
Kerstin Ahlberg

Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt:
Vad är möjligt och vad är lämpligt?

2016 nr 1

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt: Vad är möjligt och vad är lämpligt?

Kerstin Ahlberg*

1. Inledning

I vilken utsträckning är det möjligt – det vill säga tillåtet enligt upphandlingslagstiftningen och förenligt med EU-rätten – att kräva att leverantörer tillämpar kollektivavtalsenliga villkor för sina anställda när de utför offentliga kontrakt? Frågan har varit högaktuell i Sverige på sistone och sysselsatt forskare, utredare, myndigheter och juridikstuderande.

Som en av de första åtgärderna när Konkurrensverket år 2014 fick ansvar för det samlade statliga upphandlingsstödet initierade verket ett projekt om arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal.¹ Inom ramen för Konkurrensverkets uppdragsforskning gjorde docent Andrea Sundstrand samtidigt en utredning om de rättsliga möjligheterna att ställa sådana krav.² Samma år tillsatte regeringen en särskild utredare, professor Niklas Bruun, som skulle föreslå lagstiftning om krav på kollektivavtalsenliga villkor vid upphandling.³ Utredningen överlämnade sitt delbetänkande i september 2015.⁴ Till detta kommer en rad examensarbeten vid universitetens juridiska institutioner, av vilka ett par har resulterat i artiklar i UrT.⁵

En sammanfattande slutsats av alla dessa utredningar och rapporter är att rättsläget på många punkter är oklart. En ny bit i pusslet med att klargöra rättsläget lades emellertid i november 2015 med EU-domstolens dom *RegioPost*.⁶ Där förtydligade domstolen innebörden av ett uttalande i domen *Rüffert*, som ofta har anförts som ett belegg för att möjligheterna är begränsade på ett visst sätt.⁷

Frågan om vad som är rättsligt möjligt är i Sverige sammanflätad med den

* Jur. dr., föreståndare för Institutet för social civilrätt, Stockholms universitet.

¹ Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, Konkurrensverket, Rapport 2015:6.

² Sundstrand, Andrea, Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling, Konkurrensverket, Uppdragsforskningsrapport 2015:2.

³ Upphandling och villkor enligt kollektivavtal, Dir. 2014:162. Artikelförfattaren medverkade i utredningen som expert.

⁴ Upphandling och villkor enligt kollektivavtal Betänkande av utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal, SOU 2015:78.

⁵ Nyreöd, Jesper, Kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling, UrT 2014:1, s.67; Fahlin Strömberg, Ragnar, Vita Jobb-modellen och offentlig upphandling, UrT 2015:3, s. 277.

⁶ Dom *RegioPost*, C-115/14, EU:C:2015:760.

⁷ Dom *Rüffert*, C-346/06, EU:C:2008:189.

politiska frågan om vad som är lämpligt. Det är nämligen inte alldeles enkelt att förena traditionerna på den svenska arbetsmarknaden, framför allt när det gäller reglering av lön, med de EU-rättsliga principerna om öppenhet, likabehandling och proportionalitet. Ett återkommande argument i remissyttrandena över i det utredningsbetänkande som nämns ovanför var att vissa av förslagen stred mot den svenska modellen. Frågan är dock om det över huvud taget går att införa en ordning som både tillgodoser de EU-rättsliga principerna med hänsyn till leverantörerna och samtidigt är någorlunda hanterlig för de upphandlande myndigheterna, utan att göra smärre avsteg från några av den svenska arbetsmarknadsmodellens heliga principer.

I den här artikeln redogör jag för rättsläget som det ser ut efter domen *RegioPost* och avslutar med några personliga reflektioner kring de politiska val som regeringen ställs inför när den nu förbereder sin proposition.

2. Kort om den svenska modellens särdrag

Ett särdrag för den svenska arbetsmarknadsmodellen i ett internationellt perspektiv är dess starka privaträttsliga förankring.

I de allra flesta av EU:s medlemsländer har staten en betydligt större roll i regleringen av arbetsmarknaden, särskilt när det gäller löner. Kollektivavtal ses som ”yrkets förhandlade lag” och ges en offentligrättslig karaktär genom olika system för att göra dem allmängiltiga. På så sätt blir kollektivavtalens normerande bestämmelser bindande för alla arbetsgivare och arbetstagare inom det geografiska och yrkesmässiga område som avtalet har slutits för.⁸ Därför måste de också publiceras. En majoritet av länderna har också en lagstadgad minimilön.

Sverige är det ena av endast tre medlemsländer som inte har vare sig allmängiltiga kollektivavtal eller lagstadgad minimilön (de andra är Danmark och Italien).⁹ De svenska kollektivavtalen har privaträttslig karaktär. Arbetsmarknadens parter förhandlar enbart på uppdrag av sina medlemmar och kan inte sluta avtal för några andra än dem.¹⁰ Om arbetsgivaren är oorganiserad och inte heller har slutit ett så kallat hängavtal med en facklig organisation finns det med andra ord ingen norm för vilken lön som arbetstagaren har rätt till.

