

Finansdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt
103 33 Stockholm

Stockholm

Vår referens

Dnr

2016-03-17

Ulrica Dyrke

Fi2016/00530/UR

Remissyttrande – Utkast till lagrådsremiss Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling

Företagarna har givits möjlighet att yttra sig över rubricerat förslag till lagrådsremiss. Företagarna beklagar den korta remisstiden och vill framföra följande kommentarer.

Företagarna avstyrker förslaget. Företagarna anser att det givetvis är av stor vikt att företag som verkar på marknaden är seriösa och efterlever lagar och regler. Detta är av betydelse inte enbart för att tillgodose de anställdas behov, utan även för att tillgodose företagets intresse av sund konkurrens på marknaden. Företagarna anser att själva syftet med att ställa arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling måste vara att söka säkerställa att leverantörerna tillämpar rimliga arbetsvillkor för sina anställda, så att social dumping undviks. Detta bör dock inte per automatik likställas med att kräva överensstämmelse med villkor enligt ett specifikt kollektivavtal. Ett sådant system riskerar att bli mycket tungrovt och svåröversäglbart och i praktiken stänga ute många företag från den offentliga marknaden.

Företagarna vill hänvisa till vad vi tidigare framfört i vårt yttrande över delbetänkande SOU 2015:78 från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal ("Utredningen").

Stora problem med förslaget, särskilt för företag utan kollektivavtal

Utkastet till lagrådsremiss innebär stora såväl rättsliga som praktiska problem. Företagarna identifierade problem och utmaningar även med det förslag som lämnades av utredningen. Vi kan dock konstatera att det nu föreliggande förslaget innebär en tydlig försämring i flera väsentliga avseenden. Vi befärrar allvarliga negativa effekter särskilt för många små företag som står utanför kollektivavtal/hängavtal. Det måste observeras att drygt 60 procent av de små företagen (1-49 anställda) saknar kollektivavtal/hängavtal. Eftersom små företag utgör drygt 99 procent av alla företag innebär detta att 60 procent av företagen i Sverige saknar kollektivavtal/hängavtal.

Särskilt negativa för företag utan kollektivavtal/hängavtal är följande delar av det nu föreliggande förslaget:

- *Landets upphandlande myndigheter ska efter samråd med de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna och med vägledning av allmänna råd från Upphandlingsmyndigheten, bestämma vilket kollektivavtal och även vilka obligatoriska villkor som ska tillämpas*

Detta kommer med all sannolikhet leda till olika val av kollektivavtal för samma typ av arbete samt spretigt och oförutsägbart kravställande. Den föreslagna modellen är även främmande för det svenska arbetsrättsliga systemet.

- *Förslaget att företag som inte har kollektivavtal ska uppfylla de kollektivavtalsvillkor som anges just i den specifika upphandlingen*

Det borde av likabehandlings- och proportionalitetsskäl räcka att kollektivavtalslösa företag kan visa att de uppfyller ställda villkor i *något* tillämpligt kollektivavtal. Det räcker ju att företag anslutna till andra tillämpliga kollektivavtal hänvisar till detta. Förslaget innebär ett uppenbart missgynnande av företag utan kollektivavtal.

- *Förslaget att försäkringar och tjänstepension ska ingå i de obligatoriska villkoren*
Försäkringarna är ofta paketerade på ett sätt som är mycket svårt att överblicka och går inte heller alltid att matcha genom försäkringar som finns på marknaden. Hanteringen av detta kommer att drabba både upphandlande myndigheter och företag utan kollektivavtal. Att se till att försäkringslösningarna kopplas enbart det specifika kontraktet kommer därutöver att bli en enorm utmaning.

- *Förslaget att utstationerade företag till skillnad från svenska företag de facto inte ska behöva leva upp till kraven på försäkringar och tjänstepension*

Detta är inte likabehandlande och snedvrider konkurrensförutsättningarna för svenska företag.

- *Förslaget att kollektivavtalsnivåer ska väljas om de är förmånligare för arbetstagaren än vad som följer av lag*

Eftersom kollektivavtalen och deras innehåll inte är tillgängliga för kollektivavtalslösa företag blir ett sådant system inte transparent och förutsebart för dem.

- *Förslaget att de obligatoriska krav som ställs i fråga om lön, semester, arbetstid, försäkringar och tjänstepension även ska gälla fullt ut för underleverantörer i alla led av leverantörskedjan, vilka direkt medverkar till kontraktets utförande*

Detta slår hårt mot kollektivavtalslösa underleverantörer såväl som mot små företag i egenskap av huvudleverantörer som ska kontrollera hela leverantörskedjan.

Det remitterade förslaget kommer sammantaget innebära omöjliga situationer att hantera för många företag som står utanför kollektivavtal. Sådana företag riskerar genom förslaget att stängas ute både som huvudleverantörer och underleverantörer i offentlig upphandling. I praktiken kommer många sådana företag att ställas inför två alternativ: Att antingen teckna kollektivavtal eller att sluta delta i offentlig upphandling och/eller som underleverantörer åt företag som deltar i offentlig upphandling.

Förslaget medför uppenbara risker för minskat antal anbud, försämrad konkurrens, minskad kostnadseffektivitet och sämre urval i offentlig upphandling.

Utöver detta läggs ett synnerligen tungt och komplext åtagande på landets upphandlande myndigheter genom det föreslagna obligatoriska kravställandet där behov bedöms föreligga. Förslaget kommer att fördyra och allvarligt komplicera offentlig

upphandling. Konsekvensanalysen av förslagets effekter är dock synnerligen bristfällig, inte minst i fråga om effekterna för företag utan kollektivavtal. Utöver detta finns det betydande lagtekniska problem och oklarheter med det presenterade förslaget.

