



Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling

RAPPORT 2015:6

Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling

Konkurrensverkets rapportserie 2015:6

Konkurrensverket juni 2015

Utredare: Lisa Sennström (projektledare), Emma Göransson, Henrik Grönberg och Anna Hagersten.

ISSN-nr 1401-8438

E-print, Stockholm 2015

Foto: Matton Images

Förord

Sedan 1 juli 2014 har Konkurrensverket organiserat det samlade statliga upphandlingsstödet. I detta uppdrag ingår bland annat de frågor som rör hållbar upphandling. Frågan om det är möjligt att ställa krav på kollektivavtal eller om det är möjligt att inkludera kollektivavtalsvillkor vid offentlig upphandling, har under lång tid varit omdiskuterad i Sverige. Konkurrensverket initierade därför redan sommaren 2014 som ett av de första projekten för det samlade upphandlingsstödet det projekt som har resulterat i denna rapport.

Att frågans aktualitet inte avtagit är tydligt, inte minst sedan regeringen i december 2014 tillsatte en utredning, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.¹

Rapporten identifierar så långt vi ansett det görligt de rättsliga möjligheter det finns att beakta arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, samt hur upphandlande myndigheter som önskar genomföra upphandlingar med sådana villkor praktiskt kan gå till väga. Det är dessa, i flera hänseenden svåra och komplexa, frågor som vi belyser i denna rapport. Samtidigt är det tydligt att ytterligare klagöranden, förhoppningsvis från den tillsatta utredningen, vore önskvärt.

Konkurrensverket vill tacka de representanter från arbetsmarknadens parter, myndigheter, upphandlande myndigheter och andra intressenter som har deltagit i projektet och bidragit med värdefulla synpunkter.

Stockholm juni 2015

Dan Sjöblom
Generaldirektör

¹ Dir. 2014/162.

Innehåll

Sammanfattning	7
Summary	12
1 Inledning	17
1.1 Syfte	18
1.2 Omfattning och avgränsning	18
1.3 Innehåll och disposition	20
1.4 Samverkan	20
1.5 Var kan jag läsa mer?	20
2 Introduktion till socialt ansvarsfull upphandling	22
2.1 Innebörden av socialt ansvarsfull upphandling	23
2.2 Hur inkluderas villkor i nivå med kollektivavtal i upphandlingar i Sverige i dag?	25
3 Det arbetsrättsliga regelverket	30
3.1 Den svenska arbetsmarknadsmodellen	30
3.2 Utstationering av arbetstagare	37
3.3 Om social dumpning	44
3.4 ILO:s konvention 94 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt	45
4 Möjligheter till arbetsrättsliga villkor i det upphandlingsrättsliga regelverket	47
4.1 Det EU-rättsliga regelverket om offentlig upphandling	48
4.2 Upphandling och kollektivavtal	52
4.3 Utstationeringsdirektivets tillämplighet vid offentlig upphandling	65
4.4 Andra sätt att verka för sunda arbetsvillkor i offentliga upphandlingar	72

4.5	Kommande förändringar i upphandlingsregelverket	73
5	Att praktiskt inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal.....	78
5.1	Förankring i ledningen och organisatoriska frågor	79
5.2	Planering och prioritering av upphandlingsområden	81
5.3	Genomförande av upphandling	85
5.4	Avtalsuppföljning.....	96
	Referenser	102

Sammanfattning

Konkurrensverket vill framhålla att upphandlande myndigheter har stor frihet att definiera vad det är man vill upphandla, det vill säga vad som ska vara föremål för kontraktet som upphandlas, och ta sociala hänsyn utifrån sina egna preferenser och behov. Denna hänsyn kan bland annat avse möjligheten att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling av tjänster och byggentreprenader som utförs i Sverige.

LOU anger att upphandlande myndigheter bör beakta sociala hänsyn när upphandlingens art motiverar det. Ytterligare aspekter som förstärker att upphandlande myndigheter kan väga in sociala hänsyn är bland annat att upphandling anges vara ett styrmedel som kan användas för att nå sociala mål.² Europa 2020-strategin om smart och hållbar tillväxt för alla anger att offentlig upphandling är instrument som ska bidra till att uppnå strategins målsättningar.³ I Lissabonfördraget anges även att unionen ska verka för en hållbar utveckling som bygger på en social marknadsekonomi. Vidare har EU-domstolen genom sin rättspraxis klargjort att det finns utrymme för upphandlande myndigheter att beakta sociala hänsyn när de genomför upphandlingar, vilket förtydligades när 2004-års upphandlingsdirektiv antogs. 2014-års upphandlingsdirektiv förtydligar ytterligare den rättspraxis som utarbetats av EU-domstolen.

² Se t.ex. SOU 2013:12 *Upphandlingsutredningen, Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling*, s. 380.

³ Europeiska kommissionen (2010) *Europa 2020 – en strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM(2010) 2020 slutlig.

Konkurrensverket vill i detta sammanhang poängtera att samtliga krav, tilldelningskriterier och villkor som upphandlande myndigheter väljer att inkludera vid offentlig upphandling alltid måste vara förenliga med de allmänna unionsrättsliga principerna.

Däremot är det Konkurrensverkets uppfattning att det inte är tillåtet för upphandlande myndigheter att kräva att leverantörer ska vara bundna av kollektivavtal under kontraktstiden. Ett sådant krav står i strid mot proportionalitetsprincipen och det är även problematiskt med hänsyn till föreningsfriheten.

Frågan om och hur upphandlande myndigheter kan genomföra upphandlingar med krav och villkor i nivå med svenska kollektivavtal är i dagsläget förenad med både juridiska oklarheter och praktiska svårigheter, vilka Konkurrensverket belyser i denna rapport.

De *juridiska oklarheterna* avser i vilken utsträckning EU-rätten och den svenska arbetsmarknadsmodellen påverkar möjligheten för upphandlande myndigheter att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid upphandling. Framför allt handlar det om att klargöra hur upphandlingsregelverket förhåller sig till reglerna om utstationering av arbetskraft, som reglerar vilka arbets- och anställningsvillkor som utstationerad arbetskraft har rätt till när de tillfälligt utför arbete i ett annat land.

I utstationeringsdirektivets så kallade "hårda kärna" anges, vilket framgår av EU-domstolens rättspraxis, både golv och tak för vilka villkor som får krävas för utstationerad arbetskraft. Frågan är om den hårda kärnan utgör en begränsning för vilka villkor upphandlande myndigheter kan efterfråga och, i det fall utstationering kan bli aktuellt, om det är tillåtet att ställa olika krav på anbudsgivare med utstationerade arbetstagare respektive anbudsgivare utan

utstationerade arbetstagare. Konkurrensverket gör bedömningen att upphandlande myndigheter endast är begränsade av utstationeringsdirektivets minimivillkor i de fall det förekommer utstationering. Om någon utstationering av personal inte är aktuell, är det tillåtet att i förfrågningsunderlaget inkludera tydliga krav på arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal. 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 kontraktsföremålet. 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.

De *praktiska svårigheterna* avser framför allt tillgängligheten av kollektivavtal (alla kollektivavtal är inte offentligt tillgängliga), fastställande av vilka kollektivavtal som är tillämpliga på det aktuella arbetet (ibland kan det finnas flera tillämpliga kollektivavtal), samt identifiering av vilka kollektivavtalsvillkor som den upphandlande myndigheten kan välja att inkludera i sina förfrågningsunderlag och upphandlingskontrakt.

Kollektivavtal är framförhandlade av arbetsmarknadens parter och är avsedda för deras medlemmar. Därför finns normalt sett inte kollektivavtal offentligt tillgängliga. För att upphandlande myndigheter ska kunna inkludera arbets- och anställningsvillkor i sina upphandlingar förutsätter det att de kan ta del av kollektivavtalen. Idag är bristen på kollektivavtalens tillgänglighet ett praktiskt problem för upphandlande myndigheter. Att fastställa vilket kollektivavtal som ska vara utgångspunkt vid kravställande vid en

upphandling är också en praktisk utmaning för upphandlande myndigheter. Av den svenska modellen följer att det inte är möjligt att allmängiltigförklara kollektivavtal. Det finns inte heller någon möjlighet att peka ut ett avtal som "representativt" eller "mest representativt". Det kan därmed vara svårt för upphandlande myndigheter att identifiera vilket kollektivavtal de bör utgå ifrån vid formulering av krav och villkor i de fall det finns flera tillämpliga avtal. Ytterligare en praktisk svårighet avser att identifiera vilka nivåer av arbets- och anställningsvillkor som ska efterfrågas vid upphandling, exempelvis lön, semester och/eller andra villkor.

Vidare uppstår frågan hur upphandlande myndigheter ska förhålla sig till att anbudsgivare eventuellt har ett annat kollektivavtal än det som använts som utgångspunkt i upphandlingen. Grundläggande för den svenska modellen är att kollektivavtal anses reglera arbetsvillkoren för arbetstagarna på ett likvärdigt sätt. Krav bör inte ställas på ett sådant sätt som medför att endast företag som är bundna av ett specifikt kollektivavtal har möjlighet att delta vid upphandlingen, utan de företag som är bundna av ett annat kollektivavtal måste få fortsätta att tillämpa detta avtal. Detta ställer särskilda krav på upphandlande myndigheter när kollektivavtalsvillkoren ska omvandlas till krav och villkor i ett förfrågningsunderlag. Konkurrensverkets uppfattning är att de krav och villkor som inkluderas i den aktuella upphandlingen är de som alla anbudsgivare måste uppfylla. Det kan finnas flera möjliga tillvägagångssätt för upphandlande myndigheter i dessa situationer, exempelvis att endast efterfråga sådana villkor som samtliga anbudsgivare kan uppfylla oavsett vilket kollektivavtal de är bundna av. Ett annat alternativ är att leverantören, inom ramen för avtalet, erbjuder sina anställda bättre villkor än de villkor som följer av kollektivavtalet vid utförande av kontraktet.

Konkurrensverket konstaterar därmed att det är möjligt att inkludera villkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, men att det i dagsläget är förhållandevis svårt för upphandlande myndigheter att på ett praktiskt och effektivt sätt genomföra upphandlingar med sådana krav och villkor. På sikt ser Konkurrensverket ett behov av stöd i dessa frågor till upphandlande myndigheter, men även stöd vad gäller uppföljning och utvärdering av erfarenheterna inom detta område.

Summary

The Swedish Competition Authority wishes to stress that contracting authorities have a wide margin of discretion when deciding what to procure, i.e. the subject matter of the contract, and to take social considerations based on their own preferences and needs. Such considerations may include working and employment conditions that are on par with Swedish collective agreements when procuring services and work contracts that are to be carried out in Sweden.

The Swedish Public Procurement Act (LOU) states that contracting authorities should take social considerations into account when motivated by the nature of the procurement. Other aspects that strengthen contracting authorities' ability to take social considerations into account is for instance, that procurement is described as an instrument which can be used in order to achieve social goals.⁴ The Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth, states that public procurement is an instrument that can contribute towards achieving the strategy's objectives.⁵ The Treaty of Lisbon also states that the Union should work towards sustainable development, built on a social market economy. In addition, the European Court of Justice has through its case law, established that there is room for contracting authorities to take social considerations into account when conducting procurements, which was clarified when the 2004 procurement directives were

⁴ Please see, SOU 2013:12 *The Public Procurement Inquiry Good business – a strategy for sustainable public procurement*, p. 380, for instance.

⁵ The European Commission (2010) *Europe 2020 – A strategy for smart, sustainable, and inclusive growth*, COM (2010) 2020 final.

adopted. The 2014 procurement directives further clarifies the jurisprudence of the European Court of Justice.

In this context, the Swedish Competition Authority wishes to highlight that all requirements, contract award criteria and conditions that contracting authorities choose to include in public procurements always must be in accordance with the general principles of EU-law.

However, the Swedish Competition Authority is of the opinion that contracting authorities are prohibited to demand that suppliers must be bound by collective agreements during the contract period. Such a demand contravenes the principle of proportionality and is also problematic with regard to freedom of association.

Currently, the issue regarding whether – and how – contracting authorities can carry out procurements while including requirements and conditions that are in line with Swedish collective agreements, is both legal uncertain and practically difficult, which the Swedish Competition Authority highlights in this report.

The *legal uncertainties* concern the extent to which EU-law and the Swedish labour market model affect the possibilities for contracting authorities to include working and employment conditions that are in line with Swedish collective agreements when conducting procurements. Above all, these uncertainties concern the relationship between the procurement legislation and the regulations on posted workers, which regulate which working and employment conditions are applicable on posted workers who temporarily are working in another country.

The “hard core” of the Posting of Workers directive states – as highlighted by the Court of Justice – both the minimum and the

maximum conditions that posted workers can demand. The question is whether this hard core restricts which conditions contracting authorities can demand, and – in the event of posting of workers – whether it is permitted to set different demands on bidders with posted workers and bidders with domestic workers. According to the Swedish Competition Authority, contracting authorities are only bound by the minimum requirements in the Posting of Workers Directive in the event of a posting of workers. However, in the absence of such posting of workers, it is permitted to include clear demands regarding working and employment conditions in line with Swedish collective agreements in the contract documents. In cases where there are both bidders with posted workers, and bidders with domestic labor force, the Swedish Competition Authority concludes that they should be treated equally, as they are in a comparable situation if they can provide the subject matter of the contract. However, according to the case law from the Court of Justice, difference in treatment can be permitted on “objectively justified” grounds. According to the Swedish Competition Authority, such assessments must be handled on a case-by- case basis, and there is a lack of guiding practices regarding what reasons constitutes such grounds that justify a different treatment of bidders with posted workers. .

The *practical difficulties* mainly concern the access to collective agreements (not all collective agreements are publicly available), establishing which collective agreement is applicable regarding the work in question (sometimes there are several applicable collective agreements), as well as identifying conditions from a collective agreement that the contracting authority should choose to include in its contract documents and agreements.

In Sweden, collective agreements are negotiated by the labour markets' different parties and are intended for its members. Hence,

collective agreements are usually not publicly available. In order for contracting authorities to be able to include working and employment conditions in their procurement process, they have to have access to the collective agreements. The fact that collective agreements are not made available currently poses a practical problem for contracting authorities. Establishing which collective agreement to use as the basis of requesting certain conditions during procurement is also a practical challenge for contracting authorities. The Swedish labour model does not contain the possibility to declare a collective agreement as universally applicable. Neither is there a possibility of selecting a agreement that is “representative” or “most representative”. Thus, it can be difficult for contracting authorities to identify which collective agreement they should use when formulating demands and conditions in cases where there are several applicable collective agreements. Yet another practical difficulty concerns identifying what level of working and employment conditions are to be requested, such as salaries, vacations, and/or other terms.

Furthermore, it is unclear how contracting authorities should act when a bidder is bound by another collective agreement than the one that has been used as the basis for the procurement. A fundamental principle in the Swedish labour model is that all collective agreements are considered to regulate the workers' conditions in an equivalent manner. Demands should not be formulated in a way so that only companies bound by a certain collective agreement are able to participate in the procurement; companies that are bound by a collective agreement must be able to continue to apply that agreement. This places specific demands on the contracting authorities when they are to transform provisions in collective agreements into demands and conditions in a contract document. The Swedish Competition Authority concludes that all bidders must comply with the demands and conditions that are included in

the procurement in question. Contracting authorities have several possible courses of action for these situations, for instance only to require conditions that all bidders can meet regardless of which collective agreement they are bound by. Another alternative is for the supplier – within the framework of the agreement – to offer its employers better conditions than the conditions that follow the collective agreement during the performance of the contract

Thus, the Swedish Competition Authority concludes that it is possible to include conditions in line with Swedish collective agreements in public procurement. However, it is currently relatively difficult for contracting authorities to carry out procurements with these types of demands and conditions in a practical and effective manner. In the long term, the Swedish Competition Authority assesses that contracting authorities will need help in these matters, and also support in following up and assessing the experiences within this area.

1 Inledning

Denna rapport riktar sig till dig som vill få information och kunskap om vilka regelverk som påverkar möjligheten att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med specifika kollektivavtal som ska tillämpas vid utförandet av offentliga kontrakt. Den riktar sig även till dig som vill få information om och hur sådana villkor kan inkluderas i den praktiska upphandlingsprocessen.

Frågan om möjligheten att ställa krav på att leverantörer ska vara bundna av kollektivavtal eller vara skyldiga att tillämpa arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid utförandet av offentliga kontrakt är omdiskuterad. Det finns en starkt laddad debatt med olika uppfattningar om vad som är rättsligt möjligt, respektive vad som är att anses vara lämpligt. Diskussionen har sin grund i olika politiska uppfattningar, men även att det råder en osäkerhet kring det rättsliga utrymmet att inkludera arbets- och anställningsvillkor i offentliga upphandlingar. Det som avgör om arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal kan inkluderas i offentliga upphandlingskontrakt och hur sådana krav i sådana fall kan tillämpas, är EU-rätten och de allmänna principerna, samt hur de upphandlingsrättsliga och arbetsrättsliga regelverken förhåller sig till varandra. Det är i dagsläget även praktiskt svårt för upphandlande myndigheter att på ett effektivt och konsekvent sätt arbeta med att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal.

Mot bakgrund av den rättsliga osäkerheten, och i ljuset av de uttalade ambitionerna och önskemålen hos regeringen och upphandlande myndigheter om att arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal ska kunna inkluderas i offentliga upphandlingskontrakt, finns det ett stort behov av *dels* rättsliga

klargöranden, dels stöd och vägledning kring hur sådana krav och villkor kan användas i praktiken av upphandlade myndigheter i deras upphandlingar.

1.1 Syfte

Denna rapport syftar till att beskriva det rättsliga utrymmet för att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid upphandling av offentliga kontrakt av tjänster, byggtreprenader och byggkoncessioner som utförs i Sverige. Rapporten syftar även till att ge stöd kring det praktiska tillvägagångssättet till upphandlande myndigheter som i dagsläget vill inkludera sådana krav och villkor i sina upphandlingar, med utgångspunkt i upphandlingsprocessens olika delar.

1.2 Omfattning och avgränsning

Denna rapport är generellt utformad och ersätter inte att upphandlande myndigheter vid behov inhämtar kompetens för att genomföra upphandlingar på ett rättssäkert och effektivt sätt. Informationen utgår från gällande rätt men innehåller också hänvisningar till de nya upphandlingsdirektiven⁶ som ska vara genomförda i svensk rätt senast i april 2016. Kommande ändringar behandlas i ett särskilt avsnitt (se 4.6).

⁶ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Rapporten omfattar upphandlingar enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet (LUF5) samt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV). För att underlätta läsningen hänvisas i fortsättningen endast till begrepp och bestämmelser enligt LOU och det klassiska direktivet (direktiv 2004/18/EG om offentlig upphandling av byggtjänsterna, varor och tjänster).

Läsaren bör vara uppmärksam på att det för närvarande pågår en statlig utredning som kan få betydelse för möjligheten att inkludera arbets- och anställningsvillkor vid offentlig upphandling, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.⁷ Utredaren ska bland annat *dels* analysera hur krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in som uttryckliga bestämmelser i de kommande upphandlingslagarna, *dels* utreda för vilka kontraktstyper sådana krav kan göras obligatoriska och vilka villkor som kan omfattas av ett sådant obligatorium. Uppdraget ska redovisas senast den 1 september 2015.

