

Malmö stad
205 80 Malmö

Vita jobb-modellen i Malmö stad

Konkurrensverkets beslut

Konkurrensverket skriver av ärendet.

Ärendet

Konkurrensverket har tagit emot ett klagomål om att ni använder ett fackförbund som ombud för att följa upp de krav som ställts i er upphandling av bevakningstjänster. I upphandlingen har ni tillämpat den så kallade Vita jobb-modellen. Det är en modell som har utarbetats från fackligt håll för att underlätta för upphandlande myndigheter att inkludera villkor i nivå med kollektivavtal i offentliga upphandlingar.

Ni har uppgett att ni använder Vita jobb-modellen för att säkerställa att era leverantörer uppfyller väsentliga lagregler och inte tillämpar sämre villkor än vad som följer av gällande branschavtal. Modellen bygger på att den upphandlande myndigheten genom särskilda kontraktsvillkor ställer krav på att vissa arbets- och anställningsvillkor i för arbetet tillämpligt kollektivavtal ska tillämpas under avtalstiden. För den här upphandlingen gäller villkor ur *Avtal 48, Kollektivavtal – Säkerhetsföretag 2013* mellan Svenska Transportarbetareförbundet och Almega Tjänsteförbunden.

Ni har tecknat avtal med Svenska Byggnadsarbetareförbundet så att dessa som ombud för er ska följa upp de krav som ställts i upphandlingen. Fackförbundet är enligt avtalet skyldigt att iaktta sekretess beträffande den information som förbundet får genom uppföljningen och har inte rätt att använda informationen för annat ändamål än vad som framgår av ert avtal. Fackförbundet har inte heller rätt att utföra kontroller på eget initiativ eller med annan omfattning än vad som följer av avtalet och de särskilda kontraktsvillkoren.

I vår utredning har framkommit att avtalsuppföljningen genomförs av en särskilt utvald person som genom ett avtal med er utför kontrollerna. Personen i fråga är inte förtroendevald utan arbetar som ombudsman och avlönas av fackförbundet.

Adress 103 85 Stockholm
Besöksadress Torsgatan 11
Telefon 08-700 16 00
Fax 08-24 55 43
konkurrensverket@kkv.se

Avtalsuppföljningen går i praktiken till så att personen granskar leverantörens lönespecifikationer, personalliggare, inbetalningar av arbetsgivaravgifter och skatter. Uppgifterna överlämnas sedan till den upphandlande myndigheten som ansvarar för avtalsuppföljningen.

Skäl för beslutet

Konkurrensverket bedömer att det inte är motiverat att fortsätta utreda ärendet. Bedömningen grundar sig på förhållandet mellan hur allvarlig en eventuell överträdelse är och möjligheten att effektivt ingripa mot en sådan.

Upphandlande myndigheter har stor frihet att definiera föremålet för kontraktet och ta sociala hänsyn utifrån sina egna preferenser och behov. Den hänsyn som den upphandlande myndigheten tar i samband med utformandet av sin upphandling måste dock vara förenlig med bestämmelserna om den inre marknaden samt med de allmänna rättsprinciperna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande.

När en upphandlande myndighet inkluderar sociala hänsyn i en offentlig upphandling är den skyldig att försäkra sig om att de krav som ställs är kopplade till det som ska upphandlas och är möjliga att kontrollera och följa upp. Kraven får inte heller vara godtyckliga eller uppenbart osakliga.

Om man som upphandlande myndighet vill ställa arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal kan man använda sig av så kallade särskilda kontraktsvillkor, som innebär att den eller de leverantörer som vinner kontraktet ska uppfylla villkoret under kontraktstiden. Kravet på koppling till kontraktsföremålet innebär i denna del att villkoren ska avse det kontrakt som upphandlas. Bestämmelser om särskilda kontraktsvillkor finns i 6 kap 13 § i LOU.

Alla leverantörer måste kunna ta del av kraven

Om en upphandlande myndighet hänvisar till arbets- och anställningsvillkor i kollektivavtal förutsätter det att alla leverantörer kan ta del av villkoren. Detta kan vara ett praktiskt problem eftersom kollektivavtalen som regel inte är allmänt tillgängliga. För det faller att kollektivavtalet är tillgängligt måste det också vara klart och tydligt formulerat.

En annan förutsättning för att kunna ställa sådana villkor är att de ska vara möjliga att följa upp. Även av detta skäl är det viktigt att villkoren formulerats tydligt. Att enbart hänvisa till vad som gäller enligt kollektivavtal är inte tydligt.

