

Finansdepartementet  
Enheten för upphandlingsrätt

fi.registrator@regeringskansliet.se

## Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78)

Fi2015/4196

Upphandlingsmyndigheten får härmed yttra sig över rubricerat betänkande.

Remissvaret inleds med en sammanfattning och Upphandlingsmyndighetens inledande synpunkter. Därefter kommenteras det förslag Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal (Utredningen) lämnat i den ordning och under de rubriker som anges i betänkandet. Avslutningsvis redogörs för lagförslagets konsekvenser för Upphandlingsmyndigheten.

Nedan hänvisas till direktivet om offentlig upphandling (2014/24/EU). Om inget annat anges avses i tillämpliga delar även direktivet om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transport och posttjänster (2014/25/EU) och direktivet om tilldelning av koncessioner (2014/23/EU). På motsvarande sätt avses även upphandlande enhet när begreppet upphandlande myndighet anges.

## 1. Sammanfattning

De möjligheter som finns i upphandlingslagstiftningen att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling bör enligt Upphandlingsmyndigheten utnyttjas i större utsträckning. Det är av stor betydelse för att enskilda arbetstagare ska få sunda arbetsvillkor, att social dumpning ska motverkas och att sund konkurrens ska upprätthållas.

Som Utredningen konstaterar är det dock komplicerat att införa bestämmelser i lag om att villkor enligt kollektivavtal ska ställas i offentliga upphandlingar. Upphandlingslagstiftningens krav på likabehandling och transparens är svåra att förena med den svenska arbetsmarknadsmodellen, vilket innebär såväl juridiska som praktiska utmaningar.

Vad gäller de juridiska utmaningarna menar Upphandlingsmyndigheten att det finns en rättsosäkerhet vad gäller möjligheten att särbehandla leverantörer som använder utstationerad arbetskraft. Ytterligare analys av förslagets förenlighet med unionsrätten krävs.

Upphandlingsmyndigheten delar vidare Utredningens uppfattning att det är angeläget att leverantörer som har ett kollektivavtal ska kunna tillämpa det. Upphandlingsmyndigheten anser dock att förslaget om möjlighet att tillämpa kollektivavtal istället för kontraktsvillkor bör utredas ytterligare.

Upphandlingsmyndigheten efterfrågar också en fördjupad bedömning om Upphandlingsmyndigheten får meddela föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter. Är det inte rättsligt möjligt, och Upphandlingsmyndigheten får tillhandahålla stöd genom allmänna råd, måste ett upphandlingsstöd vara på plats när lagarna börjar gälla. Det bör beaktas när ikraftträdandetidpunkten fastställs.

Mot bakgrund av frågornas komplexitet vill Upphandlingsmyndigheten framhålla att ett alternativ till lagstiftning är att Upphandlingsmyndigheten får i uppdrag att driva utvecklingen på detta område och att öka användningen av arbetsrättsliga villkor. Om det anses vara motiverat kan reglerna senare göras obligatoriska.

I sak är Upphandlingsmyndigheten positiv till att det är risken för oskäligen anställningsvillkor som är utgångspunkten för när det ska ställas särskilda arbetsrättsliga villkor.

Upphandlingsmyndigheten anser att risken även bör vara utgångspunkten i fråga om när det ska ställas villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner. Upphandlingsmyndigheten anser därmed att sådana villkor ska ställas när det föreligger risk

Datum:  
2015-11-02

Diarienummer:  
UHM12015-371

för att brott begås mot arbetstagares grundläggande rättigheter. Under sådana förhållanden anser Upphandlingsmyndigheten att det också ska ställas som villkor att arbetet ska utföras enligt den arbetsrättsliga reglering som gäller där arbetet utförs.

Den föreslagna regleringen kommer att kräva resurser, både från upphandlande myndigheter och leverantörer. Regleringen kan också leda till att deltagandet i upphandlingar kan upplevas som än mer komplext, särskilt bland mindre leverantörer. Det finns därutöver en osäkerhet kring hur villkoren kan ställas och följas upp. För att den föreslagna regleringen ska få önskad effekt krävs därför ett förstärkt upphandlingsstöd.

---

## 2. Inledande synpunkter

Upphandlingsmyndigheten är positiv till att upphandlande myndigheter i större utsträckning utnyttjar de möjligheter som upphandlingslagstiftningen ger att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Frågan om och hur upphandlande myndigheter kan ställa krav på att de arbetstagare som utför offentliga kontrakt ska ha skäliga arbetsvillkor har varit föremål för diskussion under flera år. Utredningens betänkande utgör ett värdefullt bidrag på detta område.

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning är det av stor betydelse att sociala hänsyn tas för att enskilda arbetstagare ska tillförsäkras sunda arbetsvillkor, att social dumpning ska motverkas och att sund konkurrens ska upprätthållas. Det är även av stor betydelse då det i förlängningen kan skada tilltron till våra myndigheter, kommuner och i förlängningen demokratin, om medborgare och näringsliv får uppfattningen att det allmännas uppdrag utförs av leverantörer som konkurrerar genom att använda svart arbetskraft, undermåliga arbetsvillkor eller drar nytta av socialt utsatta gruppers strävan att komma in på arbetsmarknaden.

Enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning finns det en utbredd vilja bland upphandlande myndigheter att ta sociala hänsyn. Däremot finns det en osäkerhet kring hur man ställer och följer upp sådana krav och därtill saknas det många gånger de resurser som detta kräver. Vidare kan avsaknaden av policys och riktlinjer om att hållbarhetsaspekter ska beaktas vid upphandling leda till att krav inte ställs. Att undanröja dessa hinder mot en socialt ansvarsfull upphandling är enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning avgörande för att i praktiken säkerställa skäliga arbetsvillkor för de som fullgör offentliga kontrakt. Att göra det obligatoriskt att ställa sådana villkor är enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning i sammanhanget av underordnad betydelse.

Som Utredningen konstaterar (s. 158) är det främmande för den svenska arbetsmarknadsmodellen att en myndighet, Upphandlingsmyndigheten eller en enskild upphandlande myndighet, utifrån en tolkning av kollektivavtal bestämmer vilka villkor som ska tillämpas för ett visst arbete. Upphandlingsmyndigheten kan också konstatera, precis som Utredning gjort (s. 11), att det är komplicerat att införa bestämmelser i lag om att villkor enligt kollektivavtal ska ställas i offentliga upphandlingar. Upphandlingslagstiftningens krav på likabehandling och transparens är svårförenliga med den svenska arbetsmarknadsmodellen.

