



FIR

Upphandlingspolicy- kollektivavtal: Kommentar till förslag till tjänsteutlåtande från Stockholms läns landsting, Ekonomi & Finans

Jag har underhand fått i uppdrag av Mikael Kinnunen att yttra mig över rubricerat förslag till tjänsteutlåtande. Bakgrunden till utlåtandet är Landstingsstyrelsens uppdrag 2005-03-15 att komplettera gällande upphandlingsregler så att det klart framgår att leverantörer till Landstingets bolag och förvaltningar skall följa gällande svenska kollektivavtal för arbete som utförs i Sverige.

Förvaltningens förslag till beslut

Förvaltningens förslag till beslut är:

"Landstingsstyrelsen föreslås besluta

att uppdra åt förvaltningen att noga följa rättsutvecklingen samt att fortlöpande återkomma med förslag till komplettering av Landstingets upphandlingspolicy då ändringar sker av gällande rätt"

Jag tolkar förslaget så att förvaltningen rekommenderar förvaltningsstyrelsen att inte vidta några åtgärder för att komplettera gällande upphandlingsregler så att det klart framgår att leverantörer till Landstingets bolag och förvaltningar skall följa gällande svenska kollektivavtal. Förslaget grundar sig på antagandet att det vid offentlig upphandling är förbjudet eller i vart fall rättsligt osäkert att av leverantören kräva löne- och anställningsvillkor för de anställda som relaterar till branschens kollektivavtal som lägsta norm.

Jag delar inte uppfattningen att detta är en bedömning som grundar sig enbart på det aktuella rättsliga läget.

Underlag för förvaltningens ställningstagande

Till grund för förvaltningens rekommendation ligger en rättsutredning som grundas på fyra redovisade källor:

1. Förarbetena till den ändring i Lagen om offentlig upphandling LOU som bl.a. klargör möjligheterna för den offentligt beställaren att ställa krav på särskilda sociala villkor i första hand i annonsen om upphandlingen.¹
2. Förslag till ny upphandlingslag i anledning av nya direktiv för upphandling samt till detta knutna utredningsdirektiv om ratificering av ILO-konvention nr 94.²
Enligt de nya upphandlingsdirektiven ska medlemsländerna sätta i kraft de lagar och

¹ Regeringens proposition 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. sid. 42-46

² Nya upphandlingsregler Delbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004 Stockholm 2005; SOU 2 005:22
Kolbacksgård 30 +4686599882; Förtaget inuchar 1-skattsedel
128 4b Bagarmussen +46705333180; Reg. Nr 400626-2630
E-post kurt@kurt.nu; Besalning Postgata 19 18 98 - 6

andra författningar som är nödvändiga för att följa dessa senast 31 januari, 2006. I den utsträckning bestämmelserna i direktiven är tydliga och direkt tillämpliga torde de enligt EG-domstolens praxis därför redan vara gällande rätt i Sverige, även om den nya lagen om offentlig upphandling ännu inte ens har passerat propositionsstadiet.

3. Regeringens förslag till ändringar i medbestämmandelagen om informationsskyldighet till de fackliga organisationerna från icke kollektivavtalsbundna arbetsgivare.³
4. Sveriges kommuners och landstings cirkulär 2005:17.⁴

Problemanalysen och den rättsliga grunden för förvaltningens ställningstagande synes något ofullständig.

Sociala krav vid offentlig upphandling; Problemanalys

Att vid offentlig upphandling enligt LOU ställa sociala krav inbegripet en skyddsnivå för utgående förmåner enligt branschens kollektivavtal kan formuleras på olika sätt:

1. Som uteslutningskriterium, dvs. säga att leverantörer som inte har godkänt kollektivavtal redan på den grunden uteslås från upphandlingen. Det är omdiskuterat om ett sådant krav är tillåtet eller ej. Ett sådant kriterium kan vara förbjudet enligt EG-rätten då det kan diskriminera utländska leverantörer som normalt saknar svenska kollektivavtal. Det är endast så denna fråga bedömts i svensk rättspraxis. Att ställa krav på kollektivavtal som uteslutningsvillkor ansågs enligt det oftast citerade rättsfallet inte uppfylla kravet på affärsmässigt enligt LOU.⁵ Om detta är gällande svensk rätt är dock ovisst eftersom frågan inte prövats i Regeringsrätten.
2. Som kontraktsvillkor, vilket innebär att den leverantör som antas för upphandlingen som ett kontraktsvillkor blir skyldig att teckna och vidmakthålla föreskrivet svenskt branschavtal.
3. Som kontraktsvillkor med föreskrift att som standard upprätthålla en sådan nivå för de anställdas sociala villkor att den lägst motsvarar branschens sociala standard.⁶

Förvaltningens utredning synes närmast ta sikte på alternativ 1 ovan.

