

CIRKULÄR 17:38

Kommun-, landstings-/regionstyrelser
Upphandling
Juridik

Cirkulärnr: 17:38
Diariernr: 17/03586
Handläggare: Magnus Ljung
Avdelning: Juridik
Datum: 2017-06-30
Mottagare: Upphandling, Juridik, Kommun- Landstings-/Region-
styrelser
Rubrik: Arbetsrättsliga villkor vid upphandling

Arbetsrättsliga villkor vid upphandling

Sammanfattning

Den 1 juni 2017 har ny lagstiftning trätt i kraft rörande *arbetsrättsliga villkor vid upphandling*. Bestämmelserna har införts i såväl lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) och lagen (2016:1146) om upphandling i försörjningssektorerna (LUF) som lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner (LUK).¹ Bestämmelserna är tillämpliga på upphandlingar som påbörjas efter ikraftträdandet.

Bestämmelserna innebär att upphandlande myndigheter och enheter (nedan benämnda UM) i upphandlingar ska ställa *villkor avseende lön, semester och arbetstid*, om det är behövt och villkoren går att fastställa. Syftet är att motverka risken för oskäligen arbetsvillkor, men också att minska risken för snedvridning av konkurrensen.

De villkor som leverantören minst ska uppfylla ska anges enligt den lägsta nivå som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige. Villkoren får dock inte anges till en lägre nivå än vad som följer av lag. Innan villkoren bestäms, ska berörda centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer ges tillfälle att yttra sig om det inte är obehövt. När svensk arbetsrätt inte är tillämplig på det arbete som ska utföras, så ska villkor ställas enligt ILO:s kärnkonventioner om det är behövt. Därutöver får villkor ställas enligt de arbetsrättsliga bestämmelser som gäller där arbetet utförs.

De nya bestämmelserna är tillämpliga endast på det direktivstyrda upphandlingsområdet. UM får dock ställa arbetsrättsliga villkor även utanför det direktivstyrda området.²

Närmare information om de nya reglerna finns bl.a. på Upphandlingsmyndighetens webbsida, www.upphandlingsmyndigheten.se.

¹ 17 kap. 2-5 §§ LOU (SFS 2017:347), 16 kap. 2-5 §§ LUF (SFS 2017:348) och 14 kap. 2-5 §§ LUK (SFS 2017:349). De väsentliga förarbetena till de nya reglerna finns i regeringens proposition 2016/17:163 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling, samt i Finansutskottets betänkande 2016/17:FiU31 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling.

² Se 17 kap. 1 § LOU, 16 kap. 1 § LUF och 14 kap. 1 § LUK.

Kursiverade textstycken nedan i detta cirkulär är lagtext som i viss utsträckning har bearbetats och som utgör utgångspunkt för den därpå följande texten.

Särskilda arbetsrättsliga villkor

UM ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor om lön, semester och arbetstid som arbetstagarna som ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras. UM ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller dessa villkor.

Villkoren ska ställas när det är *behövligt*. Behövlighetsbedömningen är en helhetsbedömning vid vilken UM kan beakta såväl erfarenheter från tidigare upphandlingar som uppgifter från branschorganisationer, arbetsmarknadens parter och andra aktörer. Behövlighetsbedömningen ska avse risken för oskäliga arbetsvillkor, d.v.s. risken för att anställningsvillkoren avviker från en godtagbar nivå, och ska därför ske utifrån arbetstagarnas perspektiv. Behövlighetsbedömningen är emellertid UM:s.