Upphandlingsmyndigheten är således positiv till att det i större utsträckning ska ställas särskilda arbetsrättsliga villkor, men konstaterar att det innebär såväl juridiska som praktiska utmaningar.

Mot bakgrund av det vill Upphandlingsmyndigheten framhålla att ett alternativ till lagstiftning är att Upphandlingsmyndigheten ges i uppdrag att ta fram exempel på frivilliga arbetsrättsliga villkor inom någon eller några utsatta branscher, som upphandlande myndigheter kan använda i enskilda upphandlingar. Erfarenheterna från framtagandet av sådana exempel och deras användning i enskilda upphandlingar kan sedan användas för att utveckla villkor för flera branscher. Om det anses motiverat kan reglerna göras obligatoriska efter hand. På så sätt skulle såväl de upphandlande myndigheterna som leverantörer och arbetsmarknadens parter successivt kunna arbeta fram en beprövad och effektiv modell för att säkerställa goda arbetsvillkor i offentliga upphandlingar. Ett sådant successivt införande av krav på arbetsvillkor skulle enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning också vara väl ägnad att ta tillvara den svenska arbetsmarknadsmodellens många fördelar. En sådan ordning skulle också kunna formuleras med ett tydligt uppdrag i Upphandlingsmyndighetens instruktion att driva utvecklingen på detta område och att öka användandet av sådana villkor i upphandlingar.

Upphandlingsmyndigheten vill i sammanhanget också lyfta frågan om vad som krävs av upphandlande myndigheter och leverantörer att ta sig an dessa nya arbetsuppgifter och vad det kommer att kräva i form av omställning och resurser. Även om Upphandlingsmyndigheten tar fram föreskrifter/allmänna råd/stöd är det hos de upphandlande myndigheterna och deras leverantörer som det stora arbetet kommer att genomföras. Det kan handla om att införa nya arbetssätt och att utveckla verksamheten för att kunna ställa och följa upp de nya villkoren. Varje upphandlande myndighet kommer att behöva ta beslut om hur man vill bygga upp sin verksamhet och hur den ska anpassas resursmässigt. Leverantörerna behöver också anpassa sig till de nya arbetssätten.

### **3. Utredningens förslag**

#### **3.1 Förslagen gäller för alla tre upphandlingslagar (avsnitt 7.1)**

Upphandlingsmyndigheten anser generellt att konsekvenserna av att införa en reglering, särskilt i de fall regleringen är obligatorisk och kan förväntas vara betungande, bör analyseras innan den införs. Upphandlingsmyndigheten menar därför att det bör göras en analys av om det finns skillnader mellan de tre direktiven med betydelse för förslaget, exempelvis vad gäller sådana upphandlande enheter som inte också är upphandlande myndigheter, och om det är lämpligt att införa regleringen även för det område som inte är direktivstyrt.

Utredningen anger (s. 108) att Utredningens förslag, som innebär att bestämmelser tas in i det kapitel i upphandlingslagarna som avser kontraktstvillkor, medför att reglerna blir tillämpliga även för upphandlingar som inte omfattas av direktiven och för upphandlingar av sociala och andra särskilda tjänster. I lagrådsremissen

Datum:  
2015-11-02Diarienummer:  
UHM12015-371

anges i 19 kap. 2 § vilka bestämmelser som, utöver kapitel 19, är tillämpliga för de upphandlingar som inte omfattas av direktivet och för upphandlingar av sociala och andra särskilda tjänster. Här hänvisas bl.a. till 17 kap. 1 § om särskilda villkor för fullgörande av kontrakt. För att här aktuella bestämmelser (17 kap. 2-7 §§) ska bli tillämpliga krävs en hänvisning i kapitel 19 till dessa bestämmelser. Upphandlingsmyndigheten kan inte se att någon sådan hänvisning föreslås. Upphandlingsmyndigheten förstår ändå förslaget som att avsikten är att även det område som inte är direktivstyrt ska omfattas av reglerna, och vill då framhålla följande.

Den föreslagna regleringen kommer att kräva resurser från både upphandlande myndigheter och leverantörer. Detta särskilt om Upphandlingsmyndigheten inte genom föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter kommer att kunna avgöra i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa de aktuella villkoren, se vidare punkt 3.4 och punkt 3.15. Regleringen innebär också att regelverket kompliceras.

Upphandlingsmyndigheten vill också framhålla att den föreslagna lagstiftningen kan få konsekvenser för små och medelstora företags deltagande i offentliga upphandlingar. Ca 60 % av de små företagen saknar kollektivavtal.<sup>1</sup> De företag som saknar kollektivavtal kan komma att behöva anpassa sina anställningsvillkor till respektive upphandling de deltar i då villkoren kan komma att variera. Risk föreligger då att företagen istället väljer att inte delta i offentliga upphandlingar. Utredningen anger (s. 181f) att företag som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget kanske uppfyller kraven i ett annat centralt kollektivavtal, varför de företag som inte är bundna av kollektivavtal i princip har samma möjlighet att konkurrera om kontrakten som företag som är bundna av kollektivavtal. Då kollektivavtalen inte finns allmänt tillgängliga är det dock tveksamt om de obundna företagen i någon större utsträckning kommer att kunna utnyttja den möjligheten.

Mot bakgrund av ovanstående menar Upphandlingsmyndigheten att konsekvenserna av att reglerna införs på det område som inte är direktivstyrt bör analyseras och vägas mot möjligheterna att genom den föreslagna regleringen komma åt undermåliga anställningsvillkor. Direktupphandlingar till lågt värde bör vara undantagna regleringen.

### **3.2 Arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingen (avsnitt 7.2)**

Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens uppfattning att begreppen "arbetsrättsliga hänsyn/särskilda arbetsrättsliga villkor" är lämpliga att använda för de villkor som Utredningens förslag reglerar.

---

<sup>1</sup> Företagarnas rapport "Småföretagen och kollektivavtalen", 2011.

Enligt Upphandlingsmyndigheten innefattas arbetsrättsliga hänsyn i begreppet sociala hänsyn. Något egentligt behov av att i 4 kap. 3 § (nuvarande 1 kap. 9 a §) ange att även arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas föreligger därmed inte. Sociala hänsyn innefattar också mycket annat, såsom sysselsättningsmöjligheter, social integration, jämställdhet, tillgänglighet, rättvis handel m.m. Om man särskilt vill framhålla möjligheten att ta just arbetsrättsliga hänsyn kan det dock vara ändamålsenligt att lyfta fram detta särskilt i målsättningsparagrafen.