Alternativen 2 och 3 ovan att ställa sociala krav som kontraktsvillkor strider inte mot affärsmässighetskravet i LOU.⁷ Det finns inget i de tidigare gällande upphandlingsdirektivens text⁸ eller i övrigt i fördragstexten, tolkningsuttalanden från Kommissionen eller i rättspraxis från EG-domstolen som innebär att sådana villkor skulle vara förbjudna enligt EG-rätten.⁹

Förvaltningen citerar i rättsutredning punkterna 34 respektive 45 i de nya upphandlingsdirektivens¹⁰ preambel, för att redovisa rättsläget. Den fullständiga lydelsen av dessa preambelavsnitt är:

"Gällande lagar, förordningar och kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetarskydd, på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå, är tillämpliga vid fullgörandet av

³ Utvidgad rätt till information för arbetstagarorganisationer (Prop. 2004/05:148)

⁴ Sveriges kommuners och landsting. Cirkulär 2 005:17 Åtgärder för att undvika störningar i form av blockader i anledning av den s.k. Vaxholmskonflikten

⁵ Kammarrättens i Stockholm dom 1995-03-28, mål nr 1713-1995 Eva Geidenmark med firma Scan Mobil

⁶ Skäligen social standard är enligt fast domstolspraxis kollektivavtalsenlig nivå se bl.a. arbetsdomstolens domar AD 1982 nr 142 och AD 1986 nr 78

⁷ Det visas klart av 2002 års ändring av LOU

⁸ de direktiv som LOU bygger på är upphävda fr.o.m. 2005-02-01

⁹ För en genomgång av EG-rätten se utlåtande av professorn Niklas Bruun, Sociala hänsyn vid offentlig upphandling. En rättslig expertutredning utarbetad på uppdrag av Upphandlingskommittén 2000-11-15

¹⁰ 2004/18/EG (klassiska direktivet) och 2004/17/EG (försörjningsdirektivet),

Symbasis

Kurt Junesjö

2006-03-26

PM

ett kontrakt om dessa bestämmelser och tillämpningen av dem överensstämmer med gemenskapslagstiftningen. För gränsöverskridande verksamhet, när arbetstagare från en medlemsstat utför tjänster i en annan medlemsstat i samband med fullgörandet av ett kontrakt, fastställs i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster de minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet gentemot de utstationerade arbetstagarna. Om det i nationell rätt ingår bestämmelser i detta avseende, kan det om dessa förpliktelser inte uppfylls betraktas som ett allvarligt fel eller som ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik, som kan medföra att den ekonomiska aktören utesluts från det offentliga upphandlingsförfarandet.¹¹

Genom en lagändring 2002 i LOU infördes en bestämmelse (18 b §) för att åstadkomma ett klarläggande av rättsläget när det gäller vilka kontraktsvillkor en upphandlande enhet får ställa för hur uppdraget skall genomföras. Sådana villkor skulle i första hand anges i annonsen om upphandlingen. "Särskilda kontraktsvillkor kan användas i olika syften. Ett enligt regeringens mening väsentligt syfte med villkoren kan vara att föreskriva särskilda arbets- eller anställningsvillkor för ett arbete som skall utföras. Således kan kontraktsvillkoren innefatta kollektivavtalsbestämmelser från sådana kollektivavtal som gäller på arbetsplatsen eller i den bransch som tjänsten eller bygg- eller anläggningsarbetet i fråga avser."¹²

Sverige har implementerat det i den citerade precambeltexten ovan angivna utstationeringsdirektivet genom utstationeringslagen.¹³ När det gäller anställningsvillkoren för migrerande arbetstagare anges i lagen vilken arbetsrättslig lagstiftning som ansvarig arbetsgivare är skyldig att iaktta. Övriga anställningsvillkor som inte bestäms i lag utan i kollektivavtal regleras i 9 § första och andra st. lagen som en rätt till information:

"9 § Arbetsmiljöverket skall vara förbindelsekontor och tillhandahålla information om de arbets- och anställningsvillkor som kan bli tillämpliga vid en utstationering i Sverige.

