

Upphandling och villkor enligt kollektivavtal

*Delbetänkande av Utredningen om upphandling
och villkor enligt kollektivavtal*

Stockholm 2015



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2015:78

Till statsrådet Ardalan Shekarabi

Regeringen beslutade den 22 december 2014 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de nya kommande upphandlingslagarna och lämna förslag på hur sådana bestämmelser ska utformas. Utredaren ska vidare analysera hur krav kan ställas på att varor, tjänster och byggtreprenader produceras, tillhandahålls och utförs under sådana förhållanden att ILO:s kärnkonventioner respekteras och att de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs, om det inte utförs i Sverige, tillämpas för arbetet samt föreslå hur detta ska göras vid upphandlingar.

Den 22 januari 2015 förordnades professor Niklas Bruun som särskild utredare.

Som sakkunniga förordnades från och med den 28 januari 2015 ämnessakkunnige Mattias Almqvist, Finansdepartementet, och departementssekreteraren Karin Sandkull, Arbetsmarknadsdepartementet.

Som experter i utredningen förordnades från och med den 28 januari 2015 juris doktorn Kerstin Ahlberg, Stockholms Universitet, juristen Ulrica Dyrke, Företagarna, juristen Torbjörn Eklund, Arbetsgivarverket, samhällspolitiska chefen Samuel Engblom, TCO, arbetsrättsjuristen Lars Gellner, Svenskt Näringsliv, näringspolitiska experten Stefan Holm, Almega, chefsjuristen Lena Maier Söderberg, SACO, kanslirådet Erik Murray, Näringsdepartementet, juristen Maria Nyman, Arbetsmiljöverket, juristen Sofie Rehnström, LO, utredaren Sara Sandelius, Kommerskollegium, sakkunnige Lisa Sennström, Konkurrensverket, biträdande professorn Grith Skovgaard Ølykke, Copenhagen Business School, arbetsrättsjuristen Anna Svanestrand, Sveriges Kommuner och Landsting, processrådet Kristoffer Sällfors, Konkurrensverket, juristen Oskar Taxén,

Kommunalarbetareförbundet och departementssekreteraren Fredrik Woods, Utrikesdepartementet.

Departementssekreteraren Fredrik Woods, Utrikesdepartementet, entledigades från sitt uppdrag som expert i utredningen från och med den 28 maj 2015.

Som sekreterare i utredningen anställdes från och med den 20 januari 2015 ämnesrådet Hanna Björknäs och kammarrättsassessorn Camilla Molina.

Utredningen överlämnar härmed delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78).

Stockholm i augusti 2015.

Niklas Bruun

/Hanna Björknäs
Camilla Molina

Innehåll

Sammanfattning	11
1 Författningsförslag.....	15
1.1 Förslag till ändring i förslaget till lag om offentlig upphandling i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015	15
1.2 Förslag till ändring i förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015	25
1.3 Förslag till ändring i förslaget till lag om upphandling av koncessioner i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015	35
1 Inledning.....	43
1.1 Uppdraget.....	43
1.2 Genomförandeutredningen.....	44
1.3 Utredningens arbete	45
1.4 Avgränsning av uppdraget.....	45
2 Gällande rätt.....	47
2.1 Grundläggande principer vid offentlig upphandling	47
2.2 Den svenska regleringen.....	53
2.2.1 Målsättningsstadagande i 1 kapitlet 9 a § LOU.....	53
2.2.2 Villkor för fullgörande av kontrakt	54

2.3	Den svenska arbetsmarknadsmodellen	57
2.3.1	Kollektivavtalsvillkor	59
3	De nya direktiven	61
3.1	Bakgrunden	61
3.2	LOU-direktivet	63
3.2.1	Artikel 18.2 i LOU-direktivet	64
3.2.2	Artikel 70 i LOU-direktivet	65
3.2.3	Kontraktsföremålet	66
3.2.4	Regleringen i upphandlingsdirektiven om underleverantörer	67
3.3	Analys	69
3.4	LUF-direktivet	72
3.5	LUK-direktivet	72
4	Nordisk jämförelse	75
4.1	Danmark	75
4.1.1	Det danska genomförandet av upphandlingsdirektiven	76
4.2	Norge	81
4.3	Finland	83
4.3.1	Allmänt	83
4.3.2	Allmänt bindande kollektivavtal	84
4.3.3	Genomförandet av de nya EU-direktiven i Finland	85
5	Utstationeringsdirektivet och dess påverkan på offentlig upphandling	87
5.1	Varför är utstationeringsdirektivet relevant för upphandling?	87
5.2	Utstationeringsdirektivet	89
5.2.1	Lavalmålet	91
5.2.2	Rüffert	93
5.2.3	Slutsats	96

