57). Eftersom bestämmelsen om kommunal vetorätt inte har försetts med någon övergångsbestämmelse och något annat inte framgår av förarbetena, ska den därför tillämpas vid prövning av överklaganden efter ikraftträdandet även i de fall då det överklagade beslutet har fattats dessförinnan.”*

Huvudregeln är alltså att de regler som är tillämpliga vid tidpunkten för prövningen gäller. Det finns förvisso undantag från huvudregeln som kommit till uttryck i praxis, men det saknas praxis som ger något egentligt stöd för att reglerna inte ska tillämpas i ett fall som det förevarande. Det är också svårt att motivera en sådan tillämpning utifrån exempelvis rättssäkerhet och rättvisa (jfr t.ex. RÅ 2003 ref. 88). Det finns heller inget motsvarande förbud mot retroaktivt tillämplig lagstiftning som det inom straffrätten.

Ledning för hur reglerna ska tillämpas kan även sökas i propositionen. Regeringen anför följande om ikraftträdande- och övergångsbestämmelser (prop. 2016/17:163 s. 60):

**Skälen för regeringens förslag**: Förslagen i denna proposition utgör kompletteringar till och ändringar av de nya lagarna om upphandling som trädde i kraft den 1 januari 2017. Förslagen bör därför träda i kraft så snart som möjligt. Den tidigaste tidpunkten det kan ske bedöms vara den 1 juni 2017. Genom förslagen genomförs fullt ut de nya upphandlingsdirektiven. Några behov av övergångsbestämmelser finns inte.

En tolkning av förarbetena ger inget stöd för att de nya bestämmelserna endast ska gälla för upphandlingar som påbörjas efter att reglerna trätt ikraft. Tvärtom vill regeringen att de ska träda ikraft så snart som möjligt. Det kan även argumenteras för att det förhållandet att övergångsbestämmelser införts beträffande andra delar av den nya lagstiftningen, talar för att frågan om övergångsbestämmelser varit föremål för övervägande även beträffande de nya bestämmelserna, och att sådana inte befunnits nödvändiga. (för ett liknande resonemang, se NJA 2012 s. 559, justitiesekreterarens förslag till dom, p. 7).

Det saknas i nuläget anledning att utförligt utreda möjligheterna till undantag från huvudregeln i just detta fall, eftersom det i vart fall står klart att det är sannolikt att de nya reglerna ska tillämpas även för upphandlingar som påbörjats innan ikraftträdandet. Eftersom det ännu finns möjlighet att ändra lagförslaget är det mer relevant att utreda och belysa konsekvenserna av om det skulle antas med föreslagen lydelse.

**Konsekvenser av att övergångsbestämmelser saknas och förslag till lösning**

Om en upphandling påbörjats innan ikraftträdandet, men inte innehåller sådana arbetsrättsliga villkor som de nya bestämmelserna kräver, är risken uppenbar att detta betraktas som ett upphandlingsfel vid en rättslig prövning. En leverantör som vill att upphandlingen ska göras om kan då grunda en ansökan om överprövning på det faktum att arbetsrättsliga villkor inte ställts.

Vid ikraftträdande den 1 juni kommer upphandlande myndigheter dessutom fortfarande att i stor utsträckning tillämpa de gamla lagarna, LOU och LUF. Det är nämligen inte ovanligt att upphandlingar tar över ett år att genomföra. Effekten kan således bli att den upphandlande myndigheten enligt de olika övergångsbestämmelserna ska tillämpa gamla LOU för upphandlingen som helhet medan nya LOU gäller för de arbetsrättsliga villkoren. Detta kommer att leda till direkta konsekvenser för upphandlande myndigheter, inklusive förseningar i försörjningen av varor och tjänster till offentlig sektor. Därtill uppstår oklarhet och krångel för leverantörerna.

Upphandlingar som är under annons, utvärdering eller tilldelning när de arbetsrättsliga villkoren blir obligatoriska måste sannolikt avbrytas och annonseras på nytt. De arbetsrättsliga villkoren ska ju enligt de föreslagna lagbestämmelserna finnas med i annonsen. Att på detta sätt indirekt ålägga upphandlande myndigheter att ta fram arbetsrättsliga villkor för alla upphandlingar som eventuellt kommer att pågå den 1 juni innebär en omfattande administrativ belastning vilket ett fåtal har beredskap för.

Upphandlingar som är föremål för överprövning vid tidpunkten för ikraftträdandet måste sannolikt avbrytas om sökande leverantör för in i processen att upphandlingen saknar obligatoriska arbetsrättsliga villkor.

Vi ser det sammanfattningsvis som mycket angeläget att genom en sedvanlig övergångsbestämmelse minska risken för försenade upphandlingar, administrativt krångel och onödiga överprövningar. Vi uppmanar Finansutskottet att föreslå ett tillägg till propositionen Arbetsrättsliga villkor vid upphandling (prop. 2016/17:163) som anger att ”lagen gäller för sådana upphandlingar som har påbörjats efter ikraftträdandet”.

Vänliga hälsningar

Eva-Lotta Löwstedt Lundell Emma Breheim
VD Ordförande
SKL Kommentus Sveriges Offentliga Inköpare