En betydelsefull omständighet att beakta vid bedömningen är vilken bransch som upphandlingen avser. Men även om branschen som sådan inte bedöms medföra risk för oskäliga arbetsvillkor kan det finnas andra omständigheter som gör att det kan anses behövligt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, t.ex. att en viss yrkesgrupp riskerar oskäliga arbetsvillkor, att vissa villkor i en bransch är oskäliga eller saknas, att risk för oskäliga arbetsvillkor finns i ett visst geografiskt område eller att det för en viss grupp arbetstagare kan konstateras att det förekommer eller finns risk för oskälig konkurrens med undermåliga anställningsvillkor. Behövlighetsbedömningen behöver således inte ta sikte på hela branscher. Egna och andras erfarenheter från tidigare upphandlingar är betydelsefulla omständigheter att beakta. Upphandlingsmyndighetens stödjande arbete bör kunna få betydelse vid bedömningarna. Om Upphandlingsmyndigheten har tagit fram kriterier för en bransch eller delar av en bransch, lär det tyda på att det kan finnas skäl att ställa krav på arbetsrättsliga villkor, d.v.s. att det är behövligt att göra detta.

De villkor som ska ställas när det är behövligt är de för arbetstagarna mest centrala, d.v.s. *arbetstid, lön och semester*. Arbetstid och semester regleras i arbetstidslagen (1982:673) respektive semesterlagen (1977:480). I Sverige saknas reglering som definierar begreppet lön. Lönebegreppets närmare innehåll torde enligt propositionen kunna variera mellan olika branscher och bör därför i det enskilda fallet avgöras med ledning av kollektivavtal eller praxis i den aktuella branschen. Lön avser den ersättning som utgår för arbetad tid. Permitteringslön torde därför som regel inte komma i fråga.

Att kontraktet ska fullgöras enligt angivna villkor innebär att det inte är tillräckligt att hänvisa till ett kollektivtal i sig och att leverantörerna därefter själva ska identifiera de villkor som ska gälla. Ett sådant tillvägagångssätt skulle strida mot den upphandlingsrättsliga transparensprincipen. Det krävs alltså i princip att villkoren skrivs ut i upphandlingsdokumenten. Ett undantag från detta gäller i fallet att arbetet inte kommer att utföras enligt svensk arbetsrätt (se nedan).

Leverantören ansvarar för att de underleverantörer som den anlitar och som direkt medverkar till fullgörandet av kontraktet uppfyller de villkor som har ställts, d.v.s. de villkor som ska ställas efter behövlighetsbedömningen. Som villkor ska UM ange att leverantören ska se till att sådana underleverantörer uppfyller villkoren enligt kontraktet. Någon begränsning av hur många led i en kedja av underleverantörer som kan omfattas finns inte, men det sägs i propositionen att hänsyn måste tas bl.a. till vad som är proportionerligt utifrån produktions- och handelsmönster med hänvisning till globala värdekedjor. Vad detta närmare innebär är svårbedömt och torde slutligen få avgöras i rättspraxis, men en upphandlingsrättslig begränsning ligger åtminstone i att UM inte får ställa krav som inte är möjliga att följa upp.

Skyldigheten är som sagt också begränsad till underleverantörer som direkt medverkar till fullgörandet av kontraktet. Detta syftar enligt propositionen på den personal som producerar en vara, tillhandahåller en tjänst eller utför en byggtreprenad. Enligt propositionen avses däremot inte t.ex. arbete som utförs för att producera materiel som används under en byggtreprenad eller vid tillhandahållandet av en tjänst. Också detta lär kunna leda till vissa gränsdragningsproblem. En analogi med vad som har angivits beträffande byggtreprenad och tjänst bör kunna föranleda slutsatsen att en underleverantör som levererar material till en leverantör som sätter samman (producerar) en vara inte omfattas.

Nivåerna på 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 dock alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag.

När UM ska ange nivån på villkoren, ska UM ge de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer som har slutit det centrala kollektivavtal som nivån på villkoren ska motsvara tillfälle att yttra sig, om det inte är obehövt. Om det saknas förutsättningar för UM att ange nivån för ett villkor är den inte skyldig att ställa villkoret.

De villkor som UM ställer ska alltid minst motsvara de nivåer som följer av lag. Om parterna i kollektivavtal har avvikit från en semidispositiv regel och därmed enats om för arbetstagarna mindre förmånliga villkor ska de villkor som ställs ändå motsvara lagens nivå. Leverantörer anses i så fall ändå uppfylla de krav som ställs i upphandlingen om de tillämpar de relevanta villkoren i ett relevant kollektivavtal – se mera nedan.