En konsekvens av det privaträttsliga anslaget är att parterna är kollektivavtalens herrar. Så länge de är överens om vad ett avtal innebär så är det deras tolkning

⁸ Se till exempel Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, Kollektivavtal i EU Om allmängiltiga avtal och social dumping, Juristförlaget 1996.

⁹ Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen, Betänkande av Lavalutredningen, SOU 2008:123, s. 187 f.

¹⁰ Enligt lag (1982:80) om anställningsskydd, LAS, och Semesterlag (1977:480) får en arbetsgivare som är bunden av kollektivavtal om avsteg från vissa dispositiva regler i dessa lagar dock tillämpa kollektivavtalet även på utomstående arbetstagare.

som gäller, oberoende av hur utomstående må uppfatta ordalydelsen. Parterna avgör också själva om avtalet ska göras tillgängligt utanför organisationerna, och i så fall på vilket sätt.

Och arbetsmarknadens parter kan vara oense om mycket, men att de här grunderna för den svenska modellen bör bevaras är de med mycket få undantag överens om. Samtidigt är det dessa som gör det komplicerat att hitta en fungerande ordning för att ställa krav på villkor enligt svenska kollektivavtal vid upphandling. Den praxis från EU-domstolen som drar upp gränserna för vad som är förenligt med EU-rätten är nämligen lättare att tillämpa på de offentlig-rättsligt präglade arbetsmarknadssystemen.

3. Stötestenar i mötet med EU-rätten

Avsikten här är inte att ge någon ingående redogörelse för de ramar som EU-rätten drar upp, enbart att ta upp några av de största stötestenarna när den ska tillämpas på den svenska arbetsmarknadsmodellen.¹¹

3.1 Vad innebär likabehandlingsprincipen?

En sådan stötesten är hur man ska förhålla sig till det faktum att en del av de tjänsteupphandlingar som har ett bestämt gränsöverskridande intresse kan komma att utföras av utstationerade arbetstagare, det vill säga arbetstagare som tillfälligt sänds ut till Sverige från leverantörer i andra länder. I de fallen måste de arbetsrättsliga kontraktsvillkor som den upphandlande myndigheten ställer hålla sig inom de ramar som utstationeringsdirektivet drar upp.¹²

Enligt direktivet ska utstationerade arbetstagare tillförsäkras ”svenska” arbets- och anställningsvillkor på ett antal områden som specificeras i direktivet, bland annat lön. Efter domarna *Laval* och *Rüffert* står det emellertid klart att en värdstat eller dess fackföreningar inte kan tvinga det utländska företaget att tillämpa värdstatens villkor på andra områden än dem som direktivet anger – och inte heller något utöver dess minimivillkor på dessa områden.¹³

Vid upphandling av tjänster som inte ska utföras av utstationerade arbetstagare har myndigheten friare händer när den formulerar krav på arbets- och anställningsvillkor. Upphandlingsdirektiven i sig innehåller nämligen inga särskilda restriktioner för just denna typ av villkor så länge de är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering,

¹¹ För mer ingående genomgångar hänvisar jag till tidigare artiklar i UfT av Nyrreröd respektive Fahlin Strömberg, (se not 5 ovan).

¹² Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

¹³ Dom *Laval un Partneri*, C-341/05, EU:C:2007:809; dom *Rüffert*, EU:C: 2008:189.

öppenhet och proportionalitet och är kopplade till föremålet för kontraktet. De nya direktiven från år 2014 innehåller tvärtom bestämmelser som kan uppmuntra myndigheterna att ta in klausuler om arbetsvillkor i sina kontrakt. Sålunda lyder artikel 18.2 i direktiv 2014/24/EU:

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.¹⁴

Dilemmat för en upphandlande myndighet som håller på att utforma sina kontraktsvillkor är att den då fortfarande inte vet om tjänsten kommer att utföras av utstationerade arbetstagare. Utstationering är i realiteten mycket koncentrerad till vissa branscher, men i en enskild upphandling kan det vara svårt att utesluta att någon utländsk leverantör skulle vilja utföra arbetet med utstationerad arbetskraft.¹⁵ Handlar det om ett stort byggkontrakt måste myndigheten utgå från att det kan bli så, i andra fall är det möjligt men långt ifrån givet, men det finns också tjänster som det är svårt att tänka sig utföras av annat än lokalt anställd personal (även om leverantören kan komma från något annat land).

Den upphandlingsrättsliga frågan blir då om det går att i en och samma upphandling ställa upp olika arbetsrättsliga kontraktsvillkor beroende på om den som tilldelas kontraktet använder inhemsk eller utstationerad personal. Eller kräver likabehandlingsprincipen att myndigheten avstår från att ställa krav som går utöver vad utstationeringsdirektiven tillåter om det finns den minsta teoretiska möjlighet att någon leverantör vill lämna in ett anbud som förutsätter att arbetet ska utföras av utstationerad arbetskraft?