För information om kollektivavtal som kan komma att bli tillämpliga skall Arbetsmiljöverket hänvisa till berörda kollektivavtalsparter.

Syftet med Utstationeringsdirektivet är enligt föredragande departementschef i propositionen:

"inte enbart att motverka social dumpning. Ett annat syfte är att underlätta den fria tjänsterörligheten. Detta medför enligt utredaren att det måste vara möjligt för en arbetsgivare, som skall skicka arbetstagare utomlands, att förutse vilka villkor denne blir tvungen att iaktta vid utstationeringen. Detta är av vikt framför allt när arbetsgivaren skall lämna anbud på en entreprenad. Det måste gå att uppskatta de kostnader en entreprenad utomlands kan medföra.

Således är det nödvändigt att arbetsgivaren blir medveten om att han eller hon är tvungen att följa inte enbart lagreglerade anställnings- och arbetsvillkor utan även kan bli tvungen att tillämpa villkor i kollektivavtal. Regeringen delar utredarens uppfattning att det är viktigt att kopplingen till kollektivavtalssystemet blir synligt i lagreglerna. Det förbindelsekontor, som

¹¹ Understrykningen är min. De understrukna meningarna saknas i förvaltningens citat.

¹² Regeringens proposition 2001/02:142 Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m. sid. 44

¹³ Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

Symbasis

Kurt Junesjö

2006-03-26

PM

enligt direktivet måste upprättas för att ge information om vilka regler som skall gälla vid en utstationering, bör därför upplysa även om förekomsten av kollektivavtal och hänvisa till kollektivavtalsparterna för närmare information. Skyldigheten för förhindelsekontoret att tillhandahålla sådan information bör regleras genom en uttrycklig lagbestämmelse.¹⁴

Den i preamble ovan citerade texten är ingen nyhet i jämförelse med de från den 1 februari 2006 upphävida upphandlingsdirektiven. De är enbart en kodifiering av gällande EG-rätt. För migrerande arbetstagare finns därför en skyldighet för upphandlaren att tillse att villkoren enligt Utstationeringsdirektivet upprätthålls. Sverige och för den delen även Danmark har valt att skydda denna standard genom kollektivavtal.

Att mot denna bakgrund hävda att rättsläget är osäkert när det gäller krav på kollektivavtalsenliga villkor som kontraktsvillkor, överensstämmer enligt min mening inte med gällande rätt. I vart fall finns det inga prejudicerande avgöranden vare sig i svensk domstol eller i EG-domstolen eller rättsregler vare sig i den nu gällande lagen om offentlig upphandling eller i de numera upphävida EG-direktiven som stämmer med förvaltningens uppfattning.

Stockholms stads modell för anställningsvillkor och arbetsmiljö vid upphandlingar

Stockholms läns landsting har i städentreprenadverksamhet upphandlat ett företag som sannolikt - enligt en dom i Stockholms tingsrätt 2004 - genom svart verksamhet undanhållit belopp som kan ha uppgått till 50 miljoner kronor eller mer under en tidsrymd av mindre än 2 år. Verksamheten upptäcktes - inte tack vare Landstingets kontrollverksamhet - utan genom ett aktivt arbete av Fastighetsanställdas förbund.

Landstingets upphandlare uppgav i en intervju i tidningen Fastighetsfolket att man inte såg som förvaltningens uppgift att avslöja svartarbete utan att handla upp ekonomiskt fördelaktigt för Landstinget under iakttagande av sedvanliga kontroller.

