

Finansdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt
103 33 Stockholm

Stockholm

Vår referens

Dnr

2015-11-02

Ulrica Dyrke

Fi2015/4196

Remissyttrande – Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78)

Företagarna har givits möjlighet att yttra sig över rubricerade delbetänkande från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal och vill lämna följande kommentarer.

Övergripande kommentarer

Företagarna vill inledningsvis peka på att grundtanken med offentlig upphandling är att göra goda inköp genom att ta tillvara på den konkurrens som finns på marknaden. Det ligger därför i sakens natur att de offentliga upphandlingarna på ett likabehandlande sätt måste vara tillgängliga för alla seriösa företag – med eller utan kollektivavtal.

Det nya EU-direktivet kommer enligt vår mening inte att förändra rättsläget inom detta område. 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 stora utmaningar mot bakgrund av brist på transparens i fråga om kollektivavtalens innehåll.

Företagarna anser att själva syftet med att ställa denna typ av krav i offentlig upphandling måste vara att söka säkerställa att leverantörerna tillämpar rimliga arbetsvillkor för sina anställda, så att social dumping undviks. Detta är givetvis inget som i sig kan ifrågasättas. Företagarna värnar schyssta villkor för de anställda. Vi vill dock framhålla att detta inte per automatik bör likställas med att kräva överensstämmelse med villkor enligt kollektivavtal. Fokus bör rimligen vara att i stället skapa ett system som ser till att leverantörerna har sunda arbetsförhållanden – och inte att kräva uppfyllelse av villkor enligt vissa specifika kollektivavtal.

Regeringens uppdrag till utredaren har varit mycket tydligt. Utredaren har bl.a. haft i uppdrag att föreslå hur uttryckliga bestämmelser om krav på villkor enligt kollektivavtal ska utformas i de nya kommande upphandlingslagarna, samt att analysera för vilka kontraktstyper krav på villkor enligt kollektivavtal kan göras obligatoriskt och vilka villkor som kan omfattas av ett sådant obligatorium för respektive kontraktstyp. Detta uppdrag innehåller komplexa och delvis mycket svårförenliga upphandlingsrättsliga och arbetsrättsliga frågeställningar.

Företagarna anser att utredaren har gjort ett gediget arbete för att, på mycket kort utredningstid, utföra sitt uppdrag och leverera enligt beställningen trots utmaningar och komplexitet i uppdraget.

Förslaget som presenterats rymmer dock stora såväl rättsliga som praktiska problem och bör inte genomföras. Det föreslagna systemet kommer att bli ytterst komplext att hantera i praktiken, för såväl den nya Upphandlingsmyndigheten som upphandlande myndigheter/enheter och företag. Detta innebär en uppenbar fördyring och komplicering av upphandlingsprocessen.

Företagarna befarar negativa effekter av den föreslagna reformen, inte minst för små företag utan kollektivavtal. 60 procent av de små företagen saknar kollektivavtal, men den absoluta majoriteten av dessa företag är seriösa i sin verksamhet och som arbetsgivare. Många av företagen har emellertid en annan sammansättning av villkor än vad som följer av kollektivavtal. Dessa företag kommer emellertid med detta förslag att behöva anpassa sina arbetsvillkor till vad som följer av centrala kollektivavtal. Detta kan innebära långtgående verkningar för enskilda företag. Man måste även beakta situationen för enmansföretagare. 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 kollektivavtal. Sammantaget finns tydliga risker för att resultatet blir ökad komplexitet och minskat antal anbud från små företag – och därmed även minskad konkurrens.

Den nya Upphandlingsmyndigheten ges en central roll i det föreslagna systemet. Denna myndighet ska dels bedöma vilka branscher som kan anses vara riskbranscher där arbetsrättsliga villkor alltid ska ställas i fråga om lön, semester och arbetstid, dels – i samråd med arbetsmarknadens parter – identifiera vilket centralt kollektivavtal som bör tillämpas för aktuellt arbete samt vilka villkor i fråga om lön, semester och arbetstid som är tillämpliga för respektive arbete. Företagarna avstyrker detta. Vi anser principiellt att det är mycket olämpligt att en myndighet ska bestämma vad som ska anses utgöra minimilön för olika branscher. Företagarna befarar att detta komplexa uppdrag kommer att sluka resurser från andra delar av den upphandlingsstödjande verksamheten, till förfång för både upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer och utvecklingen av den offentliga upphandlingen.

Företagarna ser även stora problem med utredningens förslag att villkoren som gäller enligt det centrala kollektivavtal som är tillämpligt på arbetet ska tillämpas, även om detta är förmånligare för arbetstagarna än vad som följer av lag. Företagarna har mycket svårt att se att en myndighet i en upphandling ska kunna ställa krav som bortser från innehållet i lagstiftning. Detta urholkar i så fall lagstiftningens effekt för företag som deltar i offentlig upphandling. En sådan modell skapar inte förutsebarhet, utan riskerar i stället att leda till stor rättsosäkerhet för företag – i synnerhet företag utan kollektivavtal.