Konkurrensverket konstaterar i sin rapport om arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal att det inte finns någon rättspraxis som ger ett entydigt svar på frågan.¹⁶ Verkets egen bedömning är dock att det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att ställa olika krav på anbudsgivare med respektive utan utstationerad personal, om det inte finns sakliga skäl för att behandla dem olika. Frågan om det finns sådana sakliga skäl måste alltid prövas i det enskilda fallet och avgöras av den upphandlande myndigheten, som riskerar att bryta mot likabehandlingsprincipen om den gör en felbedömning, framhåller Konkurrensverket.

Även Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal kom

¹⁴ Bilaga X hänvisar bl.a. till ILO:s åtta kärnkonventioner.

¹⁵ Se Helårsrapport 2015 – Register för företag som utstationerar arbetstagare i Sverige, Arbetsmiljöverket, Rapport 2016:4.

¹⁶ Rapport 2015:6 (se not 1 ovan) s. 69 f.

fram till att rättsläget inte är fullt klarlagt. I motsats till Konkurrensverket gjorde utredningen dock bedömningen att det finns sakliga skäl för att ställa upp olika villkor för anbudsgivare beroende på om de vill använda utstationerad eller lokalt anställd arbetskraft för att utföra kontraktet.¹⁷

Utredningen grundar sin slutsats på det faktum att utstationeringsdirektivet enbart är ett direktiv om lagval som gör vissa undantag från den grundläggande regeln om anställningsavtal i EU:s Rom I-förordning. Enligt denna underkastas anställningsavtalet lagen i det land där arbetstagaren vanligtvis utför sitt arbete.¹⁸ Syftet med undantaget är att tillförsäkra arbetstagarna ”en hård kärna” av grundläggande rättigheter enligt lagen i det land där de tillfälligt utför sitt arbete (underförstått när dessa är högre än i hemlandet) och samtidigt att motverka illojal konkurrens i denna värdestat.¹⁹ För alla villkor i den utstationerade arbetstagarens anställningsavtal som ligger utanför den hårda kärnan, exempelvis tjänstepension och olika slag av försäkringar, gäller fortfarande hemlandets lag. Enligt utredningen riskerar syftet med utstationeringsdirektivet att gå om intet om en värdestat generellt skulle behöva anpassa de arbetsrättsliga kontraktsvillkoren vid offentlig upphandling till de begränsade rättigheterna i utstationeringsdirektivet, som enbart kompletterar den grundläggande regleringen i det land från vilket arbetstagarna utstationeras. Att villkoren blir olika för inhemska och utstationerade anställda är en ofrånkomlig följd av att olika nationella regelverk är tillämpliga på dem.

Utredningen tar också upp artikel 18.2 i det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU. ”Det är utredningens bestämda uppfattning” att den inte kan vara avsedd att tillämpas så att arbetsrättsliga kontraktsvillkor måste bestämmas till en lägre nivå än de lägsta villkor som följer av det nationella regelverket, det vill säga svenska lagar och kollektivavtal.²⁰

Utredningens förslag blir därför att upphandlingslagarna ska tillföras regler som innebär att upphandlande myndigheter får, och i vissa fall ska, slå fast särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor som motsvarar den lägsta nivån i svensk lag och svenska kollektivavtal. Samtidigt ska myndigheten ange vilka särskilda kontraktsvillkor i enlighet med lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare som gäller ifall arbetet kommer att utföras med utstationerad arbetskraft.

Under alla omständigheter ska villkoren enligt förslaget alltså motsvara de lägsta nivåerna i svenska lagar och kollektivavtal. På så sätt skulle det inte vara någon skillnad beroende på vilken typ av arbetskraft som leverantören använder. Det som skulle tillkomma om arbetet ska utföras av inhemska arbetskraft är villkor

¹⁷ SOU 2015:78 (se not 4 ovan), s. 117 f.

¹⁸ Artikel 8.2, Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 om tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I).

¹⁹ Se skäl 5 i direktiv 96/71/EG.

²⁰ SOU 2015:78 (se not 4 ovan) s. 119.

på områden som ligger utanför den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. Det kan vara att leverantören ska betala in premier för tjänstepension eller teckna olika typer av kollektivavtalsbaserade försäkringar för de berörda arbetstagarna. Det är villkor som gäller på hela den kollektivavtalsreglerade arbetsmarknaden i Sverige, och som även många icke kollektivavtalsbundna företag erbjuder sina anställda.

Det kan tilläggas att Almega, Företagarna, Kommerskollegium, Konkurrensverket, Arbetsgivarverket och Svenskt Näringsliv, redan under utredningens arbete gjorde klart att de inte accepterade dess förslag i den här delen. Enligt dem är det inte förenligt med likabehandlingsprincipen att ställa olika krav på leverantörer med lokalt anställd respektive utstationerad arbetskraft.²¹

3.2 Hur ska villkoren vara fastlagda?

Utstationeringsdirektivet reglerar inte bara vilka villkor arbetstagarna ska tillförsäkras, utan anger också i vilka typer av regleringsinstrument de ska vara fastlagda för att värdstaten ska få utsträcka dem till utstationerade arbetstagare. De minimivillkor som värdstaten ska garantera ska fastställas i

- lagar eller andra författningar (artikel 3.1 första strecksatsen) eller
- kollektivavtal eller skiljedomar ”som förklarats ha allmän giltighet” (artikel 3.1 andra strecksatsen).

