
KERSTIN AHLBERG & NIKLAS BRUUN

**Hur kan arbetsvillkor övervakas vid offentlig
upphandling?**

2019-20 NR 3



SÄRTRYCK UR JURIDISK TIDSKRIFT

Hur kan arbetsvillkor övervakas vid offentlig upphandling?*

KERSTIN AHLBERG & NIKLAS BRUUN**

1. Frågeställningen

I takt med att den fackliga organisationsgraden på den svenska arbetsmarknaden har sjunkit till att omfatta ca 68 procent av arbetskraften¹ har det blivit svårare för facket att upprätthålla ett täckande kollektivavtalssystem. Problemet har två sidor. För det första blir det svårare att få till stånd kollektivavtal på alla arbetsplatser.² För det andra försämras fackets möjligheter att övervaka att ingångna kollektivavtal faktiskt följs, i takt med att det har allt färre medlemmar på arbetsplatserna. Det senare gäller inte minst utländska företag som tillhandahåller tjänster i Sverige med utländsk arbetskraft och som inte hör till någon svensk arbetsgivarorganisation.

Ett särskilt problem i sammanhanget är att anbudstävlingar enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) kan locka till sig anbudsgivare som bygger sina kalkyler på undermåliga arbets- och anställningsvillkor för dem som ska utföra arbetet. För att motverka att konkurrensen om de offentliga kontrakten på detta sätt förs på arbetstagarnas bekostnad kan de upphandlande myndigheterna kräva att anbudsgivarna ska tillämpa kollektivavtalsenliga villkor i förhållande till

* Artikeln har genomgått vetenskaplig expertgranskning (peer review)

** Kerstin Ahlberg är jur.dr. h.c. och föreståndare för Institutet för social civilrätt, Stockholms universitet. Niklas Bruun är professor emeritus vid Hanken, Helsingfors och gästforskare vid Stockholms universitet, Juridicum.

¹ Siffran gäller hela arbetsmarknaden. På den privata sektorn var organisationsgraden 63 procent år 2018. Se Kjellberg, Anders, Kollektivavtalens täckningsgrad och organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund (Studies in Social Policy, Industrial Relations, Working Life and Mobility; Vol. 2019, Nr 1). Lund: Department of Sociology, Lund University, tabell 29. Finns digitalt tillgänglig: [https://portal.research.lu.se/portal/en/publications/kollektivavtalens-tackningsgrad-samt-organisationsgraden-hos-arbetsgivarfoerbund-och-fackfoerbund\(384bb031-c144-442b-a02b-44099819d605\).html](https://portal.research.lu.se/portal/en/publications/kollektivavtalens-tackningsgrad-samt-organisationsgraden-hos-arbetsgivarfoerbund-och-fackfoerbund(384bb031-c144-442b-a02b-44099819d605).html).

² Ser man till hela arbetsmarknaden, inklusive den offentliga sektorn, har andelen anställda som täcks av kollektivavtal legat stabilt på ca 90 procent under en lång följd av år. På den privata sektorn minskade täckningsgraden från 85 till 83 procent mellan 2014 och 2017, a.a. tabell 21.

sina anställda när kontraktet fullgörs. Dessa krav skrivs sedan in i kontraktet mellan myndigheten och det företag som vinner anbudstävlan.

Att staten och kommunerna via villkor i offentliga kontrakt på detta sätt reglerar arbetstagarnas villkor är en nyhet i förhållande till den traditionella svenska arbetsmarknadsmodellen. Den utgår från att det är arbetsmarknadens parter som genom sina kollektivavtal både bestämmer villkoren för vad som ska gälla på arbetsmarknaden och övervakar att dessa följs.³ Att ge myndigheter möjlighet och i vissa fall till och med skyldighet att reglera vilka rättigheter som (minst) ska tillförsäkras arbetstagare som utför arbetet under offentliga kontrakt blir ett slags kompletterande arrangemang när det gäller att säkerställa arbetstagares villkor.