Rapporten berör inte frågor som rör grundläggande arbets- och anställningsvillkor (t.ex. ILO:s kärnkonventioner) vid varuupphandling där tillverkningen inte sker i Sverige. Rapporten berör inte heller andra arbetsrättsliga aspekter som kan bli aktuella vid upphandling, exempelvis krav på personalövertagande.

⁷ Kommittédirektiv 2014:162 *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

1.3 Innehåll och disposition

Rapporten består av två delar. *Den första delen* redogör för den svenska arbetsmarknadsmodellen och de rättsliga ramarna, det vill säga det arbetsrättsliga regelverket och det upphandlingsrättsliga regelverket. *Den andra delen* innehåller stöd ur ett praktiskt upphandlingsperspektiv till upphandlande myndigheter som i dag vill arbeta med att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal. Stödet avser genomförande i inköpsorganisationen och tillvägagångssätt vid genomförande av upphandlingar som innehåller arbets- och anställningsvillkor.

Inledningsvis beskrivs och definieras begreppet socialt ansvarsfull upphandling, vilket arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal ska ses som en del av.

1.4 Samverkan

Rapporten har tagits fram av Konkurrensverket. Konkurrensverket svarar själv för de slutsatser och bedömningar som görs i rapporten. I arbetet har en extern referensgrupp bidragit med synpunkter. Referensgruppen har bestått av representanter från LO, TCO, Saco, Sveriges Byggindustrier, Kommunal, Transport, SKL, Almega, Svenskt Näringsliv, Företagarna, Arbetsmiljöverket, Skatteverket, Malmö stad, Upphandlingsbolaget Göteborg, Stockholm stad, Uppsala kommun samt Stockholms universitet.

1.5 Var kan jag läsa mer?

Som underlag till denna rapport har Konkurrensverket gett docent Andrea Sundstrand vid Stockholms universitet i uppdrag att, inom

ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning, utreda möjligheterna att ställa krav på kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor vid offentlig upphandling, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*.⁸ Rapporten finns tillgänglig i sin helhet på Konkurrensverkets webbplats www.konkurrensverket.se.

⁸ Sundstrand, Andrea (2015) *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, Konkurrensverkets Uppdragsforskningsrapport 2015:2.

2 Introduktion till socialt ansvarsfull upphandling

Den offentliga upphandlingen är både omfattande och mångfacetterad. Varje år upphandlas varor, byggentreprenader och tjänster för cirka 600 miljarder kronor i Sverige.⁹ Upphandlingslagstiftningen ger upphandlande myndigheter möjlighet att använda denna köpmakt till att påverka leverantörer genom att ta bland annat miljömässiga och sociala hänsyn.

Offentlig upphandling har uppmärksammats som ett av flera samhällspolitiska styrmedel som kan användas för att verka för olika miljömässiga eller sociala mål.¹⁰ Inom EU har offentlig upphandling uppmärksammats som ett marknadsbaserat instrument för att nå samhällseliga mål. I Europa 2020-strategin om en smart och hållbar tillväxt för alla, anges offentlig upphandling vara ett instrument som ska bidra till att uppnå strategins målsättningar.¹¹

Möjligheten att ta sociala hänsyn i offentlig upphandling hänger samman med den politiska och rättsliga utvecklingen inom EU. I samband med att Lissabonfördraget trädde i kraft 2009 infördes en bestämmelse i EUF-fördraget¹² (artikel 3) om att unionen ska verka för en hållbar utveckling som bygger på en social marknadsekonomi. EU-domstolen har genom sin rättspraxis klargjort att det finns utrymme för upphandlande myndigheter att beakta sociala

⁹ Konkurrensverket (2014) *Siffror och fakta om offentlig upphandling. Statistik om upphandlingar som genomförts under 2013*, s. 17.

¹⁰ Se t.ex. SOU 2013:12 *Upphandlingsutredningen, Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling*, s. 380.

¹¹ Europeiska kommissionen (2010) *Europa 2020 – en strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM(2010) 2020 slutlig.

¹² Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt.

hänsyn när de genomför upphandlingar. I början av 2000-talet kom även europeiska kommissionen med ett tolkningsmeddelande om möjligheterna att beakta sociala hänsyn vid upphandling.¹³ När 2004-års upphandlingsdirektiv antogs var målet bland annat att förtydliga den praxis som EU-domstolen utvecklat beträffande hållbar upphandling. Att underlätta för upphandlande myndigheter att ta både miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling var även en central del vid framtagandet av de nya upphandlingsdirektiven som trädde i kraft i april 2014.

2.1 Innebörden av socialt ansvarsfull upphandling

Det saknas en allmängiltig definition av begreppet socialt ansvarsfull upphandling. Begreppet kan innefatta en rad olika aspekter. I Sverige har olika aktörer använt uttrycket för många olika företeelser, vilket har skapat oklarhet kring begreppets innebörd. En tydlig distinktion är att det kan avse *dels* sådana krav som ska garantera att leverantören uppfyller sina lagliga skyldigheter (t.ex. arbetsmiljökrav och respekt för anständiga arbetsvillkor), *dels* sådana krav och villkor som går längre än vad lagstiftningen kräver (t.ex. sysselsättningskrav och krav som syftar till att bidra till social integration).

Att det finns ett tydligt socialt syfte är enligt Konkurrensverkets uppfattning avgörande för om ett krav eller villkor ska betecknas som just ett socialt krav eller villkor. Det förekommer exempelvis krav och villkor som kan ge effekter för de anställdas arbetssituation, till exempel att arbetet ska utföras vissa tider, utan att det finns

¹³ Europeiska kommissionen (2001) *Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenslagslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling*, KOM(2001) 566 slutlig.

ett socialt syfte att gynna arbetstagarna. Sådana krav och villkor bör inte betecknas som sociala.

EU-kommissionen har gett exempel på vad som kan innefattas i socialt ansvarsfull upphandling i sin vägledning från 2010.¹⁴ Denna definition är dock något oklar och vissa områden överlappar varandra. Enligt Konkurrensverket kan socialt ansvarsfull upphandling sammanfattas enligt följande:

- Krav på *arbetstagares rättigheter*, som exempelvis krav på att de arbetstagare som utför uppdraget har arbets- och anställningsvillkor i nivå med specifika kollektivavtal. Även andra aspekter som rör arbetstagares rättigheter kan komma ifråga, exempelvis krav på personalövertagande, arbetsmiljökrav, eller krav på respekt för mänskliga rättigheter vid köp av varor som produceras i så kallade låglöneländer (ILO:s kärnkonventioner.)
- Krav på *sysselsättningsmöjligheter* vid utförande av kontrakt, exempelvis att leverantören ska anställa långtidsarbetslösa eller erbjuda traineeplatser till personer som deltar vid utförandet av det uppdrag som upphandlingen omfattar.
- Krav som syftar till *social integration*, som exempelvis kan handla om att inkludera utsatta grupper i samhället, till exempel att utforma upphandlingar som gynnar det civila samhällets organisationer.
- Krav som syftar till att bidra till *jämställdhet och likabehandling* mellan kvinnor och män.

¹⁴ Europeiska kommissionen (2010) *Socialt ansvarsfull upphandling. En handledning till sociala hänsyn vid offentlig upphandling*. KOM(1258) slutlig.

- *Tillgänglighet och "design för alla"* som handlar om att säkerställa att personer med funktionsnedsättning ges tillgänglighet till offentliga byggnader, allmänna transportmedel, offentlig information med mera.
- *Rättsvis handel* (etisk handel), som syftar på att agera på ett etiskt och socialt hållbart sätt, är ytterligare ett exempel på socialt ansvarsfull upphandling. EU-domstolen har i ett avgörande klargjort att krav på rättvis handel (det vill säga krav på kostnadstäckande minimipris, påslag på världsmarknadspriset, förfinansiering och långsiktiga handelsrelationer) är tillåtet att ställa vid offentliga upphandlingar.¹⁵

Observera att ovanstående beskrivning endast ska ses som exempel och inte på något sätt är uttömmande.

2.2 Hur inkluderas villkor i nivå med kollektivavtal i upphandlingar i Sverige i dag?

I Sverige har upphandlande myndigheter endast i sparsam utsträckning inkluderat villkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling. Osäkerheten kring det rättsliga utrymmet och rädslan för att krav och villkor kan leda till rättsprocesser kan vara en del av anledningen till detta.¹⁶

Det finns ett antal upphandlande myndigheter, framför allt kommuner, som har ställt krav dels på att anbudsgivaren ska vara bunden av kollektivavtal, dels på specifika villkor i nivå med

¹⁵ EU-domstolens dom i mål nr C-368/10, Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna.

¹⁶ Se exempelvis Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas (2010) *Upphandling och arbete i EU*, s. 111.

svenska kollektivavtal. Från fackligt håll har en modell för att inkludera sådana villkor utarbetats för att underlätta kravställandet, den så kallade Vita jobb-modellen. I dagsläget tillämpas modellen av Malmö stad, men ska enligt ett beslut även implementeras i Stockholms stad under 2015.

Utöver att inkludera villkor i nivå med kollektivavtal finns även andra exempel på upphandlande myndigheter som har genomfört åtgärder som syftar till att motverka svart arbetskraft och ekonomisk brottslighet.¹⁷

2.2.1 Exempel: Vita jobb-modellen

Vita jobb-modellen bygger på att LO och de ansvariga facken förser upphandlare med information om kollektivavtalen. Projektet startade år 2003 som ett samarbete mellan Stockholms Stad och fackförbunden Byggnads, Elektrikerna, Målarna, Transport och Fastighets. Sedan dess har Kommunal och SEKO tillkommit. Initiativtagarna hade drabbats särskilt av svartarbete och social dumpning vid offentlig upphandling och modellen skapades för att ge svar på frågan vilka arbets- och anställningsvillkor som kunde krävas inom ramen för EU:s regelverk vid genomförande av offentliga kontrakt.

Försöket att införa Vita jobb-modellen i Stockholm avbröts av den nya politiska majoriteten efter valet 2006. Efter detta fortsatte fackförbunden att utveckla och sprida information om modellen. Under perioden kom ett antal domar från EU-domstolen, bland

¹⁷ Exempelvis Nacka kommun, i den så kallade Nackamodellen.

annat den så kallade Lavaldomen,¹⁸ vilka medförde vissa justeringar av modellen.

I november 2013 fattades beslut om att Vita jobb-modellen ska användas i all tjänsteupphandling i Malmö stads förvaltningar och helägda kommunala bolag, om inte annat kan motiveras. För närvarande genomförs modellen i Malmö stad för alla tjänsteupphandlingar inom LO-området.

Vita jobb-modellen innebär att den upphandlande myndigheten inkluderar sociala villkor (som särskilda kontraktsvillkor) enligt särskilt utvalda bestämmelser i för arbetet tillämpligt kollektivavtal. Det är därmed inte ett krav att leverantören ska teckna kollektivavtal eller tillämpa alla kollektivavtalets bestämmelser, utan endast särskilda delar. Leverantörerna ansvarar för att eventuella underleverantörer efterlever villkoren.

Kritik har riktats mot att kontroller av de arbetsrättsliga kraven genomförs av fackliga ombudsmän som anlitas som konsulter av den upphandlande myndigheten.¹⁹ Kritiken har framförts framför allt från företrädare för arbetsgivarsidan, vilka uppger att leverantörerna skulle kunna uppleva sig övervakade i dubbel bemärkelse, samt att det finns en risk att konsulterna beaktar fackförbundens övriga intressen vid granskningarna. För att undvika detta genomgår konsulterna en särskild utbildning och instruktion för att iaktta en stark åtskillnad mellan arbetet att verka för fackförbundet och för den upphandlande myndigheten. Aktuell kontrollant får till exempel inte ha något att göra med det eller de företag som ska kontrolleras i något annat sammanhang.

¹⁸ EU-domstolens dom i mål nr C-341/05, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggarbetsareförbundet m.fl. Läs mer om Lavaldomen under 3.2.2.

¹⁹ En modell som tillämpas av t.ex. Malmö stad.

Del 1 - Den svenska arbetsmarknadsmodellen och de rättsliga ramarna

I denna del redogörs för den svenska arbetsmarknadsmodellen och de rättsliga ramarna som fastställer om och hur arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal kan inkluderas vid offentlig upphandling. De rättsliga ramarna utgörs i huvudsak av primärrätten (EUF-fördraget) genom de allmänna principerna, samt den arbetsrättsliga lagstiftningen och regelverket om offentlig upphandling.

Upphandlande myndigheter har ett stort utrymme att inkludera sociala hänsyn vid upphandling och ett stort utrymme att definiera kontraktsföremålet utifrån sina egna önskemål och preferenser. De yttre ramarna för hur sådana villkor kan inkluderas vid upphandling utgörs av de unionsrättsliga principerna, framför allt av transparensprincipen, proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen.

För att förstå hur och varför den svenska arbetsmarknadsmodellen påverkar möjligheten att inkludera arbets- och anställningsvillkor vid upphandling är det centralt att upphandlande myndigheter har grundläggande kunskap om hur den svenska modellen är uppbyggd. Det är särskilt viktigt att ha kunskap om vad som karakteriserar den svenska modellen, vilka organisationer som utgör arbetsmarknadens parter samt vad som normalt regleras i kollektivavtal respektive i den arbetsrättsliga lagstiftningen.

Det är vidare viktigt att klargöra i vilken utsträckning regelverket om utstationering av arbetskraft påverkar vilka villkor som kan inkluderas vid upphandling. Om ett upphandlingskontrakt utförs av utstationerad arbetskraft blir utstationeringslagens bestämmelser tillämpliga. Två avgörande frågor blir därmed hur upphandlande

myndigheter kan göra bedömningen huruvida en utstationerings-situation kan komma att uppstå vid utförande av det offentliga kontraktet som ska upphandlas, samt om upphandlande myndigheter kan ställa olika krav på olika anbudsgivare beroende på om de använder sig av utstationerad eller inhemsk arbetskraft.

3 Det arbetsrättsliga regelverket

Arbetsrätten reglerar förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. I takt med förverkligandet av EU:s gemensamma marknad och den ekonomiska utvecklingen har arbetsrätten fått en allt mer betydande roll inom EU, eftersom skillnader mellan EU-medlemsstaternas nationella arbetsrättsliga regler riskerar att skapa hinder för den fria rörligheten. En annan viktig orsak till en ökad EU-reglering av arbetsrätten är risken för försämrade villkor för arbetstagarna. Det finns därför numera en tämligen heltäckande arbetsrättslig reglering på vissa områden, medan det inom andra områden endast finns EU-reglering beträffande vissa avgränsande sakfrågor.²⁰

3.1 Den svenska arbetsmarknadsmodellen

Svensk arbetsrätt karaktäriseras av att villkoren på arbetsmarknaden, särskilt i fråga om lön och andra former av ersättning för lönearbete, i stor utsträckning regleras genom avtal mellan arbetsmarknadens parter och inte genom lagstiftning eller andra offentligrättsliga åtgärder. Exempelvis finns det inte någon lagstiftning avseende minimilöner i Sverige, utan löner regleras till stor del i kollektivavtalen. Det är därmed arbetsmarknadens parter som svarar för den svenska lönebildningen. I många andra länder i Europa finns minimilagstiftning om löner och en lägsta lön regleras därmed i lag.

Något som också följer av den svenska modellen är att det inte finns något utrymme för att allmängiltigförklara kollektivavtal.

²⁰ Se bland annat Nyström, Birgitta (2011) *EU och arbetsrätten*, s. 61.

Allmängiltigförklarade kollektivavtal, som ett antal europeiska länder tillämpar, innebär att avtalen görs tillämpliga i alla delar av den aktuella arbetsmarknaden genom lag. Den svenska ordningen innebär att de flesta yrkeskategorier i Sverige har huvuddelen av villkoren i sina enskilda anställningsavtal fastställda i avtal mellan arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer.²¹

På arbetsmarknaden råder vidare en hög anslutningsgrad, det vill säga många arbetstagar och arbetsgivare, särskilt i vissa branscher, är medlemmar i arbetstagarorganisationer respektive arbetsgivarorganisationer.²²

3.1.1 Arbetsmarknadens parter

Arbetsmarknadens parter, det vill säga arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna, utgör grunden för förhållandena på den svenska arbetsmarknaden. Dessa utgörs av ett antal huvudorganisationer och deras medlemsförbund. Det finns även ett antal organisationer som inte är knutna till något centralförbund.²³

Arbetsgivarnas organisationer

Svenskt Näringsliv är en så kallad huvudorganisation (eller centralorganisation) för de privata arbetsgivarna som hanterar frågor av gemensam karaktär för medlemsförbunden. Svenskt Näringsliv företräder närmare 60 000 små, medelstora och stora företag. Dessa är organiserade i 49 bransch- och arbetsgivarförbund och har knappt 1,7 miljoner anställda. Förbunden utgör föreningen

²¹ Läs mer på Medlingsinstitutets webbplats, <http://www.mi.se/>

²² För en beskrivning av andra arbetsrättsliga modeller inom EU samt en beskrivning av dess skiljelinjer, se Nyström, Birgitta (2011) *EU och arbetsrätten*, s. 49–60.

²³ Läs mer om arbetsmarknadens parter på Medlingsinstitutets webbplats, <http://www.mi.se/>.

Svenskt Näringslivs medlemmar och är de som sköter löneförhandlingarna. De enskilda företagen är medlemmar i medlemsorganisationerna och är samtidigt medlemmar i Svenskt Näringsliv.²⁴

Arbetsgivarorganisationer inom den offentliga sektorn är *Sveriges kommuner och landsting* (SKL) samt *Arbetsgivarverket*.²⁵ De förhandlar om löner och andra anställningsvillkor direkt för sina medlemmar. SKL:s medlemmar är Sveriges 290 kommuner och 20 landsting/regioner. Cirka 1 miljon människor arbetar i kommunerna och landstingen. Arbetsgivarverket företräder 250 myndigheter, affärsverk och andra arbetsgivare med anknytning till det statliga området med cirka 250 000 anställda.

Det finns även ytterligare arbetsgivarorganisationer som förhandlar kollektivavtal för sina medlemmar.²⁶

Arbetstagarorganisationer

Arbetstagarorganisationer utgörs av de tre fackliga centralorganisationerna *LO*, *TCO* och *Saco*. Centralorganisationerna driver gemensamma frågor för medlemsförbunden, men förhandlingarna om kollektivavtal sköts av deras medlemsförbund. Det finns även

²⁴ Länk till Svenskt Näringslivs medlemsorganisationer
http://www.svensktnaringsliv.se/om_oss/medlemsorganisationer/

²⁵ SKL och Arbetsgivarverket har inga "förbund" under sig. Kommunala och statliga arbetsgivare är medlemmar direkt i SKL respektive Arbetsgivarverket.