Trots att regeringen i utkastet understryker betydelsen av att de grundläggande EU-rättsliga principerna om bl.a. likabehandling, transparens och proportionalitet kan förslaget på intet sätt anses leva upp till dessa principer. Förslaget kan därmed inte anses vara förenligt med EU-rätten.

Kollektivavtal är inte den enda förutsättningen för schyssta villkor

Företagarna vill understryka att det finns olika tillvägagångssätt som företag kan välja när de erbjuder schyssta villkor till sina anställda. Denna valfrihet är en viktig grund för näringsfriheten.

- Ett sätt att erbjuda schyssta villkor är att teckna kollektivavtal eller så kallat hängavtal. Denna variant används av cirka 40 procent av landets små företag (1-49 anställda), framför allt de litet större småföretagen, med över tio anställda. För företag i den minsta storlekskategorin (1-4 anställda) är anslutningsgraden endast 32 procent.

- Ett annat och vanligare sätt är att erbjuda schyssta villkor utan att ansluta sig till kollektivavtal/hängavtal. Omkring 60 procent av de små företagen använder detta tillvägagångssätt och står därmed utanför kollektivavtalen/hängavtalen.¹

Eftersom små företag utgör drygt 99 procent av alla företag innebär detta att 60 procent av företagen i Sverige saknar kollektivavtal/hängavtal.

För ett litet företag är det inte bara att teckna ett kollektivavtal. Många kollektivavtal är inte tillräckligt flexibla och moderna för att passa de minsta företagen. Dessutom tillkommer kostnaderna för tillämpningen av avtalet samt även ökade administrativa kostnader. För ett mindre företag kan dessa kostnader vara betydande i förhållande till övriga verksamhetskostnader. Det kan även konstateras att det är vanligare att företag är anslutna till kollektivavtal och hängavtal i äldre branscher än i yngre och snabbare växande branscher särskilt inom tjänstesektorn, såsom exempelvis sektorn för IT-tjänster.

Kollektivavtalen erbjuder få möjligheter till företagsanpassade lokala lösningar och det är ofta krångligt och administrativt tungt att hantera kollektivavtalen. Ett kollektivavtal kan därför bli en dyrköpt lösning för ett mindre företag samtidigt som det ändå inte är anpassat till verksamhetens behov. Detta är ett av de vanligaste skälen till att många små företag väljer bort kollektivavtal. Det betyder dock inte att de anställda i dessa företag har sämre anställningsvillkor än i företag med kollektivavtal. Flexibilitet och personliga relationer kan i stället skapa möjligheter till bättre anställningsvillkor för de anställda än vad kollektivavtalen medger. Dessa lösningar följer inte nödvändigtvis kollektivavtalens logik och upplägg.

Angående utmaningar att förena upphandlingsrätt med svenska kollektivavtal

EU:s nya upphandlingsdirektiv kommer inte att förändra rättsläget i fråga om kollektivavtal i offentlig upphandling. Det kommer fortsatt vara otillåtet att kräva anslutning till kollektivavtal vid offentlig upphandling. Villkor i enlighet med kollektivavtal finns dock rättsligt utrymme att ställa både i dagsläget och med det nya regelverket. Frågan är hur sådana villkor i så fall kan ställas. Det finns i detta avseende

¹ Siffrorna kommer från en undersökning som SIFO genomförde våren 2015 på uppdrag av Företagarna. Omkring 4000 små företag deltog i undersökningen.

stora utmaningar, inte minst mot bakgrund av brist på transparens i fråga om de svenska kollektivavtalens innehåll.

Utredningen har på ett bra sätt beskrivit den bristande transparensen i de svenska kollektivavtalen (s. 122):

”Kollektivavtalens bestämmelser är inte alltid tydliga. Till exempel är det vanligt med avtal utan angivet löneutrymme och utan fastställda lönenivåer (sifferlösa avtal). Avtalen tolkas dessutom först och främst utifrån partsavsikten. Det kan därför vara svårt för en utomstående att, även om denne har tillgång till avtalet, säkert säga hur en regel ska tolkas. Ibland kan det vara svårt att veta vilket kollektivavtal som är tillämpligt på ett visst arbete. Det finns som nämnts omkring 685 kollektivavtal på svensk arbetsmarknad. I många fall är det tydligt vilket kollektivavtal som gäller för ett visst arbete men i andra fall finns flera kollektivavtal som kan vara tillämpliga. Det kan då vara svårt för en utomstående, t.ex. en upphandlande myndighet, att veta vilket kollektivavtal som är tillämpligt. Det krävs i normalfallet att kontakt tas med de avtalslutande parterna för att ta reda på vilket eller vilka kollektivavtal som är tillämpliga på arbetet och vad som utgör de lägsta villkoren enligt dessa avtal.”

Företagarna kan konstatera att det innebär en mycket stor utmaning att försöka skapa en ordning som medför att det svenska kollektivavtalssystemet kan uppfylla upphandlingsregelverkets krav på bl.a. transparens, likabehandling och proportionalitet. Kollektivavtalen är inte allmänt tillgängliga och ger sällan klara besked om uttolkningen, vilket kommer att sätta landets upphandlande myndigheter och även Upphandlingsmyndigheten i svåra situationer. Detta kommer att påverka de företag som deltar i upphandlingarna och/eller som underleverantörer.

Det är av avgörande betydelse att de offentliga upphandlingarna på ett likabehandlande sätt är öppna för alla företag som erbjuder schyssta villkor för sina anställda – och oavsett om företagen har kollektivavtal eller inte. Företagarna anser att det aktuella förslaget inte uppfyller dessa förutsättningar.

Utan att förringa vår inställning att förslaget i sin helhet bör avstyrkas och inte läggas till grund för lagstiftning vill vi även framföra följande kommentarer till förslaget i olika delar.