Utöver detta och av stor betydelse, är att det föreslagna systemet innehåller delar som med största sannolikhet inte ligger i linje med vad EU-rätten – i synnerhet likabehandlingsprincipen - tillåter. Detta gäller särskilt förslaget att det för

utstationerande anbudsgivare ska kunna gälla andra villkor än för övriga anbudsgivare. Detta är allvarligt och undergräver förutsättningarna för en EU-rättsligt hållbar tillämpning av den föreslagna lagstiftningen.

Företagarna vill tydligt avstyrka förslaget. Givetvis ska rimliga arbetsvillkor säkerställas, men det måste finnas mer proportionerliga lösningar för att uppnå detta. I likhet med vad Företagarna framhållit under utredningens gång efterlyser vi ett mer transparent och lätthanterat system, som kan fungera ändamålsenligt för samtliga berörda parter.

Utan att förringa vår inställning att förslaget inte bör läggas till grund för lagstiftning vill vi även framföra specifika kommentarer till förslaget i olika delar. Våra kommentarer avser motsvarande förslag avseende samtliga tre upphandlingslagar, även i de fall så inte uttryckligen uttalas.

Utredningens förslag gäller för alla tre upphandlingslagarna (kap 7.1)

Utredningen bedömer att förslagen i betänkandet ska omfatta upphandlingar enligt de föreslagna lagarna om offentlig upphandling, om upphandling inom försörjningssektorerna och om upphandling av koncessioner.

Företagarna är principiellt för enhetlighet i det upphandlingsrättsliga regelverket. Detta gäller även vid en reglering av arbetsrättsliga hänsyn.

Arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingen (kap 7.2)

Bör-bestämmelse

I samtliga tre upphandlingslagar föreslås att det uttryckligen ska anges att arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas vid offentlig upphandling.

Företagarna har i sak inga invändningar emot en sådan bestämmelse i de tre lagarna. Att införa en ”bör-bestämmelse” innebär en uppmaning – ingen förpliktande skyldighet. En bör-bestämmelse finns redan i dag i fråga om miljömässiga och sociala hänsyn och bör kunna fungera även i fråga om arbetsrättsliga hänsyn.

Särskilda kontraktsvillkor

Utredningen föreslår en reglering som uttalar att arbetsrättsliga hänsyn ska fångas upp genom särskilda kontraktsvillkor. Företagarna anser att detta som princip är lämpligt, eftersom särskilda kontraktsvillkor inte behöver uppfyllas vid anbudets lämnande utan först vid kontraktets genomförande. Sådant kravställande är därmed lättare att hantera för anbudsgivarna.

Företagarna vill dock uppmärksamma att utredningens lagförslag innebär ett felaktigt införlivande av EU-direktivets artikel 70. Utredningen föreslår i 17 kap 1 § en text som lyder:

”En upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras.” EU-direktivets artikel 70 lyder emellertid: *”En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras [...] Dessa krav får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselekningsrelaterade hänsyn.”*

Utredningen har alltså ersatt ordet ”sysselekningsrelaterade” med ”arbetsrättsliga” i sitt förslag till lagtext. Dessa begrepp kan dock inte anses synonyma. Till detta kommer att EU-direktivet artikel 70 är en uttömmande lista över hänsyn. Företagarna avstyrker mot

denna bakgrund utformningen av den föreslagna bestämmelsen och förordar en ordagrann implementering av bestämmelsen. Det framstår viktigt att EU-direktivets regler införlivas på ett sätt som materiellt överensstämmer med EU-direktivets innehåll. Detta innebär att Företagarna även anser att ekonomiska och innovationsrelaterade hänsyn, som har fallit bort i utredningens textförslag, ska läggas in i den svenska lagtexten.

Skäl 37-39 i LOU-direktivet anger att arbetsrättsliga hänsyn kan ställas som särskilda kontraktsvillkor. Av betydelse är dock även att alla krav och kontraktsvillkor som uppställs i en upphandling måste vara kopplade till kontraktsföremålet. Detta gäller även tillkommande arbetsrättsliga villkor. Företagarna kan konstatera att den faktiska innebörden och uttolkningen av hur det arbetsrättsliga kravställandet rent faktiskt kan ske ankommer på domstolarna - ytterst EU-domstolen - att ge klargöranden om.

När ska särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor ställas? (kap 7.3)

Angående ett obligatorium

Företagarna vill inledningsvis framföra att vi fullt ut ställer oss bakom att utredningen inte föreslår ett obligatoriskt krav på att ställa arbetsrättsliga krav i varje offentlig upphandling. Ett sådant obligatorium skulle innebära ett oproportionerligt kravställande i offentlig upphandling, till nackdel för såväl upphandlande myndigheter/enheter som företag i form av anbudsgivare.

Utredningen föreslår i lagförslaget 17 kap 2 § 1 st (se även kap 7.3) en reglering som innebär att en upphandlande myndighet ska ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för hur ett kontrakt får fullgöras när det är "behövligt" med hänsyn till den bransch som upphandlingen avser och övriga omständigheter som kan medföra risk för oskäliga arbetsvillkor.