Det innebär för det första att kollektivavtalens minimivillkor blir tillämpliga även för arbetstagare hos arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal. För det andra har arbetsmarknadens parter inte någon formell roll vid övervakningen av de villkor som ingår i kontraktet mellan den upphandlande myndigheten och leverantörerna. För den upphandlande myndigheten, som rimligen är den aktör som ska följa upp att leverantörerna uppfyller sina kontraktsenliga åtaganden, är problemet att den inte har någon kompetens att tolka kollektivavtalsbestämmelser. Vad dessa innebär är helt och hållet parternas egen sak. Det leder till att man vid övervakning och genomförande av denna typ av villkor inte enbart kan förlita sig på den traditionella svenska modellens förfaranden.

I den här artikeln ställer vi frågan hur klausuler om arbetsvillkor i kontrakt om offentlig upphandling kan övervakas och vilka aktörer som bär ansvar för att dessa genomförs. Innan frågan om övervakning kan analyseras vidare är det dock nödvändigt att kort beskriva den nya svenska regleringen om offentlig upphandling mot bakgrund av de nya EU-direktiv som antogs 2014.

2. EU-rättslig bakgrund och den svenska direktivimplementeringen

Det rådde tidigare en viss osäkerhet om i vilken utsträckning EU-rättens principer om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet gjorde det möjligt att ställa sådana krav.⁴ Efter att EU år 2014 antagit tre nya

³ Tillämpningen av arbetsmiljölagen och de olika arbetstidslagarna övervakas dock av staten genom Arbetsmiljöverket.

⁴ Se Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, Upphandling och arbete i EU. Sieps rapport 2010:3 (2010) s. 28 ff. och Arrowsmith, Sue and Kunzlik, Peter, Public procurement and horizontal policies in EC law: general principle, s. 9 ff., i *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions* (eds. Arrowsmith, Sue and Kunzlik, Peter) Cambridge University Press 2009.

direktiv om offentlig upphandling⁵ står det dock klart att unionsrätten inte ställer upp några hinder mot sådana klausuler.⁶ Alla tre innehåller flera bestämmelser som rör möjligheten att ta olika sociala hänsyn vid upphandling.

Så föreskriver till exempel artikel 18.2 om allmänna principer i det så kallade LOU-direktivet att 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”.⁷ Likalydande bestämmelser finns i de andra två direktiven.

I den nya lagen om offentlig upphandling som implementerar LOU-direktivet,⁸ finns bestämmelser som innebär att upphandlande myndigheter och enheter i vissa fall är skyldiga att ställa upp arbetsrättsliga villkor. Om arbetet utförs i Sverige ska de arbetsrättsliga villkoren avse de lägsta nivåer när det gäller lön, semester och arbetstid som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige. Om arbetet utförs i andra länder där svensk rätt inte är tillämplig ska de arbetsrättsliga villkoren fastställas i enlighet med ILO:s kärnkonventioner. I båda dessa situationer ska myndigheten också kräva att den som tilldelas kontraktet ser till att eventuella underleverantörer uppfyller samma arbetsrättsliga villkor.

Det är också möjligt att ställa upp arbetsrättsliga kontraktsvillkor vid upphandlingar där det inte är obligatoriskt. Det kan tilläggas att de arbetsrättsliga villkoren även kan avse annat än lön, semester och arbetstid, så länge de uppfyller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet och ömsesidigt erkännande.

Enligt 17 kap. 2 § i lagen om offentlig upphandling måste upphandlande myndigheter och enheter ställa krav på arbetsrättsliga villkor ”om det är behövt”, det vill säga när de bedömer att det finns risk för att arbetstagare får oskäliga arbetsvillkor under tiden som de utför kontraktet. Upphandlande organisationer behöver därför till att börja med göra en behövlighetsbedömning. Denna

⁵ Den 26 februari 2014 antogs Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG (LOU-direktivet), direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG (LUF-direktivet) samt direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner (LUK-direktivet).