Risk för olika villkor i upphandlingar avseende samma typ av arbete

Förslaget innebär att landets upphandlande myndigheter efter samråd med de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna och med vägledning av förekommande allmänna råd från Upphandlingsmyndigheten, ska bestämma vilket kollektivavtal och även vilka nivåer för de obligatoriska villkoren som ska tillämpas. Detta blir ett mycket tungrovt system för de upphandlande myndigheterna. Med största sannolikhet kommer det leda till olika utfall i olika upphandlingar avseende samma typ av arbete.

Företagarna såg rättsliga och praktiska problem med utredningens förslag att Upphandlingsmyndigheten skulle utfärda föreskrifter vilka skulle tillämpas av de upphandlande myndigheterna. Det nu aktuella förslaget innebär dock ännu större problem för företagen p.g.a. den uppenbara risken för att olika upphandlande myndigheter kommer att landa i olika arbetsrättsligt kravställande för samma typ av arbete. Detta skulle skapa betydande problem. Företag behöver rimligt förutsebara villkor för att kunna bedriva sin verksamhet. Detta gäller generellt och i synnerhet långsiktiga och viktiga aspekter som villkoren för de anställda.

En komplicerande faktor är att det ofta kan finnas flera olika kollektivavtal som är tillämpliga på ett och samma slags arbete. Det finns uppenbar risk för att olika upphandlande myndigheter kommer att välja olika kollektivavtal för samma typ av

arbete. Städtjänster kan tas som ett exempel på en typ av arbete där det förekommer många olika kollektivavtal. Almega har tecknat olika kollektivavtal avseende städning med Kommunal, Fastighets m.fl. De olika Almega-kollektivavtalen har olika lägsta lönenivå och olika regler för t.ex. unga. De innehåller även olika reglering av exempelvis arbetstid. Utöver detta finns andra kollektivavtal för städtjänster tecknade av Vårdföretagarna, Samhällsförbundet, Byggindustrin, Visita, Svensk Handel m.fl. Dessa olika kollektivavtal har alla speciella avvikelser eftersom de utgår från sina specifika branscher. Frågan om ur vilket kollektivavtal som villkor ska ställas i en enskild upphandling avseende städtjänster samt vilka övriga kollektivavtal som kan anses alternativt tillämpliga kan bli mycket komplex för de upphandlande myndigheterna att hantera. Samtidigt är det av stor betydelse för företagen på marknaden vilket kollektivavtal som väljs - i synnerhet eftersom just dessa kollektivavtalsvillkor föreslås bli normerande för företag utan kollektivavtal.

I fråga om uttolkningen av de specifika nivåerna i enskilda kollektivavtal kan konstateras att detta är synnerligen komplex och svårtolkad materia. Kollektivavtalen är för det första inte allmänt tillgängliga och innehållet därmed inte allmänt känt. Därtill är kollektivavtalen ofta utformade på ett sätt som inte ger klara besked om det faktiska innehållet. För korrekt uttolkning krävs sakkunskap. De upphandlande myndigheterna blir med det aktuella förslaget i praktiken hänvisade till arbetsmarknadens parter – vilka inte alltid är av samma uppfattning avseende hur avtalen ska tolkas. De upphandlande myndigheterna ska i sådana situationer själva fastställa nivåerna för dessa villkor – vilket de saknar tillräcklig sakkompetens att göra. Detta kommer leda till stor spretighet och bristande förutsebarhet i fråga om vilka nivåer som väljs. En sådan modell är även främmande för det svenska arbetsrättsliga systemet.

Inte likabehandlande att företag utan kollektivavtal inte kan hänvisa till att de uppfyller villkor i enlighet med annat tillämpligt kollektivavtal

Utredningen föreslog att företag utan kollektivavtal skulle ges möjlighet att hänvisa till att de uppfyller motsvarande villkor i något annat kollektivavtal som är tillämpligt på samma typ av arbete. Företagarna ansåg att utredningens förslag i denna del utgjorde en nödvändig ventil. Bakgrunden är givetvis att det annars blir mycket svårt för företag utan kollektivavtal/hängavtal att delta i offentlig upphandling eller som underleverantörer. Detta gäller i synnerhet i sådana situationer där flera kollektivavtal skulle kunna vara tillämpliga.

Det nu aktuella förslaget har kraftigt förändrats på denna punkt. Förslaget innebär att företag som inte har tecknat kollektivavtal ska uppfylla just de kollektivavtalsvillkor som anges i upphandlingen. Det är anmärkningsvärt att denna förändring har skett utan resonemang om hur detta över huvud taget praktiskt ska kunna hanteras.

Det måste beaktas att det ofta finns flera olika kollektivavtal att välja på och att olika upphandlande myndigheter sannolikt kommer att göra skilda bedömningar om vilket kollektivavtal som ska väljas. Ska ett företag behöva ändra villkoren för sina anställda beroende på vilket upphandlat kontrakt som ska utföras? Ska ett litet företag som står utanför kollektivavtal men som utformat arbetsvillkoren för sina anställda så att de matchar villkoren i kollektivavtal A plötsligt behöva ändra dessa villkor p.g.a. att de är med i en upphandling där villkor enligt kollektivavtal B stipuleras? Ska ett företag med anställda som jobbar några timmar i veckan i kommun X och några timmar i veckan i kommun Y tillämpa olika arbetsvillkor för detta? Vore detta över huvud taget praktiskt och rättsligt möjligt?