I direktivet, artikel 70, anges att kraven på hur kontrakt ska fullgöras får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn. Listan är inte uttömmande. Upphandlingsmyndighetens erfarenhet är att det finns en osäkerhet om på vilka områden särskilda villkor för fullgörande av kontrakt kan ställas. Då det nu föreslås en uttrycklig reglering av arbetsrättsliga villkor menar Upphandlingsmyndigheten att det skulle vara värdefullt om det av lagtexten framgår att även annan hänsyn, och exempel på sådan, är möjlig att ta. Upphandlingsmyndigheten förordar därför att bestämmelsen utformas mer direktivnära.

### **3.3 När ska särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor ställas? (avsnitt 7.3)**

Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens uppfattning att om det ska vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor bör utgångspunkten för det vara när det finns en risk för oskäliga anställningsvillkor eller risk för konkurrens med undermåliga kontraktsvillkor, dvs. när det är "behövligt".

### **3.4 Vad som bör beaktas vid bedömningen (avsnitt 7.3.1)**

Upphandlingsmyndigheten anser att lagarna, om möjligt, bör utformas så att Upphandlingsmyndigheten avgör i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Om det inte är möjligt måste det tydligare klargöras vad som avses med att det är behovligt att ställa aktuella villkor.

Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens uppfattning (s. 157) att det skulle vara betungande om varje upphandlande myndighet skulle göra en bedömning i varje enskild upphandling om det finns ett behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Som Utredningen anför finns det ofta inte den kunskapen och de resurserna som skulle krävas hos den upphandlande myndigheten. En sådan ordning skulle också vara processdrivande.

Upphandlingsmyndigheten uppfattar Utredningens betänkande på det sättet att avsikten är att Upphandlingsmyndigheten genom föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter ska avgöra när det är behovligt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor och att den bedömningen ska vara uttömmande. Utredningen anför (s. 196) att

”Utredningens förslag innebär att Upphandlingsmyndigheten ska få i uppdrag att meddela sådana föreskrifter. Dessa blir i sin tur styrande för när det är obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Det är således Upphandlingsmyndigheten som bestämmer i vilka fall det är behövligt att ställa sådana villkor”. Definitionen av när det är behövligt att ställa villkoren skulle därmed vara för de branscher som Upphandlingsmyndigheten har pekat ut i föreskrifter eller i verkställighetsföreskrifter, och någon ytterligare analys skulle inte krävas av upphandlande myndigheter. En sådan ordning skulle givetvis underlätta för de upphandlande myndigheterna.

Upphandlingsmyndigheten menar dock att det är tveksamt om detta framgår av den föreslagna lagtexten. Av 17 kap. 2 § första stycket framgår att en upphandlande myndighet ska ställa aktuella villkor när det är behövligt. I paragrafens andra stycke anges inte att regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer ”meddelar föreskrifter om när det är behövligt att ställa villkoren”. Istället anges att regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer *kan* meddela föreskrifter om i vilka fall det är behövligt. Har Upphandlingsmyndigheten inte meddelat föreskrifter om att det är obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor avseende en viss bransch synes den upphandlande myndigheten därmed ha att avgöra om det är behövligt eller inte.

Som Upphandlingsmyndigheten redogör för under punkt 3.15 är det vidare tveksamt om Upphandlingsmyndigheten får ges behörighet att meddela sådana föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter.

Om Upphandlingsmyndigheten inte genom föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter kan avgöra i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa villkoren innebär det att de upphandlande myndigheterna inför varje upphandling behöver analysera om det finns ett behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Har Upphandlingsmyndigheten analyserat en bransch kan ledning för bedömningen hämtas där, i övrigt måste den upphandlande myndigheten självständigt göra analysen. Det samma gäller om Upphandlingsmyndigheten kan meddela föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter - men utan att det är Upphandlingsmyndigheten som ensam avgör när det är behövligt att ställa villkoren - och föreskrift inte har meddelats avseende en viss bransch.

Enligt Utredningen ska det då beaktas, utöver frågan om upphandlingen avser en vara eller tjänst, om det föreligger risk för att anställnings- och arbetsrättsliga förhållanden avviker från en skälig nivå. Samråd ska ske med branschorganisationer, arbetsmarknadens parter och andra berörda myndigheter, t.ex. Skatteverket, Arbetsmiljöverket och Konkurrensverket. Utredningen anger även att vilka faktorer som kan påverka bedömningen av när det är behövligt att ställa villkor kommer att

variera med tiden och att det därför inte närmare kan anges på vilket sätt bedömningen ska göras (s. 116f).

Någon skyldighet för arbetsmarknadens parter att bistå upphandlande myndigheter i bedömningen föreligger inte och kan knappast heller föreskrivas genom lag. Det är inte heller enkelt för en upphandlande myndighet, som kanske inte har möjligheten att göra en analys av branschen, att ange de särskilda arbetsrättsliga villkoren för att vara på den säkra sidan om att lagens obligatoriska krav uppfylls. Kollektivavtalen är till stor del inte offentliga, de kan vara otydliga och ska tolkas efter samråd med parterna. Ställer myndigheten å andra sidan inte villkor i aktuella avseenden kan det bli föremål för en överprövningsprocess.

Upphandlingsmyndigheten kommer givetvis kunna utgöra ett stöd för upphandlande myndigheter i bedömningen, även om Upphandlingsmyndigheten inte genom föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter kommer att kunna ange i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa aktuella villkor. Det kan dock konstateras att för att Upphandlingsmyndighetens bedömningar ska vara till ledning krävs inte bara att myndigheten har analyserat och pekat ut några branscher som "problembranscher" dvs. att det enligt Upphandlingsmyndigheten är behövligt att ställa aktuella villkor i dessa fall. Upphandlingsmyndigheten måste också ha analyserat och angivit i vilka fall det inte finns något behov av att ställa arbetsrättsliga villkor. Det är ett tidskrävande arbete och, som Utredningen också angivit, kan förhållandena komma att ändras.

Som angivits ovan bör lagarna därför, om möjligt, utformas så att Upphandlingsmyndigheten avgör i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Om det inte är möjligt måste det tydligare klargöras vad som avses med att det är behövligt att ställa aktuella villkor.

### **3.5 Att ställa krav på lön, semester och arbetstid bör vara obligatoriskt (7.5.3) och Andra villkor än lön semester och arbetstid (7.5.4)**

Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens bedömning att det inte är lämpligt att generellt föreskriva att andra villkor än de som avser lön, semester och arbetstid ska vara obligatoriska att ange när det är behövligt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Av de skäl Utredningen anför (s. 126ff) krävs det en analys i den enskilda upphandlingen om det är lämpligt att ställa andra villkor. Därutöver föreligger en rättslig osäkerhet avseende villkor som går utöver den s.k. hårda kärnan, se vidare punkt 3.11, vilket innebär att det inte är lämpligt att ställa obligatoriska krav i dessa delar.