²⁶ Läs mer om arbetsgivarorganisationer här <http://www.mi.se/kollektivavtal-lagar/arbetsgivarorganisationer/> (2015-01-12).

ett antal fackliga organisationer som inte är medlemmar i någon centralorganisation.²⁷

LO företräder 14 fackförbund, bland annat Kommunal, Byggnads, Transport, Fastighets, Elektrikerna, Svenska Målareförbundet, med flera. Förbunden organiserar tillsammans cirka 1,5 miljoner medlemmar.²⁸ TCO är centralorganisation för 14 fackförbund, bland annat Unionen, Vision, Vårdförbundet med flera.²⁹ Förbunden företräder tillsammans cirka 1,3 miljoner medlemmar. Saco består av 22 fackförbund, bland annat Sveriges Ingenjörer, Jusek, Akademikerförbundet SSR, Sveriges Arkitekter med flera. Förbunden företräder cirka 650 000 medlemmar.³⁰

3.1.2 Om kollektivavtal

Ett kollektivavtal är ett skriftligt avtal mellan fackförening och arbetsgivare eller arbetsgivarorganisation, och avser de anställningsvillkor som ska gälla på arbetsplatsen och andra frågor som rör förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare. En enskild arbetstagare är därmed inte part i ett kollektivavtal men kan ändå vara bunden av det. Kollektivavtal måste uttryckligen, för att klassificeras som kollektivavtal, ge uttryck för parternas vilja samt vilka förpliktelser som åligger parterna (se 23 § Medbestämmandelagen, MBL).³¹ Det är frivilligt att teckna kollektivavtal, men en arbetstagarorganisation kan vidta stridsåtgärder för att få till

²⁷ Läs mer om arbetstagarorganisationer <http://www.mi.se/kollektivavtal-lagar/arbetstagarorganisationer/> (2015-01-12).

²⁸ Läs mer på LO:s webbplats <http://www.lo.se/>

²⁹ Läs mer på TCO:s webbplats <http://www.tco.se/>

³⁰ Läs mer på SACO:s webbplats <http://www.saco.se/>

³¹ Sigeman, Tore, m.fl. (2013) *Arbetsrätten – en översikt*, s. 78 f.

kollektivavtal.³² Kollektivavtalen är i regel tidsbegränsade och sluts vanligen för ett, två eller tre år.³³ Totalt finns det cirka 670 kollektivavtal i Sverige.

Kollektivavtalet är juridiskt bindande för alla medlemmar i respektive organisation. En speciell egenskap hos kollektivavtalen är att de inte bara binder parterna i avtalet, utan även medlemmar i de organisationer som ingår avtalet (se 26 § MBL). Detta gäller såväl arbetsgivare som arbetstagare inklusive fackförbunds underavdelningar. Utträde ur en sådan organisation innebär dock inte att medlemmen löses ur sina förpliktelser enligt avtalet så länge avtalet gäller.

I den svenska modellen finns ingen möjlighet att allmängiltigförklara kollektivavtal. Av den svenska modellen följer att det inte heller finns någon möjlighet att peka ut ett kollektivavtal som det mest "representativa", utan alla kollektivavtal anses vara likvärdiga och är accepterade på den svenska arbetsmarknaden. Denna ordning får till följd att det kan bli svårt för upphandlande myndigheter att avgöra vilket kollektivavtal de bör utgå ifrån vid kravställande vid upphandling (läs mer om detta under 5.3.2).

Förhandling om kollektivavtal och kollektivavtalssystemets struktur

Den allmänna förhandlingsrätten utgör en hörnsten i det svenska arbetsrättsliga systemet och regleras i 10 § MBL. Förhandlingar om löner och anställningsvillkor sker normalt först på central nivå och sedan på lokal nivå.³⁴

³² Detta gäller dock inte arbetsgivare som inte har några anställda och familjeföretag enligt 41 b § MBL.

³³ Källström, Kent och Malmberg, Jonas (2014) *Anställningsförhållandet*, s. 168.

³⁴ Anderz Andersson m.fl. (2013) *Arbetsrätt*, s. 20–21.

Centrala kollektivavtal tecknas på förbunds nivå mellan centrala arbetstagarorganisationer och olika arbetsgivarorganisationer. *Lokala kollektivavtal* förhandlas mellan enskilda arbetsgivare och en lokal fackförening. Förekomsten av lokala avtal varierar mellan olika branscher. Det finns även andra typer av kollektivavtal, till exempel samverkansavtal och arbetsmiljöavtal, som kan ingås både på central och lokal nivå.

Varje kollektivavtal är ett resultat av förhandling och kan bland annat reglera löner, allmänna villkor om formerna för anställning, sjukdom, semester, övrig ledighet, arbetstid, försäkringsskydd och tjänstepension. I regel är det innehållet i de centrala avtalen som styr och ger ramarna för innehållet i de lokala avtalen. Det förekommer att de centrala avtalen innehåller förbud mot att lokala avtal ingås, såvida de inte godkänts på central nivå. Lokala avtal kan även ha en viss "utfyllande" effekt i förhållande till de centrala avtalen.

Kollektivavtalets innehåll och rättsverkningar

Ett kollektivavtal innehåller både så kallade normativa och obligatoriska villkor. Med *normativa villkor* avses de villkor som direkt reglerar arbetstagarens anställningsvillkor, exempelvis lön och övrig ersättning, arbetstider, uppsägningstid och försäkringar. Med *obligatoriska villkor* avses de villkor som gäller mellan parterna, exempelvis förhandlingsordningar och villkor om själva kollektivavtalet.³⁵

Kollektivavtalets specifika rättsverkningar är medlemsbundenhet, fredsplikt och allmänt skadestånd vid avtalsbrott. Rättsverkning-

³⁵ Glavå, Mats (2011) *Arbetsrätt*, s. 201.

arna är utformade på sådant sätt att båda parterna har ett intresse av att sluta ett kollektivavtal då det gynnar respektive sida.

Hängavtal

En arbetsgivare som inte själv eller genom medlemskap i en arbetsgivarorganisation är bunden av ett kollektivavtal, kan ingå ett så kallat hängavtal med ett fackförbund. Ett hängavtal innebär att arbetsgivaren förbinder sig att tillämpa villkoren i branschavtalet gentemot de arbetstagare som omfattas. Även ett hängavtal är ett kollektivavtal och har samma rättsverkan som de centrala kollektivavtalen.

3.1.3 Arbetsrättslig lagstiftning

Den arbetsrättsliga lagstiftningen reglerar förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare och innehåller ett grundskydd för alla anställda. Arbetsmarknadens parter kan dock i stor utsträckning göra avsteg från lagstiftningen genom kollektivavtal, eftersom den arbetsrättsliga lagstiftningen i många fall är *dispositiv* (dvs. parterna kan sluta avtal om andra regler) eller *semidispositiv* (dvs. parterna kan sluta avtal om andra regler eller inskränka bestämmelserna på vissa förutbestämda sätt). Som exempel kan turordningsreglerna i LAS nämnas.

De kanske viktigaste arbetsrättsliga lagarna är *lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet* och *lagen (1982:80) om anställningsskydd (LAS)*. Medbestämmandelagen innehåller bland annat regler om föreningsrätt, förhandlingsrätt och kollektivavtal. Anställningsskyddslagen innehåller regler om ingående och avslutande av anställning. I *diskrimineringslagen (2008:567)* finns förbud mot diskriminering och repressalier i arbetslivet och krav på aktiva

åtgärder. Det finns även en särskild lag som skyddar deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, *lag (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning när det gäller löne- och andra anställningsvillkor*.

I *arbetstidslagen (1982:673)* är frågor om arbetstidens längd och förläggning samlade. I *arbetsmiljölagen (1977:1160)* finns regler om skyldigheter för arbetsgivare och andra skyddsansvariga om att förebygga ohälsa och olycksfall i arbetet. Det finns också regler om samverkan mellan arbetsgivare och arbetstagare, till exempel regler om skyddsombudens verksamhet.

Det finns en relativt omfattande lagstiftning om möjligheten för en anställd att vara ledig från arbetet för olika ändamål, bland annat *semesterlagen (1977:480)*, *lagen (1974:981) om arbetstagares rätt till ledighet för utbildning*, *föräldraledighetslagen (1995:584)* och *lagen (1997:1293) om rätt till ledighet för att bedriva näringsverksamhet*. Det finns även ledighetsbestämmelser i bland annat *lagen (1974:358) om facklig förtroendemans ställning på arbetsplatsen (förtroendemannalagen)*, *medbestämmandelagen* och *arbetsmiljölagen*.³⁶

3.2 Utstationering av arbetstagare

EU antog år 1996 ett direktiv om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.³⁷ Ett syfte med direktivet är att säkerställa grundläggande arbetsvillkor och

³⁶ <http://www.mi.se/kollektivavtal-lagar/arbetsrattsliga-lagar/> (2015-02-13)

³⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

motverka så kallad social dumpning.³⁸ Av EU-domstolens praxis, särskilt den så kallade Laval-domen (C-341/05), framgår att direktivet även syftar till att säkerställa lojal konkurrens mellan inhemska företag och företag som tillhandahåller tjänster över gränserna.³⁹

Utstationeringsdirektivet antogs med principerna om fri rörlighet som grund. Det reglerar att arbetstagare som skickas ut av sin arbetsgivare till ett annat land för att utföra tillfälligt arbete ska garanteras det minimiskydd som gäller i värdlandet när det gäller vissa arbets- och anställningsvillkor. Dessa villkor brukar benämnas som den "hårda kärnan".

Den hårda kärnan omfattar vissa arbets- och anställningsvillkor som ska gälla vid utstationering. Direktivet omfattar inga materiella bestämmelser och innehållet kan därmed variera mellan medlemsstaterna.⁴⁰ Medlemsstaterna ska se till att företagen garanterar de utstationerade arbetstagarna de arbets- och anställningsvillkor i värdlandet som är fastställda i lag (eller allmängiltigförklarade kollektivavtal) på följande områden:

- a) längsta arbetstid och kortaste vilotid
- b) minsta antal betalda semesterdagar per år
- c) minimilön
- d) villkor för att ställa arbetstagare till förfogande
- e) säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen
- f) skyddsåtgärder med hänsyn till arbets- och anställningsvillkor för gravida kvinnor och kvinnor som nyligen fött barn samt för barn och unga

³⁸ Nyström, Birgitta (2011) *EU och arbetsrätten*, s. 145.

³⁹ EU-domstolens dom i mål i C-341/05 *Laval un Partneri*, punkt 74.

⁴⁰ SOU 2015:13 *Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet*, s. 61.

- g) lika behandling av kvinnor och män samt andra samt icke-diskriminerande behandling.

Om en medlemsstat, som Sverige, inte har ett system för att allmängiltigförklara kollektivavtal kan staten utgå ifrån kollektivavtal som gäller allmänt för likartade företag inom den aktuella branschen eller utgå ifrån det kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå.⁴¹

Utstationeringsdirektivet är genomfört i svensk rätt genom *lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare*. Lagen är tillämplig när en arbetsgivare, som är etablerad i ett annat land än Sverige, utstationerar arbetstagare till Sverige i samband med att arbetsgivaren utför tjänster i Sverige. Med utstationering avses tre olika fall av gränsöverskridande åtgärder:⁴²

- när en arbetsgivare sänder en anställd till Sverige enligt avtal mellan arbetsgivaren och mottagaren av tjänsterna
- när en anställd sänds till Sverige till en arbetsplats eller ett företag inom koncernen
- när ett uthyrningsföretag sänder anställda till ett användarföretag i Sverige.

En viktig skillnad från utstationering är situationer när arbetstagaren själv utnyttjar den fria rörligheten för arbetstagare, genom att exempelvis ta anställning hos en svensk arbetsgivare i Sverige. Under dessa omständigheter föreligger inte någon utstationering

⁴¹ SOU 2015:13 *Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet*, s. 77.

⁴² Läs mer om definitionen av utstationering i SOU 2015:13 *Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet*, Del I, kap. 5.

och svensk arbetsrätt gäller därför fullt ut. De EU-medborgare som söker sig till andra medlemsländer och utnyttjar den fria rörligheten för arbetstagare är relativt få. Däremot är det fler arbetstagare som sänds ut av sin arbetsgivare till ett annat EU-land.

Utstationeringslagen gäller oavsett om arbetsgivare och arbetstagare kommer från ett annat EU-land eller från ett land utanför EU. I 5 § utstationeringslagen räknas de regler upp som en arbetsgivare ska tillämpa när denna utstationerar arbetstagare till Sverige. De regler i svensk lag som ska tillämpas är bland annat sådana som avser arbetsmiljö, längsta arbetstid, minsta antal semesterdagar, skydd i samband med föräldraledighet samt skydd mot diskriminering på grund av olika grunder.⁴³

Utstationeringslagen anger också (7 §) att grundläggande regler i medbestämmandelagen om föreningsrätt, förhandlingsrätt och fredsplikt enligt kollektivavtal ska gälla vid utstationering. Till skillnad från direktivet saknar utstationeringslagen regler om minimilön, eftersom det inte finns lagreglerade minimilöner i Sverige.⁴⁴ Ett undantag från dessa regler gäller arbetstagare som utstationeras av bemanningsföretag (5 b §).⁴⁵ Dessa arbetstagare ska behandlas lika som svenska bemanningsanställda och begränsningen till minimivillkoren i utstationeringsdirektivet gäller därmed inte.

Enligt 9 § utstationeringslagen är Arbetsmiljöverket förbindelsekontor för utstationeringsfrågor i Sverige med uppgift att tillhandahålla information om de arbets- och anställningsvillkor som kan bli

⁴³ Sigeman, Tore och Sjödin, Erik (2013) *En introduktion till arbetsrätten*, s.133. Se även 5-6 §§ utstationeringslagen.

⁴⁴ Sigeman, Tore och Sjödin, Erik (2013) *En introduktion till arbetsrätten*, s.133.

⁴⁵ Bestämmelsen genomför EU:s bemanningsdirektiv och artikel 3.9 i utstationeringsdirektivet.

tillämpliga vid utstationering i Sverige. De kollektivavtalsvillkor som arbetstagarorganisationer kan komma att kräva med stöd av stridsåtgärder ska lämnas in till Arbetsmiljöverket (9 a §).⁴⁶

Sedan den 1 juli 2013 ska utländska arbetsgivare som utstationerar sina arbetstagare i Sverige registrera dessa i ett register som tillhandahålls av Arbetsmiljöverket.⁴⁷ Arbetsmiljöverket för statistik över antalet utstationerade och vilka branscher dessa återfinns i.⁴⁸

Arbetsmiljöverket har gjort en sammanställning av hur olika branschgrupper finns representerade. Av denna sammanställning framgår att byggbranschen är den största sektorn för förekomsten av utstationerade arbetstagare. Byggbranschen står för totalt 36,6 procent (år 2014) av de utstationerade arbetstagarna i Sverige. När det gäller "byggande av hus" utstationeras främst arbetstagare från Polen, Litauen och Danmark. För anläggningsarbeten är det främst arbetstagare från Polen, Tyskland, Lettland och Irland.⁴⁹

3.2.1 EU-domstolens praxis avseende utstationering

Frågor som berör utstationering har behandlats av EU-domstolen i ett antal domar, dock inte direkt frågan om förhållandet mellan upphandlingsdirektiven och utstationeringsdirektivet.

Ett exempel är den så kallade *Lavaldomen* (C-341/05). Det estniska bolaget Laval utförde renoveringsarbeten på en skola i Vaxholm.

⁴⁶ Arbetsmiljöverket (2010) *Utstationering – regler för utlandsanställda som arbetar i Sverige en begränsad tid*, s.39.

⁴⁷ Se förordning 2013: 352 om anmälningsskyldighet vid utstationering av arbetstagare.

⁴⁸ <http://www.av.se/teman/utstationering/> (2015-02-23)

⁴⁹ Arbetsmiljöverket (2015) *Helårsrapport 2014 – Register för företag som utstationerar arbetstagare i Sverige*, s. 8-9.

Efter resultatlösa kollektivavtalsförhandlingar vidtog svenska fackföreningar omfattande blockadåtgärder, även sympatiåtgärder, i syfte att tvinga bolaget att ingå kollektivavtal som skulle reglera anställningsvillkoren för företagets utstationerade arbetare i Sverige. Fackförbunden krävde att Laval skulle acceptera ett svenskt kollektivavtal.

Laval begärde Arbetsdomstolens prövning av lagligheten i fackförbundens stridsåtgärder och menade att åtgärderna stred mot EU-rättens regler om fri rörlighet för tjänster och förbud mot diskriminering på grund av nationalitet. Arbetsdomstolen begärde i sin tur ett förhandsavgörande från EU-domstolen.

Genom sitt förhandsavgörande klargjorde EU-domstolen att svenska fackföreningar under vissa förutsättningar inte kan vidta stridsåtgärder mot utländska arbetsgivare som tillfälligt utför arbete i Sverige i syfte att få dem att ingå svenska kollektivavtal. Domen gav upphov till en omfattande debatt och kritik både i Sverige och internationellt. Domen ledde till vissa förändringar i svensk lagstiftning genom den så kallade "lex Laval".⁵⁰ För att stridsåtgärderna ska anses vara lovliga enligt lex Laval måste de krav fackföreningarna ställer uppfylla vissa noggrant reglerade förutsättningar.⁵¹

I målet *Rüffert*⁵² prövade EU-domstolen ett kontrakt som upphandlats av en tysk delstat och som innehöll ett åtagande att följa kollektivavtal och att betala de arbetstagare som anställdes på

⁵⁰ 5 a § i utstationeringslagen.

⁵¹ För att de fackliga organisationerna ska få använda sig av stridsåtgärder mot arbetsgivaren måste det handla om minimivillkor i ett svenskt centralt kollektivavtal, villkor som gäller semester, arbetstid, lön och liknande, samt att villkoren i kollektivavtalet är bättre än vad som redan gäller enligt svensk lag.

⁵² EU-domstolens dom i mål C 346/06, *Rüffert*.

byggarbetsplatsen minst samma lön som gällde på orten där tjänsten utfördes, enligt ett visst utpekat kollektivavtal. Detta var även ett krav enligt lagstiftningen i delstaten. Efter att konflikt om det aktuella kravet uppkommit i nationell domstol tillfrågades EU-domstolen om den nationella lagstiftningens förenlighet med friheten att tillhandahålla tjänster. EU-domstolen uttalade att utstationeringsdirektivet inte kan tolkas så att det ger värdmedlemsstaten möjlighet att, vad gäller tjänster som tillhandahålls inom dess territorium av utstationerade arbetstagare, kräva arbets- och anställningsvillkor som går utöver de tvingande reglerna för minimiskydd i utstationeringsdirektivet. Den skyddsnivå som ska garanteras arbetstagare som utstationeras inom värdmedlemsstatens territorium är därmed begränsad till den "hårda kärnan" i utstationeringsdirektivet.

I målet *Bundesdruckerei*⁵³ behandlade EU-domstolen möjligheten att ställa krav på ett visst lands kollektivavtalsvillkor där tjänsten skulle utföras i en annan medlemsstat. Staden Dortmund hade ställt upp krav på minimilöner i enlighet med tysk lag vid upphandling av digitaliseringstjänster för stadens stadsplanering. En anbudsgivare, Bundesdruckerei, angav att den skulle anlita en polsk underleverantör och att arbetet skulle utföras i Polen. Eftersom någon utstationeringssituation inte skulle uppstå aktualiserades inte utstationeringsdirektivets bestämmelser. EU-domstolen ansåg att det inte föreligger några möjligheter för en medlemsstat att utsträcka sina arbetsrättsliga regelverk att omfatta arbetstagare i andra länder.

