



EUROPEISKA  
UNIONEN  
Europeiska  
regionala  
utvecklingsfonden

Upphandlingsdialog

Dalarna



## Hur kan man gå längre än LOU:s regler om arbetsrättsliga villkor?

Rapport av Mathias Sylvan  
Augusti 2018



## Uppdraget

Undertecknad har tidigare skrivit ett PM på uppdrag av Upphandlingsdialog Dalarna (UDD); ”Arbetsrättsliga villkor i upphandling<sup>1</sup>” som färdigställdes i december 2017, och handlar om hur upphandlande myndigheter på bästa sätt kan uppfylla de obligatoriska bestämmelserna om arbetsrättsliga villkor vilka infördes i lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) med ikraftträdande den 1 juni 2017. UDD har nu gett undertecknad i uppdrag att ytterligare utreda på vilka sätt upphandlande myndigheter kan gå längre än de obligatoriska bestämmelserna i 17 kap. 2 – 5 §§ LOU.

Stockholm den 20 augusti 2018

Mathias Sylvan  
Upphandlingsjurist

---

<sup>1</sup> Finns att hämta på:

<http://www.upphandlingsdialogdalarna.se/SiteCollectionDocuments/Social%20h%c3%a5llbarhet/Arbetsr%c3%a4ttsliga%20krav.pdf>

## Hur kan man gå längre än LOU:s regler om arbetsrättsliga villkor?

### Den obligatoriska nivån

Den obligatoriska nivån innebär i korthet att upphandlande myndigheter är skyldiga att, där det är behövt, ställa krav på att leverantörer tillämpar minst lägsta nivåer på svensk arbetsmarknad avseende lön, semester och arbetstid för de arbetstagare som ska utföra kontraktet. De lägsta nivåerna ska följa av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Krav ska också ställas på att leverantören säkerställer att underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet uppfyller samma krav.

När arbetet inte utförs under förhållanden då svensk arbetsrätt är tillämplig ska den upphandlande myndigheten, när det är behövt, kräva att leverantören fullgör kontraktet enligt angivna villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner. ”ILO” står för International Labour Organization, som är ett fackorgan inom FN som antar konventioner på arbetsrättsens område. ILO har tagit fram ett stort antal konventioner men endast åtta hör till de så kallade kärnkonventionerna som rör diskriminering, lika lön, avskaffande av tvångsarbete och barnarbete, föreningsfrihet, organisationsrätt och kollektiv förhandlingsrätt vilka FN har deklarerat som särskilt grundläggande.

I 17 kap. 5 § LOU beskrivs hur leverantörer kan uppfylla kraven på arbetsrättsliga villkor.

Denna rapport rör alltså möjligheterna att gå längre än de krav som är obligatoriska att ställa på leverantörer i upphandlingar och bör läsas mot bakgrund av vad som står i PM, ”Arbetsrättsliga villkor i upphandling”.

### Är det tillåtet att gå längre?

Både utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal, SOU 2015:78 (Utredningen), och regeringen i propositionen 2016/17:163 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling konstaterar att det är tillåtet att ställa strängare krav på arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling. Utredningen motiverar att man lagt de obligatoriska kraven på en miniminivå och begränsat sig till lön, arbetstid och semester med att det är motiverat av proportionalitetsprincipen att inte tvinga upphandlande myndigheter att ställa strängare krav. Utredningen betonar samtidigt att det är tillåtet att gå längre:

*Det ska emellertid framhållas att det enligt utredningens bedömning är möjligt för en upphandlande myndighet att ställa fler eller längre gående villkor än så om myndigheten finner det motiverat.<sup>2</sup>*

Regeringen gör samma bedömning:

---

<sup>2</sup> Upphandling och villkor enligt kollektivavtal, SOU 2015:78, s. 186.

*Det följer av huvudregeln enligt upphandlingsrätten att den upphandlande myndigheten eller enheten i princip får ställa vilka krav den vill så länge kraven har anknytning till det som ska anskaffas och uppfyller de grundläggande principerna, dvs. att de bl.a. är proportionella och icke diskriminerande. Regeringen anser dock inte att det behövs några upplysningsbestämmelser om detta i de nya upphandlingslagarna.<sup>3</sup>*

### Vad innebär det att gå längre?

En upphandlande myndighet som vill gå längre än de obligatoriska bestämmelserna LOU står inför en utmaning. Upphandlingsmyndigheten (UHM) har i uppdrag att vägleda upphandlande myndigheter i hur man kan uppfylla de obligatoriska bestämmelserna angående arbetsrättsliga skyldigheter. Det ingår emellertid inte i UHM:s uppdrag att vägleda upphandlande myndigheter som vill ställa strängare krav.