Detta förslag kan sägas innebära ett slags villkorat branschspecifikt obligatorium. Företagarna har invändningar emot detta förslag, som vi anser går längre än vad EU-rätten kräver. Företagarna kan inte tolka in något krav i EU-direktiven på medlemsstaterna att införa tvingande regler om att ställa villkor enligt kollektivavtal. Artikel 18.2 i LOU-direktivet har en bred utformning och stadgar att "*Medlemsstaterna ska vidta 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.

Utredningen anser (s. 114) att det inte är tillräckligt att göra det helt frivilligt att ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Detta mot bakgrund av att de upphandlande myndigheterna hittills har haft en mycket försiktig inställning till att tillämpa sådana villkor. Företagarna menar dock att det borde räcka med en frivillig reglering i kombination med utbyggt stöd och vägledning till hjälp för de upphandlande myndigheter/enheter som ser anledning att ställa denna typ av krav i specifika upphandlingar. Det fungerar i fråga om allt annat kravställande vid offentlig upphandling, även mer komplexa områden såsom miljökrav. Varför skulle inte motsvarande även kunna fungera även i fråga om arbetsrättsliga villkor? Ett sådant tillvägagångssätt vore betydligt mer proportionerligt. Företagarna vill framhålla vikten av hanterbara och proportionerliga regelverk.

Branschbedömningen

Utredningen föreslår att den nyligen startade Upphandlingsmyndigheten ska göra

bedömningarna avseende i vilka branscher det föreligger behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor (kap 7.9). I denna prövning ska Upphandlingsmyndigheten beakta om upphandlingen avser en bransch där det föreligger risk för anställnings- och arbetsrättsliga förhållanden som avviker från en skälig nivå. För att ta reda på när det föreligger risk för arbetsvillkor som inte motsvarar en godtagbar nivå föreslår Upphandlingsmyndigheten samråda med branschorganisationer, arbetsmarknadens parter och andra berörda myndigheter. Enligt utredningen finns det branscher där det är ”allmänt känt” att det för närvarande föreligger problem avseende arbetsrättsliga hänsyn, bl.a. byggbranschen, städbranschen och taxibranschen.

Företagarna anser att det finns stora frågetecken och tveksamheter kring branschbedömningar av denna art. Vi ifrågasätter även att vissa branscher av utredningen omnämns som problembanscher, utan närmare förklaring. Vi vill understryka att det är av avgörande betydelse att de bedömningar som görs sker utifrån genomtänkta och relevanta parametrar. Utredningen går dock inte alls in på vad de parametrar som ska ligga till grund för branschbedömningarna skulle kunna bestå i. Detta innebär att det råder stor oklarhet kring den faktiska innebörden av förslaget i denna del. Detta är en stor brist som urholkar möjligheterna att förutse förslagets framtida konsekvenser.

Om föreslagna branschbedömningar ska göras är det av central betydelse att det sker kontinuerligt, så att tidigare ställningstaganden kan omprövas utifrån rådande situation. Man bör även beakta att förhållandena inom en bransch kan variera mellan olika delar av landet. Hur ska i så fall sådana situationer hanteras?

Företagarna vill i sammanhanget även framhålla att branschbedömningarna skulle kunna påverka enskilda företag som verkar i branschen. Därmed uppkommer även frågan om möjligheten för sådana aktörer att kunna begära någon form av rättslig prövning av bedömningarna. Denna fråga framstår angelägen ur rättssäkerhetssynpunkt och måste utredas närmare.

Företagarna vill även peka på att den principiella frågan om möjligheten att delegera till statlig myndighet att utfärda föreslagna typ av föreskrifter bör analyseras noggrant. Om det handlar om civilrättsliga förhållanden som rör enskildas personliga och ekonomiska förhållanden ska detta regleras genom lag (8 kap 2 § regeringsformen).

Likabehandlingsprincipen och olika kontraktsvillkor för anbudsgivarna (kap 7.4)

Utredningen föreslår att för utstationerande arbetsgivare ska de särskilda arbetsrättsliga villkoren begränsas till vad som omfattas av den s.k. hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. För övriga arbetsgivare ska gälla villkor enligt den lägsta nivå som följer av svensk lag eller kollektivavtal.

Företagarna konstaterar att utredningens förslag innebär att andra villkor ska kunna gälla för de företag som använder utstationerad arbetskraft än för andra företag som deltar i en upphandling. Rent konkret innebär detta en olikbehandling av svenska företag och företag som verkar i andra länder och utstationerar arbetstagare till Sverige.

Utredningen anser att rättspraxis inte ger klara besked om i vilken mån det är möjligt att uppställa olika särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor beroende på vilken anbudsgivare som är aktuell. Utredningen konstaterar att förslaget skulle kunna anses som negativ särbehandling av nationella leverantörer. Enligt utredningens bedömning

föreligger dock sakliga skäl för en sådan olikbehandling utifrån det övergripande syftet att tillförsäkra arbetstagare skäliga anställningsvillkor och att undvika konkurrens med undermåliga sådana villkor. Det är enligt utredningens mening vidare motiverat utifrån de olikheter som ofrånkomligen följer av skilda nationella arbetsrättsliga regelverk.