Medlemsstater som Sverige, som inte har något system för att förklara att kollektivavtal eller skiljedomar har allmän giltighet, kan i stället utgå från

- kollektivavtal... som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller arbetet och inom det aktuella geografiska området (artikel 3.8 andra stycket första strecksatsen) eller
- kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet (artikel 3.8 andra stycket andra strecksatsen).

Direktivet skiljer alltså mellan kollektivavtal som har ”förklarats ha allmän giltighet” å ena sidan, och kollektivavtal ”som gäller allmänt” å den andra.

Den svenska utstationeringslagen talar om ”ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen”. Det ska motsvara beskrivningen i direktivets artikel 3.8 andra stycket första

²¹ A.a. s. 112.

strecksatsen, som sägs ha tillkommit särskilt för att passa arbetsmarknadsmodeller som den danska och den svenska.²²

Ett *obiter dictum* av EU-domstolen i domen Ruffert, som rörde det tyska kollektivavtalssystemet, har emellertid väckt frågor om hur artikeln ska tolkas.²³

3.2.1 Domen Ruffert

Det tyska kollektivavtalssystemet har likheter med det svenska (som i själva verket är inspirerat av det tyska). Det förekommer visserligen att kollektivavtal allmängiltigförklaras enligt den federala lagen om kollektivavtal, *Tarifvertragsgesetz*, (TVG) men det är bara i undantagsfall. För att det alls ska vara möjligt krävs bland annat att det finns ”ett allmänt intresse” av att reglerna binder alla arbetsgivare och arbetstagare inom avtalets område. Typiska exempel på när det anses finnas ett sådant intresse är när avtalet handlar om semesterkassor eller försäkringsinrättningar, som inte skulle fungera om de inte omfattade hela branschen. Att kollektivavtal om löner förklaras allmängiltiga enligt TVG är däremot ovanligt. Ett av de få undantagen är det löneavtal för byggbranschen som täcker hela förbundsrepubliken.²⁴

Det normala är att lönerna regleras i kollektivavtal på delstatsnivå, vilka ger betydligt högre löner. Och på samma sätt som lönerna regleras på delstatsnivå, kan delstaterna anta egna lagar om att upphandlande myndigheter ska kräva att deras leverantörer betalar lön enligt kollektivavtal.

Domen *Ruffert* rör en sådan lag i delstaten Niedersachsen. Lagen stadgade att företag som lämnade in anbud på offentliga bygguppdrag över ett visst värde måste betala sina anställda minst den lön som gällde enligt kollektivavtalet för orten. De måste också se till att deras underleverantörer gjorde detsamma. En polsk underentreprenör som utförde arbeten vid bygget av ett fängelse åt delstaten bröt mot åtagandet, med följd att delstaten hävde avtalet med huvudentreprenören. Underentreprenören i sin tur fick ett strafföreläggande för att den inte betalat sina utstationerade arbetstagare den lön som kollektivavtalet angav.

Den fråga som EU-domstolen fick ta ställning till var om artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF) om fri rörlighet för tjänster utgjorde hinder för en sådan lag som gällde i Niedersachsen.

Domstolen undersökte bland annat om den lön som hade gjorts obligatorisk

²² Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen, Betänkande av Lavalutredningen, SOU 2008:123, s. 130.

²³ Dom Ruffert, EU:C:2008:189.

²⁴ Se Ahlberg och Bruun (se not 8 ovan). Sedan några år finns det dock en särskild möjlighet att allmängiltigförklara kollektivavtal enligt den tyska utstationeringslagen, *Arbeitnehmer-Entsendegesetz*, för vissa branscher där det har ansetts nödvändigt på grund av omfattande utländsk låglönekonkurrens.

genom lagen hade fastställts på något av de sätt som anges i utstationeringsdirektivet. Det hade den inte, blev domstolens slutsats.

- Den var inte fastställd genom lag i direktivets mening (artikel 3.1 första strecksatsen), eftersom lagbestämmelserna i sig inte bestämde någon lön utan enbart hänvisade till kollektivavtalets lönebestämmelser.
- Kollektivavtalet där lönerna lades fast hade inte heller förklarats allmängiltigt (artikel 3.1 andra strecksatsen).
- Inte heller kunde alternativerna i artikel 3.8 andra stycket tillämpas, eftersom de gäller enbart i länder där det inte finns något system för att förklara kollektivavtal allmängiltiga, vilket inte är fallet i Tyskland.