Det är också upp till den upphandlande myndigheten att själv bestämma om man vill gå längre och hur mycket längre man vill gå. En upphandlande myndighet går ju längre än vad som föreskrivs i LOU redan genom att ställa samma minimikrav också i upphandlingar enligt 19 kap. LOU (det som var regeringens ursprungliga förslag). Den upphandlande myndigheten kanske har större ambitioner än så. En betydligt mer vågad ambitionsnivå är att kräva att leverantören ska teckna kollektivavtal. Däremellan finns ett antal valmöjligheter beroende på den politiska viljan och vilka krav som den upphandlande myndigheten finner lämpligt att ställa i den enskilda upphandlingen. Risker/chansen att leverantörer vill använda sig av utstationerade arbetstagare kan också spela in, i vart fall för hur en leverantör kan anses uppfylla de arbetsrättsliga kraven i upphandlingen.

### Särskilda kontraktsvillkor

Den lämpligaste formen att ställa krav på arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling är villkor för fullgörande av kontrakt. Enligt 17 kap. 1 § LOU får en upphandlande myndighet ställa särskilda miljömässiga, sociala, arbetsrättsliga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Utredningen konstaterar att även om arbetsrättsliga hänsyn också kan tas i andra faser av en upphandling så är det i denna fas som det är möjligt att gå längst<sup>4</sup>. De obligatoriska bestämmelserna utgår från att upphandlande myndigheter ställer krav på arbetsrättsliga skyldigheter i form av villkor för fullgörande av kontrakt. Vill en upphandlande myndighet gå längre än de obligatoriska kraven som finns i 17 kap. 2–5 §§ LOU är det därför lämpligt att också utforma krav på mer långtgående arbetsrättsliga villkor såsom villkor för fullgörande av kontrakt.

### Utstationerad arbetskraft

För den upphandlande myndigheten innebär möjligheten att leverantören kommer använda sig av utstationerad arbetskraft en särskild utmaning. För utstationerade arbetstagare gäller lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare vilket innebär att leverantörer som

<sup>3</sup> Proposition 2016/17:163 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling, s. 34.

<sup>4</sup> SOU 2015:78, s. 108.

använder utstationerad arbetskraft inte får tvingas att tillämpa arbetsrättsliga villkor som går utöver det som brukar beskrivas som ”den hårda kärnan” av anställningsvillkor som gäller i beställarlandet. Dessa villkor innefattar bland annat minimilön, längsta arbetstid och minsta antal betalda semesterdagar.

Av EU-domstolens dom i *Laval*<sup>5</sup> framgår att minimikraven i utstationeringsdirektivet också är tak. En upphandlande myndighet får inte tvinga leverantörer att tillämpa strängare arbetsrättsliga skyldigheter för utstationerad arbetskraft<sup>6</sup>. Det ska dock tilläggas att EU-parlamentet den 29 maj 2018 röstade för en skärpning av utstationeringsdirektivet vilket bland annat innebär att utstationerade arbetstagare ska ha samma lön som inhemska arbetstagare. I denna rapport utgår jag emellertid från vad som är gällande rätt idag.

I vissa upphandlingar är det vanligare att arbetet kan komma att utföras med utstationerade arbetstagare (till exempel byggtrepnader) medan det i upphandlingar som riktas mot andra branscher är nästan uteslutet att arbetet kan utföras av annan än inhemsk personal på grund av uppdragets karaktär och varaktighet.

En fråga är hur myndigheten kan förhålla sig till den eventualiteten att leverantörer kan komma att utföra uppdraget helt eller delvis med utstationerade arbetstagare. Här har Utredningen och regeringen olika uppfattningar om angreppssätt. Enligt Utredningen torde det vara förenligt med unionsrätten att behandla leverantörerna olika beroende på om de använder sig av utstationerade arbetstagare eller inte<sup>7</sup>. Det skulle alltså vara möjligt att kräva strängare arbetsrättsliga kontraktsvillkor när arbetet utförs av inhemska leverantörer som använder inhemsk arbetskraft medan för leverantörer som använder sig av utstationerade arbetstagare så begränsas de arbetsrättsliga villkoren till den hårda kärnan enligt utstationeringslagen.