⁶ Se SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal, s. 69 ff.

⁷ I bilaga X räknas en rad internationella sociala och miljörättsliga konventioner upp, bland annat Internationella arbetsorganisationens, ILO, kärnkonventioner nr 87 om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, nr 98 om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten, nr 29 om tvångs- eller obligatoriskt arbete, nr 105 om avskaffande av tvångsarbete, nr 138 om minimiålder för tillträde till arbete, nr 111 om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning, nr 100 om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde och nr 182 om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete.

⁸ Lag (2016:1145) om offentlig upphandling.

bedömning är såtillvida abstrakt att den gäller branscher eller typer av arbeten. Det faktum att en bransch innehåller många seriösa företag utesluter inte sådana krav om riskbedömningens resultat ger vid handen att det också kan förekomma mindre seriösa anbudsgivare.

Om myndigheten kommer fram till att det finns anledning att ställa upp arbetsrättsliga kontraktsvillkor, måste den sedan avgöra ur vilket kollektivavtal dessa ska hämtas och identifiera vad som är kollektivavtalets lägsta nivåer när det gäller lön, semester och arbetstid. För att göra det ska den ge parterna i det utvalda kollektivavtalet tillfälle att yttra sig ”om det inte är obehövt”. I praktiken torde det behövas för det mesta. Kollektivavtal är inte alltid lätta för utomstående att förstå, och ibland är inte ens parterna överens om vad de innebär. Andra gånger kan de vara överens om en tolkning som bara de själva kan läsa ut ur avtalet.⁹

Vid tillkomsten av den nya lagstiftningen konstaterades sålunda att de nya skyldigheter som läggs på den offentliga myndigheten inte alltid är alldeles lätta att uppfylla.¹⁰ Särskilt betonades att det kan vara svårt för små kommuner och andra mindre upphandlingsenheter att slå fast vilka kollektivavtalsenliga villkor som ska krävas i enskilda fall. Därför gavs den då nyinrättade Upphandlingsmyndigheten en central roll i sammanhanget. Utgångspunkten är att Upphandlingsmyndigheten i dialog med arbetsmarknadens parter ska genomföra riskbedömningar för olika yrken.¹¹ Dessa riskbedömningar är en vägledning för den slutgiltiga behövighetsbedömning som den upphandlande myndigheten måste göra inför den enskilda upphandlingen.¹² För yrken/arbeten där Upphandlingsmyndigheten anser att det finns en risk för oskäliga arbetsvillkor har den ambitionen att även fastställa de arbetsrättsliga villkor som de upphandlande myndigheterna ska ta in i sina kontrakt med leverantörerna.¹³

⁹ Ett skolexempel är den oenighet som under många år rådde mellan Svenska byggnadsarbetareförbundet och Sveriges byggindustrier om vad som var lägsta lön för utstationerade arbetstagare enligt Byggavtalet. Den siffra de kom fram till när de till sist lyckades komma överens om hur Byggavtalet skulle tolkas återfanns ingenstans i detta avtal, se Ahlberg, Kerstin, Cejje, Katia, Erhag, Thomas & Herzfeld Olsson, Petra, Likabehandlingsprincipens olika ansikten Om samspelet mellan arbetsrätt, skatterätt och socialförsäkringsrätt vid gränsöverskridande arbete, Iustus 2019, s. 68 f. Se även SOU 2015:78, s. 123–124.

¹⁰ SOU 2015:78, s. 157–160.

¹¹ Prop. 2016/17:163 Arbetsrättsliga villkor vid upphandling, s. 70–71.

¹² Till dags dato har Upphandlingsmyndigheten publicerat riskbedömningar för 16 yrkesgrupper/arbeten, exempelvis måleriarbete, snöskottare på tak, städtjänster och taxiförare där den bedömer att det finns risk för oskäliga arbetsvillkor, och för bygglåtslagare, glasmästare och skogsmaskinförare där myndigheten bedömer att det inte finns, eller bara låg, sådan risk, se <www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/villkor-enligt-kollektivavtal/behovlighetsbedomning-nar-ska-villkoren-stallas/genomforda-behovlighetsbedomningar>.