Med detta förefaller saken redan vara avgjord. Men domstolen fortsätter med ett *obiter dictum*. Den skriver

Härtill kommer att ett sådant kollektivavtal som det som är i fråga i målet vid den nationella domstolen i vilket fall som helst inte skulle kunna betraktas som ett kollektivavtal i den sistnämnda bestämmelsens [dvs. artikel 3.8 andra stycket] mening, närmare bestämt som ett sådant kollektivavtal ... ”som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området”.²⁵

Förklaringen är, enligt domstolen, att ett sådant kollektivavtal endast är

bindande inom en del av byggsektorn inom avtalets geografiska tillämpningsområde, dels eftersom den lagstiftning som ger kollektivavtalet en sådan verkan endast är tillämplig på offentlig upphandling och inte på privat upphandling, dels eftersom nämnda kollektivavtal inte har förklarats äga allmän giltighet.²⁶

Temat återkommer när domstolen prövar om den inskränkning i den fria rörligheten som delstatslagen innebär kan motiveras av målet att skydda arbetstagarna. Enligt domstolen innehåller handlingarna i målet inget som visar att det skydd som lagen medför behövs endast för arbetstagare som arbetar inom ramen för en offentlig upphandling men inte när vederbörande arbetar inom ramen för en privat upphandling.²⁷

²⁵ Dom Ruffert, EU:C:2008:189, punkt 28.

²⁶ Dom Ruffert, EU:C:2008:189, punkt 29.

²⁷ Dom Ruffert, EU:C:2008:189, punkterna 39–40.

Inskränkningen kunde med andra ord inte heller rättfärdigas med hänsyn till skyddet för arbetstagarna.

Om man tar domstolen på orden torde den praktiska konsekvensen bli att inget annat än allmängiltigförklarade kollektivavtal (och skiljedomar) och generell, lagstiftad minimilön egentligen duger som instrument för att tillförsäkra utstationerade arbetstagare den lön de ska ha. Det skulle i sin tur innebära att andra stycket i artikel 3.8, som den svenska (och den danska) lagstiftaren har stött sig på när de har genomfört direktivet, inte har någon funktion över huvud taget. Så tycks den också ha uppfattats av vissa svenska aktörer.²⁸

I domen *RegioPost* som avgjordes i november 2015 fick EU-domstolen tillfälle att förklara sig.²⁹

3.2.2 *Domen RegioPost*

Domen *RegioPost* rörde den lag om åtagande att följa kollektivavtal och minimilön vid offentlig upphandling, förkortad LTTG, som delstaten Rheinland-Pfalz antog år 2010 för att anpassa sin lagstiftning efter domen *Rüffert*. Lagen innebär att offentliga kontrakt bara får tilldelas leverantörer som åtar sig att följa ett allmängiltigförklarat kollektivavtal enligt den tyska utstationeringslagen eller, om något sådant inte är tillämpligt, att betala en minimilön som läggs fast direkt i LTTG och som gäller enkom vid offentlig upphandling.

RegioPost hade lämnat in anbud i en upphandling av posttjänster, men vägrade skriva på någon förklaring om att företaget skulle iaktta den minimilön som stadgades i LTTG. Företaget menade att kravet stred mot upphandlingsrätten, och stödde sig bland annat på de ovan nämnda uttalandena i domen *Rüffert*.

Följden blev att RegioPost uteslöts från upphandlingen. Den tyska domstol dit RegioPost klagade tycktes benägen att hålla med företaget och begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen. I EU-domstolen fick företaget också stöd av Europeiska kommissionen. Båda anförde att delstatens åtgärder inte kunde motiveras med hänsyn till skyddet för arbetstagare, eftersom LTTG:s skydd enbart omfattar arbetstagare som ska fullgöra offentliga kontrakt, men inte dem som arbetar med privaträttsliga kontrakt.

Twisten rörde en rent nationell situation. Det var bara tyska företag som hade deltagit i upphandlingen, och att använda utstationerade arbetstagare hade inte varit aktuellt. Det kunde ändå inte uteslutas att företag utanför Tyskland hade varit intresserade av att delta, eftersom värdet av kontraktet klart överskred

²⁸ Se till exempel Weihe, Anders, Den svenska modellen efter Vaxholm, Teknikföretagen 2008. Med hänvisning till dom *Rüffert* argumenterar Weihe uttryckligen mot den svenska lagstiftarens uppfattning att de svenska riksavtalen uppfyller direktivets krav. Konkurrensverket (se not 1 ovan) och Sundstrand (se not 2 ovan) refererar de aktuella uttalandena i dom *Rüffert* utan närmare diskussion om hur svensk rätt förhåller sig till dessa.

²⁹ Dom *RegioPost*, EU:C:2015:760.

tröskelvärdet för tillämpning av 2004 års direktiv om offentlig upphandling i de klassiska sektorerna.³⁰ EU-domstolen formulerade därför om den tyska domstolens frågor, så att de i första hand kom att gälla tolkningen av artikel 26 i det direktivet.