Regeringen, å andra sidan, är tveksam till denna lösning. Enligt regeringen kan det strida mot likabehandlingsprincipen om olika krav ställs på leverantörerna beroende på om de kan åberopa en utstationeringssituation eller inte<sup>8</sup>. Regeringen föreslår därför en lösning som innebär att den upphandlande myndigheten ställer samma krav på samtliga leverantörer men där dessa krav kan uppfyllas på olika sätt.

Den lösning som regeringen/lagstiftaren har valt innebär alltså att leverantörer kan uppfylla kraven på olika sätt. En leverantör kan uppfylla kraven som den upphandlande myndigheten ställer genom att tillämpa de minimivillkor avseende lön, arbetstid och semester som anges i upphandlingen och som är hämtade från det kollektivavtal som den upphandlande myndigheten valt ut. Men leverantören kan också uppfylla kravet genom att tillämpa motsvarande villkor i ett annat centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Slutligen kan leverantören uppfylla

---

<sup>5</sup> C-341/05.

<sup>6</sup> SOU 2015:78, s. 91

<sup>7</sup> *Ibid*, s. 121.

<sup>8</sup> Prop. 2016/17:163, s. 57.

de arbetsrättsliga kraven i upphandlingen genom att tillämpa villkoren som anges i utstationeringslagen om leverantören är en sådan arbetsgivare som avses i den lagen.

Utstationeringslagen bygger på ett direktiv från EU och innehåller bestämmelser för villkoren för arbetstagare som är utstationerade i en annan medlemsstat än den de är anställda i, dvs. tillfälligt arbetar i en annan medlemsstat. Enligt bestämmelserna måste utstationerade arbetstagare åtminstone få samma rättigheter som de miniminivåer som inhemska arbetstagare har rätt till. Dessa minimivillkor enligt utstationeringslagen är bland annat minimilön och lägsta antalet semesterdagar som gäller i branschen.

Enligt LOU är upphandlande myndigheter, när det är behövligt, skyldiga att ställa samma krav på arbetsrättsliga villkor, dvs. att leverantörerna tillämpar i upphandlingen angivna minimivillkor avseende lön, semester och arbetstid för de arbetstagare som ska utföra arbetet enligt kontraktet. Leverantörerna kan sedan uppfylla dessa krav på olika sätt. Samma lösning kan dock användas också när den upphandlande myndigheten vill gå längre än de lägsta nivåer som anges i LOU. Den upphandlande myndigheten kan till exempel ställa krav på normalvillkor avseende lön, semester och arbetstid samt även krav på tjänstepension och försäkringar enligt ett kollektivavtal men samtidigt ange olika sätt på vilka leverantörer kan uppfylla kraven.

För leverantörer som omfattas av utstationeringslagen gäller att de alltid uppfyller kraven, oavsett hur stränga de är, genom att de tillämpar de villkor som följer enligt utstationeringslagen. Se vidare nedan angående hur leverantörer kan uppfylla strängare krav på arbetsrättsliga villkor.

## Principerna

Vid utformningen av strängare arbetsrättsliga villkor måste de grundläggande unionsrättsliga principerna beaktas. Likabehandlingsprincipen innebär till exempel att strängare krav än de som följer av utstationeringslagen inte får ställas på företag som är etablerade i andra EES-länder eftersom de i så fall skulle få en dubbel börda i förhållande till företag som finns i beställarlandet, de skulle inte bara behöva följa etableringslandets utan också beställarlandets arbetsrätt.

En upphandlande myndighet som vill ställa strängare krav kan hävda att denna hänsyn inte gör sig gällande i förhållande till inhemska leverantörer som använder inhemsk arbetskraft. Inhemska leverantörer kan inte hävda att de drabbas av någon dubbel börda om den upphandlande myndigheten ställer krav på normalvillkor enligt kollektivavtal. Den upphandlande myndigheten kan till och med hävda att likabehandlingsprincipen utgör skäl för att ställa strängare krav eftersom inhemska leverantörer som är bundna vid kollektivavtal och därmed skyldiga att tillämpa normalvillkor samt också ta kostnader för tjänstepension och försäkringar missgynnas om andra inhemska konkurrenter kan pressa sina priser eftersom de erbjuder sin personal sämre villkor.

En annan princip som påverkat utformningen av bestämmelserna i 17 kap. 2–5 §§ LOU bör också beaktas när en upphandlande myndighet vill gå längre. Denna princip säger att en åtgärd måste vara lämplig för att uppnå syftet och inte gå utöver vad som är nödvändigt.

