

Transparens, likabehandling och kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling – en svårlöst ekvation

*Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun**

1 Inledning

Att konkurrensen om de offentliga kontrakten medför en ökande press på arbets- och anställningsvillkor har länge stått klart – ibland till den grad att man kan tala om social dumpning. Med 2014 års nya upphandlingsdirektiv har även EU:s lagstiftare erkänt detta faktum och infört en skyldighet för medlemsstaterna att säkerställa att leverantörerna uppfyller de arbetsrättsliga skyldigheter som följer av lag, kollektivavtal och vissa internationella konventioner.¹

Samtidigt måste det göras med respekt för de EU-rättsliga principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens (öppenhet). De nordiska länderna har valt helt olika sätt att lösa denna komplicerade ekvation – från Danmarks till synes sorglösa inställning till kravet på transparens, till svenskarnas vändor över hur man ska få kollektivavtalssystemet och EU-rätten att passa ihop. I det följande granskar vi vad dessa krav innebär och hur de nordiska länderna försöker tillgodose dem i sina lagar om upphandling.

2 De nya upphandlingsdirektiven

«Nu är det slut på lägsta prisets tyranni!», jublade Europaparlamentets föredragande Marc Tarabella när parlamentet hade röstat igenom de nya EU-direktiven om offentlig upphandling i januari 2014.² En månad senare var de slutligt antagna.³

* Kerstin Ahlberg är föreståndare för Institutet för social civilrätt, Stockholms universitet, Sverige. Niklas Bruun är professor vid Hanken i Helsingfors, Finland, och Stockholms universitet, Sverige.

1 Se direktiv 2014/24/EU artikel 18.2 citerad nedan vid not 9.

2 Pressmeddelande den 15 januari 2014, Ref: 20140110IPR32386.

3 Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner; Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG; Europaparlamentets och rådets

Tarabellas utrop var representativt för hur direktiven togs emot av aktörer som vill att myndigheter ska bli bättre på att ta tillvara sociala och miljömässiga intressen när de köper varor och tjänster: Nu finns det helt nya förutsättningar för att göra det, framhöll de.

Rättsligt sett var förändringarna i själva verket inte fullt så stora som det ibland lät. Även enligt de tidigare direktiven från 2004 kunde myndigheterna välja att ge kontraktet till den leverantör som lämnade det ekonomiskt mest fördelaktiga – inte det lägsta – anbudet.⁴ De gav också ett större utrymme för att ta sociala och miljömässiga hänsyn än vad som ofta påstods, det framgick bara inte av texten.⁵ Direktiven var neutrala till den politiska frågan om det är *lämpligt* att använda upphandlingarna för att främja andra mål än rent ekonomiska, vilket ibland togs till intäkt för att det inte var *lagligt*.

Den stora förändringen med de nya direktiven är att de är avsevärt mycket tydligare om vad som gäller på den här punkten. Möjligheter som tidigare var underförstådda uttrycks nu i klartext. Ett av syftena med revideringen av upphandlingsreglerna är, enligt direktivens ingresser, att upphandlande myndigheter ska kunna utnyttja sina upphandlingar «på ett bättre sätt till stöd för gemensamma samhällsmål».⁶ Konkurrensen är alltså inte ett mål i sig utan ett strategiskt medel för att nå viktiga samhälleliga mål.⁷ Detta kommer sedan genomgående till uttryck i direktivens artiklar.

Bland annat blir det mycket tydligt att konkurrensen om de offentliga kontrakten inte ska ske till priset av undermåliga arbets- och anställningsvillkor för dem som ska producera tjänsterna och varorna. När det gäller arbetsrättsliga villkor införs till och

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.

4 Enligt statistik från det svenska Konkurrensverket använde svenska myndigheter tilldelningsgrunden «det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet» i 41 procent av alla upphandlingar under 2014. Användningen av «lägsta pris» har dock ökat varje år sedan 2009, eventuellt på grund av att andelen överprövningar är något lägre vid den tilldelningsgrunden. Siffror och fakta om offentlig upphandling, Konkurrensverket 2015:9, s. 41.