EU-domstolen har även nyligen behandlat frågan om vad som anses omfattas av begreppet "minimilön" i utstationerings-

⁵³ EU-domstolens dom i mål C-549/13, Bundesdruckerei.

direktivet, i mål *Sähköalojen ammattiliitto*.⁵⁴ Tvisten i målet handlade om vilken lön 186 elektriker från Polen hade rätt till enligt utstationeringsdirektivet när de arbetade vid ett kärnkraftverk i Olkiluoto i Finland. Elektrikerna hade inte fått betalt i enlighet med de allmänt bindande kollektivavtalen i Finland och överförde sina lönefordringar till Elektriker-förbundet, som gick till domstol för att driva in dem. Deras arbetsgivare, det polska företaget Elektrobudowa Spolka Akcyjna, invände dock att de summor som förbundet kräver för sina medlemmars räkning går utöver den minimilön som en värdstat kan ålägga ett utländskt företag att betala enligt utstationeringsdirektivet.

EU-domstolen påminde om att det är medlemsstaten som enligt direktivet beslutar om vad som gäller som minimilön. Det är därmed medlemsstaten som avgör hur minimilönen ska beräknas. Kollektivavtalet i målet innehåller regler om tidlön som ackordslön, dagtraktamente, reseersättning och semesterlön, vilket därmed ska omfattas i minimilönen. Däremot räknades inte boendekostnader och de matkuponger som arbetsgivaren stått för vid arbetet i Finland in i beräkningen av minimilönen, eftersom det enligt EU-domstolen skulle strida mot direktivets syfte att ta hänsyn till vad arbetsgivarna betalat i övrigt när de beräknat om de fått den minimilön som kollektivavtalet slår fast.

3.3 Om social dumpning

Ett av EU:s huvudsyften är att förverkliga den inre marknaden. Genom artikel 26.2 EUF-fördraget stadgas de fyra friheterna, det vill säga fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital.

⁵⁴ EU-domstolens dom i mål C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*.

En följd av den fria rörligheten är att det kan uppstå konkurrens på arbetstagarnas bekostnad för att minska kostaderna för arbetskraft, så kallad *social dumpning*. Social dumpning kan ha flera betydelser. Framför allt används det som ett uttryck för att beteckna låglönekonkurrens, det vill säga att arbetsgivare konkurrerar med lägre lön och sämre anställningsvillkor för arbetstagarna, till exempel konkurrens som sker under kollektivavtalens nivåer. Ofta avser begreppet därmed att arbetstagare utför arbete till en lägre kostnad än det normala på marknaden inom aktuell bransch.

Allt låglönearbete innebär dock inte social dumpning, utan begreppet avser en exploatering av arbetskraft på ett sådant sätt som leder till ett snedvridande av konkurrensen.⁵⁵

3.4 ILO:s konvention 94 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt

Av intresse när det gäller krav på arbetsvillkor vid offentlig upphandling är ILO:s konvention nr 94 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt, även om denna inte har ratificerats av Sverige.

Konventionen syftar till att motverka social dumpning vid offentlig upphandling, det vill säga att arbetsvillkor försämrats till följd av konkurrens vid anbudsgivning. Konventionen föreskriver att arbetsvillkor, exempelvis lönevillkor, ska följa vad som gäller enligt nationella regler, bland annat kollektivavtal. Konventionen kräver att arbete som utförs enligt ett offentligt kontrakt ska ske på de villkor som gäller där arbetet utförs. Lön och andra villkor får inte vara mindre gynnsamma än vad som följer av representativa kollektivavtal som täcker det aktuella arbetet. Den upphandlande

⁵⁵ Nyström, Birgitta (2011) *EU och arbetsrätten*, s. 108.

myndigheten ska säkerställa att upphandlingskontraktet innehåller klausuler som garanterar berörda arbetstagare de arbetsvillkor som följer av konventionen.⁵⁶

När frågan om ratificering behandlades av riksdagen på 1950-talet ansågs kraven på kollektivavtal så självklara att det inte behövdes några särskilda regler. Till en början rådde enighet mellan arbetsmarknadens parter om att det inte fanns behov av att ratificera konventionen. På senare tid har dock de fackliga organisationerna ändrat uppfattning och kräver ett större stöd för att kollektivavtalen ska respekteras vid upphandling. Frågan har även aktualiserats i de utredningar som har rört offentlig upphandling på senare år. Konventionen har ratificerats av exempelvis Finland, Norge och Danmark.⁵⁷

Senast frågan om ILO:s konvention 94 behandlades av en upphandlingsutredning var år 2004. Utredningens slutsats var att det får anses osäkert om de krav konventionen ställer är förenliga med upphandlingsdirektiven och andra gemenskapsrättsliga regler. Samtidigt konstaterade utredningen att det är en annan sak om en ratifikation ändå kan vara lämplig.⁵⁸ Genomförandeutredningen 2014 gick inte närmare in på frågan i sitt delbetänkande, utan hänvisade till vad Upphandlingsutredningen 2004 redogjorde för i sitt slutbetänkande.⁵⁹

⁵⁶ Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004, SOU 2006:28, s. 315–316.

⁵⁷ Ahlberg/Bruun (2010) *Upphandling och arbete i EU*, s. 138.

⁵⁸ SOU 2006:28 *Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004*, s. 362.

⁵⁹ SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling*, s. 41.

4 Möjligheter till arbetsrättsliga villkor i det upphandlingsrättsliga regelverket

Ett av syftena med de EU-direktiv som den svenska upphandlingslagstiftningen bygger på är att bidra till att förverkliga den inre marknaden genom att motverka hinder mot den fria rörligheten för varor och tjänster. Ett annat viktigt syfte med upphandlingsregelverket är att använda den offentliga upphandlingen som ett instrument för att bidra till att nå samhällsliga mål.⁶⁰ Upphandlande myndigheter har stor frihet att definiera föremålet för kontraktet och ta sociala hänsyn utifrån sina egna preferenser och behov. Detta under förutsättning att kraven och villkoren är förenliga med de grundläggande unionsrättsliga principerna.⁶¹

Upphandlande myndigheter kan verka för sunda arbets- och anställningsvillkor för de personer som utför de offentliga kontrakten och bidra till sund konkurrens mellan leverantörer på flera olika sätt. Ett sätt kan vara att inkludera krav och villkor i nivå med svenska kollektivavtal vid upphandling av sådana kontrakt som utförs i Sverige. Upphandlingsregelverket, och däri hela upphandlingsprocessen, innefattar flera olika moment och verktyg för att genomföra upphandlingar med sådana krav och villkor.

Dessa moment och verktyg är bland annat möjligheten att ställa väl avvägda krav, premiera mervärden vid utvärdering av anbud, samt ställa särskilda villkor på kontraktets utförande. Varje moment

⁶⁰ Jfr. Europeiska kommissionen (2010) *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM(2010) 2020 slutlig.

⁶¹ Läs mer i Konkurrensverkets vägledning *Riktlinjer för användning av hållbarhetskriterier vid offentlig upphandling*, vägledning 2014-06-27.

kräver dock väl avvägda beslut vilket ställer höga krav på resurser och kompetens inom den upphandlande myndigheten.

Observera att detta kapitel utgår ifrån nuvarande lagstiftning. Under 2014 antogs nya EU-direktiv om offentlig upphandling som ska genomföras i nationell rätt senast i april 2016.⁶² Huruvida de nya bestämmelserna kommer att innebära en förändring av möjligheten att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal påverkas av syftet med de nya direktiven och dess implementering. En diskussion kring de kommande förändringarna behandlas i ett separat avsnitt i följande kapitel.

4.1 Det EU-rättsliga regelverket om offentlig upphandling

Det EU-rättsliga regelverket för offentlig upphandling består huvudsakligen av bestämmelserna i fördragen, de allmänna rättsprinciperna och rättighetsstadgan samt av bestämmelserna i upphandlingsdirektiven.

4.1.1 EUF-fördraget och de fyra friheterna

EUF-fördraget (fördraget om den europeiska unionens funktions-sätt) innehåller bestämmelser om de så kallade fyra friheterna, vilka omfattar fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Regelverket för offentlig upphandling är uppbyggt med utgångspunkt i fördraget och följer dess regler, även om det inte finns

⁶² Direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling, direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner.

någon bestämmelse i fördraget som direkt hänvisar till offentlig upphandling.

Vad gäller offentlig upphandling finns de mest betydelsefulla bestämmelserna i EUF-fördragets artikel 34, som reglerar den fria rörligheten för varor, artikel 49, som reglerar den så kallade etableringsfriheten och artikel 56 som reglerar den fria rörligheten för tjänster. Betydelsefulla artiklar är även artikel 18 om icke-diskriminering, samt artikel 5 i EU-fördraget om proportionalitetsprincipen.

4.1.2 Principer för offentlig upphandling

EU-domstolen har utvecklat de allmänna principerna som är tillämpliga bland annat för offentlig upphandling utifrån de grundläggande friheterna i EUF-fördraget. Principerna utgör kärnan i EU:s inre marknad. De anges i upphandlingsdirektiven och i de svenska upphandlingslagarna (1 kap. 9 § LOU). De är tillämpliga på all svensk offentlig upphandling, oavsett om kontraktet omfattas av de direktivstyrda delarna av LOU, av 15 kap. LOU eller understiger direktupphandlingsgränsen. De allmänna principerna för offentlig upphandling omfattar:

- *principen om icke-diskriminering*, som innebär förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av deras nationalitet. En upphandlande myndighet får exempelvis inte ställa krav som endast svenska företag känner till eller kan uppfylla. Krav får inte heller vara utformade på ett sådant sätt att de utpekar en viss leverantör eller utestänger leverantörer från ett visst land.
- *principen om likabehandling*, som innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Av EU-

domstolens praxis följer att principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.⁶³ Utgångspunkten är att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt. Alla leverantörer ska exempelvis få tillgång till relevant information inför en upphandling vid samma tillfälle.

- *principen om transparens*, som innebär att upphandlingar ska präglas av förutsebarhet och öppenhet. Alla krav och villkor som den upphandlande myndigheten efterfrågar ska framgå av förfrågningsunderlaget. EU-domstolen har fastställt att kraven ska vara formulerade så klart, precist och otvetydigt att "alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare"⁶⁴ ska kunna förstå vad som förväntas och tolka dem på samma sätt. Detta innebär att det inte är tillräckligt att hänvisa till "kollektivavtalsvillkor", utan det måste preciseras vilka villkor som avses.
- *proportionalitetsprincipen*, som innebär att de krav som en upphandlande myndighet ställer vid en upphandling inte får gå utöver vad som är nödvändigt i den aktuella upphandlingen. Av principen följer att krav och villkor måste ha ett samband med kontrakt föremålet. Den hänsyn som tas måste därmed ta sikte på den tjänst eller byggentreprenad som omfattas av den aktuella upphandlingen och får inte syfta till att indirekt reglera leverantörers övriga verksamhet.
- *principen om ömsesidigt erkännande*, som innebär att upphandlande myndigheter är skyldiga att acceptera

⁶³ Mål C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*.

⁶⁴ Se EU-domstolens dom i mål C-19/00, *SIAC Construction*, punkt 42.

handlingar som utfärdas i andra medlemsstater. Det kan exempelvis avse olika former av intyg och certifikat som är utfärdade av andra utländska myndigheter.

4.1.3 Upphandlingsdirektivet

Upphandlingsdirektivet (direktiv 2004/18/EG) ger utrymme för upphandlande myndigheter att beakta arbetsrättsliga villkor vid upphandling, främst genom artikel 26 och artikel 27.

I artikel 26 om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt anges att en upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn. Bestämmelsen ska läsas mot bakgrund av skäl 33 som anger exempel på villkor som kan inkluderas vid fullgörandet av ett kontrakt.⁶⁵

I artikel 27.1 stadgas att en upphandlande myndighet får ange i förfrågningsunderlaget hos vilket eller vilka organ en anbudsgivare kan få relevanta uppgifter om skyldigheter avseende de bestämmelser om bland annat arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller i den medlemsstat, region eller ort där kontraktet ska utföras och som ska tillämpas under kontraktets fullgörande. Om sådan information tillhandahålls ska leverantörerna bekräfta att hänsyn har tagits till de skyldigheter som följer av bestämmelsen. I skäl 34 anges att *"gällande lagar, förordningar och kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetarskydd, på såväl nationell nivå som*

⁶⁵ Som exempel kan nämnas skyldighet att i samband med fullgörandet av ett kontrakt anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner (International Labour Organisation) om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder än som krävs enligt den nationella lagstiftningen.

gemenskapsnivå, är tillämpliga vid fullgörandet av ett offentligt kontrakt om dessa bestämmelser och tillämpningen av dem överensstämmer med gemenskapsrätten.” I skälet anges även att utstationeringsdirektivet ska tillämpas i fråga om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållandet av tjänster.

En utgångspunkt i den *svenska lagstiftningen* är bestämmelsen i 1 kap. 9 a § LOU, om att upphandlande myndigheter *bör* beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta. Denna så kallade ”bör-regel” framhåller därmed vikten av att upphandlande myndigheter beaktar sociala hänsyn.

4.2 Upphandling och kollektivavtal

Nedan behandlas frågan om det är tillåtet att kräva att anbudsgivare ska vara bundna av kollektivavtal under kontraktstiden, eller om det är möjligt att kräva att vissa arbets- och anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal ska tillämpas vid kontraktets utförande, samt under vilken del av upphandlingsprocessen sådana krav och villkor kan vara lämpliga.

4.2.1 Krav på att leverantören är bunden av kollektivavtal under kontraktstiden

Av de grundläggande principerna, främst proportionalitetsprincipen, följer att upphandlande myndigheter inte kan ställa krav på att leverantörer ska vara bundna av svenska kollektivavtal. Kammarrätten i Stockholm konstaterade i en dom redan 1995 att

det inte är tillåtet att kräva att leverantörer tecknar kollektivavtal.⁶⁶ Frågan har dock inte prövats i högsta instans men det får anses råda en utbredd uppfattning att regelverket ska tolkas på detta sätt. Konkurrensverket är av uppfattningen att krav på att en leverantör ska ha eller förbinda sig att teckna ett svenskt kollektivavtal strider mot upphandlingsreglerna av en rad olika anledningar.

Syftet med att ställa arbetsrättsliga krav vid upphandlingar är att tillförsäkra de arbetstagare som utför offentliga kontrakt sunda arbetsvillkor. Detta kan uppnås med mindre ingripande åtgärder, nämligen genom att uttryckligen ställa krav på att leverantörerna ger sina arbetstagare de arbetsvillkor som efterfrågats i upphandlingen.⁶⁷ En leverantör kan ge sina arbetstagare samma anställnings- och arbetsvillkor som de som följer av ett kollektivavtal utan att vara bunden av kollektivavtalet. Eftersom det därför är möjligt att ställa krav på arbetsvillkor på ett sätt som är mindre ingripande är det därmed inte proportionerligt att ställa krav på att leverantörerna faktiskt är bundna av kollektivavtal.

Vidare gäller att alla krav och villkor som efterfrågas vid offentlig upphandling måste ha en koppling till kontraktsföremålet. Kollektivavtal innehåller många gånger flera delar som inte är direkt kopplade till arbetstagarnas arbets- och anställningsvillkor. Sådana delar avser exempelvis bestämmelser om förhållandena mellan parterna och bestämmelser om förhandlingsordning. De kan givetvis även reglera villkoren för annan personal än den som faktiskt deltar i utförandet av det aktuella kontraktet. Ett krav på att en leverantör ska ha tecknat ett kollektivavtal innebär att upphand-

⁶⁶ Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1713-1995. Det finns även andra exempel från svensk rättspraxis där krav på att leverantörer ska vara anslutna till svenska kollektivavtal har underkänts, se exempelvis Länsrätten i Hallands län, mål nr 2434-05 (dom 2006-01-16), Länsrätten i Skåne län, mål nr 5538-09 (dom 2009-07-02).

⁶⁷ Sundstrand, Andrea (2015) *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, s. 16.

lande myndighet ställer krav på leverantören som saknar en koppling till kontraktsföremålet.

Vidare måste kraven i upphandlingar, i enlighet med principen om transparens, vara så tydligt formulerade att samtliga leverantör vet vad som förväntas av dem. Detta gäller även krav på arbetsvillkor för de anställda som ska utföra kontrakten. Även principen om öppenhet riskerar därför att åsidosättas eftersom en leverantör inte skulle känna till vad som förväntas av dem vid utförandet av ett offentligt kontrakt eftersom utgångspunkten i vissa kollektivavtal är att lönevillkoren inte är fastslagna. Krav på att leverantören är bunden av ett kollektivavtal under kontraktstiden strider vidare mot principerna om icke-diskriminering och likabehandling. Ett sådant krav skulle nämligen medföra att svenska leverantörer får en otillbörlig konkurrensfördel när de deltar i upphandlingen gentemot utländska leverantörer, genom att svenska arbetsgivare på ett lättare sätt kan teckna svenska kollektivavtal.

Krav på att leverantören ska teckna kollektivavtal kan även vara problematiskt med hänsyn till avtalsfriheten, det vill säga friheten att bestämma vem man vill ingå avtal med, samt även föreningsfriheten, vilken stadgas i artikel 11 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna.⁶⁸ Europadomstolen har dock uttalat att den negativa föreningsfriheten inte ska skyddas i samma utsträckning som den positiva föreningsfriheten.⁶⁹

I och med att den svenska lagstiftaren har valt att tillämpa EU:s allmänna principer på alla offentliga upphandlingar i Sverige saknar det betydelse om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Krav på att leverantören måste

⁶⁸ Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas (2010) *Upphandling och arbete i EU*, s.140.

⁶⁹ Se Europadomstolens mål i *Gustafsson mot Sverige* 18/1995/524/610.

vara bunden eller teckna ett kollektivavtal är därmed inte heller tillåtet för sådana upphandlingar vars värde underskrider tröskelvärdet eller vid upphandling av så kallade B-tjänster enligt 15 kap. LOU.

4.2.2 Möjligheten att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal

Sociala hänsyn både kan och bör beaktas vid tilldelning av offentliga kontrakt. Ett exempel på sådan social hänsyn som kan beaktas vid upphandling handlar just om att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal (läs mer om detta i kapitel 1).

Kommissionen påtalade denna möjlighet så tidigt som 2001⁷⁰ och detta har bekräftats i EU-domstolens rättspraxis, av vilken det bland annat framgår att upphandlande myndigheter kan använda sig av sociala tilldelningskriterier.⁷¹ Att upphandlande myndigheter bör beakta sociala hänsyn när upphandlingens art motiverar det framgår även av 1 kap. 9a § LOU och i Lissabonfördraget (artikel 3) anges att unionen ska verka för en hållbar utveckling som bygger på en social marknadsekonomi.