Enligt proportionalitetsprincipen måste krav i en upphandling vara kopplade till kontraktsföremålet, eller med andra ord ha anknytning till det som ska anskaffas.

Enligt regeringen kan det strida mot proportionalitetsprincipen att ställa krav på arbetsrättsliga skyldigheter som omfattar alla arbetstagare hos en stor leverantör trots att bara en viss yrkesgrupp eller verksamhet ska fullgöra kontraktet. För övrig personal skulle ett sådant krav sakna anknytning till det som ska anskaffas. Krav att också stödjande administrativ personal hos en leverantör ska omfattas trots att de bara i begränsad utsträckning berörs kan också vara oproportionerligt<sup>9</sup>. Det finns skäl att tänka på samma sätt också när man ställer mer långtgående krav på arbetsrättsliga villkor. Kraven bör alltså begränsas till de arbetstagare som utför arbetet enligt kontraktet.

Av samma principiella skäl anser regeringen att kravet på lön inte kan omfatta permitteringslön. Lönen ska avse ersättning för utfört arbete. Lön vid permittering har därför inte heller anknytning till det som ska anskaffas<sup>10</sup>.

Enligt regeringen innebär proportionalitetsprincipen också hinder mot att ställa krav på att arbetsrättsliga villkor ska omfatta underleverantörer som befinner sig långt bak i leverantörskedjan<sup>11</sup>. Bara underleverantörer som direkt medverkar vid fullgörande av kontraktet omfattas därför av de obligatoriska kraven. Enligt 17 kap. 2 § andra stycket LOU ska den upphandlande myndigheten kräva att leverantören säkerställer att dennes underleverantörer som direkt medverkar till att fullgöra kontraktet också uppfyller minimikraven avseende lön, arbetstid och semester. Detta innebär till exempel att krav på arbetsrättsliga villkor som omfattar alla underleverantörer som tillverkar material som ingår i en vara, eller tillverkar byggmaterial till en byggentreprenad kan vara oproportionerliga och strida mot denna bestämmelse<sup>12</sup>. Detta borde även gälla om den upphandlande myndigheten vill ställa strängare krav. Även mer långtgående krav på arbetsrättsliga villkor bör alltså begränsas till leverantörens personal och underleverantörers personal som direkt medverkar vid fullgörandet av kontraktet.

Enligt transparensprincipen måste krav och kriterier i en upphandling vara tydligt och fullständigt angivna så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare förstår dem på samma sätt. Detta innebär att den upphandlande myndigheten måste precisera vilka arbetsrättsliga villkor som gäller liksom vilka nivåer för olika kategorier av arbetstagare. Ett allmänt hållet krav är alltså inte tillräckligt. Det är inte heller tillräckligt att den upphandlande myndigheten hänvisar till ett kollektivavtal där leverantörerna själva får leta upp de relevanta villkoren. Enligt 17 kap. 3 § första stycket LOU ska nivåerna på villkoren anges.

Den upphandlande myndigheten måste alltså precisera vilken minimilön som gäller för olika kategorier av arbetstagare, vilken OB och övertidsersättning, lägsta tillåtna antal

---

<sup>9</sup> Ibid., s. 43.

<sup>10</sup> Ibid., s. 37.

<sup>11</sup> Ibid., s. 53.

<sup>12</sup> Ibid.



semesterdagar etc. Detta gäller också om den upphandlande myndigheten ställer strängare krav. Också då måste dessa villkor anges i upphandlingsdokumentet.

### Hur gör man?

Det finns inga enkla sätt att ställa krav på arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling. Detta gäller oavsett om den upphandlande myndigheten nöjer sig med att ställa krav på de lägsta nivåer som anges i 17 kap. 2–3 §§ LOU eller om den upphandlande myndigheten ställer strängare krav. Det finns ingen standardiserad text som den upphandlande myndigheten kan lägga till i sina mallar och använda i alla upphandlingar oavsett vad upphandlingen avser. Av transparensprincipen följer att kraven måste anpassas och preciseras för varje upphandling för sig. Detta framgår också av Sveriges Kommuner och Landstings cirkulär enligt vilket det inte är *"tillräckligt att hänvisa till ett kollektivavtal i sig och att leverantörerna därefter själva ska identifiera de villkor som ska gälla"*<sup>13</sup>. De arbetsrättsliga villkoren måste preciseras i varje upphandling för sig. "Det krävs", enligt SKL, *"i princip att villkoren skrivs ut i upphandlingsdokumenten"*<sup>14</sup>. Ett undantag från denna skyldighet att precisera de arbetsrättsliga villkoren gäller dock för det fall då arbetet inte kommer utföras enligt svensk arbetsrätt.<sup>15</sup> Skyldigheten att precisera de arbetsrättsliga villkoren gäller även om den upphandlande myndigheten ställer strängare krav.