5.2.4	Genomförandet av utstationeringsdirektivet och Lex Laval i Sverige	96
5.2.5	Är det tydligt vilka villkor en upphandlande myndighet kan ställa utifrån utstationeringslagen?	100
5.3	Tillämpningsdirektivet.....	102
5.3.1	Bakgrunden till direktivet och dess antagande	102
5.3.2	Direktivet	103
5.3.3	Genomförandet i svensk rätt av tillämpningsdirektivet	105
6	Utredningens förslag.....	107
6.1	Förslagen gäller för alla tre upphandlingslagar	107
6.2	Arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingen.....	108
6.3	När ska särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor ställas?	111
6.3.1	Vad som bör beaktas vid bedömningen	115
6.4	Likabehandlingsprincipen och olika kontraktsvillkor för anbudsgivare.....	117
6.4.1	Utstationeringsdirektivet i förhållande till likabehandlingsprincipen	117
6.4.2	När arbete utförs där svensk rätt inte är tillämplig	120
6.4.3	Sammanfattande slutsats	121
6.5	Vilka villkor ska ställas i offentlig upphandling?	122
6.5.1	Villkor enligt kollektivavtal	122
6.5.2	Allmänt om särskilda kontraktsvillkor	123
6.5.3	Att ställa krav på lön, semester och arbetstid bör vara obligatoriskt	124
6.5.4	Andra villkor än lön, semester och arbetstid	126
6.6	Villkorens nivå och hur de bestäms	129
6.6.1	Villkor bör motsvara lägsta nivå	129
6.6.2	Villkor som omfattas av utstationeringslagen ska bestämmas till miniminivån enligt den lagen.....	131

6.6.3	Hur villkor fastställs enligt utstationeringslagen	135
6.6.4	Övriga villkor bestäms enligt lag eller ett centralt kollektivavtal.....	138
6.7	Alternativa kontraktsvillkor	141
6.7.1	Möjlighet att tillämpa kollektivavtal i stället för kontraktsvillkor.....	142
6.7.2	När arbete utförs med utstationerad arbetskraft.....	146
6.7.3	Villkor när svensk rätt inte är tillämplig på arbetet	149
6.8	Ansvar för underleverantörer	154
6.9	Uppdrag till en myndighet.....	157
6.9.1	Vilken myndighet gör behovlighetsbedömningen.....	157
6.9.2	Vilken myndighet ska fastställa villkoren.....	158
6.10	Hur Upphandlingsmyndighetens uppdrag bör regleras	161
6.10.1	Besluten omfattas av regeringens kompetens	162
6.10.2	Verkställighetsföreskrifter.....	164
6.10.3	Allmänna råd	165
7	Konsekvensanalys	167
7.1	Inledning	167
7.2	Syftet med förslagen.....	168
7.3	Alternativa lösningar	169
7.4	Vilka som träffas av förslagen.....	171
7.5	Kostnader till följd av förslagen	172
7.5.1	Ökade kostnader för staten och kommuners offentliga upphandling.....	172
7.5.2	Ökade kostnader för leverantörer och underleverantörer.....	173
7.5.3	Kostnader för upphandlingsstödet	175
7.5.4	Konsekvenser för Konkurrensverket.....	177

7.6	Tidpunkten för ikraftträdande och speciella informationsinsatser	177
7.7	Den kommunala självstyrelsen.....	178
7.7.1	Konsekvenser för kommuner	178
7.7.2	Proportionalitetsbedömningen.....	180
7.8	Konsekvenser för de små företagen.....	181
7.9	Konsekvenser för jämställdheten.....	183
7.10	Konsekvenser för den personliga integriteten	183
7.11	Konsekvenser för den svenska arbetsmarknadsmodellen ..	185
7.12	Konsekvenser för lönebildningen	187
7.13	Konsekvenser för arbetstagarna.....	188
7.14	Förslagets förhållande till EU-rätten.....	190
8	Författningskommentar	191
8.1	Förslaget till ändring i förslaget till lag om offentlig upphandling i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015	191
8.2	Förslaget till ändring i förslaget till lag om upphandling inom försörjningssektorerna i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015	209
8.3	Förslaget till ändring i förslaget till lag om upphandling av koncessioner i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling den 4 juni 2015	217
 Bilaga		
Bilaga 1	Kommittédirektiv 2014:162	225