Ni har vid annonseringen hänvisat till aktuellt kollektivavtal. Det framgår även av de särskilda kontraktsvillkoren vilka av kollektivavtalets bestämmelser som ska tillämpas vid fullgörandet av kontraktet. Konkurrensverket noterar att kollektivavtalets längd är kortare än avtalstiden för den aktuella upphandlingen. För att undvika tolkningsproblem bör därför regleras redan i

förfrågningsunderlaget vad som gäller när kollektivavtalets giltighetstid har löpt ut, vilket inte har skett. Sett till hur allvarlig en eventuell överträdelse är bedömer Konkurrensverket dock att det inte finns skäl som motiverar ytterligare utredningsinsatser.

Allmänt om kollektivavtalsliknande villkor i gränsöverskridande situationer

Upphandlingar av B-tjänster och upphandlingar som underskrider direktivens tröskelvärden regleras i huvudsak endast i nationell rätt. Det förekommer dock att nationellt reglerade upphandlingar har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Det innebär att tilldelningen av kontraktet är av intresse även för leverantörer i andra medlemsstater. Tilldelningen av sådana kontrakt omfattas av EUF-fördragets bestämmelser och av de allmänna rättsprinciperna.

En omständighet som kan tala för att det föreligger ett gränsöverskridande intresse är om avtalets värde är så stort att det kan göra det intressant för leverantörer från andra länder att delta. En annan omständighet är om uppdraget ska utföras på en sådan geografisk plats att uppdraget kan vara lämpligt för utländska leverantörer. Motsatsvis kan gälla att om upphandlingen är av lågt värde eller om det ur geografisk synvinkel är opraktiskt att utföra uppdraget med personal från ett annat medlemsland kan intresset att använda utstationerad personal för att utföra uppdraget minska.

När det finns ett gränsöverskridande intresse och det är fråga om ett kontrakt som bedöms kunna utföras av utstationerad arbetskraft är upphandlande myndigheter skyldiga att följa utstationeringslagen. Denna lag gäller när en arbetsgivare som är etablerad i ett annat land än Sverige tillfälligt utstationerar arbetstagare här i landet i samband med utförandet av kontraktet.

Om kontraktet kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft kan upphandlande myndigheter inte kräva andra eller mer långtgående arbets- och anställningsvillkor än den så kallade "hårda kärnan" så som den framgår av 5 § utstationeringslagen (minimilöner, arbetstid, semester m.m.).¹ I de fall det förekommer anbudsgivare med utstationerad arbetskraft och anbudsgivare med inhemsk arbetskraft är det Konkurrensverkets uppfattning att dessa ska behandlas lika eftersom de befinner sig i lika situationer om de kan tillhandahålla kontraktets föremål. Enligt EU-domstolens rättspraxis kan en olik behandling dock motiveras om det föreligger "sakliga skäl" för detta. Konkurrensverket konstaterar att en sådan bedömning måste göras i det enskilda fallet och att det saknas vägledande praxis i frågan när det kan anses föreligga sakliga skäl till en olik behandling av utstationerade arbetstagare.²

¹ Utstationeringslagen (1999:678) genomför Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

² Se bl.a. de förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabrizio*, punkt 27, och däri angiven praxis.

Det är svårt att på förhand avgöra om det finns ett gränsöverskridande intresse och om det kan bli aktuellt med utstationerade arbetstagare. I de fall då den upphandlande myndigheten bedömer att en utstationering kan bli aktuell måste den ta höjd för att kraven på arbets- och anställningsvillkor är i enlighet med den hårda kärnan. Om den upphandlande myndigheten ställer krav som går utöver den hårda kärnan, trots att det finns anbudsgivare som vill använda utstationerad arbetskraft, kan detta medföra att upphandlingen genomförs i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Konkurrensverket har inte närmare utrett frågan om det i den specifika upphandlingen av bevakningstjänster vare sig finns ett gränsöverskridande intresse eller en utstationeringssituation. Skulle det bedömas finnas kan det diskuteras om kravet på permitteringslön faller inom den hårda kärnan. Bedömningen av vad som omfattas av begreppet minimilön skiljer sig dock från fall till fall eftersom medlemsländerna själva definierar innehållet.³ Det synes inte heller vara en vanligt förekommande situation för utstationerade arbetstagare.

Uppföljning

Ett grundläggande krav på särskilda kontraktsvillkor är att de är kontrollerbara. Detta framgår av EU-domstolens avgörande i målet EVN och Wienstrom.⁴ I målet konstaterade domstolen att en upphandlande myndighet som ställer ett krav, och anger att den varken ämnar eller har möjlighet att verkligen kontrollera att den information som lämnas av anbudsgivarna är korrekt, åsidosätter principen om likabehandling. Detta eftersom ett sådant krav inte är förenligt med ett öppet och objektivt upphandlingsförfarande.