5 Se Arrowsmith, Sue and Kunzlik, Peter (eds.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, 2009; se även Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*, SIEPS 2010:3 och Ahlberg, Kerstin and Bruun, Niklas, *Public Procurement and Labour Rights – Governance by Scaremongering?* i Evju (ed.): *Regulating Transnational Labour in Europe: The quandaries of multilevel governance*, Department of Private Law Skriftserie 196, 2014, s. 239–262.

6 Skäl 2 i ingressen till direktiv 2014/24 om offentlig upphandling. På de punkter som är relevanta i denna artikel är de andra två direktiven i princip likalydande. För enkelhetens skull kommer vi i fortsättningen endast att hänvisa till direktiv 2014/24.

7 Skovgaard Ølykke, Grith & Nielsen, Ruth, *EU's udbudsregler – i dansk kontekst*, 2015, s. 646.

med en ny förpliktelse för medlemsstaterna som inte hade någon motsvarighet i de äldre direktiven.⁸ Artikel 18.2 i upphandlingsdirektivet lyder:

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, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.⁹

Till skillnad från många andra artiklar i det nya direktivet innehåller denna ingen påminnelse om att villkoren måste stå i överensstämmelse med EU-rätten, exempelvis utstationeringsdirektivet. Det betonas i stället desto noggrannare i ingressen:

«Sådana relevanta åtgärder bör tillämpas i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG ...» (ur skäl 37).

«De bör dessutom tillämpas i enlighet med direktiv 96/71/EG, som det tolkas av Europeiska unionens domstol ...» (ur skäl 98).

«Krav som rör grundläggande arbetsvillkor i direktiv 96/71/EG, exempelvis minimilön, bör även fortsättningsvis ligga på den nivå som anges i nationell lagstiftning eller i kollektivavtal som tillämpas i enlighet med unionsrätten inom ramen för det direktivet.» (Ur skäl 98).

Att konkurrensen inte ska ske på arbetstagarnas bekostnad understryks vidare i artikel 56 om tilldelning av kontrakt, artikel 57 om uteslutning av leverantörer, artikel 69 om onormalt låga anbud och i artikel 71 som ålägger medlemsstaterna att säkerställa att även underleverantörer iakttar de arbetsrättsliga skyldigheterna. Alla hänvisar de till artikel 18.2.

Vad som kan vara «lämpliga åtgärder» är medlemsstaternas egen sak att avgöra. Man kan alltså tänka sig såväl förebyggande åtgärder av den upphandlande myndigheten, som tillsyn från andra myndigheter medan kontraktet löper. Udbudslovsudvalget som utarbetade förslaget till hur direktiven skulle genomföras i Danmark menade till

8 Den svenska Genomförandeutredningen som hade i uppdrag att föreslå hur de nya direktiven skulle införlivas i svensk rätt ansåg dock att bestämmelsen inte innebar något nytt i sak jämfört med 2004 års direktiv, utan bara var «en erinran om att villkor av aktuellt slag mycket väl kan ställas i en upphandling». SOU 2014:51 Nya regler om upphandling, s. 39.

9 Bilaga X hänvisar bl.a. till ILOs åtta kärnkonventioner.

exempel att behöriga danska myndigheter som Arbejdstilsynet, genom tillsyn och andra lämpliga åtgärder ser till att ekonomiska aktörer i Danmark uppfyller de förpliktelser som följer av artikel 18.2, och att denna följaktligen inte behövde implementeras i upphandlingslagstiftningen.¹⁰

Det som uttryckligen nämns i direktiven är tvärtom främst förebyggande åtgärder, som går ut på att den upphandlande myndigheten helt enkelt förhindrar att oseriösa leverantörer alls får några kontrakt. Enligt direktivets ingress bör kontrollen ske under upphandlingsförfarandets olika skeden, det vill säga såväl vid val av deltagare och tilldelning av kontrakt som vid tillämpning av kriterierna för uteslutning av leverantörer och onormalt låga anbud. Det är bara när det gäller underleverantörerna som direktivet talar om kontroll genom «behöriga nationella myndigheter inom ramen för deras ansvar och befogenheter».