För att upphandlande myndigheter ska kunna ställa den här typen av villkor krävs många gånger stöd och vägledning. Upphandlingsmyndigheten delar därför Utredningens uppfattning att Upphandlingsmyndigheten bör erbjuda ett stöd både vad avser de obligatoriska villkoren och de frivilliga, se vidare punkt 3.14.

### **3.6 Villkor bör motsvara lägsta nivån (avsnitt 7.6.1)**

Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens bedömning att de särskilda arbetsrättsliga villkoren ska motsvara miniminivåerna enligt lag och kollektivavtal. Att uppställa villkor därutöver skulle kunna stå i strid med proportionalitetsprincipen.

### **3.7 Villkor som omfattas av utstationeringslagen ska bestämmas till miniminivån enligt den lagen (avsnitt 7.6.2)**

Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens bedömning att det är lämpligt att de förmåner som omfattas av den hårda kärnan bestäms på samma sätt och i enlighet med utstationeringslagen, oavsett om de ska tillämpas för utstationerade arbetstagare eller inte. Det underlättar hanteringen för de upphandlande myndigheterna och fråga om brister i likabehandling uppkommer inte i de fall de särskilda arbetsrättsliga villkoren enbart omfattar den hårda kärnan, se vidare punkt 3.11.

### **3.8 Hur villkor fastställs enligt utstationeringslagen (avsnitt 7.6.3)**

Upphandlingsmyndigheten konstaterar att Utstationeringskommittén föreslår att Arbetsmiljöverket ska få i uppdrag att analysera vilka villkor som omfattas av den hårda kärnan och att det är problematiskt om Arbetsmiljöverket och Upphandlingsmyndigheten gör olika bedömningar avseende villkorens nivå.

Utstationeringskommittén har den 30 september 2015 lämnat ett delbetänkande, SOU 2015:83, enligt vilket Arbetsmiljöverket, när en arbetstagarorganisation inte redan har gjort det, ska analysera vilka villkor i centrala kollektivavtal som omfattas av den hårda kärnan. Arbetsmiljöverkets analys ska inte innefatta någon avtals-tolkning i traditionell mening, utan ska innebära en ren textanalys där hänsyn inte tas till vilka avsikter parterna kan ha haft med villkoren och där kontakt inte ska tas med parterna. Arbetsmiljöverkets bedömningar ska inte vara bindande. Utstationeringskommittén ser framför sig att Arbetsmiljöverket ganska snart kommer att ha byggt upp en bank med offentliggjorda kollektivavtalsvillkor som, enligt Arbetsmiljöverkets eller arbetstagarorganisationens bedömning, får krävas med stöd av stridsåtgärder enligt utstationeringslagen.<sup>2</sup>

Det tillvägagångssätt Utstationeringskommittén föreslår för fastställande av villkoren enligt den hårda kärnan skiljer sig från det tillvägagångssätt Utredningen föreslår för den myndighet som ska fastställa de särskilda arbetsrättsliga villkoren (en upphandlande myndighet eller Upphandlingsmyndigheten). Myndigheten ska i och

---

<sup>2</sup> SOU 2015:83 s. 347ff.

för sig i första hand undersöka om det finns ett avtal inlämnat till Arbetsmiljöverket, men kontakt ska därefter tas med parterna för att avgöra om myndigheten gör en rimlig tolkning av avtalets nivåer. Om avtalsparterna lämnar motstridiga uppgifter ska frågan avgöras av myndigheten (s. 101 och 137).

Det är olyckligt om Upphandlingsmyndigheten och Arbetsmiljöverket gör olika bedömningar och anger olika nivåer på villkoren, vilket förefaller vara en risk då avtalsanalysen ska skilja sig åt. Det i sig skulle också kunna vara processdrivande.

Skulle istället de villkor som Arbetsmiljöverket redovisar läggas till grund för de särskilda villkoren i upphandlingen innebär det att villkoren i första hand kommer att ha tagits fram av arbetstagarorganisationen och i andra hand av Arbetsmiljöverket efter en textanalys. Det är enligt Upphandlingsmyndigheten inte lämpligt att bortse från partsavsikten när villkor hämtade ur kollektivavtal ställs i en offentlig upphandling.

### **3.9 Övriga villkor bestäms enligt lag eller ett centralt kollektivavtal (avsnitt 7.6.4)**

Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens uppfattning att lagens tvingande bestämmelser bör utgöra miniminivån för de särskilda villkor som kan komma att ställas samt att samtliga villkor bör hämtas ur ett kollektivavtal.

Upphandlingsmyndigheten konstaterar vidare att det kan vara mycket komplicerat att fastställa villkoren och att upphandlande myndigheter kan komma att behöva ett omfattande upphandlingsstöd om den föreslagna regleringen ska få önskad effekt.

### **3.10 Möjlighet att tillämpa kollektivavtal istället för kontraktsvillkor (7.7.1)**

Upphandlingsmyndigheten anser att förslaget om möjlighet att tillämpa kollektivavtal istället för kontraktsvillkor bör utredas ytterligare.

Mot bakgrund av utgångspunkten att alla svenska kollektivavtal anses reglera arbetsvillkor på ett likvärdigt sätt anser Utredningen (s. 143) att en leverantör som är bunden av ett kollektivavtal ska ha möjlighet att tillämpa det oavsett vilka arbetsrättsliga villkor som ställts i upphandlingen. Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens uppfattning att det finns ett behov av att möjliggöra för en leverantör som är bunden av ett kollektivavtal att kunna tillämpa det avtalet, oavsett om det är det kollektivavtalet som stått modell för kontraktsvillkoren eller inte. Enligt Upphandlingsmyndigheten innebär dock det förhållandet att kollektivavtal enligt den svenska arbetsmarknadsmodellen anses vara likvärdiga inte med nödvändighet att

de rent faktiskt är det, eller att de skulle anses likvärdiga vid en upphandlingsrättslig prövning.