Även av upphandlingsrättsliga likabehandlingsskäl har Företagarna allvarliga invändningar emot den föreslagna ordningen. Förslaget tillåter att företag som är

anslutna till andra tillämpliga kollektivavtal, vilka *de facto* innehåller annan praktisk utformning av villkor och nivåer, hänvisar till dem i en upphandling. Företagarna har inga invändningar emot denna modell i sig, utan finner den både nödvändig och rimlig. Av likabehandlingsskäl borde dock även ett företag som står utanför kollektivavtal kunna åberopa att de uppfyller arbetsvillkor i nivå med ett annat kollektivavtal som är tillämpligt på det aktuella arbetet. Det är mycket svårt att se hur det skulle kunna vara förenligt med den upphandlingsrättsliga likabehandlingsprincipen att en upphandlande myndighet rent faktiskt accepterar andra villkorsnivåer än de som uppställs i upphandlingen i fråga om vissa leverantörer, men inte i fråga om andra. Det enda skäl som anförs för att inte tillåta detta är att det inte bedöms främja den svenska arbetsmarknadsmodellen och att arbetstagarna hos dessa leverantörer riskerar att hamna i en sämre situation än arbetstagarna hos de kollektivavtalsslutande leverantörerna (s. 66). Företagarna kan inte se logiken i detta resonemang. Rent faktiskt uppfylls ju motsvarande villkor som i ett tillämpligt kollektivavtal.

Den EU-rättsliga *likabehandlingsprincipen* ska tillämpas i all offentlig upphandling. Enligt denna princip ska lika fall behandlas lika och olika fall behandlas olika. Det som är själva utgångspunkten för denna princip är anbudsgivarnas deltagande i upphandlingen – inte vilken kontext respektive anbudsgivare verkar i². Det finns flera rättsfall som uttalar stöd för detta. Av dessa avgöranden framgår att alla anbudsgivare som deltar i en offentlig upphandling ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och att samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare. Som Företagarna tolkar detta gäller detta oavsett om ett företag har kollektivavtal eller inte.

Att ställa krav på villkor enligt *ett visst* kollektivavtal kan även ifrågasättas av *proportionalitetsskäl*. Enligt den grundläggande EU-rättsliga principen om proportionalitet får ett krav i en upphandling inte gå längre än vad som är nödvändigt och lämpligt med hänsyn till det syfte som ska uppnås. Krav på villkor enligt kollektivavtal avses ställas i syfte att motverka osunda arbetsvillkor vid kontraktens genomförande. Det faktum att alla svenska centrala kollektivavtal anses likvärdiga medför att förslaget innebär att leverantörerna som är ansluta till kollektivavtal kan tillämpa dessa – oavsett om de *de facto* ligger över eller under ett specifikt villkor som ställs i upphandlingen. I konsekvensens namn borde det därmed räcka med att ligga i linje med *något* av dessa kollektivavtal för att garantera schyssta arbetsvillkor. Att ställa krav på villkor som i olika avseenden är mer precisa eller långtgående framstår varken lämpligt eller nödvändigt för att uppnå syftet.

Kort sagt: Eftersom alla svenska centrala kollektivavtal anses likvärdiga, så måste det för att uppnå syftet schyssta arbetsvillkor anses tillräckligt att ha villkor som ligger i linje med något av de tillämpliga kollektivavtalen – oavsett om man är ansluten till kollektivavtal eller inte.

Det är anmärkningsvärt att dessa aspekter inte närmare reflekteras över i lagförslaget med anledning av de förändringar som förslaget har genomgått.

Angående modellen med villkorat obligatorium

Som Företagarna framhållit i sitt yttrande över utredningens betänkande är vi i sak emot att införa någon form av villkorat obligatorium. Företagarna kan inte tolka in något krav i EU-direktiven på medlemsstaterna att införa tvingande regler om att ställa villkor enligt kollektivavtal och finner att förslaget går längre än vad EU-rätten kräver. Artikel 18.2 i LOU-direktivet har en bred utformning och stadgar att ”Medlemsstaterna ska vidta

² Denna linje har uttryckts av EU-domstolen alltsedan domen i mål C-496/99 *Succhi di Frutta SpA* (p 110) och bekräftats av domstolen i exempelvis mål C-42/13 *Cartiera dell’Adda SpA* (p 44).

lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal...”Företagarna anser att det är olyckligt att denna bestämmelse görs till ett verktyg för att - i vissa fall obligatoriskt - ställa krav på villkor enligt kollektivavtal.

Företagarna menar att det borde räcka med en frivillig reglering i kombination med utbyggt stöd och vägledning till hjälp för de upphandlande myndigheter som ser anledning att ställa arbetsrättsliga krav i specifika upphandlingar.

Behovsprövning

En upphandlande myndighet ska ”om det är behövligt” ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt i form av villkor om lön, semester, arbetstid, försäkringar och tjänstepension som arbetstagarna ska utföra arbetet enligt kontraktet minst ska tillförsäkras (17 kap 2 §).

För att utreda om det föreligger behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor har de upphandlande myndigheterna att göra en helhetsbedömning. Såväl erfarenheter från tidigare upphandlingar som Upphandlingsmyndighetens allmänna råd, uppgifter från branschorganisationer, arbetsmarknadens parter eller andra aktörer kan beaktas vid bedömningen. Utöver detta ska även beaktas vilken bransch upphandlingen avser, liksom vilken yrkesgrupp det är fråga om och i vilket geografiskt område upphandlingen sker i.

Detta är en omfattande uppgift som läggs på de upphandlande myndigheterna. Utfallet kommer med all sannolikhet bli mycket svåröversägbart och kan även komma att uppfattas som godtyckligt. Detta riskerar bli mycket svårt att förutse och förhålla sig till för de företag som deltar i offentlig upphandling eller som underleverantörer. Företagarna ser stora problem med detta.

Villkor om försäkringar och tjänstepension skapar stora problem

Olämpligt och problematiskt att införa denna typ av krav i upphandlingar

Som framgår av vårt tidigare yttrande över utredningens betänkande anser vi att lön, semester och arbetstid i sig är centrala faktorer för att säkerställa rimliga arbetsförhållanden och att en avgränsning till dessa faktorer i sig framstår som ändamålsenlig. Att förslaget utöver detta även inkludera försäkringar och tjänstepension enligt kollektivavtal i de obligatoriska villkoren innebär mycket stora problem. Problematiken uppmärksammades även av utredningen (s. 128), som valde att inte inkludera sådana villkor i de obligatoriska kraven, men dock föreslog att sådana krav skulle kunna ställas på frivillig grund.