Domstolen konstaterar då att bestämmelsen i den tyska delstatslagen är ett sådant särskilt krav på hur kontraktet ska fullgöras som rör sociala hänsyn, i den mening som avses i artikel 26 i direktiv 2004/18. För att avgöra om kravet också är förenligt med unionsrätten vid gränsöverskridande verksamhet med utstationerade arbetstagare, prövade domstolen sedan om den minimilön som leverantörerna måste åta sig att betala är fastställd på något av de sätt som utstationeringsdirektivet anger. Och till skillnad från i domen *Rüffert* blir svaret i domen *RegioPost* att den är det.

Förklaringen är att lönen nu läggs fast i själva lagen och att varken den federala utstationeringslagen eller någon annan nationell regel föreskrev en lägre minimilön för postsektorn när upphandlingen gjordes. Att LTTG är tillämplig enbart på offentliga kontrakt och inte på privata kontrakt har ingen betydelse. Det är nämligen endast sådana kollektivavtal och skiljedomar som avses i utstationeringsdirektivets artikel 3.1 första stycket andra strecksatsen som måste ha ”allmän giltighet”, enligt domstolen.³¹

Eftersom den tyska åtgärden omfattas av artikel 26 i upphandlingsdirektivet kan man inte heller begära att den ska gälla utanför området för offentlig upphandling och vara tvingande även för privata kontrakt, fortsätter domstolen. Begränsningen av tillämpningsområdet för minimilönen är bara en följd av att det finns särskilda unionsbestämmelser om offentlig upphandling.³²

Till skillnad från i domen *Rüffert* kommer EU-domstolen också fram till att den inskränkning av den fria rörligheten som den tyska bestämmelsen innebar var motiverad av hänsyn till skyddet för arbetstagarna, trots att minimilönen endast gäller för offentliga kontrakt och inte för privata.³³

Domstolens förklaring är att de faktiska omständigheterna i de båda målen skiljer sig åt på ett tydligt sätt. Det blir dock inte särskilt klart varför just det faktum att kollektivavtalet i domen *Rüffert* endast gällde vid offentliga kontrakt fick så stor betydelse, när det inte spelar någon roll alls att även minimilönen i domen *RegioPost* gjorde det.³⁴ En skillnad mellan målen som domstolen själv inte framhåller, men som tycks ha betydelse, är att det äldre målet enbart rörde

³⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

³¹ Dom *RegioPost*, EU:C:2015:760, punkt 63.

³² Dom *RegioPost*, EU:C:2015:760, punkterna 64–65.

³³ Dom *RegioPost*, EU:C:2015:760, punkterna 67–72.

³⁴ Dom *RegioPost*, EU:C:2015:760, punkterna 74–76.

tolkningen av utstationeringsdirektivet. I det nya målet däremot angriper domstolen frågeställningen utifrån upphandlingsregleringens perspektiv.

Den enda slutsats som är möjlig att dra är att de ifrågasatta uttalandena i domen *Rüffert* inte är relevanta när man tillämpar upphandlingsdirektiven. EU:s upphandlingsregler hindrar inte upphandlande myndigheter från att kräva att deras leverantörer betalar en viss minimilön vid fullgörande av kontraktet, även om denna minimilön enbart gäller vid offentlig upphandling.

Till sist är det värt att notera att domstolen enbart nämner sådana kollektivavtal som avses i utstationeringsdirektivets artikel 3.1 när den talar om vilka kollektivavtal som måste ha allmän giltighet. Denna gång avstår den visligen från att uttala sig om alternativet i artikel 3.8 andra stycket. Det kan bero på att det inte behövdes för att ge den nationella domstolen tillräcklig vägledning för att avgöra tvisten. Möjligen har EU-domstolen också insett att den försade sig i domen *Rüffert*, där det inte heller hade behövts. Dom *RegioPost* kan inte sägas klargöra den närmare innebörden av artikel 3.8 andra stycket. Men den ger inget stöd för uppfattningen att enbart allmängiltiga kollektivavtal skulle duga.

3.3 Hur kan man uppfylla kravet på transparens?

Ytterligare en stötesten när man ska jämkta ihop den svenska arbetsmarknadsmodellen med EU-rätten är hur kravet på transparens (öppenhet) kan uppfyllas.

3.3.1 *Domen Max Havelaar*

Vad den EU-rättsliga öppenhetsprincipen innebär sammanfattas av EU-domstolen i domen *Max Havelaar*.³⁵ Målet rörde provinsen Noord Hollands upphandling av kaffeautomater och drycker till dessa, bland annat kaffe och te. Provinsen ville i så stor utsträckning som möjligt använda ekologiska och rättvisemärkta produkter i sina automater, men misslyckades med att utforma upphandlingsvillkoren på ett begripligt sätt.