Upphandlande myndigheter har vidare *stor frihet* att definiera föremålet för kontraktet och ta sociala hänsyn utifrån *sina egna preferenser och behov*.⁷² Upphandlande myndigheter har rätt att inför varje upphandling definiera vilken nivå som ska vara den lägsta

⁷⁰ Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling (KOM (2001) 566 slutlig)

⁷¹ Se bland annat C-513/99 *Concordia Bus* och C-368/10 *Max Havelaar*.

⁷² Se bland annat RÅ 2010 ref. 78

godtagbara och även ange vilka eventuella mervärden som den är villig att betala mer för.⁷³

Enligt Konkurrensverket är det mot denna bakgrund *möjligt* för en upphandlade myndighet att, som en form av social hänsyn, inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal i en upphandling. Att villkoren är hämtade ur just svenska kollektivavtal är enligt Konkurrensverket i detta avseende utan betydelse, under förutsättning att dessa i övrigt är förenliga med de grundläggande principerna.

Detta förutsätter dock att de grundläggande principerna alltid beaktas vid utformningen av krav och villkor. Av proportionalitetsprincipen följer att samtliga krav och villkor som den upphandlande myndigheten uppställer i upphandlingen måste ha en koppling till kontraktsföremålet, oaktat om dessa formuleras som krav, tilldelningskriterier eller som särskilda kontraktsvillkor. I detta sammanhang innebär det att endast kollektivavtalsvillkor som är kopplade till utförandet av tjänsten eller byggtreprenaden kan bli aktuella vid upphandling, det vill säga de *normativa villkoren* som rör arbetstagaren (se avsnitt 3.1.1).

Förutsättningar som krav och villkor måste uppfylla

Oavsett hur den upphandlande myndigheten väljer att inkludera anställnings- och arbetsvillkor anger de allmänna upphandlingsrättsliga principerna den ram som upphandlande myndigheter har att förhålla sig till vid utformningen av krav, tilldelningskriterier och villkor. Detta innebär att krav och villkor måste uppfylla förutsättningarna för att:

⁷³ Jämför bland annat RÅ 2010 ref. 78.

- vara förenliga med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna
- vara kopplade till kontraktsföremålet
- vara tydligt angivna i förfrågningsunderlaget eller i annonsen
- kunna utsättas för en faktisk och verklig kontroll (vid utvärdering och uppföljning).

Därtill gäller att krav, tilldelningskriterier eller villkor som inte utgår från den upphandlande myndighetens faktiska behov och som innebär att en viss leverantör gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt, exempelvis genom "skräddarsydda" krav, tilldelningskriterier och villkor, inte är tillåtna.⁷⁴

Av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen följer att de krav och villkor som uppställs i en upphandling måste vara mätbara och kunna utsättas för en faktisk och verklig kontroll.⁷⁵ Däremot finns det ingen skyldighet för upphandlande myndigheter att faktiskt utföra en kontroll av ställda krav och villkor.

Upphandlande myndigheters möjlighet att beakta sociala hänsyn i form av arbets- och anställningsvillkor i sina upphandlingar är olika beroende av om kontraktsföremålet är en tjänst, byggtreprenad eller en vara. Möjligheten att beakta sociala hänsyn är i stor utsträckning begränsad till att avse endast tjänste- och byggtreprenadupphandlingar. Detta eftersom en sådan hänsyn ska avse uppdragets utförande (se 4.2.3 nedan).

⁷⁴ Konkurrensverket (2014) *Riktlinjer för användning av hållbarhetskriterier vid offentlig upphandling*.

⁷⁵ Se prop. 2006/07:128, s.200. Se exempelvis även mål *EVN Wienstrom*, C-448/01.

4.2.3 I vilken del av förfrågningsunderlaget kan arbets- och anställningsvillkor inkluderas?

Utformningen av förfrågningsunderlaget består av flera olika moment. Dessa utgörs exempelvis av de krav som ställs på leverantören (kvalificeringskrav), krav på föremålet för kontraktet (tekniska specifikationer), utformning av eventuella mervärden (tilldelningskriterier) och utformning av upphandlingskontraktets villkor och även eventuella särskilda kontraktsvillkor.

Upphandlande myndigheter som vill inkludera anställnings- och arbetsvillkor i sin upphandling kan göra detta i form av *särskilda kontraktsvillkor* enligt 6 kap. 13 § LOU. Enligt Konkurrensverket kan det även vara möjligt att inkludera arbets- och anställningsvillkor i andra delar i förfrågningsunderlaget.

En upphandlande myndighet kan välja att använda arbets- och anställningsvillkor som *tilldelningskriterier* och premiera de leverantörer som väljer att uppfylla angivet mervärde. Det kan vidare finnas situationer där den upphandlande myndigheten kan uppställa anställnings- och arbetsvillkor som en del i *kravställningen på kontraktsföremålet*. I sådana fall krävs att det sociala kravet har en tydlig koppling till det resultat eller den kvalitet som det aktuella kontraktet är avsett att uppnå.

Nedan ges en redogörelse för upphandlingsprocessens olika delar och de upphandlingsrättsliga ramar som upphandlande myndigheter har att förhålla sig till när de vill inkludera anställnings- och arbetsvillkor vid upphandling.

Kvalificeringskrav - krav på leverantören

Den upphandlande myndigheten får enligt 11 kap. LOU ställa krav som syftar till att säkerställa att potentiella leverantörer har *tillräcklig* ekonomisk-, teknisk- och yrkesmässig kapacitet att genomföra det kontrakt som upphandlingen avser. Bedömningen görs mot de krav som formulerats i förfrågningsunderlaget. Antingen uppfyller leverantörer kraven och kan komma ifråga för kontraktet eller så gör de inte det.

Utöver de grundläggande principerna och kravet på koppling till kontraktsföremålet anger inte upphandlingsreglerna vilka eller hur långtgående krav på kapacitet som kan ställas på leverantören. Bestämmelserna⁷⁶ i 11 kap. LOU anger vilka bevis den upphandlande myndigheten kan kräva för att kunna bedöma om ställda krav är uppfyllda. Denna så kallade beviskatalog är uttömmande och upphandlande myndigheter kan inte kräva andra bevis i upphandlingen än de som framgår av bestämmelserna (vilket får till effekt att möjligheten till kravställning i praktiken begränsas).

De krav som ställs på leverantörer enligt kap. 11 LOU tar alltså sikte på hela leverantörens verksamhet, eller en viss del av verksamheten beroende på kravets utformning. Kraven syftar till att bedöma om leverantören och leverantörens organisation som sådan är lämplig och har *tillräcklig* kapacitet och förmåga att utföra aktuellt kontrakt. Bedömningen omfattar leverantörens förhållanden vid tidpunkten för anbudsingivningen och de bevis som efterfrågas till styrkande av att ställda krav uppfylls ska ges in tillsammans med anbudet.

⁷⁶ De krav och bevis som upphandlande myndigheter kan uppställa och efterfråga anges i 11 kap. 7–15 §§ LOU.

Att inkludera anställnings- och arbetsvillkor genom att uppställa krav på leverantören inryms enligt Konkurrensverkets mening inte i 11 kap. LOU. Anledningen till detta är att krav som uppställs på leverantören avser *leverantörens kapacitet och förmåga* medan anställnings- och arbetsrättsliga krav endast reglerar villkoren för den personal som ska delta i utförandet av det specifika upphandlande kontraktet. Beroende på hur dessa krav formuleras skulle de även kunna komma att påverka leverantörers hela affärsverksamhet, eller i vart fall en stor del av den, vilket sannolikt strider mot proportionalitetsprincipen.

Krav på kontraktetsföremålet

De krav som den upphandlande myndigheten uppställer på kontraktetsföremålet ska avspegla myndighetens behov och innehålla angivna kvalitetskrav (kravspecifikation). De krav som uppställs på varan, tjänsten eller byggentreprenaden är centrala när upphandlande myndigheter ska utforma sina krav, då det är dessa som faktiskt anger den lägsta godtagbara nivå på föremålet för kontraktet. Dessa kan exempelvis avse inställelse- och leveranstider, produktspecifika krav och arbetsmetoder. Kraven får inte vara oproportionerliga eller syfta till att utesluta leverantörer som har möjlighet att leverera de kontraktetsföremål som möter myndighetens faktiska behov.

Upphandling av tjänster och byggentreprenader

När upphandlingen avser en tjänst eller en byggentreprenad anges hur denna ska utföras och vad den omfattar i kraven på kontraktetsföremålet. Vidare kan dessa krav reglera vad personalens kompetens ska innefatta vid utförande av kontraktet. Enligt Konkurrensverket kan det vara möjligt att upphandlande myndigheter kan verka för sunda arbetsvillkor genom att ställa krav på anställnings-

och arbetsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid utformade av krav på kontraktsföremålet. Om aktuellt krav, exempelvis arbetstid för de anställda, även påverkar tjänstens eller byggtreprenadens utförande, exempelvis vad gäller kvalitet och resultat, bör ett sådant krav gå att uppställa på utförandet av kontraktet. Dessa krav får dock endast avse den del av personalen som ska delta i utförandet av det upphandlade kontraktet.

Upphandling av en vara

Det finns utifrån gällande regelverk en begränsad möjlighet för upphandlande myndigheter att ställa krav på arbets- och anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal vid varuupphandlingar.⁷⁷ Vid upphandling av varor, som i många fall redan har tillverkats, får det anses vara alltför långtgående att exempelvis ställa krav på de arbetsvillkor som rådde för de anställda som arbetade med varans framställning- eller tillverkningsprocess. Kopplingen mellan krav och föremålet för kontraktet betraktas i ett sådant fall som alltför svag och medför att kravställningen står i strid med proportionalitets- och likabehandlingsprincipen.

I de fall upphandlingen avser både en tjänst och en vara finns det större möjlighet för den upphandlande myndigheten att beakta sociala hänsyn vid upphandling av så kallade blandade kontrakt. Vidare finns möjlighet att inkludera anställnings- och arbetsvillkor i de fall leverantören ska tillverka varan på uppdrag av den upphandlande myndigheten.⁷⁸

⁷⁷ Krav på grundläggande arbetsvillkor och ILO:s kärnkonventioner kan vara aktuellt vid varuproduktion, framför allt om tillverkning sker i så kallade låglöneländer.

⁷⁸ 2006/07:128, s. 200

Tilldelningskriterier

En upphandlande myndighet som genomför en upphandling ska även fastställa på vilken grund tilldelning av kontrakt ska ske eller ramavtal ingås. Här kan den upphandlande myndigheten välja att antingen utvärdera anbudena utifrån grunden lägsta pris eller grunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingen av vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska basera sig på tilldelningskriterier som anger vilka mervärden som den upphandlande myndigheten vill premiera.

Tilldelningskriterierna ska ha ett samband med kontraktsföremålet och vara så tydligt angivna att alla potentiella anbudsgivare på förhand förstår hur de kommer att utvärderas.⁷⁹ Vilka tilldelningskriterier som är lämpliga är upp till den upphandlande myndigheten att bestämma utifrån sitt behov och föremålet för upphandlingen. Under förutsättning att detta är uppfyllt kan en upphandlande myndighet exempelvis använda sociala hänsyn som tilldelningskriterium. Dessa kan avse arbets- och anställningsvillkor som påverkar de arbetstagare som leverantören använder för att utföra sina åtaganden enligt kontraktet.

EU-domstolen har i ett mål som avsåg en upphandling av ekologiskt och "rättvisemärkt" kaffe, fastställt att tilldelningskriterier även kan grunda sig på hänsyn till människor som ska producera de varor eller utföra de tjänster som kontraktet avser. Såväl sådana kriterier som avser egenskaper hos det som köps in som sådana kriterier som rör aspekter som direkt berör fullgörande

⁷⁹ EU-domstolens dom i mål C-448/01 *Wienstrom*, punkterna 33 och 39 samt i mål C-513/99 *Concorida Bus*, punkt 69.

av det aktuella kontraktet har i EU-domstolens praxis ansetts ha ett sådant samband med kontraktsföremålet.⁸⁰

Genom att använda tilldelningskriterier kan upphandlande myndigheter välja att premiera de anbudsgivare som uppfyller angivna anställnings- och arbetsvillkor (genom angivna tilldelningskriterier). På så vis kan tilldelningskriteriet ge ett mervärde, exempelvis i form av ett prisavdrag på anbudspriset.

En effekt av att inkludera anställnings- och arbetsvillkor som ett tilldelningskriterium är emellertid att det inte finns någon garanti att enbart de leverantörer som uppfyller mervärdet kommer ifråga för kontraktet. Även leverantörer som inte uppfyller angivet mervärde kan tilldelas kontrakt om de sett till övriga tilldelningskriterier sammantaget har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Däremot kan användningen av tilldelningskriterier, i form av anställnings- och arbetsvillkor, utgöra ett *incitament* för de potentiella anbudsgivarna att förändra de villkor som de tillämpar gentemot sina arbetstagare om den upphandlande myndigheten tillmäter tilldelningskriteriet tillräcklig vikt i den specifika upphandlingen. De mervärden som upphandlande myndigheter väljer att betala mer för, kan över tid påverka leverantörsmarknaden och leda till en utveckling och förbättring av sunda arbetsvillkor genom att detta premieras i upphandlingar. Detta kan exempelvis lämpa sig i upphandlingar där potentiella anbudsgivare befinner sig på en marknad som i stort har undermåliga arbetsvillkor för sina anställda och/eller där få anbudsgivare är bundna av kollektivavtal.

De av myndighetens angivna mervärden, som den kontrakterade leverantören har uppfyllt, blir en del av upphandlingskontraktet och ska efterlevas under hela avtalstiden.

⁸⁰ Se bland annat C-368/10 *Max Havelaar* och C-513/99 *Concordia Bus*.

Särskilda kontraktsvillkor

Särskilda kontraktsvillkor utgör villkor för hur ett upphandlingskontrakt ska utföras, så kallade fullgörandevillkor. Särskilda kontraktsvillkor som anger vilka rättigheter de anställda ska ha vid genomförande av kontraktet kan inkluderas vid upphandling. Bestämmelser om särskilda kontraktsvillkor finns i 6 kap 13 § i LOU. Det saknas däremot en närmare beskrivning av bestämmelsens innebörd och på vilket sätt särskilda kontraktsvillkor skiljer sig från andra kontraktsbestämmelser eller kravställningen i övrigt. De särskilda kontraktsvillkoren tar enligt Konkurrensverket uppfattning sikte på sådant som har en påverkan på upphandlingen, men utgör inte ett krav på leverantören, kontraktsföremålet eller tilldelningskriterier.

Den upphandlande myndigheten kan, efter att ha angett villkoret i annonsen eller förfrågningsunderlaget, ställa som krav att anbudsgivarna bekräftar att de åtar sig att uppfylla villkoret om de tilldelas kontraktet. En fördel med särskilda kontraktsvillkor är att även de leverantörer som vid upphandlingstillfället inte uppfyller det angivna villkoret ändå har möjlighet att delta i upphandlingen då leverantören kan förändra sin verksamhet innan kontraktet ska påbörjas.

Krav på underleverantörer

De krav och villkor som uppställs i aktuell upphandling bör utformas så att de även omfattar eventuella underleverantörer. Det är särskilt viktigt när det gäller krav på arbets- och anställningsvillkor eftersom långa leverantörsled med flera underleverantörer ökar riskerna för att arbetsrättigheter inte respekteras.⁸¹ Av samma

⁸¹ Jfr skäl 105 i direktiv 2014/24.

anledning är det viktigt att den upphandlande myndigheten har kunskap om hur ett sådant krav eller villkor påverkar möjligheterna till uppföljning.

I praktiken kan det vara omöjligt för den upphandlande myndigheten att följa upp långa leverantörsled med flera nivåer av underleverantörer. Därför bör den upphandlande myndigheten inför varje upphandling i möjligaste mån identifiera hur den aktuella leverantörsmarknaden ser ut och hur uppföljning av eventuella krav och villkor kan genomföras. Vidare är det av vikt att den upphandlande myndigheten har kännedom om vilka delar av kontraktet som eventuella underleverantörer ska utföra och att avtalet tydligt reglerar vilka skyldigheter som åligger den upphandlande myndigheten respektive leverantören i avtalet avseende uppföljning av underleverantörer.

4.3 Utstationeringsdirektivets tillämplighet vid offentlig upphandling

Utstationeringsdirektivet är tillämpligt i de fall offentliga kontrakt utförs med utstationerad personal. Detta gäller oavsett om kontraktet omfattas av de direktivstyrda delarna av LOU, av 15 kap. LOU, eller understiger direktupphandlingsgränsen. Utstationeringsdirektivets tillämplighet avgörs därmed av svaret på frågan om det föreligger en utstationering, inte hur kontraktet kvalificeras i upphandlingsrättslig bemärkelse. Utstationeringslagen har implementerats i Sverige genom *lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare*.

Om det offentliga kontraktet utförs av utstationerad arbetskraft kan upphandlande myndigheter inte kräva att andra arbets- och anställningsvillkor tillämpas än den så kallade hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. I dessa fall utgör utstationeringsdirektivet

både golv och tak för vilka villkor som kan efterfrågas. Om kontraktet utförs av en leverantör som inte använder utstationerad personal föreligger inte någon utstationeringssituation och upphandlande myndigheter är därför inte begränsade till utstationeringsdirektivets reglering.

Två avgörande frågeställningar uppkommer vad avser utstationeringsdirektivets betydelse för i vilken utsträckning arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal kan inkluderas vid offentlig upphandling:

- Ska det antas att alla offentliga kontrakt potentiellt kan utföras med utstationerad arbetskraft och att utstationeringsdirektivets begränsningar ska vara normerande för samtliga anbudsgivare, oavsett om de använder sig av utstationerad arbetskraft eller inte?
- Är det möjligt att ställa olika krav på arbets- och anställningsvillkor för anbudsgivare med utstationerad arbetskraft respektive anbudsgivare utan utstationerad arbetskraft?

4.3.1 Ska det antas att alla offentliga kontrakt potentiellt kan utföras med utstationerad arbetskraft?

Det kan vara svårt för upphandlande myndigheter att på förhand avgöra om det upphandlande kontraktet kan komma att utföras av anbudsgivare med utstationerad arbetskraft. I någon mening kan det sägas att samtliga offentliga kontrakt kan komma att utföras med hjälp av utstationerad arbetskraft.

Det förekommer dock upphandlingsområden som på grund av upphandlingens art och karaktär inte gör det praktiskt möjligt att

kontraktet utförs av utstationerad arbetskraft. Det kan avse kontrakt där kvaliteten på tjänsten förutsätter en viss kontinuitet och långsiktighet i närvaron av den personal som ska utföra uppdraget. Utstationering får bara pågå under en begränsad tid och i vissa fall står det klart att uppdraget inte kan utföras med personal som utstationeras från ett annat land under en kortare tid. Ett annat exempel kan vara att det ställs specifika krav på personalen som utför uppdraget, vilka i praktiken omöjliggör en utstationering.

Viss ledning vid bedömningen om en utstationeringssituation kan komma att uppstå kan i praktiken även fås genom Arbetsmiljöverkets statistik. I praktiken är nämligen utstationering betydligt vanligare i vissa branscher än i andra.⁸² Det är dock viktigt att ha i åtanke att förhållandena kan förändras över tid. Detta innebär att utstationering kan öka i vissa branscher och samtidigt minska i andra branscher.