Företagarna underkänner utredningens resonemang, vilket även framgår av betänkandet. 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 i. Det finns flera rättsfall som uttalar stöd för detta¹. 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 och oavsett om ett företag har utstationerade arbetstagare eller inte.

Företagarna är skeptiska till utredningens resonemang om att det i detta fall skulle föreligga en ”skälig” anledning att avvika från den EU-rättsliga principen om likabehandling. Vi saknar en beskrivning av hur utredningen har resonerat i denna del och även klargöranden om var EU-reglering som stödjer ett sådant undantag i så fall skulle finnas.

Det kan konstateras att förslaget i praktiken innebär en negativ särbehandling av svenska företag i förhållande till utstationerade företag. 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. Ett sådant system är inte acceptabelt och riskerar leda till konkurrenssnedvridningar mellan olika grupper av företag. Småföretagare runt om i landet kan få ännu svårare att hävda sig i offentlig upphandling med en sådan ordning. Det finns då uppenbara risker för färre anbud från små inhemska företag – och därmed minskad konkurrens i offentlig upphandling. Utöver detta uppstår risker för minskad tillväxt och färre arbetstillfällen i de inhemska företagen. Även mot denna bakgrund måste likabehandling i form av samma villkor för alla företag som deltar i en upphandling vara den princip som ska gälla.

Vilka villkor ska ställas i offentlig upphandling (kap 7.5)

Företagarna vill inledningsvis peka på den bristande transparensen i de svenska kollektivavtalen. Utredningen beskriver detta på ett bra sätt i betänkandet (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

¹ Ett färskt exempel är EU-domstolens förhandsavgörande i mål C-538/13 eVigilio (punkt 33). Ett annat nytt avgörande där EU-domstolen gör motsvarande uttalande är mål C-42/13 Cartiera dell’Adda SpA (p 44). Dessa uttalanden är exempel på den linje som uttryckts av EU-domstolen alltsedan domen i mål C-496/99 Succhi di Frutta SpA (p 110).

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 transparens och likabehandling.

Krav på lön, semester och arbetstid när det är behövt (kap. 7.5.3)

Utredningen föreslår att när det är behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras ska den upphandlande myndigheten ange lön, semester och arbetstid som sådana villkor.

Företagarna finner att lön, semester och arbetstid i sig är centrala faktorer när det handlar om att säkerställa rimliga arbetsförhållanden. Vi anser därför att en avgränsning till dessa faktorer i sig framstår som ändamålsenlig. Fastställandet av *vilka* nivåer för lön, semester och arbetstid som ska gälla i det föreslagna systemet innebär dock stora utmaningar. Den bristande transparensen i de svenska kollektivavtalen är en viktig orsak till detta.

Andra villkor än lön, semester och arbetstid (kap 7.5.4)

Angående kravställande i andra fall

Utredningen föreslår att den upphandlande myndigheten även ska få ställa andra särskilda arbetsrättsliga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras (lagförslaget 17 kap 2 § 1 st samt betänkandet kap. 7.5.4). I lagförslaget anges uttryckligen att sådana villkor kan gälla annan ledighet än semester, försäkringar, tjänstepension eller andra villkor för arbetet.

Företagarna vill peka på att det finns stora problem med förslaget i denna del. Det är viktigt att de villkor som ställs är *proportionerliga*. Utredningen framhåller dock (s. 114) att det även i andra fall än de föreslagna obligatoriska situationerna kan vara lämpligt att ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Det kan därvid enligt utredningen *”t.ex. vara fråga om [...] att den upphandlande myndighetens eget önskemål är att driva en systematisk policy och alltid ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor i offentlig upphandling.”* Företagarna anser att denna skrivning är mycket olycklig. Den upphandlande myndigheten har att förhålla sig till det upphandlingsrättsliga regelverket. Den upphandlingsrättsliga principen om proportionalitet gör att det svårligen kan anses tillåtet för en upphandlande myndighet att, bara för att man ”vill”, systematiskt ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor i varje enskild upphandling. Utredningens skrivning tyder dock på att detta skulle vara möjligt. Detta kan resultera i övertolkningar i praktiken - med negativa effekter i form av komplexa upphandlingar, färre anbud och fler överprövningar.

Det finns även andra utmaningar med förslaget i denna del. En viktig orsak till detta är att det, som sagt, råder stor *brist på transparens* i fråga om kollektivavtalens innehåll. Hur ska mot denna bakgrund de upphandlande myndigheterna få tillgång till dessa villkor?

Det måste beaktas att det finns ett mycket stort antal centrala kollektivavtal (ca 685 stycken) och att en del av dessa kollektivavtal är tillämpliga på samma typ av arbete. Detta medför att det finns en uppenbar risk för att olika upphandlande myndigheter kommer att tillämpa dels olika kollektivavtal, dels olika villkor enligt dessa kollektivavtal, med påföljande rättsosäkerhet bland företagen om vad som faktiskt gäller.