I domen förklarar EU-domstolen att alla villkor ska uttryckas så klart, precist och otvetydigt i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget att det är möjligt för alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att förstå den exakta räckvidden av dessa och tolka dem på samma sätt. Detta krävs också för att den upphandlande myndigheten effektivt ska kunna kontrollera om anbudet uppfyller villkoren för det aktuella kontraktet.³⁶

Domen innehåller också en passus som är särskilt relevant för svenska myndigheter som tänker kräva att leverantörer betalar lön enligt kollektivavtal. Noord Holland hade hänvisat till ett miljömärke både som teknisk specifikation och

³⁵ Dom kommissionen/Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284.

³⁶ Dom kommissionen/Nederländerna, EU:C:2012:284, punkt 109.

tilldelningskriterium utan att specificera vilka miljöegenskaper kaffet och teet skulle uppfylla. Det borde den ha gjort, enligt EU-domstolen.

Kravet är nödvändigt för att de potentiella anbudsgivarna ska kunna hänvisa till en enda officiell handling som kommer från den upphandlande myndigheten själv, utan att de behöver utsätta sig för osäkerheten med att söka information och eventuella förändringar över tiden av kriterierna för något miljömärke.³⁷

Överfört till den fråga som behandlas i denna artikel räcker det alltså inte att kontraktsvillkoren hänvisar till ett kollektivavtal. De arbetsrättsliga villkoren måste anges direkt i förfrågningsunderlaget eller meddelandet om upphandling.

3.3.2 *Förslagen i SOU 2015:78*

Hur ska då svenska myndigheter då få tag i de kollektivavtal som de ska hämta sina kontraktsvillkor ifrån när de inte är allmänt tillgängliga? Hur ska de veta vad avtalen betyder? Och hur ska de kunna avgöra vad som är minimilön i utstationeringsdirektivets mening?

Den svenska modellens svar är att de ska fråga parterna. Praktiskt är det inte lika enkelt. Konkurrensverket redogör i sin rapport utförligt för olika praktiska svårigheter och sätter sitt hopp till att Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal ska komma med klargöranden.³⁸

Utredningen konstaterar i sitt delbetänkande att kollektivavtalsbestämmelser kan vara svåra för en utomstående att tolka även om den har tillgång till avtalet. Ibland kan det också vara svårt för en upphandlande myndighet att veta vilket kollektivavtal som är tillämpligt, eller vilket den ska utgå från om det finns flera som är tillämpliga på arbetet. Och om den frågar parterna är det inte givet att de är överens om vad avtalet innebär. Det betyder att myndigheterna ibland själva kan behöva avgöra vad som ska vara minimivillkor enligt kontraktet, eftersom det inte räcker med att hänvisa de tänkbara anbudsgivarna till en bestämmelse i ett kollektivavtal.³⁹

Utredningen noterar att det visserligen är främmande för den svenska modellen att en myndighet utifrån en tolkning av ett kollektivavtal bestämmer vilka villkor som ska tillämpas för ett visst arbete, men kommer fram till att detta är den enda lösning som är möjlig med hänsyn till utredningens uppdrag.⁴⁰

Det skulle dock bli för betungande om varje upphandlande myndighet själv skulle vara tvungen att kontakta arbetsmarknadens parter för att utreda vilka villkor som ska gälla. Utredningen föreslår därför att den nynn rättade Upphandlingsmyndigheten ska få i uppdrag att fastställa särskilda arbetsrättsliga

³⁷ Dom kommissionen/Nederländerna, EU:C:2012:284, punkt 67.

³⁸ Konkurrensverket (se not 1 ovan), s.76 och förordet.

³⁹ SOU 2015:78 (se not 4 ovan), s. 122 f.

⁴⁰ SOU 2015:78 (se not 4 ovan), s. 158 f.

kontraktsvillkor som de upphandlande myndigheterna sedan kan använda i sina kontrakt. I de fall då det ska vara obligatoriskt att ställa sådana villkor ska de till och med fastställas i föreskrifter från Upphandlingsmyndigheten, föreslår utredningen. Den inser dock att detta kanske inte är möjligt med hänsyn till regeringsformen. I så fall bör Upphandlingsmyndigheten få i uppdrag att utarbeta riktlinjer eller allmänna råd för att stödja de upphandlande myndigheterna.⁴¹

4. Vad är möjligt och vad lämpligt

Stor möda har under ett par år lagts på att utreda i vilken utsträckning det är förenligt med EU-rätten att kräva att leverantörer tillämpar kollektivavtalsenliga villkor för sina anställda när de utför offentliga kontrakt. Att rättsläget fortfarande på många punkter är oklart – och att det är omstritt vad som gäller – bör ha framgått av genomgången här ovanför.

När detta skrivs i april 2016 håller regeringen på att utarbeta sin proposition utifrån förslagen i delbetänkandet SOU 2015:78. I vilken riktning regeringens tankar går är redan känt sedan den vidtagit den ovanliga åtgärden att skicka ett utkast till lagrådsremiss på extern remiss, innan den går till lagrådet.⁴²

Utredningens förslag att Upphandlingsmyndigheten ska kunna meddela föreskrifter om arbetsrättsliga kontraktsvillkor finns inte med i utkastet till lagrådsremiss. Enligt regeringen skulle det strida mot regeringsformen.⁴³

Däremot tar den fasta på utredningens bedömning att det skulle vara möjligt att tillämpa olika kontraktsvillkor för anbudsgivare med respektive utan utstationerad arbetskraft, även om den föreslår en något annorlunda teknisk lösning än utredningen. Bedömningen var, som nämnts, omstridd redan under utredningens arbete, och i remissvaren återkommer kritiken att förslaget strider mot likabehandlingsprincipen.