¹³ När detta skrivs har Upphandlingsmyndigheten i samråd med arbetsmarknadens parter tagit fram särskilda kontraktsvillkor om lön, semester och arbetstid för nio yrken/arbeten som upphandlande myndigheter kan använda i sina kontrakt, <www.upphandlingsmyndigheten.se/hall

De arbetsrättsliga kontraktsvillkoren kan emellertid inte alltid vara identiska med villkoren som de är formulerade i kollektivavtalet. Kontraktsvillkoren måste nämligen uppfylla principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet, öppenhet (transparens) och ömsesidigt erkännande.¹⁴ Särskilt öppenhetsprincipen kan kräva att kontraktsvillkoren behöver formuleras annorlunda än klausulerna i kollektivavtalet, för att anbudsgivarna ska förstå vad de innebär. Att de är klart och tydligt formulerade är också nödvändigt för att den upphandlande myndigheten ska kunna följa upp dem.¹⁵

De arbetsrättsliga kontraktsvillkoren ska finnas med redan i förfrågningsunderlaget och alla anbudsgivare måste åta sig att följa dem ifall de skulle tilldelas kontraktet.¹⁶ Enligt 17 kap. 5 § i LOU kan villkoren emellertid uppfyllas på olika sätt. Leverantörer som är bundna av ett centralt svenskt kollektivavtal anses uppfylla kontraktsvillkoren genom att fortsätta tillämpa detta, och utländska företag som utstationerar arbetstagare till Sverige uppfyller dem om de tillämpar motsvarande arbets- och anställningsvillkor enligt lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

Den upphandlande myndigheten kan alltså samtidigt ha att göra dels med icke kollektivavtalsbundna leverantörer vilka bokstavligen ska tillämpa de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren, dels med inhemska (och utländska) leverantörer som har tecknat vanliga svenska kollektivavtal och är skyldiga att följa dessa och dels med utländska företag som har tecknat så kallade utstationeringsavtal med svenska fackförbund. Vanligtvis har leverantörerna också underleverantörer som i sin tur kan vara kollektivavtalsbundna eller inte. Hur ska det gå till att övervaka att de lever upp till sina åtaganden?

barhet/stall-hallbarhetskrav/arbetsrättsliga-villkor/arbetsrättsliga-villkor-enligt-kollektivavtal/arbetsrättsliga-villkor-inom-specifika-omraden>

¹⁴ SOU 2015:78, s. 123–124.

¹⁵ Se Göteborg, Malmö och Stockholms gemensamma arbete för schysta villkor vid upphandlingar, Städernas gemensamma utgångspunkter den 23 maj 2017, på <www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrättsliga-villkor/stadernas-gemensamma-utgangspunkter-uppdaterade-170523.pdf>.

¹⁶ Villkor, exempelvis arbetsrättsliga, som uttryckligen framgår av gällande lag behöver dock inte anges i förfrågningsunderlaget, se Lavorgna Srl mot Comune di Montelanico, Comune di Supino, Comune di Sgurgola och Comune di Trivigliano, C-309/18, EU:C:2019:350. Målet gällde ett lagstadgat krav på att leverantören skulle ange vilka arbetskraftskostnader som anbudet beräknats på, ett villkor som inte hade nämnts i förfrågningsunderlaget. Den svenska upphandlingslagstiftningens hänvisning till de lägsta nivåer när det gäller lön, semester och arbetstid ”som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige” är dock enligt vår uppfattning inte tillräckligt transparent för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå vad som krävs.