För att uppnå en likabehandling av leverantörer som är respektive inte är bundna av kollektivavtal, föreslår Utredningen vidare att även leverantörer som inte är bundna av kollektivavtal ska ha möjlighet att tillämpa de alternativa villkoren i ett centralt kollektivavtal. Att kollektivavtalen till stor del inte är offentliga innebär dock att likabehandlingen i dessa fall inte uppnås. Vidare har dessa leverantörer inte möjlighet att tillämpa lokala avtal.<sup>3</sup>

Som förslaget är utformat premieras också bundenhet av kollektivavtal, inte villkorens nivå i sig. En leverantör som är bunden av ett kollektivavtal som har sämre villkor än de som efterfrågats i en upphandling tillåts läka dessa brister genom hänvisning till att detta uppvägs av andra villkor i kollektivavtalet (i teorin eller rent faktiskt). En leverantör som inte är bunden av ett kollektivavtal och som inte heller uppfyller efterfrågade villkor har däremot inte möjlighet att hänvisa till övriga, kanske förmånligare, villkor i ett anställningsavtal.

Alternativa sätt att möjliggöra för de leverantörer som är bundna av ett kollektivavtal att tillämpa det, oavsett vilka arbetsrättsliga villkor som ställts i upphandlingen, bör övervägas. Ett tillvägagångssätt kan vara att endast ställa sådana villkor som kan uppfyllas oavsett vilket kollektivavtal en leverantör är bunden av.<sup>4</sup>

### **3.11 När arbete utförs med utstationerad arbetskraft (avsnitt 7.7.2)**

Upphandlingsmyndigheten anser att möjligheten att särbehandla leverantörer som använder utstationerad arbetskraft bör utredas ytterligare.

En första fråga är om förslaget är förenligt med likabehandlingsprincipen.

Upphandlingsmyndigheten delar inte Utredningens bedömning att det saknas EU-rättslig praxis i frågan om unionsrätten tillåter negativ särbehandling av nationella leverantörer. Upphandlingsmyndigheten anser att EU-domstolen i mål C-87/94, Vallonska bussarna, uttryckt att unionsrätten inte tillåter särbehandling av inhemska leverantörer.<sup>5</sup> Slutsatsen upprepades i mål C-458/03, Parking Brixen, där Domstolen uttalade att "[...] principen om likabehandling av anbudsgivare skall

---

<sup>3</sup> Se även mål C-164/99, Portugaia Construções L.da.

<sup>4</sup> Se Konkurrensverkets rapport Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, 2015:6, s 93.

<sup>5</sup> Punkt 31-33 i domen. Se vidare Arrowsmith, Sue, The Law of Public and Utilities Procurement, Third Edition, 2014, Volume 1, s. 614-615.

tillämpas [...] även då det inte skett någon diskriminering på grund av nationalitet.”<sup>6</sup> Det bör dock framhållas att ytterligare vägledning från Domstolen under den närmaste tiden inte kan uteslutas.<sup>7</sup> Därutöver förs det i rättsvetenskaplig doktrin en diskussion om denna fråga.<sup>8</sup> Mot bakgrund av detta kan den föreslagna regleringen enligt Upphandlingsmyndigheten inte motiveras med att negativ särbehandling av inhemska leverantörer skulle vara tillåten enligt EU-rättslig praxis eller att det skulle saknas sådan praxis i frågan.

Av EU-domstolens praxis följer vidare att likabehandlingsprincipen innebär att lika fall inte får behandlas olika och att olika fall inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.<sup>9</sup>

Upphandlingsmyndigheten anser att övervägande skäl talar för att en leverantör som avser att använda utstationerad arbetskraft inte kan anses befinna sig i en annan situation än andra leverantörer. Enbart den omständigheten att dessa båda kategorier av leverantörer omfattas av olika regler vid utförandet av kontraktet bör inte medföra att de anses befinna sig i olika situationer. Om båda kan tillhandahålla kontraktetsföremålet bör de istället anses befinna sig i lika situationer och bör då behandlas lika och ges samma förutsättningar att delta i upphandlingen.<sup>10</sup> Särbehandling av leverantörer med utstationerad arbetskraft skulle därmed inte heller vara motiverad av detta skäl.

Som angivits ovan kan förslaget ändå vara förenligt med unionsrätten om det föreligger sakliga skäl för en särbehandling. Det övergripande syftet med förslaget är enligt Utredningen att tillförsäkra arbetstagare skäliga anställningsvillkor och att undvika konkurrens med undermåliga sådana villkor. Skydd för arbetstagare skulle kunna utgöra sakliga skäl som motiverar en inskränkning i likabehandlingsprincipen.<sup>11</sup> Det är dock inte tillräckligt att sakliga skäl motiverar ett avsteg från likabehandlingsprincipen. Förslaget måste också vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Utredningen har inte närmare berört förslagets förenlighet med denna princip, trots att det ofta är denna del av bedömningen som är avgörande i EU-domstolens praxis.<sup>12</sup> Fråga uppkommer om förslaget är ägnat att uppnå målet och

<sup>6</sup> Punkt 48 i domen. Avgörandet är av ytterligare intresse av den anledningen att det gällde en tilldelning av koncessioner, som inte omfattades av unionens upphandlingsdirektiv. Domstolen har således tagit ställning till att denna slutsats följer direkt av unionens fördrag och inte av upphandlingsdirektiven. Detta kan alltså inte ändras genom sekundärlagstiftning (inklusive 2014 års upphandlingsdirektiv). Se dock även här Sue Arrowsmiths analys i idem, s. 262-263.

<sup>7</sup> EU-domstolens pågående mål, C-115/14.

<sup>8</sup> Se bl.a. Arrowsmith, idem, s. 262 ff.

<sup>9</sup> Se bl.a. de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom, punkt 27, och däri angiven praxis.

<sup>10</sup> Se t.ex. domen i de förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom, mål C-538/13 eVigilio och mål C-42/13 Cartiera.

<sup>11</sup> Jfr dom C-341/05 Laval, punkterna 102 - 108.

<sup>12</sup> Se t.ex. Domstolens avgöranden i C-234/03 Contse, C-213/07 Michaniki, C-538/07 Assitur samt det ovan nämnda avgörandet Fabricom.

om målet skulle kunna uppnås på ett mindre ingripande sätt. Härvid kan bl.a. noteras att Utredningen konstaterar (s. 174) att svenska företags konkurrensförmåga kan påverkas negativt av Utredningens förslag. Skulle det förhålla sig på det sättet att svenska företag förlorar offentliga upphandlingar till leverantörer med utstationerad arbetskraft på grund av att det ställts lägre krav på dessa, har det eftersträvarade skyddet inte uppnåtts. Enligt Utredningen (s. 174) är det å andra sidan i ett mycket begränsat antal fall som utstationerad arbetskraft förekommer.

Frågan om möjlighet att särbehandla leverantörer med utstationerad arbetskraft är komplex och bör inte leda till lagstiftning utan ytterligare analys av förslagets förenlighet med unionsrätten.