Detta aktualiserar ett problem för offentliga upphandlare. Det finns ingen "prislista" för "vitt" arbete. Det beror bl.a. på att Sverige inte har någon minimilönelagstiftning. Tvärtom anses social dumpning, d.v.s. att pressa anbudspriserna vid offentlig upphandling genom att sänka de anställdas löner tillåten och sådan har även skett i stor utsträckning. Avsaknaden av "prislista" för skäligena personalkostnader vid offentlig upphandling ger därför utrymme för oseriösa företag. När ett oseriöst företag lägger ett lågt vinnande anbud på en nivå som det långsiktigt inte är möjligt att konkurrera med om leverantören betalar skäligena löner, skatter, avgifter och en normal vinst, slås de seriösa företagen ut, eller tvingas börja fuska de också. Att därför skaffa Landstingets upphandlare en prislista som möjliggör granskning och kontroll av företag som lägger bud som inte är långsiktigt hållbara för seriösa företag att upprätthålla och samtidigt arbeta vitt, är ett starkt vägande skäl för att för att införa sociala krav vid Landstingets upphandling.

Som förvaltningen konstaterar bör Landstinget inte använda sig av en modell för upphandling som innebär betydande risker för överklaganden och därmed förseningar och merarbete för Landstingets redan hårt belastade juridiska avdelning. Att därför ställa krav på kollektivavtal som uteslutningskriterium vid Landstingets upphandlingar är mot denna bakgrund mindre välbetänkt. Även krav på kollektivavtal som kontraktsvillkor kommer att locka till överklaganden. Däremot har den offentlige beställaren - enligt vad som ovan redovisats - rättsenligt möjlighet att av leverantören som ett särskilt tillkommande kontraktsvillkor kräva

¹⁴ Regeringens proposition 1998/99:90 Utstationering av arbetstagare sid 28

Kolbäcksgård 30
128 46 Bagarmossen

+4686599882;
+46705333180
E-post kurt@kurt.nu

Företaget: imchar F-skattsedel
Reg. Nr 400626-2630
Betalning Postgiro 19 18 98 - 6

Symbasis

Kurt Junesjö

2006-03-26

PM

att arbetstagarna som utför entreprenaden erhåller sociala villkor som lägst uppfyller normal standard enligt branschens villkor.

Stockholms stad har på försök börja testa en modell med sociala villkor enligt modellen tillkommande kontraktsvillkor.¹⁵ Stadens jurister har granskat denna modell, och inte funnit några rättsliga hinder för att tillämpa den på försök. Det finns alltså redan en utarbetad modell som Landstinget kan applicera genom att använda sig av tillkommande kontraktsvillkor. Ett genomförande av sociala krav vid offentlig upphandling är därför inte en juridisk fråga utan en rent politisk. Den bör därför avgöras efter dessa grunder.

Slutsatser

Förvaltningen föreslår att Landstinget ska avvakta rättsutvecklingen. Det kan förväntas medföra en omfattande tidsutdräkt. Att exempelvis genomföra en rättsprövning upp till sista instans, Regeringsrätten, tar normalt flera år. Dessutom uteblir en sådan prövning helt om ingen ställer krav på sociala villkor vid offentlig upphandling. Frågan om sociala krav vid offentlig upphandling har, under de mer tio år som LOU gällt, av dessa skäl ännu inte prövats i Regeringsrätten eftersom rättiläget, sannolikt felaktigt, har ansetts förhindra sådana krav.

Stockholms stad har en försöksverksamhet med möjlighet till krav på sociala villkor i sin upphandling. Om det finns en politisk vilja att vid landstingets upphandling tillgodose en godtagbar nivå på anställningsvillkor för den upphandlade personalen finns det alltså redan ett utarbetat och juridiskt granskat verktyg. Detta ger samtidigt ett kraftfullt redskap för att begränsa möjligheten att offentliga medel används för att handla upp "svart" verksamhet.

Landstingets ställningstagande till frågan om sociala krav vid offentlig upphandling är därför enligt min uppfattning inte en juridisk fråga. Det är ett politiskt beslut.

Kurt Junesjö

¹⁵ Stockholm kommunstyrelsens protokoll den 26 oktober 2005, § 13 Dnr 125-538/2005 Nya kriterier för anställningsvillkor och arbetsmiljö vid upphandlingar

Kotbäcksgård 30
128 46 Bagarmossen

+4686599882;
+46705333180
E-post: kurt@kurlau

Företaget innehar F-skattsedel
Reg. Nr 405626-2630
Betaling Postgiro 19 18 98 - 6