Det måste beaktas att försäkringar och tjänstepensioner för de anställda normalt är långsiktiga lösningar mellan en arbetsgivare och arbetstagare. Sådana villkor varken kan eller bör utformas utifrån krav i specifika upphandlingar. Därtill kommer problematiken att försäkringslösningarna i kollektivavtalen ofta är paketerade på ett sätt som är mycket svårt att överblicka och matcha. Detta medförde att Företagarna mycket tydligt i sitt tidigare yttrande invände även mot utredningens förslag att krav på försäkringar och tjänstepension på frivillig grund.

Försäkringslösningarna inom kollektivavtalsområdet utgör ett icke delbart paket som består av flera komponenter och där olika delarna är inte möjliga att bryta ut. Det medför att de enskilda delarna ofta är mycket svåra att matcha för enskilda företag som inte är anslutna till kollektivavtal. På s. 48 i lagförslaget anges att endast de ”för arbetstagarna mest centrala” försäkringarna ska omfattas av obligatoriet. De exempel

som anges på försäkringar som kan komma i fråga för obligatoriskt kravställande är dock omfattande. Särskilt problematiskt är det s.k. omställningsstödet vilket inte går hitta utanför kollektivavtal. Det finns även andra typer av försäkringar som inte går att hitta på marknaden, såsom avtalsgruppsjukförsäkring.

Det framstår helt nödvändigt med den ”ventil” som anges i författningskommentaren (s. 81) angående att det inte är möjligt att ställa villkor på viss försäkring som inte är möjlig att teckna för alla. Komplexiteten för de upphandlande myndigheterna att bedöma om motsvarande försäkringslösningar finns att tillgå på marknaden ska dock inte underskattas och Företagarna befarar att detta kommer resultera i kravställande med utestängande effekter.

I fråga om tjänstepension uppkommer frågor rörande bland annat om förvaltningsavgifterna spelar in för avgörandet av om det är motsvarande nivå som tjänstepensionspaketet som ryms inom enskilda kollektivavtal.

En ytterligare fråga som uppkommer är om det är möjligt att teckna försäkring/tjänstepension för den specifika tidsperiod som avtalet omfattar, eller om det i praktiken krävs att företaget ingår sådant avtal för längre tidsperiod, exempelvis ett år. En annan aspekt, som även utredningen uppmärksammar, är om det är praktiskt möjligt att teckna försäkring för enskilda arbetstagare, eller om man måste teckna för samtliga arbetstagare. Företagarna ser uppenbara risker för oproportionerligt kravställande med utestängande effekter för företag utan kollektivavtal i fråga om försäkringar. Vi vill också understryka vikten av att de krav och villkor som ställs i en upphandling enbart får vara kopplade till det specifika kontraktet.

Att inkludera försäkringar och tjänstepension motsvarande specifika kollektivavtal kommer att bli ytterst komplext att hantera i praktiken för upphandlande myndigheter som kommer behöva försöka sätta sig in i dessa komplexa marknader och försäkringsvillkor och även ska förhålla sig till den centrala förutsättningen att villkoret i upphandlingen endast får kopplas till det specifika kontraktet. Sammantaget innebär denna hantering en uppenbar fördyring och allvarlig komplicering av upphandlingsprocessen.

Det bör även uppmärksammas att olika försäkringslösningar inte är det enda sättet att ge arbetstagarna ett bra skydd och god utdelning. Exempel på detta är modeller där de anställda kan variera avsättningen till sjukförsäkring, kompetensutveckling och pension över tid. Ett annat exempel är s.k. lönevaxling där anställda som en del av ersättningen för arbetad tid väljer annan arbetstid eller fler semesterdagar i stället för lön. Kommer sådana modeller kunna hanteras inom ramen för det nu föreslagna systemet.

Inte faktisk likabehandling av utstationerande och svenska företag

Utöver vad som ovan nämnts angående kravet på försäkringar och tjänstepension har Företagarna även allvarliga invändningar ur likabehandlingssynpunkt. Att ställa krav på försäkringar och tjänstepension för utstationerande företag är inte förenligt med den s.k. hårda kärnan i EU:s utstationeringsdirektiv i artikel 3.1. Som de kryptiska skrivningarna på s. 67 får förstås avser regeringen hantera detta på så sätt att kraven på försäkringar och tjänstepension ställs generellt i upphandlingarna, men att de utstationerande företagen *i praktiken* inte ska behöva leva upp till dessa krav, eftersom detta inte är förenligt med utstationeringsdirektivet. Detta till skillnad från svenska företag, vilka kommer behöva uppfylla kraven.

Detta rimmar mycket dåligt med den upphandlingsrättsliga principen om likabehandling. Som framförts ovan är själva utgångspunkten för denna princip

anbudsgivarnas deltagande i upphandlingen – inte vilken kontext respektive anbudsgivare verkar i. Alla anbudsgivare som deltar i en offentlig upphandling ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och samma anbudsvillkor måste gälla för alla anbudsgivare. Som Företagarna tolkar detta gäller detta oavsett om ett företag har utstationerade arbetstagare eller inte. Med det nu föreslagna systemet diskrimineras svenska företag i praktiken, vilket är anmärkningsvärt. Möjligen kommer även enskilda större svenska företag att kunna utnyttja de förmånligare villkoren genom att ställa om sin verksamhet så att även de börjar använda utstationerad arbetskraft. Därmed drabbar den föreslagna ordningen framför allt de många småskaliga svenska företagen och kan även att hämma sysselsättningen. Ett sådant system är inte acceptabelt och riskerar leda till konkurrensnedvridningar mellan olika grupper av företag.