### **3.12 Villkor när svensk rätt inte är tillämplig (avsnitt 7.7.3)**

Upphandlingsmyndigheten anser att villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner ska ställas när det föreligger en risk för att brott begås mot arbetstagares grundläggande rättigheter. Under sådana förhållanden ska det också ställas som villkor att arbetet ska utföras enligt den arbetsrättsliga reglering som gäller där arbetet utförs. Upphandlingsmyndigheten delar Utredningens bedömning att det bör ankomma på Upphandlingsmyndigheten att avgöra vilka villkor som ska ställas i enlighet med ILO:s kärnkonventioner. Därutöver föreslår Upphandlingsmyndigheten att det även bör ankomma på myndigheten att ange när villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner m.m. ska ställas.

Enligt Upphandlingsmyndigheten har offentlig sektor ett ansvar att säkerställa att de varor och tjänster som upphandlas med offentliga medel har blivit producerade på ett sådant sätt som är förenligt med arbetstagares grundläggande rättigheter. Upphandlingsmyndigheten är därför positiv till förslaget att upphandlande myndigheter ska ställa särskilda arbetsrättsliga villkor i nivå med ILO:s kärnkonventioner när svensk rätt inte är tillämplig.

Upphandlingsmyndigheten anser dock att utgångspunkten bör vara att villkoren ska ställas i de fall det föreligger en risk för att brott begås mot arbetstagares grundläggande rättigheter. Det är inte lämpligt om villkor ställs slentrianmässigt och utan uppföljning. Om villkoren ska ställas i alla upphandlingar finns en risk att upphandlande myndigheter uppfattar villkoren som något som ska finnas med, men saknar avsikt att följa upp dem. Detta kan också komma att avspeglas i leverantörernas inställning. En oseriös leverantör kan då ange att villkoren uppfylls, utan att så är fallet, och en seriös leverantör som lägger ner kraft och resurser på att uppfylla villkoren kan få en nackdel i upphandlingen. Enligt Upphandlingsmyndigheten är det därför viktigt att myndigheterna anpassar sina krav och villkor på leverantörerna till förmågan och möjligheten att följa upp dessa. Genom att analysera i vilka branscher det finns störst risk för undermåliga arbetsförhållanden kan man

prioritera och lägga resurserna på de upphandlingar där arbetsrättsliga villkor gör störst nytta.

Mot bakgrund av ovanstående föreslår Upphandlingsmyndigheten att villkoren ska ställas när det är behövligt med hänsyn till den bransch som upphandlingen avser och övriga omständigheter som kan medföra risk för att brott begås mot arbetstagares grundläggande rättigheter. En upphandlande myndighet skulle även i andra fall få ställa villkoren.

Att avgöra om det är behövligt att ställa villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner är resurskrävande. Upphandlingsmyndigheten föreslår därför att det bör ankomma på Upphandlingsmyndigheten att ange när villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner ska ställas. Om möjligt bör regleringen utformas så att det är Upphandlingsmyndigheten som ensam avgör när det är obligatoriskt att ställa villkoren. Se punkt 3.4 för motsvarande resonemang vad gäller villkor i enlighet med kollektivavtal. Om bedömningen inte kan göras exklusivt av Upphandlingsmyndigheten innebär det ett merarbete för upphandlande myndigheter som tvingas göra bedömningen av om det är behövligt att ställa de aktuella villkoren i de enskilda upphandlingarna. Det kan också leda till en ökad risk för överprövningsprocesser, då det kan ifrågasätts om villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner borde ha ställts i upphandlingen. Upphandlingsmyndigheten anser ändå att övervägande skäl talar för att villkoren enbart ska ställas när det är behövligt. Upphandlingsmyndigheten kan utgöra ett stöd för upphandlande myndigheter även om Upphandlingsmyndigheten inte kan ange i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa aktuella villkor.

Utredningen föreslår att upphandlande myndigheter får ställa villkor om att arbete ska utföras enligt den arbetsrättsliga reglering som gäller där arbetet utförs. Som skäl för att detta inte ska vara obligatoriskt anges att sådana villkor kan vara komplicerade både när det gäller kravställande och uppföljning. Upphandlingsmyndighetens erfarenhet är att sådana arbetsrättsliga villkor inte är mer komplicerade att kravställa och följa upp än villkor enligt ILO:s kärnkonventioner. Det är vidare framför allt när det gäller den arbetsrättsliga lagstiftningen som det ofta finns stora brister i leverantörsleden, som t.ex. arbetsmiljöproblem, overtidsarbete, lön under minimilönen osv. Villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner behöver därmed enligt Upphandlingsmyndighetens uppfattning kompletteras med villkor att arbetet ska utföras enligt den arbetsrättsliga reglering som gäller där arbetet utförs, för att ge önskad effekt. Upphandlingsmyndigheten föreslår därför att även den arbetsrättsliga reglering som gäller där arbetet utförs ska omfattas av de obligatoriska bestämmelserna. Som angivits ovan anser Upphandlingsmyndigheten dock att det

bör begränsas när sådana villkor ska vara obligatoriska att ställa och att bestämmelserna om möjligt bör utformas så att det ankommer på Upphandlingsmyndigheten att ange i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa villkoren.

Det kan vara mycket svårt eller till och med omöjligt för leverantörer som har produktion i så kallade låglöneländer att garantera att särskilda arbetsrättsliga villkor uppfylls i alla led i leverantörskedjan. Enligt Upphandlingsmyndigheten bör villkoren därför vara formulerade på ett sådant sätt som avser att leverantören rutinemässigt ska arbeta för att motverka att brott mot dessa arbetsvillkor förekommer.

### **3.13 Ansvar för underleverantörer (avsnitt 7.8)**

Upphandlingsmyndigheten instämmer i Utredningens förslag att särskilda arbetsrättsliga villkor som ställs i en upphandling även bör omfatta eventuella underleverantörer i alla led. Upphandlingsmyndigheten anser dock att det bör begränsas när sådana villkor ska vara obligatoriska att ställa.

Långa leverantörsled ökar risken för att arbetsrättigheter inte respekteras. Det är därför lämpligt att särskilda arbetsrättsliga villkor som ställs i en upphandling omfattar eventuella underleverantörer i alla led av leverantörskedjan. Samtidigt måste de ställda villkoren vara möjliga att följa upp och resurser bör läggas där de ger effekt.