Särskilt problematiskt blir det givetvis för de många små företagen som saknar kollektivavtal – och som därför inte heller har tillgång till innehållet i kollektivavtalen och därmed inte heller har möjlighet att i förväg förhålla sig till dess innehåll. Man måste betänka att olika kollektivavtal uppställer olika villkor – och att villkoren påverkar företagens inre liv. Det finns därmed stora utmaningar för enskilda företag om de förväntas anpassa sina arbetsvillkor utifrån specifika villkor som de möter i ett förfrågningsunderlag i en specifik upphandling. Hur ska företagen förhålla sig om det avseende samma arbete tillämpas olika kollektivavtalsvillkor i olika upphandlingar? Hur tillförsäkras proportionalitet i de krav som ställs i olika upphandlingar? Hur tillförsäkras möjlighet för företag utan kollektivavtal att vara med i upphandlingarna? Utredningen för ett resonemang om detta. Företagarna vill dock understryka att det finns stora risker för utestängande effekter och oproportionerligt kravställande i dessa avseenden.

Företagarna vill varna för stora praktiska problem och utestängande effekter av förslaget i denna del.

Företagarna vill vidare påminna om vår inställning att förslaget om olika villkor för utstationerande anbudsgivare, för vilka enbart den hårda kärnan enligt utstationeringslagen ska gälla, och andra anbudsgivare, för vilka mer omfattande villkor enligt svenska kollektivavtal ska kunna gälla, inte är förenligt med EU:s likabehandlingsprincip. Se vårt resonemang ovan under "Likabehandlingsprincipen" (kap 7.4).

Särskilt om försäkringslösningar

Såsom även uppmärksammas av utredningen (s. 128) är försäkringslösningarna i kollektivavtalen särskilt problematiska. Företagarna kan konstatera att försäkringarna vanligen är nära sammanbundna med det specifika kollektivavtalspaketet. Det medför att de kan vara svåra att hitta eller matcha för enskilda företag som inte är anslutna till kollektivavtal. Det kan finnas försäkringar att teckna privat, men dessa är ofta dyra. Särskilt problematiskt och dyrt är det s.k. omställningsstödet, som är ett individuellt stöd som ska hjälpa den friställda att hitta ett nytt arbete eller en utbildning. Exakt samma försäkringslösning finns knappast på marknaden och är därtill mycket dyr. I fråga om tjänstepension uppkommer frågor 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 möjligt att teckna försäkring för enskilda arbetstagare, eller om man måste teckna för samtliga arbetstagare. Eftersom de krav och villkor som ställs i en upphandling måste vara kopplade till kontraktet, finns under sådana förhållanden uppenbar risk för oproportionerligt kravställande.

Företagarna vill understryka riskerna för utestängande och oproportionerliga situationer vid krav på försäkringslösningar kopplade till enskilda kollektivavtal.

Villkorens nivå och hur de bestäms (kap 7.6)

Villkor på lägsta nivå (kap 7.6.1 och 7.6.4)

Utredningen föreslår att de särskilda arbetsrättsliga villkoren för hur ett kontrakt ska fullgöras ska bestämmas enligt den lägsta nivå som följer av lag. I de fall villkoren enligt

ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen är förmånligare för arbetstagarna än vad som följer av lag ska villkoren dock i stället motsvara den lägsta nivå som gäller enligt detta kollektivavtal. Finns flera sådana tillämpliga kollektivavtal får något av dessa väljas som utgångspunkt för villkoren.

Som framgått stödjer Företagarna principiellt utredningens resonemang om att den lägsta nivå som gäller bör vara tillräcklig för att säkerställa rimliga arbetsvillkor. Vidare ställer vi oss bakom utredningens inställning att villkoren ska ange de förmåner som arbetstagare minst ska tillförsäkras när arbete ska utföras enligt kontraktet, så att arbetsgivare ska ha möjlighet att ge sina anställda bättre arbetsvillkor än lägstaniivåerna.

Företagarna är dock starkt kritiskt till utredningens förslag att villkoren som gäller enligt det centrala kollektivavtal som är tillämpligt på arbetet ska tillämpas, även om detta är förmånligare för arbetstagarna än vad som följer av lag. Företagarna har mycket svårt att se att en myndighet i en upphandling ska kunna ställa krav som bortser från innehållet i lagstiftning. Detta urholkar i så fall lagstiftningens effekt för företag som deltar i offentlig upphandling. En sådan modell skapar inte förutsebarhet, utan riskerar i stället att leda till stor rättsosäkerhet för företag – i synnerhet företag utan kollektivavtal.

Företagarna vill även understryka att frågan om lägsta lönenivå är mycket oklar och svårhanterad, eftersom många svenska kollektivavtal inte stipulerar lönenivå. Dessutom finns anledning att påpeka att arbetsmarknadens parter ofta har olika uppfattning om vad minimilönen är.

Alternativa kontraktsvillkor (kap 7.7)

Möjlighet att tillämpa kollektivavtal i stället för kontraktsvillkor (kap. 7.7.1)

Anbudsgivare som är bundna av kollektivavtal

Utredningen föreslår att *anbudsgivare som är bunden av ett annat centralt eller lokalt kollektivavtal* som är tillämpligt på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen ska kunna hänvisa till detta kollektivavtal.