Den upphandlande myndigheten måste också beakta möjligheten att arbetet kan komma att utföras på plats där svensk arbetsrätt inte gäller. Varor tillverkas normalt utanför Sveriges gränser. En del tjänster kan utföras på distans. Så var fallet i Bundesdruckerei<sup>16</sup> där EU-domstolen ansåg att krav att arbetstagarna skulle ha den minimilön som gällde enligt tysk rätt stred mot artikel 56 i funktionsfördraget om fri rörlighet för tjänster eftersom arbetet skulle utföras av polska arbetstagare i Polen. I detta fall var det alltså inte en utstationeringssituation. Det gick därför inte ens att kräva att tysk minimilön skulle gälla, än mindre tysk normallön.

För dessa fall när arbetet ska utföras där svensk arbetsrätt inte är tillämplig gäller enligt 17 kap. 4 § LOU att den upphandlande myndigheten, om det är behövligt, ska kräva att leverantören och dennes underleverantörer som direkt medverkar vid fullgörandet av kontraktet tillämpar villkoren i ILO:s kärnkonventioner. Detta innebär en betydligt lägre nivå än som följer av svenska regler, även minimiregler. Det finns möjligheter för upphandlande myndigheter att gå längre och kräva att beställarlandets arbetsrätt ska gälla. Här finns dock utmaningar vad gäller kontrollen av att kraven uppfylls.

En upphandlande myndighet som vill ställa strängare krav på arbetsrättsliga skyldigheter väljer lämpligen upphandlingar där arbetet måste utföras i Sverige. Ett av flera exempel på detta är persontransporter (skolskjuts, färdtjänst och sjuktransporter). När det gäller tjänster av detta slag är möjligheten också liten att uppdraget kan utföras av utstationerad personal eftersom uppdraget kräver att personalen har viss lokal-kännedom och kan

---

<sup>13</sup> SKL, cirkulär 17:38 "Arbetsrättsliga villkor vid upphandling".

<sup>14</sup> Ibid.

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> C-549/13

kommunicera med passagerarna på svenska språket. Uppdraget har normalt också en längre varaktighet.

Oavsett vilken nivå på kraven som den upphandlande myndigheten väljer är det lämpligt att utforma kraven så att det alltid är tillåtet för leverantören att ge arbetstagarna ännu förmånligare villkor än de krav som ställs i upphandlingen.

### Krav på kollektivavtal

Det absolut enklaste men också det mest utmanande sättet att gå längre än de obligatoriska bestämmelserna i LOU är att kräva att leverantören har kollektivavtal. Den upphandlande myndigheten kan ange vilket kollektivavtal men också godta annat likvärdigt kollektivavtal. Det är emellertid en utbredd uppfattning att krav att leverantören ska ha kollektivavtal strider mot de grundläggande principerna, särskilt proportionalitetsprincipen<sup>17</sup>.

Kollektivavtalet omfattar leverantörens hela företag och inte bara de arbetstagare som utför arbetet enligt kontraktet varför ett krav att leverantören ska ha kollektivavtal kan anses sakna anknytning till det som ska anskaffas. Kollektivavtalen är inte alltid offentliga vilket medför ett transparensproblem. Frågan om det är tillåtet att kräva att leverantören har kollektivavtal har dock inte besvarats av EU-domstolen.