Möjligen kan vägledning även hämtas från EU-domstolens rättspraxis avseende vilka skyldigheter som kan följa av EU-fördragen vad gäller tilldelning av kontrakt som inte omfattas av EU:s upphandlingsdirektiv. EU-domstolen har i en rad domar bedömt att medlemsstaterna är skyldiga att upprätthålla de grundläggande principerna för offentlig upphandling även vad gäller sådana kontrakt, om de kan vara av intresse för leverantörer från andra medlemsstater, det vill säga om det föreligger att så kallat *bestämt gränsöverskridande intresse*.⁸³ En omständighet som kan tala för att det föreligger ett sådant intresse är bland annat 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

⁸² Se SOU 2015:38 *Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet - Del II*, s. 54.

⁸³ Se EU-domstolens dom i mål C-507/03 *Kommissionen mot Irland* och efterföljande rättspraxis.

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.

Även om det kan vara svårt att på förhand avgöra om en utstationeringssituation kan komma att uppstå är den upphandlande myndigheten skyldig att se till att den inte ställer felaktiga krav i sina upphandlingar. Detta gäller även krav på arbetsvillkor. Om den upphandlande myndigheten ställer krav i upphandlingar som går utöver den hårda kärnan i utstationeringslagen trots att det finns anbudsgivare som vill använda utstationerad arbetskraft vid utförandet av det upphandlade uppdraget, kan detta medföra att upphandlingen genomförs i strid med de grundläggande principerna. Detta kan i sin tur leda till överprövning av upphandlingen eller till och med att Sverige blir föremål för talan om fördragsbrott vid EU-domstolen.

Konkurrensverkets bedömning är att upphandlande myndigheter kan inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal i de fall det inte förekommer utstationering, förutsatt att de unionsrättsliga principerna beaktas. Förekommer det däremot utstationering utgör utstationeringsdirektivets minimivillkor en begränsning för vilka villkor som kan efterfrågas vid upphandling. Därmed uppkommer frågan om det är tillåtet att kräva olika arbets- och anställningsvillkor för utstationerad arbetskraft respektive inhemsk arbetskraft, eller om utstationeringsdirektivets begränsningar ska vara normerande för samtliga anbudsgivare.

4.3.2 Är det tillåtet att ställa olika krav på utstationerad respektive inhemsk arbetskraft?

Något entydigt svar på frågan om upphandlande myndigheter har möjlighet att ställa *olika krav* på anbudsgivare som använder utstationerad arbetskraft respektive inhemsk arbetskraft har inte meddelats av någon domstol, men Konkurrensverket gör följande bedömning.

Samtliga krav som en upphandlande myndighet ställer i en upphandling måste vara förenliga med de allmänna principerna som gäller för all upphandling.⁸⁴ Att ställa krav som är begränsade till utstationeringsdirektivets "hårda kärna" på anbudsgivare med utstationerad personal, samtidigt som krav som går utöver utstationeringsdirektivets hårda kärna uppställs på anbudsgivare som använder sig av inhemsk arbetskraft, innebär att den upphandlande myndigheten ställer olika krav på anbudsgivarna i en och samma upphandling. För att en sådan kravställning ska vara laglig måste den alltså vara förenlig med de allmänna unionsrättsliga principerna, däribland likabehandlingsprincipen. Att anbudsgivare i en upphandling omfattas av olika krav ska inte endast prövas mot principen om icke-diskriminering. Kraven måste också vara förenliga med likabehandlingsprincipen, ur vilken principen om icke-diskriminering härstammar och vars iakttagande är central i direktivet.⁸⁵

Likabehandlingsprincipen innebär att samtliga anbudsgivare måste behandlas lika, oavsett om dessa endast är nationella, endast utländska eller både nationella och utländska. EU-domstolen har

⁸⁴ Se 1 kap. 9 § LOU.

⁸⁵ Se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-243/89, Stora Bält, punkt 33 och mål C-458/03 Parking Brixen, punkt 48 och däri angiven rättspraxis.

särskilt framfört följande: *”Under det förfarande när anbuden jämförs måste således i alla stadier både principen om likabehandling av anbudsgivare och principen om insyn iakttas, så att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud.”*⁸⁶

EU-domstolen har vidare slagit fast att likabehandlingsprincipen innebär att *lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika*, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.⁸⁷ ”Sakliga skäl” som motiverar en inskränkning i likabehandlingsprincipen kan vara förenliga med unionsrätten om de har stöd i primärrätten eller på annat vis utgör en proportionerlig inskränkning av principen som trätts för när.

EU-domstolen har bland annat konstaterat att likabehandlingsprincipen kräver att alla anbudsgivare ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och att samma anbudsvillkor ska gälla för alla anbudsgivare.⁸⁸

Befinner sig anbudsgivare med utstationerad arbetskraft och anbudsgivare utan utstationerad arbetskraft i lika situationer?

Enligt Konkurrensverkets uppfattning ska bedömningen om två anbudsgivare befinner sig i ”lika situationer” avse anbudsgivarnas möjlighet att tillhandahålla kontrakt föremålet. Två anbudsgivare

⁸⁶ Se EU-domstolens dom i mål C-87/94, kommissionen mot Belgien (”Vallonska bussarna”), punkt 54.

⁸⁷ Se bl.a. de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom, punkt 27, och däri angiven praxis.

⁸⁸ Se EU-domstolens dom i mål C-538/13, eVigilio, punkt 33, mål C-42/13 Cartiera, punkt 44 och mål C-496/99 Succhi di Frutta, punkt 110. Se även mål C-513/99 Concordia i vilken EU-domstolens särskilt fäste vikt vid att ett tilldelningskriterium tillämpades utan åtskillnad på samtliga anbud vid bedömning om kriterium var förenligt med likabehandlingsprincipen.

befinner sig i lika situationer när båda har möjlighet att tillhandahålla det kontraktsföremål som upphandlingen avser.⁸⁹

Den omständighet att en anbudsgivare avser att använda utstationerad arbetskraft och en anbudsgivare avser att använda inhemsk arbetskraft medför i sig inte att anbudsgivarna befinner sig i olika situationer, så länge båda kan tillhandahålla kontraktsföremålet. Att de två anbudsgivarna omfattas av olika regler vid utförande av arbetet inverkar inte på bedömningen av om de kan tillhandahålla vad den upphandlande myndigheten efterfrågar.

En anbudsgivare med utstationerad personal och en anbudsgivare utan utstationerad personal befinner sig således i lika situationer om båda kan tillhandahålla kontraktsföremålet och ska då behandlas lika. De ska därmed ges samma förutsättningar att delta i upphandlingen och vara föremål för samma krav för deltagande och för kontraktstilldelning.⁹⁰ Som tidigare påtalats omfattar likabehandlingsprincipen alla delar av upphandlingen och principen kräver därför att samma krav på deltagande, krav på kontraktets utförande och särskilda kontraktsvillkor ska gälla för alla anbudsgivare, oavsett om de använder utstationerad personal eller inte.

Efter att ha konstaterat att anbudsgivare med respektive utan utstationerad personal befinner sig i lika situationer och därmed måste behandlas lika uppkommer frågan om det kan finnas några *sakliga skäl* som tillåter att dessa behandlas olika. Sådana sakliga skäl kan exempelvis avse åtgärder som motiveras med hänsyn till allmän moral, ordning eller säkerhet, eller med hänsyn till övriga

⁸⁹ Se bl.a. EU-domstolens mål C-315/10 GAT och Arrowsmith, Sue (2014) *The law of public and utilities procurement*, s. 615 ff.

⁹⁰ Se de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom, mål C-538/13 eVigilio, mål C-42/13 Cartiera, och mål C-496/99 Succhi di Frutta, mål C-87/94 Vallonska bussarna, mål C-513/99 Concordia Bus och RÅ 2010 ref 78 (Triclosan-målet).

intressen som att skydda människors hälsa och liv.⁹¹ Prövningen av om det finns sakliga skäl innefattar en bedömning av om det är proportionerligt med den inskränkning i likabehandlingsprincipen som olika behandling av dessa anbudsgivare utgör. Det måste alltid göras en bedömning i det enskilda fallet i vilken mån, om någon, det föreligger sakliga skäl för olika behandling och det saknas vägledande domstolspraxis i frågan. Det är alltid den upphandlande myndigheten som ansvarar för att göra bedömningen om den anser att det föreligger sakliga skäl för en olik behandling. Om en upphandlande myndighet gör en felaktig bedömning avseende detta, kan det leda till att upphandlingen genomförs i strid med likabehandlingsprincipen.

4.4 Andra sätt att verka för sunda arbetsvillkor i offentliga upphandlingar

Utöver möjligheterna att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal, finns det även andra tillvägagångssätt för upphandlande myndigheter att bidra till goda arbetsvillkor och sund konkurrens i offentliga upphandlingar.⁹²

Upphandlande myndigheter kan exempelvis i förfrågningsunderlaget *upplysa om vilka organ som kan lämna information om de bestämmelser om beskattning, arbetarskydd och arbetsvillkor som kommer att gälla vid de tjänster eller byggtreprenader som ska omfattas av kontraktet*.⁹³ Upphandlande myndigheter har även en möjlighet, och i vissa fall skyldighet, att *utesluta leverantörer* som tidigare gjort sig

⁹¹ Jfr artikel 36 i EUF-fördraget.

⁹² För en mer utförlig vägledning om vilka bestämmelser i upphandlingslagstiftningen som kan användas i syftet att motverka osund konkurrens., se Konkurrensverkets rapport 2013:6 *Osund konkurrens i offentlig upphandling – om lagöverträdelser som konkurrensmedel*.

⁹³ 6 kap. 12 § LOU.

skyldiga till vissa överträdelser eller brott. Sådana brott kan till exempel vara arbetsmiljöbrott eller obetalda skatter och sociala avgifter.⁹⁴

Vidare får upphandlande myndigheter *förkasta ett anbud som är onormalt lågt* om den upphandlande myndigheten vid en förfrågan inte får en godtagbar förklaring till det misstänkt låga priset.⁹⁵ Ett mycket lågt anbud kan vara en indikation på att anbudsgivaren inte lever upp till arbetsrättsliga villkor eller betalar skatter och sociala avgifter.

4.5 Kommande förändringar i upphandlingsregelverket

I februari 2014 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling (2014/24/EU) och Europaparlamentets och rådets direktiv om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (2014/25/EU). Direktiven ska vara genomförda i svensk rätt i april 2016.

Ett av huvudsyftena med att se över de äldre direktiven från 2004 var att underlätta för upphandlande myndigheter att beakta samhällliga mål. De nya upphandlingsdirektiven visar tydligt att offentlig upphandling ska ses som ett strategiskt verktyg för att nå övergripande samhällliga mål, inte minst för att Europa 2020-målen ska uppnås: *”Det är ytterst viktigt att fullt ut utnyttja de möjligheter som offentlig upphandling ger att uppnå målen i Europa 2020-strategin för smart och hållbar tillväxt för alla.”*⁹⁶

⁹⁴ 10 kap. LOU.

⁹⁵ 12 kap. 3 § LOU. Se t.ex. Konkurrensverkets yttrande och efterföljande dom från Kammarrätten i Göteborg i mål nr 2598/2601-13.

⁹⁶ Beaktande sats 95 i direktiv 2014/24/EU.

Direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling innehåller flera bestämmelser som rör sociala krav vid offentlig upphandling. En viktig bestämmelse stadgas i artikel 18.2 som avser iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter:

"Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivaavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X."

Av skälen till direktivet framgår att det är av särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där en byggtreprenad utförs eller där tjänster tillhandahålls.⁹⁷ Även sådana arbetsrättsliga skyldigheter som följer av kollektivavtal åsyftas, under förutsättning att kraven står i överensstämmelse med unionsrätten. Bestämmelserna ska tillämpas i enlighet med de allmänna rättsprinciperna och i enlighet med utstationeringsdirektivet när det är tillämpligt.

Genomförandeutredningen till 2014 års upphandlingsdirektiv konstaterade att rättsläget avseende sociala krav som kan härledas från svenska kollektivavtal inte har ändrats i och med de nya direktiven. Sådana krav är tillåtna enligt utredningen.⁹⁸

Utredningens förslag till genomförande av artikel 18.2 nämnde dock inte kollektivavtal uttryckligen i lagtexten, vilket föranledde att regeringen i december 2014 tillsatte den statliga utredningen om *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.⁹⁹ Ett av utredningens

⁹⁷ Beaktandesats 37 i direktiv 2014/24/EU.

⁹⁸ SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling*, s. 41.

⁹⁹ Kommittédirektiv 2014:162 *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

huvuduppdrag är att föreslå hur det kan hänvisas till kollektivavtal i de kommande svenska upphandlingslagarna.

Direktiv 2014/24/EU innehåller även bestämmelser som kan användas i syfte att bidra till sunda arbetsvillkor i offentliga upphandlingar på annat sätt än att inkludera villkor i nivå med kollektivavtal. Enligt artikel 69 blir det obligatoriskt att förkasta onormalt låga anbud om den upphandlande myndigheten har fastställt att anbudet är onormalt lågt på grund av att leverantören inte uppfyller sina miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Detta gäller oavsett om skyldigheterna följer av unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i ILO:s kärnkonventioner samt några ytterligare internationella konventioner.¹⁰⁰

Enligt artikel 57 blir det obligatoriskt att utesluta leverantörer från upphandlingar om den upphandlande myndigheten har kännedom om att den ekonomiska aktören inte har fullgjort sina skyldigheter vad gäller betalning av skatter och sociala avgifter när denna skyldighet har prövats genom en lagakraftvunnen dom eller ett beslut. Artikel 57 föreskriver även att det är obligatoriskt att utesluta leverantörer om den upphandlande myndigheten har fastställt, eller på annat sätt får kännedom om att den ekonomiska aktören har varit föremål för en lagakraftvunnen dom på grund av barnarbete och andra former av människohandel.

¹⁰⁰ Se bilaga X till direktiv 2014/24/EU.

Del 2 – Praktisk tillämpning: möjliga tillvägagångssätt att i dagsläget inkludera arbets- och anställningsvillkor vid upphandling

I denna del behandlas möjligheten att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal ur ett praktiskt upphandlingsperspektiv. De upphandlande myndigheter som i dagsläget vill inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal i sina upphandlingar har möjlighet att göra det, men det krävs tillräckliga resurser och kompetens inom den upphandlande myndighetens organisation.

Beskrivningen följer upphandlingsprocessens olika delar och anger de organisatoriska förutsättningar som upphandlande myndigheter behöver för att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal vid upphandling, prioritera vilka upphandlingsområden som de upphandlande myndigheterna bör fokusera på, samt hur arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal kan följas upp och hur det kan säkerställas att krav och villkor efterlevs under avtalsperioden.

Konkurrensverket vill i denna del framhålla att det i dagsläget är komplext och svårt för upphandlande myndigheter att i praktiken genomföra upphandlingar med sådana krav och villkor. Exempel på den praktiska komplexiteten är fastställandet av tillämpliga kollektivavtal, identifiering av vilket kollektivavtal som bör vara utgångspunkt vid kravställande, samt vilka krav och villkor som ska inkluderas i den aktuella upphandlingen. Utöver detta tillkommer praktiska svårigheter för den upphandlande myndigheten att följa upp ställda krav och villkor som utgår ifrån villkor enligt kollektivavtal. Mot bakgrund av detta ser därför Konkurrensverket ett behov av att undersöka hur de praktiska frågeställningarna kan lösas på sikt.

Avseende de praktiska frågeställningarna vill Konkurrensverket även i sammanhanget poängtera att den pågående statliga utredningen *Upphandling och villkor enligt Kollektivavtal* (SOU 2014:162), kan komma att ge förslag på lösningar av de praktiska problem som finns i dag. Uppdraget ska redovisas den 1 september 2015.

5 Att praktiskt inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal

Det finns många faktorer som påverkar hur arbetsvillkoren ser ut och hur konkurrensen fungerar inom olika branscher. Genom att inkludera arbets- och anställningsvillkor vid upphandling kan upphandlande myndigheter bidra till att dessa villkor inte ligger under en skälig nivå vid utförandet av offentliga kontrakt, samt bidra till att skapa bättre förutsättningar för konkurrens på lika villkor bland leverantörerna.

Upphandlande myndigheter som i dagsläget önskar inkludera arbets- och anställningsvillkor som ska tillämpas vid genomförandet av det offentliga kontraktet, kan formulera dessa villkor med utgångspunkt i de svenska kollektivavtalen. Framför allt handlar det om att formulera krav och villkor som är så tydliga och specifika att alla anbudsgivare förstår vad som avses, så att de kan beakta detta vid utformningen av sina anbud.

Nedan följer en beskrivning av upphandlingsprocessens olika delar som belyser de frågor och ställningstaganden som upphandlande myndigheter måste förhålla sig till.

Kapitlet ger en beskrivning av följande delar:

- Förankring hos ledningen och organisatoriska frågor
- Planering och prioritering av upphandlingsområden
- Genomförande av upphandlingen
- Uppföljning av ställda krav

5.1 Förankring i ledningen och organisatoriska frågor

Upphandlande myndigheter som önskar inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid upphandling behöver ha ett tydligt och konsekvent arbete kring detta. Detta är i så fall något som behöver avspeglas i hela inköpsorganisationen.

Upphandlande myndigheter bör inledningsvis besvara följande frågor:

- Hur ser ledningens målsättning ut?
- Hur ser ansvarsfördelningen ut i organisationen?
- Vilka resurser och kompetenser har organisationen?
- Givet resurserna, hur ska prioritering av upphandlingsområden ske?

5.1.1 Förankringen i ledningen

Det är ofta politiska beslut och övriga styrande beslut som sätter agendan för vilka krav och villkor som upphandlande myndigheter ska inkludera i sina upphandlingar. Att det finns ett tydligt politiskt stöd och förankring i ledningen är ofta en förutsättning för att specifika krav och villkor ska kunna prioriteras vid upphandling, till exempel att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal i upphandlingen. Det är i dessa fall viktigt att ledningen är införstådd med vad olika beslut och övriga ställningstaganden innebär, samt förstår *vilka förutsättningar som är nödvändiga* för att inköpsorganisationen ska kunna genomföra

upphandlingar på ett sådant sätt som de styrande dokumenten föreskriver.

5.1.2 Organisatoriska frågor

Det är främst tjänstemännen som svarar för att eventuella upphandlingspolicys eller andra styrande beslut implementeras och tillämpas i det praktiska upphandlingsarbetet. En förutsättning för att tjänstemännen ska kunna genomföra olika ledningsbeslut/ politiska beslut, är som ovan har nämnts att det finns en tydlig förankring inom organisationen med en tydlig ansvarsfördelning, tillräckliga resurser och rätt kompetens.