3 Skilda utgångspunkter för nordiska länder

Utgångspunkterna för att genomföra artikel 18.2 är olika i de nordiska länderna.

Finland och Norge har system med allmänt bindande respektive allmängiltiga kollektivavtal. I Finland täcks större delen av arbetsmarknaden av sådana avtal. I Norge allmängiltigförklaras enbart vissa kollektivavtalsvillkor, typiskt sett de som gäller lön och arbetstid, i de branscher där det anses behövligt. De allmängiltiga villkoren är utan tvivel sådana «tillämpliga» skyldigheter vars efterlevnad medlemsstaterna ska säkra enligt artikel 18.2.

En konsekvens av att kollektivavtal i Finland och Norge är allmängiltiga är att den statliga tillsynen även omfattar dessa villkor. Över huvud taget har tillsynsmyndigheterna i de två länderna ett betydligt bredare mandat än i Danmark och Sverige.¹¹

I Danmark och Sverige binder kollektivavtalen enbart parterna och deras medlemmar. Någon statlig tillsyn över att kollektivavtalen efterlevs finns inte, den sköter de berörda parterna själva.

Danmark har dock, liksom Finland och Norge, antagit författningar där upphandlande myndigheter åläggs att införa kontraktsklausuler som tillförsäkrar arbetstagarna löner, arbetstider och andra anställningsvillkor enligt kollektivavtal. Orsaken är att de tre länderna, till skillnad från Sverige, har ratificerat ILO:s konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. I samband med genom-

10 Skovgaard Ølykke & Nielsen, s. 663 f.

11 Eldring, Line, Ahlberg, Kerstin och Pedersen, Klaus, Arbejdstilsynenes roller, strategier og redskaper i arbeidet mot sosial dumping: En nordisk pilotstudie, TemaNord 2013:523.

förändret av de nya upphandlingsdirektiven har den svenska regeringen beslutat att även svenska myndigheter ska börja införa sådana klausuler i sina upphandlingskontrakt.¹²

Genom arbetsklausulerna får leverantören en kontraktsrättslig förpliktelse i förhållande till den upphandlande myndigheten, med de effektiva sanktionsmöjligheter som kan kopplas till en sådan.

4 Allmänna principer vid upphandling

Precis som alla andra villkor som myndigheten ställer upp, måste arbetsklausulerna utformas med respekt för de allmänna EU-rättsliga principer som gäller vid all upphandling, bland annat principerna om likabehandling och öppenhet. Vad det betyder i en konkret situation är inte alltid lätt att avgöra.

4.1 LIKABEHANDLINGSPRINCIPEN

Likabehandlingsprincipen är central i EU:s upphandlingsregler. Den innebär bland annat att alla presumtiva leverantörer ska ges samma möjligheter, och därmed samma anbudsvillkor, när de utformar sina anbud.¹³ Villkoren måste följaktligen anges redan i meddelandet om upphandling/förfrågningsunderlaget.

En svårighet är att myndigheten på det stadiet många gånger inte vet ifall kontraktet kan komma att utföras med utstationerade arbetstagare eller om det ska göras med lokalt anställd arbetskraft. Hur ska den då utforma anbudsvillkoren? I det förstnämnda fallet kan den inte kräva mer än «den hårda kärnan» av anställningsvillkor som anges i utstationeringslagen, men om arbetet ska utföras av lokalt anställda kan den vilja ställa längre gående krav, till exempel att leverantören också betalar in premier för tilläggspension och andra försäkringar för sina anställda. Kräver likabehandlingsprincipen att den avstår från det bara för att kontaktet eventuellt kan komma att fullgöras med utstationerad arbetskraft?