På den här punkten kommer regeringen att behöva göra ett politiskt val. Antingen står den på sig och försöker få majoritet i Riksdagen för den linje som den tror på (och som den står under starkt tryck från de fackliga organisationerna att följa), trots vetskap om att rättsläget inte är helt klart. Eller också tar den det säkra för det osäkra och tillmötesgår dem som anser att förslaget inte är förenligt med likabehandlingsprincipen, för att inte riskera överprövningar och processer i EU-domstolen. Hur valet utfaller beror sannolikt också på vad som kan gå att få igenom i Riksdagen.

Som utredningen noterade är det ett främmande inslag i den svenska model-

⁴¹ SOU 2015:78 (se not 4 ovan), s. 159 f.

⁴² Utkast till lagrådsremiss Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling, remiss 2016-02-15, Fi22016/00530/UR.

⁴³ Utkast till lagrådsremiss (se not 44 ovan), s. 59.

len att en myndighet bestämmer vilka villkor som ska tillämpas på ett arbete utifrån en tolkning av ett kollektivavtal. En del remissinstanser anför det som ett argument mot förslagen i utredningen och lagrådsremissen. Fakultetsnämnden vid Stockholms universitets juridiska fakultet skriver till exempel att förslaget ”helt kullkastar” den svenska arbetsrättsliga modellen.⁴⁴ Svenskt Näringsliv är ännu skarpare och beskriver förslaget i lagrådsremissen som ”ett direkt angrepp på den svenska modell man säger sig vilja respektera”.⁴⁵

Även om det finns anledning att ifrågasätta de dramatiska formuleringarna har de rätt såtillvida att förslagen på den här punkten kan ses som avsteg från den närmast heliga principen att lönebildningen i Sverige ska skötas av arbetsmarknadens parter utan statlig inblandning. Hur stort avsteget blir beror å andra sidan på i vilken mån parterna i kollektivavtalen om löner och allmänna anställningsvillkor (som inte sluts av Svenskt Näringsliv utan av organisationens medlemsförbund) är beredda att medverka till att fastställa vilka de relevanta minimivillkoren är. Om de är överens behöver ju myndigheten inte ta några egna beslut om detta och statens inblandning blir minimal. Förslagen innebär inte heller att myndigheten får något inflytande över kollektivavtalens innehåll ens om den skulle bli tvungen att själv avgöra vilken lägsta lön som leverantören ska tillämpa. Villkoret är då inte längre ett villkor i ett kollektivavtal utan ett kontraktvillkor som hämtat sitt innehåll ur ett kollektivavtal.

Argumentet att förslagen strider mot den svenska arbetsmarknadsmodellen är inte ett juridiskt argument utan ett argument om vad som är (o-)lämpligt, och som framför allt tjänar till att understödja motståndet mot hela idén att upphandlande myndigheter ska ställa arbetsrättsliga villkor i sina kontrakt.

Att vara emot den är naturligtvis fullt legitimt. Men om man faktiskt vill göra det möjligt för upphandlande myndigheter att använda sådana kontraktvillkor måste man utforma ett system som både kan tillgodose anbudsgivarnas berättigade anspråk på transparens och är någorlunda enkelt att hantera för de upphandlande myndigheterna. Det är svårt att se att det kan åstadkommas utan att man gör smärre anpassningar av den svenska modellen.

5. Epilog

Samtidigt som debatten om det kommande lagförslaget rasar, pågår i tysthet ett pilotprojekt på Upphandlingsmyndigheten. Det går ut på att ta fram förslag till arbets- och anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal för taxiförare som kör samhällsbetalda resor (till exempel färdtjänst), att användas av upphandlande

⁴⁴ Se till exempel remissyttrande över delbetänkandet SOU 205:78 från Fakultetsnämnden vid Stockholms universitets juridiska fakultet 2015-11-02, Dnr SU FV-1.1.3-2812-15.

⁴⁵ Svenskt Näringslivs remissvar över utkastet till lagrådsremiss 2016-03-21.

myndigheter. Transportarbetareförbundet och Transportföretagen som är parter i kollektivavtalet för branschen har en central roll i den expertgrupp som är knuten till projektet. Ett första förslag gick ut på extern remiss i början av april och avsikten är att den slutliga versionen ska vara klar före sommaren.⁴⁶

Så kan den svenska modellen också fungera.

⁴⁶ Nya upphandlingskrav ska ge schysta arbetsvillkor för taxibranschen, pressmeddelande från Upphandlingsmyndigheten den 7 april 2016.