

Schyssta arbetsvillkor i offentliga kontrakt

Den 30 november 2016 fattade riksdagen beslut om att anta tre nya upphandlingslagar¹ som genomför 2014 års upphandlingsdirektiv.² De nya lagarna trädde i kraft den 1 januari 2017. Vad som inte kom med i lagarna var bestämmelser om upphandlande myndigheters och enheters skyldighet att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor i upphandlingar. Frågan hade debatterats och diskuterats flitigt men regeringen beslutade alltså att inte anta de bestämmelserna. Det ledde till att ett kompletterande lagförslag arbetades fram och nya bestämmelser fördes in i lagarna. De nya bestämmelserna gäller för upphandlande myndigheter och enheter vid upphandling av varor, tjänster, byggentreprenader och koncessioner. Bestämmelserna trädde i kraft den 1 juni 2017 och återfinns i 17 kap 2–5 §§ LOU, 16 kap 2–5 §§ LUF och 15 kap 2–5 §§ LUK.

En upphandlande myndighet bör enligt de allmänna bestämmelserna i upphandlingslagarna beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta. Av förarbetena till de nya bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor framgår att reglerna har kommit till för att skydda arbetstagare mot oskäligen arbetsvillkor och att förhindra att leverantörer konkurrerar med oseriösa villkor. Genom de nya bestämmelserna ska likabehandling kunna säkerställas så att skötsamma leverantörer inte riskerar att utsättas för osund konkurrens.³ Bestämmelserna innebär att upphandlande myndigheter och enheter ska ställa krav på att den leverantör som fullgör ett offentligt upphandlat kontrakt ska se till att dess anställda, som utför arbete inom ramen för det upphandlade kontraktet, tillförsäkras skäligen arbetsvillkor avseende lön, semester och arbetstid. En förutsättning för att de arbetsrättsliga kraven ska ställas är att det är behövligt och att det går att fastställa arbetsrättsliga villkor. Även leverantörens eventuella underleverantörer kan omfattas av kraven på arbetsrättsliga villkor om underleverantören direkt medverkar till att fullgöra det upphandlade kontraktet. Arbetsrättsliga krav ska ställas vid offentlig upphandling över aktuella tröskelvärden enligt respektive lag och i upphandlingar som påbörjats efter den 1 juni 2017. Kraven ska inte ställas om upphandlingen avser sociala tjänster eller andra särskilda tjänster t.ex. hotell- och restaurangtjänster.

Om svensk arbetsrätt inte är tillämplig ska den upphandlande myndigheten kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om det bedöms föreligga en risk för att bestämmelserna i kärnkonventionerna inte kan upprätthållas. Det kan handla

¹ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK)

² EU-parlamentet 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 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/E och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner

³ Prop. 2106/17:163, Arbetsrättsliga villkor vid upphandling

om att säkerställa att leverantörens personal inte utsätts för tvångsarbete eller diskriminering eller att reglera minimiålder för tillträde till arbete.

De arbetsrättsliga kraven ska utgöra särskilda kontraktsvillkor, vilket innebär att kraven ska vara uppfyllda först när kontraktet trätt i kraft och därefter under hela kontraktstiden. Kraven ska framgå redan i upphandlingsdokumenten men utvärderas inte i upphandlingen. De arbetsrättsliga kraven ska ha anknytning till det som anskaffas, vilket innebär att kraven ska vara kopplade till kontraktsföremålet på så sätt att det är de arbetstagare som utför arbete enligt det upphandlade kontraktet som ska åtnjuta de skäligena arbetsvillkoren. Generella krav som träffar samtliga arbetstagare hos leverantören är således inte tillåtna eftersom det skulle vara oproportionerligt att ställa så långtgående krav.

Vilka nivåer på villkoren kan komma att ställas?

Nivåerna på de arbetsrättsliga villkoren ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Villkoren ska minst motsvara de nivåer som följer av lag. Det handlar alltså om minimivillkor och syftet är att tillförsäkra arbetstagarna social trygghet och att främja en sund konkurrens. Av förarbetena framgår att nivån som ska ställas ska bedömas i ljuset av arbetstagarnas villkor på den svenska arbetsmarknaden, vilka i regel följer av kollektivavtal och lag. Om flera centrala kollektivavtal är tillämpliga, får den upphandlande myndigheten bestämma vilket av avtalen som ska tillämpas. För det fall flera kollektivavtal är tillämpliga och upphandlingen omfattar flera yrkesgrupper kan det bli aktuellt att den upphandlande myndigheten anger villkor ur respektive kollektivavtal som gäller för de olika yrkesgrupperna. Om något av kollektivavtalets villkor understiger miniminivåerna enligt lag gäller att villkoret i fråga ska bestämmas enligt lag. De villkor som är mest förmånliga för arbetstagaren ska användas i situationer där villkoren regleras i både lag och kollektivavtal. Om det saknas förutsättningar för den upphandlande myndigheten att ange nivån för ett villkor behöver villkoret inte ställas. Den upphandlande myndigheten får inte ställa krav på att leverantören ska vara bunden av kollektivavtal.