4.2 ÖPPENHETSPRINCIPEN

Öppenhetsprincipen följer som en konsekvens av likabehandlingsprincipen, och innebär bland annat att de villkor som myndigheten ställer upp måste vara så «klart, precist och otvetydigt formulerade» att det är möjligt «för alla rimligt informerade och

12 Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal har fått i uppdrag att utreda om även Sverige kan ratificera konventionen, Kommittédirektiv 2015:90.

13 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal Betänkande av utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal SOU 2015:78, s. 50 f.

normalt omsorgsfulla anbudsgivare» att förstå den exakta räckvidden av dem och tolka dem på samma sätt.¹⁴ I ett fall där den upphandlande myndigheten hade hänvisat till ett miljömärke som förvaltades av en privat stiftelse uttalade EU-domstolen att de underliggande kriterierna för märkningen måste skrivas ut i förfrågningsunderlaget, så att de potentiella anbudsgivarna kunde hänvisa till en enda officiell handling som kom från den upphandlande myndigheten själv. På så sätt behöver de inte utsätta sig för riskerna med att själva söka information och med att kriterierna för miljömärket ändras.¹⁵

Vad innebär dessa krav när den upphandlande myndigheten ska tala om för anbudsgivarna att de förväntas tillämpa kollektivavtalsenliga villkor om de får kontraktet?

5 Skilda tolkningar

Innebörden av de allmänna principerna för upphandling har tolkats olika i de nordiska länderna.

5.1 NORGE

De närmare reglerna om arbetsklausuler finns i den föreskrift om löne- och arbetsvillkor i offentliga kontrakt, som utfärdats med stöd av den norska lagen om offentlig upphandling.¹⁶ Enligt den ska uppdragsgivare i sina kontrakt ställa krav på att de anställda hos leverantören och eventuella underleverantörer får lön och arbetsvillkor antingen i enlighet med allmängiltiga kollektivavtal eller, om arbetet inte täcks av något sådant, enligt gällande landsomfattande kollektivavtal för branschen.

Som löne- och arbetsvillkor i det senare fallet definierar föreskriften bestämmelser om arbetstid, lön inklusive övertidstillägg, skift- och turlistetillägg och tillägg för olägenheter samt ersättning för resa, kost och logi, i den mån sådana bestämmelser finns i kollektivavtalet.

Föreskrifter om allmängiltigförklaring av kollektivavtal utfärdats av Tariffnemnda. De villkor som arbetsgivaren måste tillämpa beskrivs uttryckligen i föreskriften.

Tidigare innehöll föreskriften om löne- och arbetsvillkor ingen närmare beskrivning av de krav som myndigheterna skulle ställa på leverantörerna och den gjorde ingen skillnad mellan arbeten som omfattades av allmängiltiga kollektivavtal och andra ar-

14 Europeiska kommissionen mot Konungariket Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284, p. 109.

15 C-368/10, p. 67.

16 Forskrift 8. februar 2008 nr. 112 om lønns- og arbeidsvilkår i offentlige kontrakter og lov 16. juli 1999 nr. 69 om offentlige anskaffelser.

beten. Den nuvarande lydelsen infördes 2011 efter att Eftas övervakningsmyndighet ESA hotat med att väcka talan mot Norge för fördragsbrott. Enligt ESA stred föreskriften både mot EES-avtalets artikel 36 om fri rörlighet för tjänster och mot utstationeringsdirektivet. Den var inte tillräckligt klar när det gällde vilka krav på lön och arbetsvillkor som en tillhandahållare av tjänster skulle ställas inför, och hänvisningen till ett «gällande landsomfattande kollektivavtal» innebar att det materiella kravet inte var fastställt på något av de sätt som anges i utstationeringsdirektivets artikel 3.8, hävdade ESA. Sedan regeringen hade preciserat föreskriften lade övervakningsmyndigheten ner ärendet, med motiveringen att överträdelsens omfattning hade minskat avsevärt.¹⁷