Dock ska påpekas att de grundläggande EU-rättsliga principerna bara gäller antingen när detta föreskrivs i LOU eller upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse. För upphandlingar av sociala tjänster och andra särskilda tjänster under tröskelvärdet på 750 000 euro, vilket idag motsvarar 7 113 450 kr finns det som huvudregel inget gränsöverskridande intresse<sup>18</sup>. Av direktiv 2014/24/EU, skäl 114 framgår att det hör till de absoluta undantagen att sådana upphandlingar under tröskelvärdet skulle ha ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Enligt lagändringar i LOU, som träder kraft den 1 januari 2019, ska som huvudregel endast några få bestämmelser i LOU tillämpas i upphandlingar under tröskelvärdet 750 000 Euro. Principerna ska inte vara tillämpliga på dessa upphandlingar. Enligt regeringen är dessa upphandlingar *"en nationell angelägenhet som uteslutande regleras av medlemsstatens egen lagstiftning"*<sup>19</sup>. Endast om upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse gäller principerna för upphandlingen. Faktorer som enligt EU-domstolen avgör om det finns ett bestämt gränsöverskridande intresse är upphandlingens värde, den plats där uppdraget ska utföras, tekniska aspekter och om klagomål ingivits av aktörer i andra medlemsstater<sup>20</sup>. Regeringen har för avsikt att ge UHM i uppdrag att ge vägledning när ett bestämt gränsöverskridande intresse kan anses föreligga.

I upphandlingar av sociala tjänster under tröskelvärdet 750 000 euro som saknar ett gränsöverskridande intresse är principerna således inget hinder mot att ställa krav på att

---

<sup>17</sup> Sundstrand, s. 16.

<sup>18</sup> Direktiv 2014/24/EU, skäl 114.

<sup>19</sup> Proposition 2017/18:158, s. 71.

<sup>20</sup> C-113/13, *Spezzino*, p. 49.

leverantören har kollektivavtal när denne utför kontraktet. Det torde inte finnas något hinder i svensk lag heller. Det har gjorts gällande "att krav på anslutning till en förening skulle bryta mot den negativa föreningsfriheten som stadgas i EKMR [Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna]"<sup>21</sup>. Ett krav på att en leverantör ska teckna ett så kallat hängavtal innebär emellertid inte att leverantören måste ansluta sig till en förening. I *Gustafsson mot Sverige*<sup>22</sup>. fann Europadomstolen att den svenska arbetsmarknadsmodellen där facket kan vidta stridsåtgärder för att en restaurangägare ska ingå hängavtal inte stred mot föreningsfriheten. Det har också gjorts gällande att krav att leverantör ska teckna hängavtal skulle strida mot avtalsfriheten<sup>23</sup>. Inte heller den invändningen förefaller särskilt rimlig. Avtalsfriheten innebär att avtalets parter är fria att bestämma villkoren i ett avtal. Ett sådant villkor kan vara att en av parterna ska teckna avtal med annan. Det är till exempel vanligt att standardavtal innehåller krav på leverantörer ska teckna en ansvarsförsäkring<sup>24</sup> vilket innebär att leverantören tar på sig en förpliktelse att ingå avtal med annan, dvs. ett försäkringsbolag. Enligt svensk rätt borde det alltså vara tillåtet att en upphandlande myndighet ställer krav på att leverantören har kollektivavtal när upphandlingen avser en välfärdstjänst under tröskelvärdet och det saknas ett gränsöverskridande intresse. Ett sådant krav skulle kunna utformas på följande sätt:

*Leverantören är skyldig att, när kontraktet ska fullgöras, ha kollektivavtal som är tillämplig på det arbete som ska utföras enligt kontraktet. Senast första dagen för avtalet ska leverantören på begäran lämna bevis på att leverantören tecknat sådant kollektivavtal.*

### Krav på normalvillkor enligt kollektivavtal

Även för upphandlingar som omfattas av LOU är det möjligt att ställa strängare krav på arbetsrättsliga villkor än som följer av bestämmelserna i LOU. Det är min bedömning att en upphandlande myndighet, i stället för att kräva lägsta nivåer avseende lön, semester och arbetstid, kan ställa krav på att *normalnivåer* som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen ska gälla. Den upphandlande myndigheten kan även kräva att leverantören uppfyller andra villkor enligt samma kollektivavtal såsom tjänstepension och försäkringar för de berörda arbetstagarna.

En upphandlande myndighet som vill ställa mer långtgående krav på arbetsrättsliga skyldigheter måste emellertid göra ett grundligt arbete och därvid gå till väga på i princip samma sätt som gäller för en upphandlande myndighet som bara ställer krav på lägsta nivåerna.

I enlighet med transparensprincipen måste den upphandlande myndigheten ange de nivåer som ska gälla (t.ex. ange vilken normallön som gäller för olika kategorier av arbetstagare, vilken övertidsersättning, OB etc. som ska gälla). Den upphandlande myndigheten måste ange dessa villkor på ett tydligt och fullständigt sätt. Den upphandlande myndigheten kan till upphandlingsdokumentet bifoga det kollektivavtal vars villkor man kräver med tydliga

---

<sup>21</sup> Sundstrand, s. 17.