Tydlig ansvarsfördelning

En upphandlande myndighet kan bestå av många olika verksamheter som är involverade på olika sätt i upphandlingsprocessen, både vid utformningen av förfrågningsunderlaget och vid avtalsuppföljningen. Det är därför viktigt att det inom organisationen finns en tydlig ansvarsfördelning som klargör vem som fattar olika beslut, och vem som svarar för uppföljningen av anställnings- och arbetsvillkoren. Det är lämpligt att det finns ansvariga personer som kan leda och fördela det praktiska upphandlingsarbetet avseende detta och bistå med information i de fall det uppstår frågetecken. Vidare kan en överordnad styrgrupp och arbetsgrupp som leder arbetet ytterligare bidra till att skapa en kontinuitet i arbetet.

Resurser och kompetens

Det är också nödvändigt att säkerställa att det inom den upphandlande myndigheten finns tillräckliga resurser och rätt kompetens

eftersom detta ofta är avgörande för vilka krav och villkor som kan inkluderas vid upphandling. De krav och villkor som inkluderas vid upphandling måste stå i relation till organisationens resurser och kompetens, både vad gäller genomförandet av upphandlingen samt genomförandet av uppföljningen.

Avseende rätt kompetens är det viktigt att de personer som ansvarar för upphandlingen har kunskap om hur arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal ska inkluderas i den praktiska upphandlingsprocessen. På så sätt minskar risken att upphandlande myndigheter ställer slentrianmässiga krav och villkor som kan vara både oproportionerliga och svåra att följa upp. Av denna anledning kan det vara lämpligt att upphandlande myndigheter genomför internutbildningar för att säkerställa att organisationen i sin helhet har den kompetens som krävs för att inkludera dessa aspekter i den praktiska upphandlingsprocessen.

5.2 Planering och prioritering av upphandlingsområden

Redan vid planeringen av en upphandling är det viktigt att fundera över hur arbets- och anställningsvillkoren ska kunna säkerställas vid utförandet av kontraktet. I planeringen finns det störst möjlighet att identifiera vilka krav och villkor som är lämpliga att inkludera, samt hur dessa på bästa sätt kan kontrolleras och följas upp.

Det är lämpligt att göra en övergripande analys över alla tjänster, byggentreprenader och byggkoncessioner som upphandlas inom organisationen. På så vis ökar förutsättningarna för att säkerställa att den upphandlande myndigheten fokuserar på rätt upphandlingsområden inom vilka arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal ska inkluderas.

Avseende planering och prioritering bör följande frågor besvaras:

- Hur ser aktuella marknader och branscher ut?
- Inom vilka upphandlingsområden förekommer risk för oskäliga arbets- och anställningsvillkor?
- Utifrån riskanalysen – vilka upphandlingsområden ska prioriteras?

5.2.1 Analys av behov och marknad

Upphandlingar bör föregås av en behovs- och marknadsanalys. Det är centralt att fokusera på det behov som ska tillgodoses och inte vilken lösning som ska levereras. I *behovsanalysen* är det viktigt att vara öppen för olika lösningar för att tillgodose det identifierade behovet. I denna del är det viktigt att inkludera beställaren (kravställaren) för att minska risken att upphandlingen inte motsvarar de faktiska behov som finns i organisationen.

Marknadsanalysen bör ge svar på ett antal frågor om vilka leverantörer som finns på marknaden och hur branschen inom aktuellt upphandlingsområde ser ut. För att få en bättre uppfattning om hur arbetsmarknaden och arbetsvillkoren ser ut inom aktuell bransch kan det exempelvis vara bra att ta reda på hur stor del av leverantörerna som har kollektivavtal.¹⁰¹ Andelen anställda som omfattas av kollektivavtal ligger sedan flera år på omkring 90 procent i Sverige. I den offentliga sektorn är täckningsgraden 100 procent och

¹⁰¹ För mer information om kollektivavtalens täckningsgrad inom olika branscher, se Kjellberg, Anders (2015) *Kollektivaavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund- och fackförbund*.

inom privat sektor ligger den på drygt 80 procent.¹⁰² Siffrorna kan dock variera mellan olika branscher. Bland små- och medelstora företag (SME) är det relativt vanligt att de inte har kollektivavtal. Cirka 60 % av de små företagen (dvs. 1 - 49 anställda) saknar kollektivavtal i dag.¹⁰³

Dialog med arbetsmarknadens parter och branschen

En förutsättning för att inkludera arbets- och anställningsvillkor vid upphandling är att föra en dialog med arbetsmarknadens parter om detta. Även om det kan vara resurskrävande, kan upphandlande myndigheter som i dagsläget vill genomföra upphandlingar med sådana krav och villkor upprätta en sådan kontakt på egen hand. Arbetsmarknadens parter kan bidra med information kring vad som är skäligen arbets- och anställningsvillkor inom aktuell bransch, samt bidra med annan värdefull information. Parterna kan exempelvis informera om vilka avvägningar som gjordes när kollektivavtalet utformades och varför de avtalade villkoren ser ut som de gör.

Det är naturligtvis även viktigt att föra en dialog med branschen. På så vis kan leverantörerna ges information om vad eventuella arbets- och anställningsvillkor kan komma att innebära för dem.

5.2.2 Prioritera upphandlingsområden

Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal är i första hand aktuellt att inkludera i upphandling av *tjänster*,

¹⁰² Medlingsinstitutet (2014) *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2014*, s. 30–31.

¹⁰³ Kjellberg, Anders (2015) *Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund- och fackförbund*, s. 22–27, samt Företagarna (2011) *Småföretagen och kollektivavtalen*.

byggentreprenader eller *byggkoncessioner* som utförs i Sverige och där det förekommer problematik med anställnings- och arbetsförhållanden som ligger under kollektivavtalens nivåer.

När det gäller *varuupphandlingar* är möjligheten att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal mer begränsad. Om varorna tillverkas i Sverige på uppdrag av den upphandlande myndigheten, eller tillverkas som en del av ett tjänstekontrakt, kan det vara möjligt att ställa sådana villkor. EU-domstolen har dock i målet *Bundesdruckerei (C-549/13)* fastställt att krav på ett visst lands arbetsrättsliga villkor endast kan ställas om kontraktet ska fullgöras i just det landet, se 3.2.2.¹⁰⁴

Identifiering av risk för arbets- och anställningsvillkor under kollektivavtalens nivåer

En analys av inom vilka upphandlingsområden det finns risk att det förekommer oskäliga arbets- och anställningsvillkor ger vägledning om vilka områden som är mest lämpliga att fokusera på. Genom att utgå från områden där risken är högst kan upphandlande myndigheter prioritera och inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal i upphandlingar där det är mest relevant och där kravställande vid upphandling kan bidra till att säkerställa sunda arbetsvillkor.

För att kunna göra en bedömning av inom vilka upphandlingsområden det kan förekomma sådana risker är det viktigt att identifiera hur tjänsten, byggentreprenaden eller byggkoncessionen normalt sett utförs. En faktor som kan öka risken är exempelvis om

¹⁰⁴ Krav på grundläggande arbetsvillkor och ILO:s kärnkonventioner kan vara aktuellt vid varuproduktion, framför allt om tillverkning sker i så kallade låglöneländer. För mer information om möjligheten att ställa krav på socialt ansvarstagande i leverantörskedjan, vänligen besök CSR-kompassen, www.csrkompassen.se.

det inom aktuell bransch förekommer långa leverantörsled. Ofta ökar problematiken med dåliga arbets- och anställningsvillkor som ligger under kollektivavtalens nivåer bland underleverantörerna. En annan faktor kan vara om det handlar om en arbetsintensiv bransch där löner utgör en stor del av kostnaderna.

Ytterligare en faktor som kan öka risken är om det förekommer utstationering av arbetstagare inom den aktuella branschen. Exempelvis är utstationering vanligt förekommande i byggbranschen (läs mer om utstationering under 3.2.). Tidigare kända problem med dåliga arbets- och anställningsvillkor för arbetstagarna bör också beaktas vid en riskanalys om den upphandlande myndigheten har kännedom om detta.

5.3 Genomförande av upphandling

När en upphandlande myndighet har beslutat att arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal ska inkluderas i upphandlingen ska detta omsättas till krav, tilldelningskriterier eller särskilda villkor som ska tillämpas vid utförandet av kontraktsåtagandet. Det är centralt att formulera kraven eller villkoren på ett precist och tydligt sätt så att det står klart för leverantörerna vad de har att uppfylla enligt avtalet.

Vid genomförandet av upphandlingen bör följande frågor besvaras:

- Kan kontraktet komma att utföras av utstationerad arbetskraft?
- Hur kan den upphandlande myndigheten ta del av aktuella kollektivavtal?

- Hur kan aktuella kollektivavtal identifieras?
- Hur hanterar den upphandlande myndigheten att flera kollektivavtal kan vara tillämpliga inom samma upphandlingsområde?
- Hur kan krav och villkor i nivå med svenska kollektivavtal formuleras?

5.3.1 Bedömning av om kontraktet kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft

Normalt sett är det ovanligt att det förekommer utstationering av arbetstagare vid utförandet av offentliga kontrakt i Sverige. Upphandlande myndigheter som önskar inkludera krav på att arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal ska tillämpas vid genomförandet av det upphandlade kontraktet, bör dock alltid inför upphandlingen göra en bedömning om kontraktet kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft. Detta eftersom det enligt Konkurrensverkets bedömning, påverkar vilka krav och villkor som kan efterfrågas vid upphandling.

Upphandlingar som *inte* utförs av utstationerad arbetskraft

I de fall det offentliga kontraktet inte kommer att utföras av utstationerad arbetskraft kan upphandlande myndigheter enligt Konkurrensverkets uppfattning inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal. De upphandlande myndigheterna är därmed inte bundna till utstationeringsdirektivets minimivillkor enligt den hårda kärnan (se nedan). Exempel på sådana upphandlingsområden är upphandlingar vars art och karaktär gör det olämpligt eller i praktiken omöjligt att

kontraktet utförs av utstationerad arbetskraft. Det kan avse kontrakt där kvaliteten på tjänsten förutsätter en viss kontinuitet och långsiktighet, exempelvis driften av kollektivtrafiken eller driften av ett äldreboende, där det inte är lämpligt att kontraktet utförs av arbetskraft som endast tillfälligt är utstationerad i Sverige under en begränsad tid.

Upphandlingar som utförs eller kan utföras av utstationerad arbetskraft

För att avgöra om upphandlingen avser ett sådant uppdrag som typiskt sätt kan komma att utföras med hjälp av utstationerad arbetskraft finns det några omständigheter som den upphandlande myndigheten kan lägga till grund för sin bedömning. Här kan slutsatserna i ett betänkande från utstationeringskommittén vara vägledande.¹⁰⁵ Utredningen konstaterade att de vanligaste branscherna år 2015 var byggverksamhet (36,6 procent) tillverkning (21 procent) och informations- och kommunikationsverksamhet (12,3 procent). De vanligaste verksamhetsområdena var specialiserad bygg- och anläggningsverksamhet, byggande av hus, reparation och installation av maskiner och apparater samt dataprogrammering, datakonsultverksamhet och dylikt.

Handlar det om sådana offentliga kontrakt där utstationering förekommer, saknar upphandlande myndigheter möjligheten att inkludera krav som går längre än den så kallade "hårda kärnan" i utstationeringsdirektivet.¹⁰⁶ I den svenska utstationeringslagen (5 §) anges de villkor som ska tillämpas enligt svensk lag som ingår i direktivets hårda kärna, förutom minimilön som inte regleras i lag i Sverige.

¹⁰⁵ SOU 2015:38, *Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet - Del II*, s. 54.

¹⁰⁶ Se artikel 3.1. i utstationeringsdirektivet.

Den hårda kärnan av arbets- och anställningsvillkor i Sverige¹⁰⁷

En arbetsgivare ska tillämpa följande bestämmelser för utstationerade arbetstagare:

- 2, 2 a, 5, 7, 16-16 b, 17-17 b, 24, 28-29 a, 31 och 32 §§ semesterlagen (1977:480),
- 2 §, 4 § första stycket och 16-22 §§ föräldraledighetslagen (1995:584),
- 2-7 §§ lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, samt
- 1 kap. 4 och 5 §§, 2 kap. 1-4 och 18 §§ samt 5 kap. 1 och 3 §§ diskrimineringslagen (2008:567).
- arbetsmiljölagen (1977:1160),
- arbetstidslagen (1982:673), dock inte 12 §,
- lagen (2005:395) om arbetstid vid visst vägtransportarbete, dock inte 16 §.¹⁰⁸

Vid utstationering av uthyrda arbetstagare tillämpas även 2, 9, 10, 13 och 15 §§ lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare. Vid tillämpningen av dessa bestämmelser ska som bemanningsföretag anses arbetsgivare som hyr ut arbetskraft och som kundföretag anses användarföretag.

Möjligheten att ställa olika krav på anbudsgivare med utstationerad arbetskraft respektive inhemsk arbetskraft

Konkurrensverkets uppfattning är att anbudsgivare som har utstationerad arbetskraft och anbudsgivare med inhemsk arbetskraft

¹⁰⁷ 5 § utstationeringslagen (1999:678).

¹⁰⁸ Utöver detta finns även bestämmelser för flygpersonal inom civilflyget, och kör- och vilotid vid internationell järnvägstrafik.

befinner sig i lika situationer och ska därmed behandlas lika. Konkurrensverket konstaterar samtidigt att frågan om det kan finnas *sakliga skäl* som tillåter att dessa behandlas olika, det vill säga att olika villkor efterfrågas, alltid måste göras efter en bedömning i det enskilda fallet (läs mer om detta under 4.3.2).

5.3.2 Tillgänglighet av kollektivavtal och identifiering av aktuella avtal

Tillgängligheten av kollektivavtal

I dagsläget saknas en tydlig och transparent "infrastruktur" för upphandlande myndigheter att ta del av kollektivavtal. Det leder till svårigheter för upphandlande myndigheter att få tillgång till kollektivavtalen. Vissa kollektivavtal finns tillgängliga på arbetsgivarorganisationens respektive arbetstagarorganisationens webbplatser.¹⁰⁹ Merparten av alla kollektivavtal är dock inte offentligt tillgängliga.

Kollektivavtalen är en överenskommelse mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationen och gäller för deras medlemmar. Inom vissa organisationer betraktas avtalen därmed som en medlemsförmån som ska vara tillgänglig just för medlemmarna, även om det ser olika ut inom olika organisationer.

En upphandlande myndighet kan emellertid söka information om kollektivavtal i Medlingsinstitutets databas.¹¹⁰ Medlingsinstitutet är en statlig myndighet vars uppgift bland annat är att verka för en väl

¹⁰⁹ Exempelvis har Almega nyligen beslutat att tillhandahålla alla avtal som de ingår till upphandlande myndigheter.

¹¹⁰ <http://www.mi.se/sok-avtal/> (2015-05-07)

fungerande lönebildning, ansvara för en statlig medlingsverksamhet och ansvara för den officiella lönestatistiken. Medlingsinstitutet har cirka 670 centrala kollektivavtal i sin databas och i denna är det möjligt att söka information om bland annat avtalsparter och löptider.¹¹¹ Däremot är det inte möjligt att få tillgång till de "fysiska" kollektivavtalen via denna webbplats.

Upphandlande myndigheter som i dagsläget önskar ta del av kollektivavtal som underlag för kravställande vid upphandling kan kontakta arbetsmarknadens parter som kan bistå med detta, om det aktuella avtalet inte finns offentligt tillgängligt.

Utgå från de centrala avtalen

De *centrala* kollektivavtalen bör vara utgångspunkt vid offentlig upphandling. Det är inte lämpligt att upphandlande myndigheter kräver villkor enligt lokala avtal, eftersom detta skulle få till följd att leverantörerna därmed skulle uppfylla villkor som en enskild arbetsgivare har förhandlat fram. När arbetet kan komma att utföras av utstationerade arbetstagare följer det dessutom av utstationeringsdirektivet (artikel 3.8) att utgångspunkten ska vara förbundsavtalet.

Identifiering av aktuella kollektivavtal

Det kan vara en utmaning för en upphandlande myndighet att identifiera vilket eller vilka kollektivavtal som är tillämpliga inom det aktuella upphandlingsområdet. Inom vissa områden är det enkelt att avgöra vilket kollektivavtal som är aktuellt, eftersom det endast finns ett tillämpligt kollektivavtal. Ett sådant exempel är taxiavtalet som är tillämpligt för de anställda som kör samhälls-

¹¹¹ <http://www.mi.se/sok-avtal/> (2015-05-07)

betalda resor med vanliga taxibilar, som exempelvis sjukresor, färdtjänst och skolskjuts.

Inom andra områden kan det finnas flera olika kollektivavtal inom samma upphandlingsområde. Att det kan finnas flera avtal som blir aktuella inom samma upphandling kan ha olika orsaker.

- Kontraktet omfattar *olika typer av yrkeskategorier*. Ett exempel på en upphandling som omfattar olika yrkeskategorier är en byggentreprenadupphandling. I och med att det är flera yrkeskategorier som är involverade gäller därmed flera kollektivavtal för olika typer av arbeten som utförs.
- Det förekommer olika kollektivavtal för *samma typ av tjänst*. Upphandling av städtjänster är ett exempel där det förekommer flera olika kollektivavtal för samma typ av tjänst. I detta fall handlar det inte om att kollektivavtalen överlappar varandra, utan om att det är olika avtal som gäller för olika typer av arbeten (i detta fall städning inom olika branscher).
- Det förekommer olika kollektivavtal som är tillämpliga för samma typ av tjänst som till viss del *överlappar och konkurrerar med varandra*. Exempelvis kan detta förekomma på tjänstemannasidan där det finns kollektivavtal både inom TCO och Saco som omfattar samma typ av arbete, exempelvis vad gäller kollektivavtal för arkitekter och IT-konsulter.

Vid identifiering av aktuellt kollektivavtal är det nödvändigt att föra en dialog med arbetsmarknadens parter. Upphandlande myndigheter som har resurser till att genomföra detta, kan föra en dialog direkt med parterna på egen hand.

Vilket kollektivavtal bör upphandlande myndigheter utgå ifrån vid kravställande?

I de fall det finns flera olika kollektivavtal som är tillämpliga för samma typ av arbete uppkommer frågan hur den upphandlande myndigheten kan avgöra vilket avtal den bör utgå ifrån vid kravställandet. I den svenska modellen finns det inget utrymme för att erkänna vissa organisationer eller avtal som "representativa" eller "mest representativa". För att avgöra vilket avtal som den upphandlande myndigheten bör utgå ifrån bör därmed en dialog föras med arbetsmarknadens parter.

En följd av detta är att det kan finnas leverantörer som är bundna av ett *annat kollektivavtal*, med andra villkor, än det som den upphandlande myndigheten utgår ifrån. I sådant fall uppkommer frågan hur myndigheten ska hantera denna situation. En grundläggande utgångspunkt för den svenska modellen är att kollektivavtal anses reglera arbetsvillkoren för arbetstagarna på ett likvärdigt sätt. Krav och villkor bör därmed inte inkluderas på ett sådant sätt som medför att endast leverantörer (anbudsgivare) som är bundna av ett specifikt kollektivavtal har möjlighet att delta vid upphandlingen. De leverantörer som är bundna av ett annat kollektivavtal måste få fortsätta att tillämpa detta avtal. Detta ställer särskilda krav på upphandlande myndigheter när kollektivavtalsvillkoren ska omvandlas till krav och villkor i ett förfrågningsunderlag.