Med beaktande av ovanstående problem i fråga om försäkringar och tjänstepension anser Företagarna att det enda rimliga är att inte alls inkludera sådana krav i upphandlingarna. Företagarna avstyrker alltså förslaget.

Kollektivavtalsvillkor före lagkrav skapar problem

Förslaget innebär att kollektivavtalsnivåer ska väljas om de är förmånligare för arbetstagaren än vad som följer av lag. Som Företagarna framförde i yttrandet över utredningens betänkande ser vi stora problem med detta förslag. Företagarna har mycket svårt att se att en myndighet i en upphandling ska kunna ställa krav som bortser från innehållet i lagstiftning. En sådan modell skapar inte förutsebarhet, utan riskerar i stället att leda till stor rättsosäkerhet för företag – i synnerhet för företag utan kollektivavtal, eftersom de inte har tillgång till kollektivavtalen och dess innehåll.

I utkastet till lagrådsremiss avfärdas detta resonemang med att det handlar om centrala villkor för arbetstagarna samt att detta endast avser villkor som regleras i lag, nämligen semester och arbetstid. Denna argumentation förtar enligt Företagarnas mening inte på något sätt problematiken med den bristande förutsebarheten som förslaget skapar för alla företag utan kollektivavtal vilka följer gällande lagregler. Ska dessa företag ändra sina villkor om semester och arbetstid när villkor om detta plötsligt dyker upp i en upphandling? Det skulle helt urholka lagstiftningens effekt för kollektivavtalslösa företag som deltar i offentlig upphandling.

Det finns ytterligare en olikabehandlande aspekt av förslaget i fråga om lagkrav och kollektivavtalsvillkor. Kollektivavtalen är resultatet av förhandlingar där olika arbetsvillkor balanserar mot varandra, vilket medför olika faktiska lösningar. Exempelvis kan arbetstidsregleringen i ett kollektivavtal ligga på en nivå under lagens krav, i kompensation mot en högre lönenivå. Förslaget innebär att kollektivavtalsanslutna företag som har enskilda villkor som ligger på lägre nivåer än lagstiftning ska accepteras. Motsvarande föreslås dock inte accepteras för kollektivavtalslösa företag, utan dessa företag måste alltid ligga minst i nivå med lagkraven. Förslaget gynnar därmed företag med kollektivavtal i förhållande till företag som står utanför kollektivavtal.

Underleverantörer

Förslaget innebär att alla arbetsrättsliga krav som ställs i en upphandling även ska gälla fullt ut för underleverantörer i alla led av leverantörskedjan, vilka direkt medverkar till att fullgöra kontraktet eller koncessionen.

Företagarna kan konstatera att det nya LOU-direktivets artikel 71, som reglerar underleverantörer, skapar öppningar för att säkerställa att underleverantörerna iakttar de skyldigheter som avses i artikel 18.2. Det finns dock stora praktiska utmaningar med ett sådant system.

Små företag uppträder ibland som leverantörer, ibland som underleverantörer. Denna typ av krav innebär en betydligt mer komplex vardag för små företag i båda dessa kategorier.

Vad Företagarna har framfört ovan i fråga om utmaningen för små företag med att ställa krav på arbetsrättsliga villkor gäller även i fråga om underleverantörssituationerna. Vi avstyrker därför med samma argumentation förslaget i den delen. Förslaget kommer att få kännbara effekter, särskilt för många små företag som verkar som underleverantörer och står utan kollektivavtal. Ett företag som agerar som underleverantör kommer att drabbas mycket hårt om det medverkar i utförandet av olika kontrakt som innehåller olika arbetsrättsliga villkor för samma typ av arbete. Det är mycket svårt att se hur ett sådant företag över huvud taget ska kunna hantera en sådan situation. Det finns skäl att upprepa att 60 procent av de små företagen saknar kollektivavtal.

Det finns även skäl att uppmärksamma att förslaget endast tar sikte på de underleverantörer som "direkt medverkar" till att fullgöra kontraktet. Hur detta begrepp kommer att tolkas i praktiken framstår högst oklart, vilket kommer att lämna enskilda företag i stor ovisshet och svårhanterade situationer.

Även för små företag som är leverantörer blir det föreslagna systemet en synnerligen svår utmaning. Det är problematiskt med ett system där krav som den upphandlande myndigheten väljer att ställa ska följas upp av leverantören och inte av den upphandlande myndigheten själv. Ju längre leverantörskedjor och ju fler krav som ska följas upp, desto större komplexitet, bl.a. avtalsrättsligt. Leverantörer som åläggs sådan kontrollfunktion kommer att behöva kompensera sig genom högre pris för att täcka in denna ökade kostnad och risk för upptäckta brister hos underleverantörerna. Det finns en stor risk att små, seriösa företag inte kommer att orka och ha resurser för att vara leverantörer med en sådan utveckling.

Hur hantera enmansföretagare?

Företagarna vill även uppmärksamma situationen för enmansföretagare. Det är inte ovanligt att enmansföretagare deltar i offentlig upphandling, exempelvis i fråga om konsulttjänster, snöröjning o.dyl. Dessa företag – som består av endast en person - har av helt förklarliga skäl inte möjlighet att teckna kollektivavtal och kan naturligen även ha uppenbara problem att anpassa sina egna villkor till vad som följer av ett visst kollektivavtal. Företagarna saknar resonemang om hur den föreslagna regleringen angående krav på arbetsrättsliga villkor är tänkt att förhålla sig till sådana situationer.

Ska kollektivavtal likställas med hängavtal?

En annan fråga som bör uppmärksammas är att det i regleringen enbart talas om att fullgöra kontrakt enligt villkor i kollektivavtal. Många företag väljer dock att teckna s.k. hängavtal i stället för att ansluta sig till kollektivavtal. Företagarna har uppfattat att även hängavtal ska tolkas in och likställas med kollektivavtal i den föreslagna regleringen. Vi har dock inte hittat något tydligt uttalande om detta i förslaget och anser att detta är av stor vikt att klargöra.