Endast om det är behövligt

Arbetsrättsliga villkor får uppställas i en upphandling om det är behövligt. Vid bedömningen av om det är behövligt att ställa krav på arbetsrättsliga villkor ska den upphandlande myndigheten utgå från den personal som ska utföra arbete inom ramen för det upphandlade kontraktet samt bedöma om det finns risk att konkurrensen snedvrids. Då varje upphandling är unik krävs det att en helhetsbedömning görs för varje enskild upphandling. Det framgår inte tydligt av förarbetena vad som är behövligt och detta har överlämnats åt de upphandlande myndigheterna att avgöra i den praktiska tillämpningen av bestämmelserna. Viss ledning ges dock, bland annat att hänsyn bör tas till vilken bransch leverantörerna är verksamma i. Dock är det troligen inte behövligt att alltid ställa arbetsrättsliga villkor som omfattar en hel bransch, utan det är sannolikt tillräckligt att sådana villkor uppställs endast i de delar där det identifierats en risk för att arbetstagare utför arbete till oskäligena arbetsvillkor. Vid behovsbedömningen ska den upphandlande myndigheten också säkerställa att villkoren som den

avser uppställa kan kopplas till upphandlingsföremålet. Saknas sådan koppling saknas också ett behov av att ställa villkoren. Om det av bedömningen framkommer att det finns risk att endast ett villkor är oskäligt, ska den upphandlande myndigheten ändå ställa samtliga villkor. För att kunna ställa kraven måste den upphandlande myndigheten också kunna kontrollera och följa upp de uppställda villkoren för att säkerställa likabehandling av leverantörerna. Kan den upphandlande myndigheten inte garantera att uppföljning och kontroll kan ske under kontraktstiden ska några arbetsrättsliga krav inte ställas i upphandlingen.

Hur kan leverantörer uppfylla villkoren?

Utgångspunkten är att de arbetsrättsliga villkoren som ställts i upphandlingen ska uppfyllas av den leverantör som tilldelas ett kontrakt. Det finns dock några alternativa sätt för leverantörer att uppfylla villkoren. En leverantör som är bunden av det kollektivavtal som den upphandlande myndigheten eller enheten använt sig av anses uppfylla villkoren i upphandlingen liksom en leverantör som är bunden av något annat tillämpligt nationellt eller lokalt kollektivavtal eftersom kollektivavtal i princip anses likvärdiga. En leverantör som inte är bunden av kollektivavtal kan anses uppfylla villkoren genom att åberopa ett annat avtal om leverantören uppfyller villkoren i det avtalet. Slutligen kan en leverantör åberopa en utstationeringssituation, vilket innebär att leverantören ska tillåtas fullgöra kontraktet enligt villkor som är förenliga med utstationeringslagen.

Sammanfattning

Upphandlande myndigheterna är alltså numera skyldiga att ställa krav på arbetsrättsliga villkor när det är behövligt i upphandlingar som har påbörjats efter den 1 juni 2017. De nya bestämmelserna öppnar upp för ett antal praktiska frågeställningar, framförallt när det kommer till hur de upphandlande myndigheterna ska bedöma när det är behövligt att ställa kraven, vilket eller vilka kollektivavtal som sak tillämpas, vad nivåerna på de villkor som ska ställas ska uppgå till samt hur de upphandlande myndigheterna ska kunna kontrollera och följa upp ställda krav. Hur detta kommer att gå till i praktiken återstår att se men klart är att de nya bestämmelserna innebär mycket arbete för de upphandlande myndigheterna och enheterna i olika avseenden. Den stora bördan kan nog sägas ligga hos de upphandlande myndigheterna och enheterna där framförallt uppföljningen blir en utmaning. För leverantörernas del är det dock nödvändigt att ha kunskap om bestämmelsernas tillämpning och hur de arbetsrättsliga villkoren kan uppfyllas.

Johanna Hellström, advokat på Foyen Advokatfirma
johanna.hellstrom@foyen.se

Som medlem i SBR har du tillgång till 15 minuters fri rådgivning hos Foyen Advokatfirma. Rådgivningen når du på 08-506 184 00.