Sammanfattning

Upphandling inom den offentliga sektorn omsätter varje år omkring 600 miljarder kronor. Genom att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor om att det arbete som avses i upphandlingen ska utföras i enlighet med arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal kan den offentliga upphandlingen bidra till att de som arbetar i uppdrag som finansieras med offentliga medel gör det med skäliga arbetsvillkor. Betänkandet innehåller författningsförslag som syftar till att uppfylla de skyldigheter och utnyttja de möjligheter som 2014-års upphandlingsdirektiv¹ ger i fråga om att ställa villkor enligt kollektivavtal i offentlig upphandling.

Utredningen konstaterar att det är möjligt att införa bestämmelser om att villkor enligt kollektivavtal ska ställas i offentlig upphandling men att det är komplicerat med hänsyn till den svenska arbetsmarknadsmodellen. Upphandlingslagstiftningen ställer krav på bl.a. öppenhet och förutsebarhet medan svenska kollektivavtal, som huvudsakligen reglerar vad som gäller på svensk arbetsmarknad, normalt sett inte är allmänt tillgängliga för andra än de avtalsslutande parterna själva och deras medlemmar. Utredningen konstaterar att dessa båda system är svåra att förena. Utgångspunkten i de förslag som lämnas i betänkandet har dock varit att de förhållanden som råder på svensk arbetsmarknad i så hög utsträckning som möjligt ska respekteras samtidigt som de skyldigheter som följer av upphandlingsregelverket iakttas.

När det gäller 2014 års upphandlingsdirektiv och de regler som avser miljö-, sociala- och arbetsrättsliga hänsyn och skyldigheter

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet), samt direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).

konstaterar utredningen att dessa utgör en vidareutveckling av det rättsläge som följer av 2004 års direktiv och den praxis som utvecklats av EU-domstolen. De nya direktiven innebär enligt utredningen en skyldighet för medlemsstaterna att se till att miljö-, sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter beaktas vid offentlig upphandling. Det konstateras också att de nya direktiven innebär en utvidgning av vad som omfattas av det så kallade kontraktsföremålet i jämförelse med tidigare direktiv.

I betänkandet föreslås att bestämmelser som gäller villkor enligt kollektivavtal ska benämnas särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor och regleras i bestämmelserna om särskilda kontraktsvillkor. De förslag som lämnas avser att gälla för samtliga tre upphandlingslagar och kompletterar lagförslagen i lagrådsremissen Nytt regelverk om upphandling som beslutades den 4 juni 2015.

I betänkandet anges att syftet med att ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor är att säkerställa att den leverantör som vinner anbudet ska erbjuda sina arbetstagare skäliga anställningsvillkor och att konkurrens inte ska ske med undermåliga anställningsvillkor. De förslag som lämnas utgår ifrån detta syfte och de grundläggande EU-rättsliga principer som tillämpas vid offentlig upphandling, dvs. principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och principen om ömsesidigt erkännande.

Utredningen föreslår att det ska vara obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor i de fall där det är behövligt med hänsyn till den bransch som upphandlingen avser och övriga omständigheter som kan medföra risk för oskäliga arbetsvillkor. Den upphandlande myndigheten får även i andra fall ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor.

Vid bedömningen av om det är behövligt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor bör beaktas om upphandlingen avser varor, tjänster eller byggtreprenader. Utredningen konstaterar att det alltså främst är aktuellt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor i upphandlingar som rör tjänster, vid upphandlingar som rör blandade kontrakt med inslag av både tjänste- och varuupphandling och i varuupphandling där varan ännu inte tillverkats. Vidare ska beaktas om upphandlingen avser en bransch där det föreligger risk för anställnings- och arbetsrättsliga förhållanden som avviker från en godtagbar nivå.