Mycket undermålig konsekvensanalys

Konsekvensanalysen över förslagets effekter är oerhört bristfällig, inte minst i fråga om effekterna för små företag. Remissinstansernas synpunkter behandlas också mycket lättvindigt i utkastet. Företagarna vill understryka att vi var en av de remissinstanser som befarat risk för minskat deltagande i offentlig upphandling bland små företag utan kollektivavtal till följd av utredningens förslag. Vi vill också tydligt understryka att det omarbetade förslaget från regeringen på intet sätt minskar problemen för små företag

utan kollektivavtal. Tvärtom kommer de små företagen möta påtagligt större hinder med det nu föreliggande förslaget.

Det är anmärkningsvärt och helt otillräckligt att regeringen tar Regelrådets yttrande över *utredningens* förslag till intäkt för att det nu förevarande förslaget skulle tillgodose de små företagens situation. Som framgått ovan har förslaget genomgått genomgripande förändringar, som är till stor nackdel för de små företagen utan kollektivavtal. Många av dessa företag kommer i princip riskera att utestängas från offentlig upphandling såväl som huvudleverantörer som underleverantörer. Effekterna av detta kan bli mycket kännbara. Det finns anledning att upprepa att 60 procent av de små företagen (1-49 anställda) saknar kollektivavtal/hängavtal.

Företagarna vill varna för stora praktiska problem och utestängande effekter av förslaget. Seriösa företag som har långsiktiga relationer till sina anställda kommer ha svårt att hantera det mycket fragmenterade och spretiga tillvaro som detta förslag kommer att leda till. Resultatet kommer att bli färre små, seriösa företag som deltar i offentliga upphandlingar. Detta vore synnerligen olyckligt. De små företagen utgör drygt 99 procent av marknaden och är av vital betydelse för konkurrensen i de offentliga upphandlingarna. Minskad konkurrens leder till risk för högre prisnivåer och sämre kvalitet i de upphandlade kontrakten.

Förslaget kommer leda till ohanterliga situationer för många av dessa företag, trots att de bedriver seriös verksamhet och har schyssta villkor för de anställda. Företagarnas studier visar att 27 procent av de små företagen deltar i offentlig upphandling. Det behövs fler – inte färre små - företag i offentlig upphandling. Förslaget kommer på motsvarande sätt även få mycket svårhanterade effekter för kollektivavtalslösa små företag som verkar som underleverantörer.

I konsekvensanalysen anförs att företag som redan har ett kollektivavtal inte kommer att drabbas av några ökade kostnader. Företagarna vill understryka att detta *endast* gäller under förutsättning att det kollektivavtal ett företag är anslutet till bedöms tillämpligt på den typ av arbete som aktualiseras i upphandlingen. Som tidigare har nämnts finns det inte sällan flera olika kollektivavtal som kan vara tillämpliga på en och samma typ av arbete. Företag som är anslutna till kollektivavtal som inte bedöms tillämpliga på ett visst arbete kommer inte att kunna hänvisa till att de följer detta avtal - och kommer därmed att utestängas från upphandlingen.

Effekterna av förslaget kommer sammantaget riskera att allvarligt hämma företagandet och ekonomiskt tillväxt. Det är av största vikt att förslagets konsekvenser i dessa avseenden nog analyseras.

Förslaget lägger därutöver en mycket tung börda på landets upphandlande myndigheter som får i uppgift att:

- Bedöma om det föreligger risk för oskäligen arbetsvillkor i den aktuella upphandlingen. Det handlar om att göra ingående marknads- och arbetsrättsliga analyser utifrån en viss given upphandling och med input från Upphandlingsmyndigheten, omvärld och tidigare erfarenheter.
- Efter samråd med de centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna, bestämma vilket kollektivavtal och obligatoriska villkor som i sådana ”risksituationer” ska tillämpas när det gäller lön, semester, arbetstid, försäkringar och tjänstepension. Det finns ca 685 centrala kollektivavtal. Förslaget utgör en enorm utmaning och börda för de enskilda upphandlande myndigheterna. Det innebär även en uppenbar risk för spretighet i utfallet, till förfång för företagen som ska lägga anbud i upphandlingarna.

Sammantaget kommer den föreslagna regleringen att leda till påtagligt mer komplicerade och kostsamma upphandlingar. Fler överklaganden av offentliga upphandlingar kan förväntas till följd av förslagets utestängande effekter och betydande oklarheter.

Utöver detta bör observeras att det föreslagna upphandlingssystemet kommer att medföra att parallella rättsliga prövningssystem etableras. Svenska myndigheter ges genom förslaget rätt att uttolka arbetsrättsliga villkor och infoga i sina upphandlingar. Sådana villkor kommer överprövas av leverantörer som deltar i offentliga upphandlingar. Överprövningarna kan exempelvis avse om ett villkor är oproportionerligt långtgående eller varför ett visst kollektivavtal inte bedöms tillämpligt på en viss typ av arbete. Detta innebär att svenska förvaltningsdomstolar kommer att pröva i grunden arbetsrättsliga frågor – vid sidan av Arbetsdomstolen. Detta kan orsaka olika tolkningar och effekterna av en sådan systemförändring bör klargöras och analyseras ingående. Så har inte skett, vilket är en uppenbar brist.

Att undvika social dumping kan göras på mindre ingripande sätt

Självklart ska företag följa lagar och regler och social dumping undvikas. Det är dock viktigt att inte i upphandlingssammanhang låsa fast detta vid en viss kollektivavtalsmodell, eftersom det får utestängande effekter. Oschyssta arbetsvillkor kan motverkas på andra sätt, som inte begränsar små företags möjlighet att leverera åt offentlig sektor och som inte komplicerar och fördyrar upphandlingarna på det sätt som förslaget gör.