Företagarna finner att en sådan ventil är ändamålsenlig och nödvändig med hänsyn till likabehandlingsprincipen och den svenska arbetsmarknadsmodellen. Enskilda arbetsgivare som är bundna av ett annat kollektivavtal kan inte upphöra att tillämpa detta avtal bara för att krav på villkor enligt ett annat kollektivavtal uppställs i en upphandling.

Anbudsgivare utan kollektivavtal

Utredningen föreslår (s. 144) att även *anbudsgivare utan kollektivavtal* ska kunna hänvisa till att de följer tillämpliga villkor i ett annat tillämpligt centralt kollektivavtal. Företagarna anser att även en sådan ventil är nödvändig med hänsyn till likabehandlingsprincipen. En annan fråga är dock hur det ska kunna vara praktiskt möjligt för företag utan kollektivavtal att få tillgång till sådana ”alternativa” kollektivavtal. Som bekant är ju inte kollektivavtalen och deras innehåll allmänt tillgängliga.

Ett företag utan kollektivavtal som möter kontraktsvillkor enligt kollektivavtal i en upphandling torde ha svårt att få tillgång till innehållet i andra kollektivavtal för att göra jämförelser i syfte att hitta det som bäst fungerar för just det företagets verksamhet. En uppenbar risk finns då för att företag utan kollektivavtal – trots denna i sig goda ventil - i praktiken inte kommer att ha så många alternativ än att anpassa sig till det kollektivavtal

som valts som normerande, eller att ansluta sig till något kollektivavtal. Särskilt problematisk torde situationen bli för enmansföretagare, som av naturliga skäl inte kan teckna kollektivavtal och även kan ha svårt att anpassa sina egna villkor så att de matchar villkoren i ett visst kollektivavtal. Dessa förhållanden kan allvarligt försvåra för små företag och måste noga uppmärksammas.

Som framgått kan man förutse tydliga problem och försvårande effekter för små företag utan kollektivavtal. Risken är uppenbar att många av dem helt enkelt kommer att välja bort offentlig upphandling.

Företagarna vill vidare peka på att förslaget innebär en slags olikbehandling även i form av att företag som är anslutna till ett centralt kollektivavtal ges möjlighet att tillämpa villkor ur ett *lokalt* kollektivavtal som är slutet med stöd av ett sådant centralt kollektivavtal. Motsvarande möjlighet att tillämpa villkor i lokala kollektivavtal erbjuder förslaget inte företag som inte är anslutna till kollektivavtal. Man kan fundera över om detta kan anses acceptabelt i ljuset av likabehandlingsprincipen.

Vilka andra kollektivavtal kan tillämpas?

Företagarna vill även uppmärksamma en aspekt, som kommer få stor betydelse för många företag, oavsett om de är kollektivavtalsanslutna eller ej. Det handlar om bedömningen av *vilka* andra centrala kollektivavtal som kan anses tillämpliga på motsvarande arbetstagar kategori i den aktuella branschen. I många fall finns det endast ett tillämpligt kollektivavtal – men i en rad andra fall inte...

Detta föranleder en rad frågor. Vem avgör vilka av alla centrala kollektivavtal (685 till antalet enligt utredningen) som är tillämpliga på olika arbetstagar kategorier i en viss bransch? Enligt vilka kriterier ska det avgöras om några och i så fall vilka centrala kollektivavtal som ska kunna anses motsvara det centrala kollektivavtal som gäller för en viss typ av arbetstagar? Är det Upphandlingsmyndigheten som samlat ska göra dessa bedömningar? Det innebär i så fall ett betydande arbete och komplexa frågeställningar att hantera för myndigheten. Rimligen bör sådana beslut även kunna överklagas, eftersom de får rättsverkningar för enskilda företag. Eller är det de enskilda upphandlande myndigheterna/enheterna som själva ska ta ställning till om ett annat centralt kollektivavtal är tillämpligt inom ramen för respektive upphandling? Det måste understrykas att ett beslut av en upphandlande myndighet/enhet att inte acceptera ett alternativt kollektivavtal i en upphandling får tydliga, utestängande effekter för enskilda anbudsgivare. Sådana beslut riskerar därmed bidra till att upphandlingarna överklagas och därmed få processdrivande effekter.

Ansvar för underleverantörer (kap 7.8)

Utredningen föreslår att i situationer när de upphandlande myndigheterna/enheterna ska ställa obligatoriska krav på leverantörerna i fråga om lön, semester och arbetstid, så ska samma villkor även gälla fullt ut för underleverantörer i alla led av leverantörskedjan. De upphandlande myndigheterna/enheterna får därutöver även ställa andra särskilda arbetsrättsliga villkor, som följer av upphandlingskontraktet, på underleverantörerna.

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 med samma argumentation förslaget i den delen.