<sup>22</sup> Europadomstolen, dom den 25 april 1996 i mål 15573/89 *Gustafsson v. Sweden*.

<sup>23</sup> Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun "Upphandling och arbete i EU", Sieps 2013, s. 140.

<sup>24</sup> Se t.ex. ABK 09, kap. 5 § 10.

hänvisningar var i kollektivavtalet dessa villkor framgår. Ett lämpligare sätt är att lyfta ut och tydligt ange de villkor som ska gälla i en särskild bilaga till upphandlingsdokumentet. För att få information om vilka villkor som är normalvillkor och vilka nivåer som är normalnivåer bör den upphandlande myndigheten föra en dialog med arbetsmarknadens parter. En del kollektivavtal innehåller tarifflöner som tar hänsyn till erfarenhet och arbetsuppgifter. Arbetsmarknadens parter tar också fram gemensam lönestatistik. Det finns med andra ord gott om underlag för att fastställa en ”normallön” för ett visst arbete.

Den upphandlande myndigheten bör utgå från ett kollektivavtal vars löptid sammanfaller med det upphandlade uppdragets löptid. Om nivåerna ändras till följd av att ett nytt kollektivavtal förhandlas fram bör det framgå av de arbetsrättsliga villkoren i upphandlingen att leverantören också ska följa de nya nivåerna från den tidpunkt de börjar gälla enligt kollektivavtalet.

Den upphandlande myndigheten måste också ange på vilka olika sätt en leverantör kan uppfylla kraven. Även här kan man följa samma recept som enligt LOU gäller för hur leverantörer kan uppfylla krav på lägsta nivåer<sup>25</sup>. Detta innebär att en leverantör som är bunden vid eller tillämpar motsvarande villkor i ett annat centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen också uppfyller kraven i upphandlingen. Samtliga villkor som leverantören tillämpar måste dock vara hämtade från ett och samma kollektivavtal.

Använder leverantören utstationerad arbetskraft ska leverantören också anses uppfylla de arbetsrättsliga villkoren om den är en arbetsgivare som omfattas av tillämpnings-området för lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare och leverantören tillämpar motsvarande villkor om arbets- och anställningsvillkor enligt utstationeringslagen.

En upphandlande myndighet som vill ställa strängare krav på arbetsrättsliga skyldigheter bör ge leverantörer samma möjligheter som enligt 17 kap. 2-5 § LOU att uppfylla kraven. Det innebär att även leverantörer som följer villkoren bestämmelserna i kollektivavtalet utan att vara bundna av kollektivavtalet uppfyller kraven i upphandlingen. Den lösning som lagstiftaren har valt är inte oproblematisk. Både arbetstidslagen och semesterlagen innehåller nämligen semidispositiva bestämmelser som bara får frångås av leverantörer som är bundna av kollektivavtal. Leverantörer som följer, utan att vara bundna av, kollektivavtalet har ingen rätt att avvika från de semidispositiva bestämmelserna i arbetstidslagen och semesterlagen. Den lösning som lagstiftaren har valt innebär alltså att leverantörer kan uppfylla de arbetsrättsliga skyldigheterna i LOU men samtidigt bryta mot arbetstidslagen och semesterlagen<sup>26</sup>.

Denna problematik är svår att undvika också om den upphandlande myndigheten ställer krav på normalvillkor. Även kollektivavtalets normalvillkor innehåller avsteg från semidispositiva bestämmelser i lag till arbetstagarnas nackdel.

---

<sup>25</sup> 17 kap. 5 § LOU.

<sup>26</sup> Se prop. 2016/17:163, s. 56 och s. 74.

Den ordning som föreslås i denna rapport är alltså att den upphandlande myndigheten ställer samma krav på alla leverantörer men samtidigt föreskriver olika sätt att uppfylla dessa krav. En fråga är om detta är förenligt med likabehandlingsprincipen, dvs. att inhemska leverantörer måste tillämpa mer generösa anställningsvillkor på sina arbetstagare än leverantörer som använder utstationerade arbetstagare. Det har gjorts gällande att det inte är möjligt att negativt särbehandla leverantörer från det egna landet i en upphandling<sup>27</sup>. Detta är en slutsats som inte bekräftas av EU-domstolens praxis. Utredningen konstaterar att de rättsfall som åberopats till stöd för denna slutsats<sup>28</sup> inte avser negativ särbehandling av inhemska leverantörer<sup>29</sup>.