För att UM ska få kunskap om de villkor som gäller enligt tillämpliga kollektivavtal ska den ge arbetstagarorganisationen och arbetsgivarorganisationen som är parter i det aktuella kollektivavtalet möjlighet att lämna uppgift om vilka villkor som enligt avtalet minst ska tillförsäkras arbetstagarna. Om det finns flera avtalsparter i kollektivavtalet bör samtliga höras. UM behöver inte höra parterna om den kan få kännedom om villkoren på annat sätt, t.ex. genom Upphandlingsmyndighetens stödjande arbete. Avsikten är att vägledning från Upphandlingsmyndigheten ska utgöra utgångspunkt när UM ställer särskilda arbetsrättsliga villkor. Ett exempel på sådana villkor som Upphandlingsmyndigheten tidigare tagit fram rör taxiförare vid upphandling av samhälls-

betalda resor. En annan situation när det skulle kunna anses obehövt att höra parterna är om UM redan känner till villkoren, t.ex. genom att den nyligen tillämpat samma villkor i en annan upphandling och vet att villkoren fortfarande gäller.

Med lag avses den lag som är tillämplig på det område som villkoret avser. För arbetstid syftar det som nämnts på arbetstidslagen (1982:673) och för semester på semesterlagen (1977:480). Eftersom det i svensk lag saknas regler om lön kommer lönen alltid att behöva hämtas från ett kollektivavtal. Ofta är flera kollektivavtal tillämpliga på det arbete som ska utföras inom ramen för en upphandling. Typexemplet är att ett kollektivavtal gäller för tjänstemän och ett annat för arbetare. Ibland gäller också särskilda kollektivavtal för vissa grupper av arbetstagare som sysselsätts i arbetet som omfattas av upphandlingen. Att villkor ska anges ur det centrala kollektivavtal som är tillämpligt på arbetet innebär i detta avseende att villkoren, i den mån det är behövt, måste hämtas ur olika kollektivavtal beroende på vilken yrkesgrupp som sysselsätts i upphandlingen. Avser upphandlingen en byggtreprenad där det sysselsätts målare, plåtslagare, byggnadsarbetare samt arbetsledande personal är således olika kollektivavtal tillämpliga för respektive yrkesgrupp. UM ska då ange villkor ur de respektive avtal som gäller för dessa arbetstagare. I undantagsfall kan det finnas flera centrala kollektivavtal som är tillämpliga på samma arbete, så är t.ex. för närvarande fallet i städbranschen. I propositionen påpekas att det då är särskilt betydelsefullt att samråda med arbetsmarknadens parter för att kunna avgöra vilket avtal som ska tillämpas. Varför det skulle vara det är svårt att förstå eftersom en leverantör ska anses uppfylla kraven oavsett enligt vilket av kollektivavtalen villkoren följs. Alla villkor måste hämtas ur ett och samma kollektivavtal för samma kategori arbetstagare.

Om UM trots kontakt med arbetsmarknadens parter inte kan fastställa tillämpliga nivåer på villkoren är myndigheten inte skyldig att ställa villkor. Undantaget tar enligt propositionen sikte på avtal utan angivet löneutrymme och utan fastställda lönenivåer (s.k. sifferlösa avtal), på situationen att arbetsmarknadens parter inte lämnar ut sina kollektivavtal och på att dessa parter respektive tolkning av villkoren inte ger UM underlag att ställa krav. Det sägs samtidigt i propositionen att detta inte innebär att övriga villkor inte ska ställas. Vad detta närmare betyder är enligt vår uppfattning oklart. Det skulle eventuellt kunna förstås som att om UM har fastställt att det är behövt att ställa arbetsrättsliga krav, men att det på grund av ovan angivna omständigheter inte går att ställa krav på lönenivå, så ska krav ändå ställas på arbetstid enligt arbetstidslagen (1982:673) och på semester enligt semesterlagen (1977:480). Leverantörerna ska i så fall anses uppfylla dessa krav om de tillämpar villkoren avseende dessa krav i ett relevant kollektivavtal – se mera nedan.