Även för små företag som är huvudleverantörer blir det föreslagna systemet en synnerligen svår utmaning. Företagarna konstaterar att det i EU-kommissionens vägledning "Buying social" anges att en upphandlande myndighet har att vända sig till huvudleverantören för att få in bevis på att uppställda krav efterlevs av underleverantörerna. Det är dock djupt olyckligt med ett system där krav som den upphandlande myndigheten väljer att ställa ska följas upp av huvudleverantören – och inte av den upphandlande myndigheten själv. Ju längre leverantörskedjor och ju fler krav som ska följas upp, desto större komplexitet, bl.a. avtalsrättsligt. Det finns en stor risk för att få små, seriösa företag komma att orka och ha resurser för att vara huvudleverantörer med en sådan utveckling. Företagarna vill allvarligt varna för en sådan utveckling.

Uppdrag till en myndighet (kap 7.9)

Vilken myndighet ska bestämma villkoren (kap 7.9.2)

Utredningen föreslår att den nya Upphandlingsmyndigheten ska fastställa de obligatoriska villkoren om lön, semester och arbetstid i samråd med arbetsmarknadens parter. För det fall att arbetsmarknadens parter inte medverkar till att tydliggöra vilka villkor som gäller ska Upphandlingsmyndigheten själv bestämma vilken lägsta nivå som gäller. Villkoren ska meddelas genom föreskrifter och de enskilda upphandlande myndigheterna/enheterna ska sedan använda dessa villkor.

Företagarna avstyrker förslaget. Företagarna anser principiellt att det är mycket olämpligt att en myndighet ska bestämma vad som ska anses utgöra minimilön för olika branscher. En myndighet saknar egen kompetens att avgöra detta och blir därigenom helt beroende av information och bistånd från arbetsmarknadens parter. Det finns därmed en uppenbar risk för att mycket starka enskilda partsintressen kommer att kunna spelas in och få avgörande inflytande över vilken lönenivå myndigheten slutligen bestämmer. De lönenivåer som fastslås kommer därtill med all sannolikhet att få spridningseffekter på den faktiska lönesättningen på ett sätt som sträcker sig utöver upphandlingssituationer.

Företagarna kan vidare konstatera att ett system där en statlig myndighet bestämmer minimilönsvillkor innebär ett mycket kraftigt avsteg från den svenska modellen där arbetsmarknadens parter bestämmer villkoren på arbetsmarknaden. Därmed skapas de facto en branschspecifik statlig minimilön.

Om det – trots dessa allvarliga invändningar - ändå skulle anses att en myndighet ska fastställa lönenivåerna, anser Företagarna att denna uppgift rimligen måste ankomma på Upphandlingsmyndigheten. Företagarna anser att det skulle riskera att bli helt ohanterbart för enskilda upphandlande myndigheter att – i samråd med arbetsmarknadens parter - fastställa dessa villkor inför varje upphandling. Valet att lägga uppgiften på den upphandlingsstödjande myndigheten framstår därvid som något mer möjlig. Det måste dock understrykas att även detta är en ytterst tveksam lösning.

Det föreslagna uppdraget för Upphandlingsmyndigheten skulle därtill vara synnerligen omfattande och resurskrävande. Det vore mycket olyckligt om myndigheten genom nya,

arbetsrättsliga uppdrag tvingades prioritera ned andra angelägna frågor som myndigheten borde få utrymme att ägna sig åt i syfte att utveckla och förbättra den offentliga upphandlingen.

Företagarna vill vidare uppmärksamma att ett beslut om att fastställa villkor om exempelvis viss lägstalönenivå skulle kunna påverka såväl enskilda personer som företag som verkar i branschen. Därmed uppkommer även frågan om möjligheten för sådana aktörer att begära någon form av rättslig prövning av bedömningarna. Denna fråga framstår angelägen ur rättssäkerhetssynpunkt och måste utredas närmare.

Företagarna vill även peka på att den principiella frågan om möjligheten att delegera till statlig myndighet att utfärda föreskrifter inom detta område måste analyseras noggrant. Om det handlar om förhållanden som rör enskildas personliga och ekonomiska förhållanden ska detta regleras genom lag (8 kap 2 § regeringsformen).

Villkor när svensk rätt inte är tillämplig på arbetet (kap 7.7.3)

Utredningen föreslår att upphandlande myndigheten ska ange villkor ur ILO:s åtta grundläggande kärnkonventioner i sådana situationer då svensk rätt inte är tillämplig.

Företagarna avstyrker det föreslagna obligatoriet. Vi anser att det bör vara frivilligt för de upphandlande myndigheterna att ställa denna typ av krav. Företagarna kan konstatera att EU-direktivet ger utrymme för denna typ av kravställande, men anser att det ligger stora utmaningar i detta. Oklarhet om vad ILO-konventionerna innebär är en utmaning, det faktum att ILO-konventionerna endast binder stater och inte företag är en annan utmaning. Det måste även beaktas att myndigheter som ställer ett krav även måste ha möjlighet att följa upp kravet. Uppföljningen kan bli synnerligen svårhanterad och kostsam då det handlar om verksamheter i andra länder.

Företagarna vill även påtala vikten av att det tas fram tydlig och tillgänglig information om innehållet i ILO:s kärnkonventioner.