Det finns ingen lagstadgad skyldighet för upphandlande myndigheter att kontrollera samtliga ställda krav och villkor. Däremot är det förstås viktigt att upphandlande myndigheter har en möjlighet att genomföra kontroller av de krav och villkor som inkluderats i upphandlingskontraktet. Om avtalsuppföljning uteblir riskerar detta att gynna oseriösa leverantörer och snedvrider konkurrensen. En väl genomtänkt avtalsuppföljning är också ett sätt för den upphandlande myndigheten att visa respekt för leverantörerna, bekräfta att den menar allvar och skapa en bra avtalsrelation parterna emellan.

Det finns emellertid inga bestämmelser i det upphandlingsrättsliga regelverket som anger *hur* upphandlande myndigheter ska följa upp ställda krav och kontraktsvillkor. Lagstiftaren synes istället ha utgått från att upphandlande myndigheter följer upp att villkoren uppfylls på det sätt som dessa finner lämpligt. Upphandlande myndigheter har därför stort utrymme att själva välja hur de följer upp sina kontrakt. Den yttersta ramen för hur uppföljningen får bedrivas utgörs av de upphandlingsrättsliga principerna.

³ Se art 3.1 i rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁴ Se mål C-448/01 EVN och Wienstrom,

Det kan inte förutsättas att upphandlande myndigheter alltid har de resurser som krävs för att genomföra all uppföljning i egen regi. Beroende på vilka krav och villkor som ska följas upp kan uppföljningen exempelvis kräva specifik kunskap och erfarenhet inom ett visst område. Om den upphandlande myndigheten inte förfogar över sådan kunskap inom sin organisation finns det inget som hindrar att myndigheten tar hjälp av ett ombud för uppföljning.

Ni har i de särskilda kontraktsvillkoren angett att ni har rätt att själva eller genom ombud kontrollera att de i upphandlingen angivna villkoren uppfylls. Upphandlande myndigheter har utrymme att, inom avtalets ramar, bestämma vem som kommer genomföra uppföljningen även efter det att förfrågningsunderlaget har publicerats. I många fall är det till exempel inte möjligt att veta på förhand vem som kommer att tilldelas uppdraget. Så kan vara fallet om man väljer att upphandla tjänsten eller avropa den från ett ramavtal. Vem som genomför uppföljningen kan också komma att ändras under kontraktstiden. Om den upphandlande myndigheten redan på förhand vet vem som faktiskt kommer genomföra uppföljningen så är det dock lämpligt om detta framgår av förfrågningsunderlaget.

Det är alltid den upphandlande myndigheten som ansvarar för uppföljningen, oavsett om uppföljningen sker i egen regi eller med hjälp av en extern part. När en upphandlande myndighet tar hjälp av ett ombud är det viktigt att säkerställa att uppföljningen kan genomföras på ett oberoende sätt, det vill säga att ombudet inte har några egenintressen eller har för nära relation med leverantören. Den upphandlande myndigheten bör därför tydligt reglera vad som ingår ombudets uppdrag.

Oavsett om den upphandlande myndigheten genomför uppföljningen i egen regi eller tar hjälp av ett ombud gäller emellertid som utgångspunkt att villkoren för uppföljningen är desamma. Ombudet är naturligtvis även skyldigt att iakttas samma lagregler som den upphandlande myndigheten själv hade varit vid uppföljningen. En leverantör behöver inte finna sig i att ett ombud tar ovidkommande hänsyn eller vidtar oproportionerliga utredningsåtgärder. Det är en annan sak att ett ombud av olika skäl kan tänkas gå utöver myndighetens uppdrag genom att exempelvis begära ut information som inte har någon koppling till kontraktsföremålet. En leverantör kan då neka att lämna ut sådana uppgifter med hänvisning till att kravet på utlämnade inte är förenligt med avtalet. En sådan invändning får emellertid lösas genom kontraktsrättsliga bestämmelser. En leverantör har i en sådan situation möjlighet att vidta åtgärder mot sin avtalspart.

Konkurrensverket bedömer inte att eventuella framtida tvister avseende tillämpningen av det särskilda kontraktsvillkoret påverkar upphandlingens förenlighet med upphandlingsreglerna.

Slutsats


Den utredning som gjorts talar inte för att Malmö stads anlitan­de av ombud enligt Vita job­b-modellen innebär en överträdelse av upphandlingsreglerna. Som ovan nämnts har någon slutgiltig bedömning inte gjorts avseende en eventuell brist på tranparen­sen eller utstationeringsreglernas tillämpbarhet i stadens upphandling av bevakningstjänster. I dessa hänseenden bedömer Konkurrensverket att en eventuell överträdelse inte är av sådan allvarlig art att det finns skäl att utreda ärendet vidare.

Konkurrensverket skriver därför av ärendet.

Detta beslut har fattats av generaldirektören. Föredragande har varit Magnus Johansson.



Dan Sjöblom



Magnus Johansson

Detta beslut publiceras på Konkurrensverkets webbplats

Kopia:
Svenskt Näringsliv