Konkurrensverket anser att de krav eller villkor på exempelvis arbetstider, löner och andra villkor som den upphandlande myndigheten har inkluderat i förfrågningsunderlaget ska gälla på samma sätt för samtliga leverantörer. Detta gäller även för de leverantörer som inte har något kollektivavtal, men som har ett anställningsavtal med sina anställda som innehåller andra villkor

än den upphandlande myndigheten har uppställt i upphandlingen. Det är alltså inte förenligt med likabehandlingsprincipen att acceptera anbud från leverantörer som med åberopande av ett annat kollektivavtal kommer erbjuda sämre arbetsvillkor än de som den upphandlande myndigheten har angivit i upphandlingen. Detta gäller även om dessa villkor följer av ett svenskt kollektivavtal, eller om kollektivavtalet innehåller bättre villkor i andra avseenden än vad som den upphandlande myndigheten valt att inkludera i upphandlingen. Att olika leverantörer kan ha olika förutsättningar till följd av att de har olika kollektivavtal, innebär alltså inte att de befinner sig i olika situationer i upphandlingen och att olika krav kan ställas på dem.

Det kan finnas flera möjliga tillvägagångssätt för upphandlande myndigheter i dessa situationer, vilka kan lämpa sig olika väl i olika situationer. Samtliga tillvägagångssätt måste dock uppfylla kraven på tydlighet och likabehandling och får inte medföra att anbudsgivare accepteras som inte erbjuder sina anställda de arbetsvillkor som myndigheten uppställt i förfrågningsunderlaget. Ett tillvägagångssätt kan vara att endast efterfråga sådana krav och villkor som kan uppfyllas oavsett vilket kollektivavtal en leverantör är bunden av. Ett annat tillvägagångssätt kan vara att leverantören, i vissa avseenden och inom ramen för avtalet, förbinder sig att ge sina anställda bättre arbetsvillkor vid utförandet av kontraktet än vad som följer av det kollektivavtal som leverantören är bundet av.

5.3.3 Arbets- och anställningsvillkor som kan inkluderas i upphandlingen

Vad regleras i lagstiftning respektive kollektivavtal?

Många villkor som regleras i kollektivavtal regleras även i arbetsrättslig lagstiftning. Kollektivavtalen innehåller i stor utsträckning bättre bestämmelser för arbetstagaren än vad som regleras i lag, även om det ser olika ut i olika avtal.

Det kan dock vara problematiskt att bryta ut vissa villkor ur kollektivavtalen i en upphandling, eftersom exempelvis en lägre lön i ett kollektivavtal kan kompenseras med fler semesterdagar eller kortare arbetstid. Det måste alltid göras en bedömning i den aktuella upphandlingen av vilka arbets- och anställningsvillkor som kan komma i fråga och vilka villkor som är lämpliga att ställa. Dessa villkor måste fastställas i dialog med arbetsmarknadens parter.

Exempel på villkor som kan inkluderas

Villkor i nivå med svenska kollektivavtal måste fastställas med hänsyn till det specifika upphandlingsföremålet och baseras på aktuellt kollektivavtal i branschen. Nedan ges *exempel* på villkor som kan regleras i kollektivavtal som rör arbets- och anställningsvillkor för arbetstagaren och som den upphandlande myndigheten kan ta som utgångspunkt när den ställer krav på arbets- och arbetsvillkor i nivå med kollektivavtal vid en upphandling:

- *Anställning*. Kollektivavtalet reglerar i huvudsak tillåtna anställningsformer. Kollektivavtalet kan både komplettera LAS samt ersätta LAS i dess helhet. I vissa avtal finns det även

särskilda bestämmelser om vilka förkunskaper som krävs för att få utföra arbete på avtalsområdet (t.ex. inom Byggnads).

- *Arbetstid.* Kollektivavtalet innehåller regler om ordinarie arbetstid och arbetstidens förläggning. Oftast finns regler om övertid, beredskapstjänst, restid, flextid, arbetstidsförkortning dygnsvila och i vissa fall tidsbank.
- *Ledighet.* Även fria dagar regleras samt rätt till permission i vissa fall.
- *Löner.* Löner regleras på olika sätt i kollektivavtalen. På LO-sidan finns regler om timlön alternativt månadslön och nivåerna följer i regel erfarenhet och kunskap. Avtalen innehåller även regler om lön för restid, övertid och obekväm arbetstid. Vidare finns regler om beredskapsersättning, traktamente och flextid samt särskilda regler för sjuklön och föräldralön.¹¹² TCO- och SACO-förbundens kollektivavtal är i regel sifferlösa och saknar därmed bestämmelser om lägsta löner. Lönerna ska i stället vara differentierade och individuella utifrån erfarenhet och kunskap.
- *Semester.* Avtalen innebär i regel mer förmånliga villkor än semesterlagen. Detta kan avse både semesterns längd och semesterlörens storlek.

¹¹² I byggbranschen förekommer i regel ackord. Ett ackordsobligatorium råder, vilket innebär att arbetsgivaren har en skyldighet att utlämna arbetet på ackord till arbetslaget. Ackordsarbetet är i regel prissatt i en särskilt ackordtidslista där varje enskilt arbetsmoment är tidssatt.

- *Särskilda bestämmelser.* Regler om exempelvis arbetsmiljö och utbildning,¹¹³ verktyg och annan utrustning, personalutrymmen och arbets- och skyddskläder.
- *Försäkringar med mera* Exempelvis Avtalsgruppsjukförsäkring (AGS), Avtalspension SAF-LO, Trygghetsförsäkring (TFA), Grupplivförsäkring (TGL), Avgångsbidrag (AGB) samt Föräldrapenningförsäkring.

Observera att det vid kravställande är viktigt att fundera över att inte efterfråga krav och villkor som försvårar för små- och medelstora företag att delta vid upphandling. Till exempel kan det handla om specifika krav på försäkringslösningar som kan vara svåra för små- och medelstora företag att anpassa sig till.

5.4 Avtalsuppföljning

Det följer av EU-domstolens rättspraxis att krav och villkor måste vara möjliga att kontrollera, det vill säga att de kan utsättas för en faktisk och verklig kontroll.¹¹⁴ Det föreligger *ingen skyldighet* för upphandlande myndigheter att kontrollera samtliga ställda krav och villkor i ett förfrågningsunderlag. Däremot är det 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

¹¹³ I kollektivavtalet kan lösningar på branschspecifika arbetsmiljöproblem vara reglerade. Ett exempel är inom bevakningsbranschen där man har bemanningskrav vid vissa arbetsupp-gifter som t.ex. larmutryckning eller störningsjour. Kollektivavtalet kan även reglera utbildningskrav som t.ex. minskar risken för arbetsmiljöskador eller ger en bättre och säkrare tjänst för kunden.

¹¹⁴ Jfr EU-domstolens mål i, C-448/01, *EVN Wienstrom*.

oseriösa leverantörer och snedvrída konkurrensen, samt att det kan påverka den upphandlande myndighetens trovärdighet.¹¹⁵

Följande frågor som rör uppföljning bör besvaras:

- Hur kan upphandlande myndigheter arbeta systematiskt med uppföljning av arbets- och anställningsvillkor?
- När ska uppföljningen äga rum?
- Vem ska genomföra uppföljningen?
- Hur ska avvikelser hanteras?

5.4.1 Systematisk uppföljning

Systematisk uppföljning av arbets- och anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal bidrar till att skapa kontinuitet i arbetet. Att kontrollera att leverantörerna lever upp till det avtalade åtagandet innefattar att säkerställa att arbetstagarna som utför de offentliga kontrakten erhåller de villkor och förmåner som de enligt upphandlingskontraktet har rätt till.

Upphandlande myndigheter bör redan i förfrågningsunderlaget ange hur krav och villkor avses att följas upp. Problematiken med arbets- och anställningsvillkor under i upphandlingen krävda nivåer aktualiseras först vid kontraktets utförande. Därför är det centralt att, utöver kravställning i förfrågningsunderlaget, faktiskt

¹¹⁵ Jfr Konkurrensverkets vägledning, *Riktlinjer för användning av hållbarhetskriterier vid offentlig upphandling*, 2014-06-27, s. 4–6.

kontrollera att antagna leverantörer följer de arbetsrättsliga krav och villkor som har inkluderats i upphandlingen.

Av likabehandlingsprincipen och transparensprincipen följer att de krav och villkor som uppställs i en upphandling måste vara mätbara och kunna utsättas för en faktisk och verklig kontroll.¹¹⁶ Däremot finns det ingen skyldighet för upphandlande myndigheter att faktiskt utföra en kontroll av ställda krav och villkor.

Uppföljningsplan och resurser för uppföljning

Upphandlande myndigheter bör på ett tidigt stadium ta fram en plan för när och hur de ska genomföra uppföljningen av arbets- och anställningsvillkoren i nivå med kollektivavtal. Prioriteringen bör lämpligen utgå ifrån den riskanalys som ligger till grund för vilka upphandlingsområden som den upphandlande myndigheten väljer att fokusera på.

Att det finns en tydlig plan för uppföljning av de arbetsrättsliga kraven är ett bra stöd för den upphandlande myndigheten vid genomförandet av själva uppföljningen. I de fall leverantören är bunden av kollektivavtal är det i första hand facken som kontrollerar att kollektivavtalen efterlevs. Det är dock viktigt att skilja på kontroll av kollektivavtalen och kontroll av den upphandlande myndighetens krav och villkor i samband med upphandling, vilka inte nödvändigtvis kontrolleras av facken. I de fall leverantören inte är bunden av kollektivavtal ställer detta dock högre krav på den upphandlande myndigheten att genomföra uppföljning av de ställda kraven och villkoren.

¹¹⁶ Se prop. 2006/07:128, s.200. Se exempelvis även mål *EVN Wienstrom*, C-448/01.

För att säkerställa att den upphandlande myndigheten har de resurser som krävs för att följa upp de krav som har ställts är det avgörande att detta beaktats redan i samband med planeringen av upphandlingen, innan kraven fastställts i förfrågningsunderlaget.

Uppföljning hos underleverantörer

Uppföljning av ställda krav och villkor ska alltid göras gentemot avtalsparten. I och med att riskerna för att arbets- och anställningsvillkor ligger under kollektivavtalens nivåer ofta ökar i leverantörsleden, är det viktigt att kraven och villkoren även omfattar underleverantörerna. Det är dock alltid leverantören som har en skyldighet att säkerställa att kraven uppfylls i leverantörsleden. Det är därmed leverantörens ansvar att informera underleverantörer om vilka villkor som gäller, samt säkerställa att dessa villkor uppfylls.

När bör uppföljning ske?

Det bör tydligt framgå av förfrågningsunderlaget när ett krav eller villkor ska vara uppfyllt och hur detta kan visas av leverantörerna. Uppföljning av särskilda kontraktsvillkor sker under avtalsperioden. För att eventuella brister och avvikelser ska kunna hanteras och åtgärdas innan kontraktperioden är slut, är det dock viktigt att inte dröja för länge med uppföljningen av villkoren.

5.4.2 Uppföljningsprocessen

Det bör tydligt framgå av förfrågningsunderlaget hur kraven och villkoren ska kontrolleras, samt vilka konsekvenserna blir om de inte efterlevs. Uppföljning kan ske i samband med leverantörsmöten och i dialog med leverantören, eller genom en specifik kontroll av just arbets- och anställningsvillkoren.

Vem ska genomföra uppföljningen?

Det är alltid den upphandlande myndigheten som ansvarar för uppföljningen, oavsett om uppföljningen sker i egen regi eller med hjälp av en upphandlad extern part. En fördel med att genomföra uppföljningen i egen regi är att kompetensen höjs internt och att kunskapen stannar inom organisationen. Beroende på vilka krav och villkor som ska följas upp kan det dock krävas specifik kunskap och erfarenhet inom arbetsrätt och detaljerad kunskap om kollektivavtal. Om den upphandlande myndigheten inte förfogar över sådan kunskap inom sin organisation kan ett alternativ vara att upphandla tjänster för uppföljning av de aktuella kraven.

Kontrollformulär för uppföljning

Oavsett om uppföljning och kontroll genomförs i den upphandlade myndighetens egen regi eller med hjälp en extern tredje part är det en fördel om det finns ett kontrollformulär som stöd vid uppföljningen. Kontrollformuläret ska vara kopplat till kraven och villkoren och delges leverantören, tillsammans med förfrågningsunderlaget, för att tydliggöra vad som förväntas av leverantören och hur uppföljningen kommer att gå till under avtalsperioden.

Ett kontrollformulär underlättar både för den upphandlande myndighet som ska genomföra kontrollerna och för att skapa tydlighet och transparens för leverantörerna kring hur kraven kommer att följas upp.

Hantering av avvikelser och sanktionsmöjligheter

I avtalet bör det framgå hur eventuella avvikelser kommer att hanteras. De kommersiella villkoren bör även fastställa vilka sanktionsmöjligheter som kan bli aktuella. I de fall avvikelser

upptäcks är det viktigt att ansvarig person på den upphandlande myndigheten direkt kontaktar leverantören och ber denna att åtgärda avvikelserna omgående. I första hand bör en rättelse eftersträvas. Även andra sanktioner som exempelvis varningar, prisavdrag, viten och i sista hand även uppsägning på grund av avtalsbrott, kan komma att bli aktuella. Det är dock viktigt att sanktionerna alltid står i proportion till graden av avvikelse.

Referenser

Offentligt tryck med mera

Kommittédirektiv

Kommittédirektiv 2014:162 *Upphandling och villkor enligt kollektivaavtal.*

SOU

SOU 2006:128 *Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004.*

SOU 2013:12 *Upphandlingsutredningen, Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling.*

SOU 2014:51 *Nya regler om upphandling.*

SOU 2015:13 *Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet, Del I.*

Svenska myndigheter

Arbetsmiljöverket (2010), *Utstationering – regler för utlandsanställda som arbetar i Sverige en begränsad tid, andra upplagan.*

Arbetsmiljöverket (2015) *Helårsrapport 2014 – Register för företag som utstationerar arbetstagare i Sverige, rapport 2015:10.*

Konkurrensverket (2013) *Osund konkurrens i offentlig upphandling – Om lagöverträdelser som konkurrensmedel, rapport 2013:6.*

Konkurrensverket (2014) *Siffror och fakta om offentlig upphandling. Statistik om upphandlingar som genomförts under 2013, rapport 2014:1.*

Medlingsinstitutet (2014) *Avtalsrörelsen och lönebildningen 2014, Medlingsinstitutets årsrapport.*

Konkurrensverket (2014) *Riktlinjer för användning av hållbarhetskriterier vid offentlig upphandling, vägledning 2014-06-27.*

Regeringens skrivelser

S2014.22 *Färdplan för den offentliga upphandlingen.*

Propositioner

Proposition 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi transporter och posttjänster.*

Litteratur

Adlercreutz, Axel och Mulder, Berhard Johann (2013) *Svensk arbetsrätt, fjortonde upplagan.*

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas (2010) *Upphandling och arbete i EU, Sieps rapport 2010:3.*

Andersson, A, m.fl. (2013) *Arbetsrätt, 6:e reviderade upplagan.*

Arrowsmith, Sue (2014) *The law of public and utilities procurement, volym 1 (tredje upplagan).*

Företagarna (2011) *Småföretagen och kollektivaavtalen.*

Glavå, Mats (2011) *Arbetsrätt*, andra upplagan.

Jonsson, Claes-Mikael och Larsson, Göran (2013) *Gäst i verkligheten – om utstationerad arbetskraft i praktiken*, Landsorganisationen i Sverige.

Jonsson, Claes-Mikael, m.fl. *När arbetskraftskostnaderna pressar priset – en genomlysning av offentliga investeringar i infrastruktur*, Landsorganisationen i Sverige.

Kjellberg, Anders (2015) *Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund- och fackförbund*, Lunds Universitet.

Källström, Kent och Malmberg, Jonas (2013) *Anställningsförhållandet*, tredje upplagan.

Nyström, Birgitta (2011) *EU och arbetsrätten*, fjärde upplagan.

Sigeman, Tore m.fl. (2013) *Arbetsrätten – en översikt*, sjätte upplagan.

Sigeman, Tore och Sjödin, Erik (2013) *En introduktion till arbetsrätten*, sjätte upplagan.

Sundstrand, Andrea (2015) *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, Konkurrensverkets Uppdragsforskningsrapport 2015:2.

Rättsfall

EU-domstolen

C-243/89 *Stora Bält*

C-87/94 Vallonska bussarna

C-496/99 Succhi di Frutta

C-513/99 Concorida Bus

C-19/00 SIAC Construction

C-448/01 EVN Wienstrom

C-21/03 och C-34/03 Fabricom

C-458/03 Parking Brixen

C-346/06 Rüffert

C-341/05 Laval un Partneri

C-315/10 GAT

C-368/10 Max Havelaar

C-42/13 Cartiera

C-538/13 eVigilio

C-549/13 Bundesdruckerei

C-396/13 Sähköalojen ammattiliitto

Europadomstolen

Gustafsson mot Sverige 18/1995/524/610

Svenska domstolar

Högsta förvaltningsdomstolen (Regeringsrätten), mål nr 7957-09.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 1713-1995

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 2598/2601-13.

Förvaltningsrätten (Länsrätten i Hallands län), mål nr 2434-05

Förvaltningsrätten (Länsrätten i Skåne län), mål nr 5538-09

Regeringsrätten mål 7957-09

EU-kommissionen

Europeiska kommissionen (2001) *Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling*, KOM(2001) 274 slutlig.

Europeiska kommissionen (2001) *Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling*, KOM(2001) 566 slutlig.

Europeiska kommissionen (2010) *Europa 2020 – en strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM(2010) 2020 slutlig.

Europeiska kommissionen (2010) *Socialt ansvarsfull upphandling. En handledning till sociala hänsyn vid offentlig upphandling*, KOM(1258) slutlig.

Elektroniska källor

<http://www.mi.se/kollektivavtal-lagar/arbetsgivarnas-organisationer/>

<http://www.mi.se/kollektivavtal-lagar/arbetstagarnas-organisationer/>

http://www.svensktnaringsliv.se/om_oss/medlemsorganisationer/

<http://www.lo.se/>

<http://www.tco.se/>

<http://www.saco.se/>

<http://www.mi.se/>

<http://www.av.se/teman/utstationering/>

<http://www.csr-kompassen.se/>

<http://www.mi.se/sok-avtal/>

Övrigt

LO:s organisationsplan 2012. Beslutsunderlag till LO:s 27e ordinarie kongress 2012.

Denna rapport beskriver det rättsliga utrymmet för att inkludera arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid upphandling av offentliga kontrakt av tjänster, byggentreprenader och byggkoncessioner som utförs i Sverige. Rapporten går också igenom hur upphandlande myndigheter praktiskt kan gå till väga för att inkludera dessa krav och villkor i sina upphandlingar.



Adress 103 85 Stockholm

Telefon 08-700 16 00

Fax 08-24 55 43

konkurrensverket@kkv.se

www.konkurrensverket.se