När myndigheter ska utarbeta sina anbudshandlingar kan de använda de standardvillkor som Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) har utarbetat.¹⁸ Dessa standardvillkor upprepar enbart formuleringarna i föreskriften om löne- och arbetsvillkor i offentliga kontrakt, och förutsätter uppenbarligen inte att den upphandlande myndigheten preciserar vad det innebär i den aktuella upphandlingen. Om arbetet omfattas av ett allmängiltigt kollektivavtal kan leverantörerna dock själva hämta information om de konkreta villkoren på regeringens webbplats. Hur de ska få veta vad som gäller i andra fall är oklart.

5.2 FINLAND

Den finska regleringen påminner om den norska. För att Finland skal leva upp till sina förpliktelser enligt ILO:s konvention nr 94 innehåller lagen om offentlig upphandling sedan tidigare en bestämmelse som ålägger statliga centrala myndigheter att införa arbetsklausuler i sina upphandlingskontrakt. En motsvarande bestämmelse ska också införas i den lag som genomför de nya upphandlingsdirektiven.¹⁹

Ofta hänvisar anbudshandlingarna till gällande lag och det tillämpliga allmänt bindande kollektivavtalet. Dessutom sägs att alla anbudsgivare bör förbinda sig att följa minimivillkoren i detta avtal. Avtalen finns tillgängliga i en offentlig databas.

Frågan om likabehandlingsprincipens innebörd i förhållande till olika kollektivavtal har prövats i den finska Marknadsdomstolen.²⁰ Rättsfallet rörde saneringen av en större

17 Evju, Stein, ESA ger sig om arbetsklausuler vid offentlig upphandling, EU & arbetsrätt nr 1/2013, s. 3.

18 <http://www.anskaffelser.no/sites/anskaffelser/files/kontraktsvilkaar-lonns-og-arbeidsvilkaar-v1-uten-veiledende-fotnoter.pdf>, hämtat den 30 november 2015.

19 Se Hankintalain kokonaisuu-distuksen valmisteluryhmän mietintö, TEM-julkaisu 37/2015. Helsinki 2015.

20 Se MAO:138/14 (5.3.2014). Domslutet som endast finns tillgängligt på finska blev slutligt i och med att det inte överklagades till Högsta förvaltningsdomstolen, som i Finland är högsta instans i denna typ av tvistemål.

offentlig byggnad, och i anbudsförfrågan angavs att alla leverantörer måste förbinda sig att följa byggbranschens (allmänt bindande) kollektivavtal. Den leverantör som vann anbudstävlan hade dock inte förbundit sig att följa byggbranschens avtal utan i stället två andra kollektivavtal. En leverantör som förlorat anbudstävlan besvärade sig och menade att det antagna anbudet inte hade uppfyllt villkoren i förfrågningsunderlaget.

Enligt Marknadsdomstolen innebär principerna om ickediskriminering och lika-behandling att man inte kan kräva att en anbudsgivare hör till en särskild arbets-givarorganisation eller är bunden av ett särskilt kollektivavtal. Däremot kan det vara motiverat att kräva att allmänt tillämpliga lönevillkor iakttas i samband med ett sådant projekt som det aktuella för att undvika att någon anbudsgivare får en konkurrensfördel genom att tävla med oskäliga villkor. I detta fall hade dock den le- verantör som erhållit kontraktet kunnat påvisa att det kollektivavtal som denne avsåg att tillämpa motsvarade byggbranschens avtal och på vissa punkter till och med var mera fördelaktigt för de anställda än detta. Under dessa omständigheter ansågs den upphandlande myndigheten ha ett visst utrymme för prövning och det var motiverat att den godkände det vinnande anbudet, trots att det i strikt formell mening inte motsvarade kraven i anbudsupplägget.