Det kan också göras gällande att krav på tjänstepension är oproportionerligt eftersom ett kontrakt ska utföras under en begränsad tid. Rätten till tjänstepension regleras i kollektivavtal och avser ett långsiktigt avtalsförhållande mellan arbetsgivare och arbetstagare. En förutsättning för att tjänstepensionen ska ha någon betydelse är att premier betalats in under en längre tid. Den omständigheten att leverantören måste betala in tjänstepension under en kortare period, dvs. den period som kontraktet ska fullgöras, kan därför anses sakna någon större betydelse för arbetstagaren.

Det kan dock vara fråga om många återkommande korta kontrakt. Det kan också anföras att det är en otillbörlig konkurrensfördel för leverantörer som saknar kollektivavtal om dessa slipper kostnad för till exempel tjänstepension och följaktligen kan pressa sina priser i förhållande till leverantörer som är bundna vid kollektivavtal<sup>30</sup>. Ett sätt att åstadkomma lika konkurrensförutsättningar är att leverantörer som inte har kollektivavtal eller på annat sätt betalar till tjänstepension och försäkringar åt sina anställda ges möjligheten att uppfylla krav på tjänstepension och försäkringar genom att de betalar berörda arbetstagare motsvarande värde som påslag på lönen under den tid då kontraktet utförs. Denna möjlighet att uppfylla kravet skulle i en upphandling kunna utformas på följande sätt:

*I stället för avsättning till tjänstepension och försäkringar kan leverantör betala motsvarande värde i form av påslag på normallönen.*

---

<sup>27</sup> Andrea Sundstrand, Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling, Konkurrensverket Uppdragsforskningsrapport 2015:2, s. 16.

<sup>28</sup> Kommissionen mot Italien, C-263/85, C-351/88, C-21/88, C-360/89 och kommissionen mot Österrike C-328/96.

<sup>29</sup> SOU 2015:78, s. 120

<sup>30</sup> En arbetsgivares kostnad för tjänstepension är ca 4,5 procent av lönen upp till ett visst basbelopp, ofta 7,5 basbelopp, och 30 procent därutöver.

### När svensk arbetsrätt inte är tillämplig

När svensk rätt inte är tillämplig på det arbete som ska utföras enligt kontraktet gäller att den upphandlande myndigheten, om det är behövt, ska ställa villkor enligt ILO:s kärnkonventioner<sup>31</sup>. Upphandlande myndigheten kan gå längre genom att kräva att leverantören följer de arbetsrättsliga bestämmelser som gäller där arbetet utförs<sup>32</sup>.

Av Bundesdruckerei (sid. 9) följer att det inte är tillåtet att kräva att svensk arbetsrätt, vare sig minimivillkor eller normalvillkor, får ställas då arbetet utförs där svensk arbetsrätt inte är tillämplig.

I PM ”Arbetsrättsliga villkor i upphandling” ges exempel på hur ett krav på arbetsrättsliga villkor kan formuleras som täcker de fall då arbetet ska utföras utan att svensk arbetsrätt blir tillämpligt.

### Kontroll av kraven

De förslag som ges i PM ”Arbetsrättsliga villkor i upphandling” på hur den upphandlande myndigheten kan kontrollera att leverantören och berörda underleverantörer uppfyller de arbetsrättsliga villkoren i upphandlingen gäller också när den upphandlande myndigheten går längre. Som utgångspunkt kan den upphandlande myndigheten förlita sig på leverantörens uppgifter och egenkontroll. Detta kan kompletteras med stickprovskontroller och/eller särskilda kontroller vid befogad misstanke att villkoren inte följs.

Stockholm den 20 augusti 2018

Mathias Sylvan  
Upphandlingsjurist

---

<sup>31</sup> ILO:s kärnkonventioner finns inom fyra områden:

Föreningsfrihet och organisationsrätten Konvention 87: Föreningsfrihet och skydd för rätten att organisera Konvention 98: Rätten att organisera och förhandla kollektivt Tvångsarbete Konvention 29: Förbud mot tvångs- och straffarbete Konvention 105: Avskaffande av tvångsarbete Diskriminering Konvention 100: Lika lön för lika arbete oavsett kön Konvention 111: Om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning Barnarbete Konvention 138: Minimialder för arbete Konvention 182: Förbud mot de värsta formerna av barnarbete

<sup>32</sup> Proposition 2016/17:163 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling, s. 1.