Hur leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren

Även om de särskilda arbetsrättsliga villkoren inte är uppfyllda, ska en leverantör anses uppfylla villkoren, om den tillämpar motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Leverantören ska också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om den

är en arbetsgivare som omfattas av tillämpningsområdet för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt samma lag.

Leverantörer ska beträffande arbetsrättsliga krav, i likhet med andra krav i upphandlingar, som utgångspunkt uppfylla de krav som ställs av UM. När det gäller arbetsrättsliga krav i de fall svensk arbetsrätt är tillämplig kan leverantörerna dock som alternativ istället följa de aktuella villkoren i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige, och detta oavsett om de är bundna av kollektivavtalet eller inte. Det förekommer dessutom att villkor i centrala kollektivavtal närmare förtydligas i lokala avtal. Även ett lokalt avtal kan enligt propositionen komma i fråga om leverantören är bunden av ett centralt kollektivavtal och det lokala avtalet är slutet med stöd av ett sådant centralt avtal.

När det gäller att bedöma huruvida leverantören uppfyller de i upphandlingen ställda arbetsrättsliga villkoren finns det alltså inte någon absolut begränsning till de nivåer som de facto har angetts i förfrågningsunderlaget eller som följer av lag. Om parterna i ett kollektivavtal har avvikit från en semidispositiv regel i t.ex. arbetstidslagen och därmed enats om för arbetstagarna mindre förmånliga villkor, så ska de arbetsrättsliga villkoren i upphandlingen anses vara uppfyllda om leverantören tillämpar sådana kollektivavtalsenliga villkor, och detta även om de är sämre för arbetstagaren än vad som följer av lag. Det görs inte någon skillnad på leverantörer som är bundna av kollektivavtal och leverantörer som inte är det. I propositionen sägs också att en leverantör som inte är bunden av kollektivavtal kan anses uppfylla de ställda villkoren i upphandlingen om den tillämpar motsvarande villkor som i kollektivavtalet, vilket alltså kan innebära t.ex. avvikelse från arbetstidslagen till arbetstagarnas nackdel. I propositionen påtalas samtidigt att även om en sådan leverantör därmed uppfyller villkoren i upphandlingen, så kvarstår dennes skyldigheter enligt arbetsrätten, t.ex. arbetstidslagen. Vilka slutsatser som ska dras av detta uttalande är oklart. Det framgår inte om en sådan leverantör ovillkorligen får delta i upphandlingen eller om UM får besluta att leverantören inte ska tilldelas kontraktet med stöd av 16 kap 9 § LOU.

Det finns särskilda regler som gäller för *utstationerande leverantörer*. Genom att de arbetsrättsliga villkor som ställs i en upphandling ska motsvara minst de lägsta som gäller enligt kollektivavtal eller enligt lag kan de enligt propositionen även tillämpas på utstationerande leverantörer (är villkoren tillämpliga även för utstationerade leverantörer). Av 5 och 5 a §§ utstationeringslagen (1999:678) framgår att det är minimilön och minimivillkor som gäller beträffande t.ex. arbetstid och semester. När det gäller lön innebär hänvisningen till utstationeringslagen att minimilönen enligt det kollektivavtal som är tillämpligt på arbetet ska uppfyllas. När det gäller andra villkor än lön innebär utstationeringslagen att lagens nivåer ska uppfyllas om det centrala kollektivavtal som tillämpas i Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen inte innehåller mer förmånliga regler för arbetstagarna. En inhemsk leverantör kan alltså uppfylla de särskilda arbetsrättsliga villkor som ställs för fullgörande av kontraktet genom att minst följa de villkor som ställs av UM eller genom att tillämpa motsvarande villkor i ett och samma centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige

på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Genom bestämmelsen kan en utstationerad leverantör anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt utstationeringslagen. Som exempel anges i propositionen att en utstationerande leverantör som har träffat och tillämpar ett kollektivavtal enligt 5 a § utstationeringslagen som innehåller villkor om lön, arbetstid och semester anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren. Det ska i sammanhanget noteras att en utstationerande leverantör under alla förhållanden måste få tillämpa samma villkor som godtas för en inhemsk leverantör. Något annat torde strida mot den upphandlingsrättsliga icke-diskrimineringsprincipen. För att få kunskap om vilka villkor som i det enskilda fallet avses i 5 a § utstationeringslagen kan UM enligt propositionen t.ex. kontrollera om villkoren tydligt framgår av de kollektivavtalsvillkor för utstationerade som inlämnats till Arbetsmiljöverket. Finns inte några sådana kollektivavtalsvillkor inlämnade eller framgår det inte av ingivna villkor vad som gäller får UM enligt propositionen tillfråga arbetsmarknadens parter.

Om det under fullgörandet av ett kontrakt ifrågasätts om ställda villkor följs, åligger det den leverantör som åberopar något alternativt sätt för att anses uppfylla villkoren att visa att så är fallet.

Arbetsrättsliga villkor när arbetet inte utförs enligt svensk arbetsrätt

UM ska, om det är behövligt, kräva att leverantören ska fullgöra kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner, om arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig. Myndigheten ska också kräva att leverantören ska säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller dessa villkor. Villkoren får avse att de bestämmelser som gäller där arbetet utförs ska följas.

Även i de fall arbetet utförs under sådana förhållanden att svensk arbetsrätt inte är tillämplig ska en behövlighetsbedömning göras. I de fall det finns någon, även en liten, möjlighet att arbetet kan komma att utföras i ett annat land än Sverige ska det övervägas om dessa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor ska anges. I sammanhanget ska beaktas att det kan bli aktuellt att en del av uppdraget kan komma att utföras i något annat land, eller att en underleverantör som utför arbete i ett annat land kan komma att anlitas i något skede av arbetet. För de fall det är behövligt ska UM som särskilda kontraktsvillkor ange villkor i enlighet med ILO:s åtta kärnkonventioner, om bl.a. föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten (ILO-konvention nr 87), om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten (ILO-konvention nr 98), om tvångs- eller obligatoriskt arbete (ILO-konvention nr 29), om avskaffande av tvångsarbete (ILO-konvention nr 105), om minimiålder för tillträde till arbete (ILO-konvention nr 138), om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning (ILO-konvention nr 111), om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde (ILO-konvention nr 100) och om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete (ILO-konvention nr 182).

Med hänsyn till att de särskilda villkoren då svensk arbetsrätt inte är tillämplig är av grundläggande karaktär, bör det enligt propositionen inte krävas alltför omfattande utredning för att klarlägga om det finns behov i en enskild upphandling av att ställa sådana villkor. Även en leverantör som verkar i ett land där ILO:s kärnkonventioner inte är genomförda kan enligt propositionen följa kontraktsvillkor om att de villkor som avses i konventionerna ska respekteras. Det är alltid möjligt för en leverantör att åta sig att tillförsäkra arbetstagarna en bättre nivå av arbetstagskydd och rättigheter än vad som gäller i det land där arbetet utförs.

På motsvarande sätt som gäller när svensk rätt är tillämplig ska leverantören säkerställa att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller de villkor som har ställts. Utöver villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner får UM även ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor om att arbetet ska utföras enligt det arbetsrättsliga regelverk som gäller i det land där arbetet utförs. Det är frivilligt att ställa sådana krav. På samma sätt som för övriga särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor måste, i enlighet med principen om öppenhet, tydligt anges vad som gäller. Enligt propositionen får det i det här fallet anses förenligt med öppenhetsprincipen (transparens) att hänvisa till att arbetet ska utföras enligt det arbetsrättsliga regelverket i det land där arbetet utförs. Exempelvis kan det enligt propositionen anges att en anbudsgivare ska betala arbetstagarna som sysselsätts i uppdraget minst den minimilön som gäller i det land där arbetet utförs.

Sveriges Kommuner och Landsting
Avdelningen för juridik

Germund Persson
Chefsjurist

Magnus Ljung
Förbundsjurist