Ett sätt för upphandlande myndigheter att arbeta för schyssta villkor är att syna onormalt låga anbud. En upphandlande myndighet blir genom de nya reglerna skyldig att förkasta onormalt låga anbud som beror på att t.ex. arbetsrättsliga skyldigheter inte efterlevs. Utöver detta bör upphandlande myndigheter arbeta mer med aktiv uppföljning under kontraktstiden, för att säkerställa god leverans av upphandlat kontrakt. I uppföljningen kan man bland annat kontrollera inbetalade skatter och socialförsäkringsavgifter.

Oklar lagstiftning och vaga begrepp

Förslaget till lagteknisk konstruktion innehåller en rad oklarheter, vilket riskerar skapa påtaglig rättsosäkerhet vid tillämpning av reglerna.

Allmänt kan konstateras att det föreslås regleringen som innebär att den upphandlande myndigheten ”bör”, ”får” och ska” ställa/ta arbetsrättsliga krav/hänsyn. Det kommer inte bli lätt för upphandlande myndigheter att uttolka vad som faktiskt gäller.

Företagarna vill härmed uppmärksamma diverse oklarheter i den föreslagna lagtexten. I våra kommentarer hänvisas till förslagen i fråga om LOU, men synpunkterna gäller generellt för samtliga tre lagar.

4 kap 3

Lagförslaget innebär att det uttryckligen ska anges att arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas vid offentlig upphandling.

En bör-bestämmelse finns redan i dag i fråga om miljömässiga och sociala hänsyn. Som Företagarna framfört i tidigare remissyttrande kan vi i sig acceptera en ”bör-bestämmelse” eftersom det endast innebär en uppmaning och ingen förpliktande skyldighet. Det kan dock konstateras att Lagrådet i sitt yttrande över lagrådsremissen ”Nytt regelverk om upphandling” haft invändningar emot en sådan lagstiftningsteknik.

13 kap. 3 §

Utöver detta kan konstateras vissa oklara begrepp vilka följer av EU-direktivet, såsom att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör om myndigheten ”på något lämpligt sätt” kan visa att leverantören åsidosatt tillämpliga miljö-, social- eller arbetsrättsliga skyldigheter. Innebörden av detta begrepp är mycket otydlig och riskerar leda till praktiska tillämpningssvårigheter och risk för rättsförluster till följd av alltför godtyckliga uteslutanden.

16 kap 1 §

Av 16 kap 1 § följer att den upphandlande myndigheten är fri att avgöra om en leverantör ska tilldelas kontraktet även i sådana situationer då leverantörens anbud inte stämmer överens med tillämpliga arbetsrättsliga skyldigheter. Innebär detta att de arbetsrättsliga krav som upphandlande myndigheter enligt 17 kap 2 § obligatoriskt ska ställa inte alltid måste efterlevas? Bestämmelsens innebörd framstår som svårtolkad och motsägelsefull i förhållande till det obligatorium som uttalas i förslaget.

17 kap 2 §

Enligt förslaget ska en upphandlande myndighet om det är behövligt ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt i form av villkor om lön, semester, arbetstid, försäkringar och tjänstepension.

Uttrycket ”om behövligt” är oklart och riskerar leda till skönsmässiga bedömningar, vilket har nämnts i det tidigare. Utöver detta är det oklart vad som ska anses omfattas av begreppet ”lön”. I författningskommentaren (s. 81) anges endast helt kort att lön avser den lön som utgår för arbetad tid och att permitteringslön inte kan komma i fråga. Detta ger dock långt ifrån tillfredsställande vägledning om lönebegreppets innebörd i det aktuella förslaget. Ska exempelvis övertid och tillägg för obekväm arbetstid räknas in? Ska provision och bonus räknas in?

17 kap 3 §

I denna föreslagna bestämmelse hänvisas till begreppet ”i den aktuella branschen”. Uttolkningen av detta framgår dock inte klart. Det är inte heller självklart hur ”bransch” lämpligen kan definieras i olika fall. Som ovan nämnts finns det inte sällan olika kollektivavtal hänförliga till olika ”branscher” som är tillämpliga på samma typ av arbete. Vidare finns det företag som verkar inom flera olika ”branscher”. Hur ska bestämmelsen tillämpas i sådana situationer? Finns det risk för att ett företag som följer ett kollektivavtal i en viss ”bransch” kan uteslutas för att de inte följer ett visst annat kollektivavtal i en annan närallgande ”bransch”?

17 kap 4 §

Som nämnts ovan är formuleringen att villkoren ska gälla underleverantörer som ”direkt medverkar” till att fullgöra kontraktet. Ordvalet ”direkt medverkar” är mycket vagt och svårt att förhålla sig till. Hur detta begrepp kommer att tolkas i praktiken framstår högst oklart, vilket kommer att lämna enskilda företag i stor ovisshet och svårhanterade situationer.

17 kap 5 §, sista stycket

Förslaget lyder: *Om det saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor som ställts enligt 3 § första stycket första meningen, ska villkoret ändå anses uppfyllt om leverantören tillämpar motsvarande villkor för sina anställda.*

3 §

Nivåerna på villkoren enligt 2 § ska anges enligt de lägsta nivåer som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Med denna formulering framgår inte tydligt vilken innebörd bestämmelsen ska ges. Som Företagarna har uppfattat denna bestämmelse är den tänkt att reglera situationen för företag utan kollektivavtal. Det blir dock mycket märkligt att använda ordvalet "saknas förutsättningar för en leverantör att uppfylla ett villkor" i sammanhanget. Dessa företag förutsätts ju *de facto* uppfylla just de villkor som ställs i upphandlingen - och inget annat.

Företagarna

Patrik Nilsson

Chef Analys & Opinion

Ulrica Dyrke

Upphandlingsexpert