I betänkandet föreslås vidare att det, i de fall det är obligatoriskt för den upphandlande myndigheten att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, ska vara obligatoriskt att ställa villkor avseende lön, semester och arbetstid. Utredningen föreslår att de upphandlande myndigheterna därutöver själva får bestämma om ytterligare villkor ska anges samt vilka villkor som då anges. Sådana villkor kan t.ex. gälla annan ledighet än semester, försäkringar, tjänstepension eller andra villkor för arbetet. Villkoren ska anges uttryckligen. Det är i allmänhet inte tillräckligt att hänvisa till kollektivavtal så länge det inte är allmänt tillgängligt.

De särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren ska bestämmas enligt den lägsta nivå som följer av lag. I de fall villkoren i ett centralt kollektivavtal är förmånligare för arbetstagarna än vad som följer av lag föreslår utredningen att kontraktsvillkoren ska motsvara den lägsta nivå som gäller enligt detta centrala kollektivavtal. Den lägsta nivån måste anses tillräcklig för att säkerställa skäliga anställningsvillkor och för att förhindra konkurrens med undermåliga anställningsvillkor. Med hänsyn till syftet med lagstiftningen framstår det således inte som motiverat att införa ett obligatoriskt krav om villkor på en högre nivå. För villkor som omfattas av den så kallade hårda kärnan i utstationeringslagen föreslås att nivån ska bestämmas enligt den miniminivå som anges enligt den lagen, även när villkoren inte specifikt gäller leverantörer med utstationerad arbetskraft.

Möjligheten att ställa villkor för leverantörer som utför arbete i en upphandling med hjälp av utstationerad arbetskraft begränsas av lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare, utstationeringslagen. För dessa leverantörer kan endast villkor ställas som omfattas av utstationeringslagens så kallade hårda kärna, bland annat lön, arbetstid och semester. Därtill ska villkoren begränsas till den lägsta nivå som gäller enligt lag eller centrala kollektivavtal i enlighet med utstationeringslagen. Utredningen föreslår att särskilda kontraktsvillkor ska anges för utstationerade arbetstagare.

Mot bakgrund av att den svenska arbetsmarknadsmodellen så långt som möjligt inte bör påverkas av förslaget föreslår utredningen vidare att en leverantör alltid ska ha möjlighet att som alternativ till de angivna kontraktsvillkoren, fullgöra kontraktet enligt motsvarande villkor i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Detta bör

därför uttryckligen anges som ett särskilt kontraktsvillkor av den upphandlande myndigheten.

I de fall där det inte är uppenbart obehövligt ska myndigheten också ange vad som gäller om uppdraget utförs där svensk rätt inte är tillämplig. I dessa fall föreslås att myndigheten ska ange villkor i enlighet med Internationella arbetsorganisationens, ILO, åtta kärnkonventioner. Myndigheten får också ställa särskilda kontraktsvillkor om att arbetet ska utföras enligt den arbetsrättsliga reglering som gäller där arbetet utförs.

I betänkandet föreslås vidare att det bör införas ett obligatorium för den upphandlande myndigheten att, i de fall det ansetts behövligt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, som ett särskilt kontraktsvillkor ange att leverantören ska säkerställa att samtliga underleverantörer som direkt medverkar till att uppfylla kontraktet följer de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor som följer av upphandlingskontraktet. Det rör sig om samma villkor som föreslås vara obligatoriska vid ställande av särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, dvs. lön, semester och arbetstid. Om arbetet utförs där svensk rätt inte är tillämpligt bör anges de villkor enligt ILO:s åtta kärnkonventioner som följer av utredningens föreslagna bestämmelse om när svensk rätt inte är tillämplig. Även i andra fall får den upphandlande myndigheten ställa särskilda kontraktsvillkor avseende underleverantörer.

Slutligen föreslås att det ska ankomma på den upphandlingsstödjande myndigheten, från och med den 1 september 2015, Upphandlingsmyndigheten, att göra bedömningen av när det ska vara obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor samt bestämma villkoren för lön, semester och arbetstid i dessa fall. Ställs arbetsrättsliga villkor i andra fall eller avses andra villkor än lön, arbetstid eller semester som dessa definieras i utstationeringslagen föreslås att den upphandlande myndigheten ska göra denna bedömning. När Upphandlingsmyndigheten eller en upphandlande myndighet fastställer villkor ur kollektivavtal föreslås att samråd ska äga rum med de parter som slutit kollektivavtalet.