I Utredningens kommentar till 17 kap. 7 § (s. 208) anges att det särskilda kontraktsvillkoret avseende underleverantörer ska ställas när det ansetts behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor enligt 17 kap. 2 §. I den föreslagna lagtexten anges istället att de villkor en leverantör ska säkerställa att dennes underleverantörer ska följa är lön, semester och arbetstid. En upphandlande myndighet har enligt betänkandet möjlighet att ställa villkor om lön, semester och arbetstid även i de fall det inte har ansetts behövt. Upphandlingsmyndigheten anser att det obligatoriska kravet avseende underleverantörer inte bör omfatta mer än de obligatoriska kraven på huvudleverantören och att detta bör framgå av lagtexten.

Vad gäller villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner anges i förslaget att sådana ska ställas om det inte är uppenbart obehövt (dvs. om det står klart att arbetet kommer att utföras i Sverige). Som angivits under punkt 3.12 anser Upphandlingsmyndigheten att villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner enbart bör ställas när det föreligger risk för att brott begås mot arbetstagares grundläggande rättigheter. Obligatoriska krav på leverantören att säkerställa att underleverantörerna följer villkoren enligt ILO:s kärnkonventioner bör begränsas på samma sätt.

Vidare bör det enligt Upphandlingsmyndigheten klargöras vilka av anbudsgivarens leverantörer som omfattas av regleringen. I den föreslagna lagtexten, 17 kap. 7 §

anges att de underleverantörer som leverantören ska säkerställa följer de särskilda arbetsrättsliga villkoren är de "som direkt medverkar till att uppfylla kontraktet". Det bör klargöras om denna krets av underleverantörer skiljer sig från de underleverantörer som anges i övrigt i lagstiftningen och i så fall hur (jämför exempelvis artikel 71 och dess förslag till genomförande). Upphandlingsmyndigheten anser att det är olyckligt om lagstiftningen laborerar med två definitioner av underleverantörer, om det inte finns tungt vägande skäl för en sådan reglering. Inte heller begreppet underleverantör är entydigt och regleringen kan förväntas leda till tillämpningsproblem.

### **3.14 Uppdrag till en myndighet (avsnitt 7.9)**

Som angivits ovan delar Upphandlingsmyndigheten Utredningens bedömning att det bör ankomma på en särskild myndighet att avgöra när det är behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor och att fastställa de villkor avseende lön, semester och arbetstid som ska gälla i dessa fall. Det förefaller också naturligt att Upphandlingsmyndigheten är den myndighet som ges detta uppdrag.

Oavsett om Upphandlingsmyndigheten kommer att ta fram föreskrifter, verkställighetsföreskrifter eller allmänna råd ser Upphandlingsmyndigheten framför sig att den föreslagna lagregleringen kommer att kräva ett väl utvecklat upphandlingsstöd.

Upphandlingsmyndigheten menar också att myndigheten har en viktig roll att fylla dels vad gäller de frivilliga delarna i Utredningens förslag och dels vad gäller den praktiska tillämpningen av den föreslagna regleringen. Hur hanterar man exempelvis de arbetstagare som delvis arbetar med ett offentligt kontrakt och delvis med andra uppdrag? Hur kan villkoren följas upp? Hur kan villkoren förändras under kontraktets löptid?

Utredningen har inte berört vilka sanktioner som ska kopplas till de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren. De uppställda villkoren bör förenas med en proportionerlig sanktion som utgår om villkoren inte uppfylls. Rent avtalstekniskt kan det möta svårigheter att fastställa sådana proportionerliga sanktioner på ett generellt och enhetligt sätt, eftersom dessa bör bestämmas mot bakgrund av bl.a. föremålet för och värdet på det enskilda kontraktet. Även uppföljningen av villkoren förutsätter att leverantören binds till ett åtagande. Sådana tillkommande frågor bör endast kunna regleras i allmänna råd eller riktlinjer.

Upphandlingsmyndigheten vill också framhålla att även om det finns ett stort behov av att säkerställa att de varor och tjänster som upphandlas till svenska upphandlande myndigheter har blivit producerade på ett sätt som är förenliga med arbetstagares grundläggande rättigheter, är det myndighetens uppfattning att det

idag i stor utsträckning saknas kunskap hos de upphandlande myndigheterna på detta område. Att arbeta med att säkerställa sociala villkor i leverantörsleden är någonting som kräver både resurser och kompetens. Sveriges landsting och regioner har arbetat med frågorna under flera år och det finns även goda exempel från kommuner. Många upphandlande myndigheter saknar dock erfarenhet när det gäller att ställa och följa upp sociala krav i leverantörskedjan. Det kommer därför att finnas ett stort behov av att tillhandahålla stöd inom området, och här ser Upphandlingsmyndigheten att myndigheten har en viktig roll.

### **3.15 Hur upphandlingsmyndighetens uppdrag bör regleras (avsnitt 7.10)**

Upphandlingsmyndigheten anser att frågan rörande myndighetens möjlighet att meddela föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter bör utredas ytterligare.

Upphandlingsmyndigheten erinrar om att Upphandlingsutredningen 2004 i sitt slutbetänkande, Nya Upphandlingsregler 2, föreslog ett ganska stort antal bestämmelser enligt vilka föreskrifter fick meddelas av regeringen eller av den myndighet som regeringen bestämde.<sup>13</sup> Lagrådet uttalade emellertid att dessa förslag i betydande omfattning rörde förhållanden som avses i 8 kap. 2 § regeringsformen och att utrymme därför inte torde finnas att i den avsedda omfattningen delegera normgivningen.<sup>14</sup> Vad som kunde komma i fråga i vissa fall var istället enligt Lagrådet att regeringen utfärdade föreskrifter för verkställighet. Regeringen beaktade i prop. 2006/07:142 Lagrådets synpunkter och de föreslagna bemyndigandena utgick. Om de ställningstaganden som gjordes i samband med införandet av de nu gällande upphandlingslagarna är korrekta, talar dessa mot att det nu skulle vara möjligt för regeringen eller den myndighet som regeringen bestämmer att meddela föreskrifter om när det är behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor och om nivån på dessa villkor.

Upphandlingsmyndigheten vill också uppmärksamma att regleringen även föreslås omfatta lag om upphandling inom försörjningssektorerna (LUF) och lag om upphandling av koncessioner (LUK). Det innebär att även sådana upphandlande enheter som inte är upphandlande myndigheter omfattas, varför regleringen i vart fall i den delen närmast synes utgöra en del av civilrätten.

---

<sup>13</sup> SOU 2006:28. Enligt förslaget kunde sådana föreskrifter meddelas bl.a. i fråga om vad som avses med tekniska specifikationen (6 kap. 1 §), innehållet i och utformningen av annonser och meddelanden om offentlig upphandling (7 kap. 7 §), de krav som ska vara uppfyllda för anordningar som används för elektronisk mottagning av anbud och anbudsansökningar (9 kap. 3 §), vad ett protokoll ska innehålla (9 kap. 12 §), bevis för att det inte finns grund för att utesluta en leverantör (10 kap. 4 §), den information som ska finnas i annonser om byggkoncessioner (13 kap. 3 §), innehållet i och utformningen av annonser om projekttävlingar (14 kap. 14 §) och beslut om undantag från upphandlingsplikten av försvars- och säkerhetspolitiska skäl (15 kap. 25 §).