5.3 DANMARK

Det danska Udbudslovsudvalget tog också upp frågan om arbetsklausuler, och menade att det inte heller var ändamålsenligt att ta in närmare regler om sådana i upphand- lingslagen. Ett skäl var att man måste bedöma i det enskilda fallet vilka specifika ar- betsklausuler en beställare kan använda. Det är inte möjligt att göra en uttömmande lista, anförde kommittén.²¹

Regler om arbetsklausuler finns i stället sedan länge i ett särskilt cirkulär som upp- daterades så sent som 2014.²² Av det framgår att beställaren ska kräva att de anställda hos leverantören och eventuella underleverantörer garanteras lön, arbetstid och andra arbetsvillkor som inte är mindre förmånliga än dem som gäller för motsvarande arbete enligt ett kollektivavtal som slutits av de mest representativa arbetsmarknadsparterna på området och som gäller i hela Danmark. Dessutom ska det stå i kontraktet att leverantören och underleverantörerna måste se till att arbetstagarna får information om vilka villkor som arbetsklausulen medför (§ 4.2).

Hur presumtiva anbudsgivare själva ska få veta vilka villkor de förväntas tillämpa (och som de ska informera sina anställda om) är dock oklart. I en vägledning till cirkuläret finns ett förslag till arbetsklausul, men där upprepas bara cirkulärets formu-

21 Skovgaard Ølykke & Nielsen, s. 664.

22 Cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter CIR1H nr 9471 af 30/06/2014.

lering utan närmare precisering.²³ Den liknar alltså det norska Difis standardklausul. Skillnaden är att Norge har allmängiltiga villkor som publiceras på en myndighets webbplats. Danska kollektivavtal är däremot inte tillgängliga hos någon myndighet.

I den danska vägledningen sägs bara att om det råder tvivel om lönenivån, kan man till exempel be om information från de arbetsgivar- och/eller arbetstagarorganisationer som har kollektivavtal på området. När det gäller det EU-rättsliga kravet på transparens, begränsar sig vägledningen till att påpeka att beställaren i anbudshandlingarna måste informera om bruket av arbetsklausuler.

Vägledningen innehåller också ett längre avsnitt om utstationeringsdirektivet och domen i målet Ruffert.²⁴ Såvitt man kan förstå av den inte helt klagörande texten är slutsatsen att upphandlande myndigheter kan tillämpa likadana arbetsklausuler oavsett om arbetet ska utföras av lokalt anställda eller av utstationerade arbetstagare.

5.4 SVERIGE

Det är slående hur diametralt annorlunda tongångarna har varit i Sverige. Trots att lagstiftningen sedan 2010 anger att miljöhänsyn och sociala hänsyn bör beaktas vid offentlig upphandling har det rått stor osäkerhet om hur detta kan ske. Praxis har varierat i hög grad samtidigt som många experter och myndigheter har manat till försiktighet och återhållsamhet.

Det var mot denna bakgrund som den svenska regeringen i december 2014 tillsatte en särskild utredning som skulle föreslå lagstiftning om krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling. Utredningen var en del av arbetet med att genomföra de nya EU-direktiven från 2014. Utredningen överlämnade sitt delbetänkande i september 2015.²⁵

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

23 Vejledning til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter. VEJ nr 9472 af 30/06/2014.

24 Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen, C-346/06, EU:C:2008:189.

25 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Delbetänkande av utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal. SOU 2015:78. Stockholm 2015. Niklas Bruun verkade som utredare och Kerstin Ahlberg som expert i utredningen.

upphandlingsregelverket iakttas. Detta har lett till ett förslag om en betydligt mer detaljerad reglering än den danska.