Hur Upphandlingsmyndighetens uppdrag bör regleras (kap 7.10)

Upphandlingsmyndigheten föreslås meddela föreskrifter om dels när det är behövligt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor dels om villkor avseende lön, semester och arbetstid i dessa fall. Det handlar således om föreskrifter om i vilka branscher det obligatoriskt ska ställas arbetsrättsliga villkor samt om föreskrifter om de obligatoriska villkor om lön, semester och arbetstid som i dessa fall ska ställas.

Som Företagarna har framfört ovan (kap 7.3 och 7.9.2) är det viktigt att noga analysera den principiella frågan om det är möjligt att delegera till statlig myndighet att utfärda föreslagen typ av upphandlingsrättsliga föreskrifter.

Företagarna vill vidare understryka att den nya Upphandlingsmyndigheten föreslås få ytterst komplexa uppgifter genom utredningens förslag. Om förslaget skulle bli verklighet kommer det att krävas att ändamålsenlig kompetens och nya resurser tillförs myndigheten. Det är av stor betydelse att inte annat angeläget arbete, som syftar till att ge klagande vägledning om olika förhållanden till upphandlande myndigheter/enheter och leverantörer, tvingas stå tillbaka på grund av nya uppgifter kopplade till arbetsrättsliga hänsyn.

Konsekvensanalys (kap. 8)

Företagarna anser att utredningens konsekvensanalys inte tillräckligt tydligt avspeglar

de uppenbara risker för ökad komplexitet, ökade kostnader och minskad konkurrens som finns med förslaget. Som framgått av de kommentarer som lämnats avseende förslagets olika delar, finns det stora risker för påtagligt negativa effekter för samtliga berörda parter. Särskilt ser vi stora praktiska problem för små företag utan kollektivavtal – och därmed risk för färre anbud och minskad konkurrens i offentlig upphandling. Utöver detta kommer förslagets effekter på lönebildningen, vilket bör analyseras närmare.

En annan modell behövs

Företagarna vill avslutningsvis understryka att förslaget inte bör genomföras. Givetvis ska rimliga arbetsvillkor säkerställas, men det måste finnas mer proportionerliga lösningar för att uppnå detta. Det behövs kort sagt ett mer transparent och lätthanterat system, som kan fungera ändamålsenligt för samtliga berörda parter.

Företagarna har under utredningens gång framfört att vi kan tänka oss en modell som konkretiserar vissa centrala aspekter som har betydelse för arbetsförhållandena för de anställda och som samtidigt ger utrymme för berörda leverantörer att uppfylla detta – oavsett om de har kollektivavtal eller inte.

Som en utveckling av våra tankegångar skulle ett rimligt tillvägagångssätt kunna vara att identifiera vissa centrala faktorer som genomgående är av stor betydelse för arbetsvillkoren. De av utredningen identifierade villkoren lön, semester och arbetstid är enligt vår mening i sig sådana centrala faktorer. Företagarna förordar dock en modell där kontraktsvillkor om uppfyllande av sådana faktorer ställs utan koppling till villkor i specifika kollektivavtal. Villkoren bör i stället baseras på förekommande lagregler som stipulerar en lägsta nivå inom relevanta områden och därmed säkerställer rimliga arbetsvillkor.

Genom en modell där villkoren baseras på lagkrav kan sunda arbetsförhållanden säkerställas, samtidigt som systemet blir likabehandlande och transparent, vilket är centrala principer för den offentliga upphandlingen och för rättssäkerheten för leverantörer. Med en sådan modell uppkommer inte heller frågor om tillämpliga kollektivavtal och innehållet i dessa, vilket blir arbetsbesparande för såväl upphandlande myndigheter som leverantörer.

Även i en sådan lagbaserad modell är lönenivåerna dock synnerligen problematiska. Företagarna kan konstatera att det inte låter sig göras att stipulera allmängiltiga minimilönenivåer i offentlig upphandling. Mot den bakgrunden förordar vi i fråga om lönenivå att upphandlande myndigheter som kontraktsvillkor anger att leverantörerna ska erbjuda *skälig lön* till sina arbetstagare. Respektive leverantör har sedan att efterleva detta utifrån den kontext leverantören verkar i. Kollektivavtalsbundna leverantörer har att rätta sig efter vad som följer av deras respektive kollektivavtal, utstationerande leverantörer har att tillämpa vad som följer av utstationeringsdirektivet i fråga om minimilön och leverantörer utan kollektivavtal får på annat sätt söka vinnlägga sig om att tillämpa skälig lönenivå. Ett sådant system bygger på rimlig dialog mellan upphandlande myndighet och leverantör under kontraktstiden. I de specifika situationer då det visar sig finnas misstanke om att de anställda hos en anbudsgivare inte erhåller skälig lön, bör den upphandlande myndigheten/enheten vidta lämpliga åtgärder för att kontrollera anbudsgivarens lönesättning.

Företagarna

Patrik Nilsson

Chef Politik Analys & Opinion

Ulrica Dyrke

Upphandlingsexpert