<sup>14</sup> Prop. 2006/2007:128, bilaga 14, s. 598.

När det gäller verkställighetsföreskrifter måste den lagbestämmelse som ska kompletteras vara så pass detaljerad att inget väsentligt nytt tillförs. Inget får heller tillföras som kan betraktas som ett nytt ingrepp i enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden. Det kan diskuteras huruvida sådana nya moment tillförs när det i en verkställighetsföreskrift regleras när det är behövligt att tillämpa särskilda arbetsrättsliga villkor och – inte minst – nivån på dessa. Regleringen innebär att det fastställs vilka lägsta nivåer avseende lön, semester och arbetstid som ska gälla för en viss bransch när ett offentligt kontrakt utförs.

Upphandlingsmyndigheten delar inte Utredningens slutsats att föreskrifter och verkställighetsföreskrifter skulle innebära att överprövning av villkoren inte skulle vara möjlig i en enskild upphandling. Av 11 kap. 14 § regeringsformen följer att en föreskrift inte får tillämpas av en domstol om den finner att föreskriften står i strid med en bestämmelse i en överordnad författning. Om en domstol finner att en föreskrift rörande särskilda arbetsrättsliga villkor står i strid med LOU, annan svensk lag eller grundlag eller EU-rätten gäller således att villkoret kan överprövas. En talan med innebörd att villkor om lön, semester och arbetstid uppställda enligt föreskriften strider mot högre rätt torde föranleda en materiell prövning hos domstolen. Risken för tidskrävande processer finns alltså även i dessa fall.

Som utvecklats ovan i punkt 3.4 fyller däremot föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter en viktig funktion för upphandlande myndigheter om de medför att det endast är Upphandlingsmyndigheten som har att avgöra frågan om när det är behövligt att ställa villkoren. Upphandlingsmyndigheten menar dock att detta inte framgår av den föreslagna lagtexten (17 kap. 2 § sista stycket).

Upphandlingsmyndigheten efterfrågar en fördjupad bedömning om föreskrifter eller verkställighetsföreskrifter kan tillämpas, och, om så är fallet, om de aktuella lagrummen kan utformas på sådant sätt att det framgår att regeringen eller den myndighet regeringen bestämmer avgör när det är behövligt att ställa villkoren och nivåerna på dessa.

#### **4. Konsekvenser för Upphandlingsmyndigheten**

Upphandlingsmyndigheten har god erfarenhet av att ta fram upphandlingskriterier. Dessa kriterier omfattar framförallt miljökrav, men även sociala krav. Upphandlingsmyndigheten har vidare erfarenhet av att tillhandahålla upphandlingsstöd. Då upphandlingsstödet nyligen har samlats på en ny myndighet ser Upphandlingsmyndigheten stora möjligheter att utveckla stödet och kunna tillhandahålla konkret vägledning i upphandlingsprocessen. Att utveckla verksamheten vad gäller arbetsrättsliga hänsyn och att tillhandahålla ett stöd i detta avseende ligger således väl i linje med Upphandlingsmyndighetens nuvarande uppdrag.

Upphandlingsmyndigheten förutser dock att det utvidgade uppdraget kommer att kräva stora resurser. Som utredningen anger (s. 176) är de uppgifter som myndigheten föreslås få helt nya. Myndigheten måste hitta en fungerande arbetsmetodik och formerna för samarbetet med övriga berörda aktörer måste utvecklas. Det måste fastställas och tydliggöras vad som avses med att det är "behövligt" att ställa villkoren. Rekrytering av personal med delvis annan kompetens än den som finns inom myndigheten idag kommer att behövas, främst personal med arbetsrättslig kunskap och vana av att tolka kollektivavtal. Inledningsvis kommer det att krävas ett relativt omfattande analysarbete och samråd med arbetsmarknadens parter och övriga intressenter för att kartlägga i vilka fall det är behovligt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor. Därefter ska villkoren fastställas efter samråd med parterna, vilket också kan vara resurskrävande, särskilt i de fall parterna är oeniga om villkorens nivåer. Över tid, när det har analyserats i vilka fall det är behovligt att ställa krav och villkoren i dessa fall har fastställts, kommer arbetet inte att vara fullt lika omfattande, men det kommer att krävas ett kontinuerligt arbete med att revidera bedömningarna. För att den föreslagna regleringen ska få önskat utfall välkomnar Upphandlingsmyndigheten en fortsatt dialog om vilka resurser uppdraget kan kräva.

Rekrytering av kvalificerad personal kan förväntas ta minst ett halvår, från det att Upphandlingsmyndigheten får uppdraget. Därefter ska analysarbetet påbörjas. Även om arbetet till viss del skulle kunna påbörjas med befintlig personal om detta uppdrag prioriteras före andra, kommer det att ta tid från det att Upphandlingsmyndigheten får uppdraget till dess föreskrifter kan utfärdas eller allmänna råd kan lämnas.

Utredningen anger att det kan antas vara svårt för Upphandlingsmyndigheten att redan till den 18 april 2016 bestämma i vilka fall det är behovligt att ställa villkor och att ange dessa villkor. Utredningen anser dock att det inte finns något hinder mot att myndigheten får längre tid på sig att färdigställa arbetet, så länge förutsättningarna i lag är genomförda till det angivna datumet (s. 176).

Som lagförslaget är utformat innebär det enligt Upphandlingsmyndigheten dock att upphandlande myndigheter redan från lagens ikraftträdande är skyldiga att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor när det är behovligt. Finns det inte heller möjlighet för Upphandlingsmyndigheten att ange i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa aktuella villkor kommer det att finnas ett mycket stort behov av stöd redan från lagens ikraftträdande. Detta bör enligt Upphandlingsmyndigheten beaktas när ikraftträdandetidpunkten fastställs.

Datum:  
2015-11-02  
Diarienummer:  
UHM12015-371

---

Generaldirektör Ann-Christin Nykvist har beslutat i detta ärende. Juristen Sofia Mårtensson har varit föredragande. I den slutliga handläggningen har också chefsjuristen Anders Asplund, juristen Henrik Grönberg och juristen Lisa Sennström deltagit.

  
Ann-Christin Nykvist

  
Sofia Mårtensson