Utredningen föreslår att krav på att leverantörerna ska tillämpa villkor enligt kollektivavtal ska benämnas särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor. I vissa fall ska det vara obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa sådana kontraktsvillkor. Det är när det är «behövt med hänsyn till den bransch som upphandlingen avser och övriga omständigheter som kan medföra risk för oskäligen arbetsvillkor». I andra fall får den upphandlande myndigheten själv avgöra om den ska ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor.

Utredningen konstaterar att det främst är aktuellt att ställa sådana kontraktsvillkor i upphandlingar som rör tjänster, vid blandade kontrakt med inslag av både tjänste- och varuupphandling och i varuupphandlingar där varan ännu inte har tillverkats. När myndigheten ska avgöra om det är behövt, det vill säga obligatoriskt, att göra det ska den beakta om upphandlingen avser en bransch där det finns risk för anställnings- och arbetsrättsliga förhållanden som avviker från en godtagbar nivå.

I de fall då det är obligatoriskt ska villkoren åtminstone gälla lön, semester och arbetstid. Därutöver bör de upphandlande myndigheterna själva få bestämma om de ska ställa ytterligare arbetsrättsliga villkor, t.ex. om annan ledighet än semester, försäkringar eller tjänstepension, föreslår utredningen. För att uppfylla kravet på transparens/öppenhet ska villkoren anges uttryckligen i upphandlingsdokumenten. Enligt utredningens bedömning är det inte tillräckligt att enbart hänvisa till ett kollektivavtal så länge det inte är allmänt tillgängligt. Att villkoren är tydliga är för övrigt även praktiskt betydelsefullt för att den upphandlande myndigheten ska kunna följa upp att leverantören uppfyller sina åtaganden enligt kontraktet.

Nivån på de arbetsrättsliga villkoren ska motsvara den lägsta nivå som följer av lag eller av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen, om detta är förmånligare för arbetstagarna. När det gäller lön blir det alltid kollektivavtalets villkor som gäller, eftersom det inte finns någon lagstadgad minimilön. Utredningen menar att den lägsta nivån måste anses tillräcklig för att säkerställa skäligen arbets- och 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.

Möjligheten att ställa villkor för leverantörer som fullgör kontraktet med hjälp av utstationerad arbetskraft begränsas av utstationeringslagen.²⁶ För dessa leverantörer kan endast sådana villkor ställas som omfattas av utstationeringslagens så kallade

26 Lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

hårda kärna, bland annat lön, arbetstid och semester. Därtill ska de begränsas till den lägsta nivå som gäller enligt lag eller centrala kollektivavtal i enlighet med utstationeringslagen. Utredningen föreslår därför att den upphandlande myndigheten även ska ange de särskilda kontraktsvillkor som ska tillämpas om arbetet kommer att utföras av utstationerade arbetstagare. Även dessa villkor ska anges uttryckligen i upphandlingsdokumenten.

Många av de leverantörer som lämnar in anbud torde redan vara bundna av ett centralt kollektivavtal för det aktuella arbetet. Det kan vara ett annat kollektivavtal än det som den upphandlande myndigheten har hämtat sina kontraktsvillkor ur, och i Sverige finns ingen reglering som pekar ut ett kollektivavtal som mer representativt än något annat. Alla anses reglera arbetstagarnas villkor på ett likvärdigt sätt. Eftersom den svenska arbetsmarknadsmodellen så långt som möjligt inte bör påverkas föreslår utredningen därför att en leverantör alltid ska ha möjlighet att, som alternativ till de angivna kontraktsvillkoren, fullgöra kontraktet enligt motsvarande villkor i ett (annat) centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

I de fall där det ansetts behövligt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor bör det även vara obligatoriskt för den upphandlande myndigheten att kräva att leverantören säkerställer att alla underleverantörer som direkt medverkar till att uppfylla kontraktet följer de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren, föreslår utredningen.

Den 1 september 2015 inrättades en ny, upphandlingsstödande myndighet i Sverige, Upphandlingsmyndigheten. Utredningen föreslår att det är denna som ska göra bedömningen av när det ska vara obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, och även bestämma villkoren för lön, semester och arbetstid i dessa fall. När Upphandlingsmyndigheten eller en upphandlande myndighet själv hämtar sådana villkor ur kollektivavtal ska de, enligt utredningen, samråda med de parter som slutit kollektivavtalet.

Betänkandet fick ett blandat mottagande under remissrundan. Särskilt vände sig arbetsmarknadens parter mot tanken att Upphandlingsmyndigheten skall göra en bedömning av det materiella innehållet i kollektivavtalen. Det återstår därför att se på vilket sätt den svenska regeringen kommer att förverkliga utredningens förslag, då proposition avges under andra halvåret 2016.

6 Framtidsperspektiv

Det är uppenbart att det skett en attitydförändring när det gäller krav på kollektivavtalsenliga villkor i samband med offentlig upphandling. I samtliga nordiska länder ses sådana krav som naturliga och nödvändiga. Också EU-domstolen har nyligen i målet *RegioPost* slagit fast att krav på en viss lön är gångbara vid offentlig upphandling och också nyanserat de strikta förutsättningar för sådana krav som den tidigare hade uppställt i målet *Rüffert*.²⁷ Domen *RegioPost* baserar sig fortfarande på 2004 års direktiv. De innebär följaktligen inget ställningstagande till de nya direktiven från 2014 som bland annat föreskriver en tydlig koppling mellan kraven på arbetsrättsliga skyldigheter och möjligheten att utesluta anbudsgivare.

Ekvationen att förena arbetsrättsliga krav med principerna om transparens och likabehandling är emellertid inte löst en gång för alla. Det gäller att finna fungerande praktiska lösningar som dessutom är rättsligt hållbara. Mot bakgrund av vår korta genomgång ovan står det klart att de nordiska länderna kan lära en del av varandra när det gäller att bygga upp upphandlingsrutiner och förfrågningsunderlag som är funktionella i det här avseendet.

27 *RegioPost GmbH & Co mot Stadt Landau in der Pfalz*, C-115/14, EU:C:2015:760. Målet gällde en tysk delstatslag som slog fast en särskild minimilön som gällde inkom vid offentlig upphandling. I enlighet med lagen hade staden Landau i en upphandling av posttjänster ställt som villkor att leverantören skulle betala denna minimilön till sina arbetstagare. En av anbudsgivarna, *RegioPost*, vägrade att gå med på det och uteslöts från upphandlingen.

RegioPost åberopade bland annat ett uttalande som domstolen hade gjort i målet *Rüffert*, där leverantören hade ålagts att betala löner enligt ett kollektivavtal som inte var allmängiltigförklarat. Här framhöll domstolen att ett lönevillkor som endast gäller vid offentlig, men inte privat, upphandling inte kan motiveras av skyddet för arbetstagarna. Därför var regeln oförenlig med utstationeringsdirektivet.

I *RegioPost*-domen kommer domstolen till motsatt slutsats. Domstolen konstaterar att den omstridda regeln är en bestämmelse i lag som föreskriver en minimilön på det sätt som avses i utstationeringsdirektivet. Det har ingen betydelse att den är tillämplig enbart på offentliga kontrakt och inte på privata kontrakt, eftersom det endast är sådana kollektivavtal och skiljedomar som avses i direktivets artikel 3.1 första stycket andra strecksatsen som måste ha «allmän giltighet». I punkt 64 och 65 konstaterar domstolen att den tyska åtgärden omfattas av upphandlingsdirektivet och därför kan man inte begära att den ska gälla utanför området för offentlig upphandling. Begränsningen av tillämpningsområdet för minimilönen är bara en följd av att det finns särskilda unionsbestämmelser om offentlig upphandling. En regel om att en viss lön ska gälla vid fullgörande av kontrakt i offentlig upphandling kan därför mycket väl vara begränsad till just offentlig upphandling och behöver inte gälla även privata kontrakt för att vara tillåten.