3. Uppföljningen inte lagreglerad

Lagstiftningen ger ingen vägledning. Medan upphandlingsproceduren är mycket noggrant reglerad säger varken EU-direktiven eller den svenska lagstiftningen något om uppföljningen.¹⁷ EU-domstolen har visserligen slagit fast att de krav som ställs måste vara *möjliga* att följa upp för att myndigheten på ett effektivt sätt ska kunna kontrollera om anbudena uppfyller kriterierna för det aktuella kontraktet,¹⁸ men den säger inget om uppföljning efter att kontraktet har slutits. Under alla omständigheter måste uppföljningsåtgärderna emellertid vara förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och dataskyddsförordningen GDPR. Utlämnande av uppgifter om lön, arbetstid och semester kan nämligen vara en sådan behandling av personuppgifter som omfattas av förordningen, vilket innebär att myndigheterna måste behandla dem i enlighet med de principer som förordningen ställer upp.¹⁹

Som Konkurrensverket påpekade i ett tillsynsärende 2016 är det också viktigt att upphandlande myndigheter verkligen har en möjlighet att genomföra kontroller av de krav och villkor som ingår i upphandlingskontraktet. Om de inte följer upp avtalen riskerar detta att gynna oseriösa leverantörer och snedvridda konkurrensen. En väl genomtänkt avtalsuppföljning är också ett sätt för myndigheten att visa respekt för leverantörerna, bekräfta att den menar allvar och skapa en god avtalsrelation parterna emellan.²⁰

4. Uppföljning genom facket?

Frågan hur uppföljningen ska gå till kan delas upp i två. Den ena är hur man kan gifta ihop den svenska modellen där det är arbetsmarknadens parter som ser till att kollektivavtalen följs med upphandlingsregleringens utgångspunkt att det är det offentliga som har ansvaret och egentligen inte har kompetens att tolka kollektivavtal. Den andra frågan är vilka krav på dokumentation och annan

¹⁷ SOU 2015:78, s. 45.

¹⁸ Se t.ex. FNV och Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651; Kommissionen mot Nederländerna, C-368/10, EU:C:2012:284 p. 109 och Lavorgna Srl mot Comune di Montelanico, Comune di Supino, Comune di Sgurgola och Comune di Trivigliano, C-309/18, EU:C:2019:350.

¹⁹ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) 2016/679 av den 27 april 2016 om skydd för fysiska personer med avseende på behandling av personuppgifter och om det fria flödet av sådana uppgifter och om upphävande av direktiv 95/46/EG (allmän dataskyddsförordning (GDPR)). Dessutom regleras frågan i den svenska lagen (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning

²⁰ Konkurrensverket Beslut 2016-01-13 Dnr 171/2015 <www.konkurrensverket.se/globalassets/aktuellt/nyheter/beslut-vita-jobb.pdf>.

medverkan som myndigheten kan och bör ställa på sina kontraktsparter för att följa upp att de arbetsrättsliga villkoren uppfylls.

När det gäller den första frågan skulle man kunna tänka sig att upphandlande myndigheter förlitar sig på att arbetsmarknadens parter håller tummen i ögat på de kollektivavtalsbundna leverantörerna, så att myndigheterna kunde nöja sig med att följa upp de arbetsrättsliga kontraktsvillkoren hos övriga leverantörer. Det förutsätter att den fackliga uppföljningen faktiskt är effektiv, annars skulle lösningen sannolikt kunna ifrågasättas utifrån likabehandlingsprincipen.

En annan variant prövades av Malmö stad under ett par år när den började ställa krav på kollektivavtalsenliga villkor i sina upphandlingar enligt den så kallade Vita Jobb-modellen.²¹ Modellen hade utvecklats av två LO-jurister och innebar att kommunen anlätade fackförbundens lokala ombudsmän som kontrollanter. De uppträdde som kommunens ombud, hade skrivit på sekretessförbindelser och fick inte använda den information de fick del av på annat sätt än enligt avtal mellan kommunen och fackförbundet. De fick inte heller utföra kontroller på eget initiativ eller i större omfattning än vad som följde av uppdragsavtalet och de särskilda kontraktsvillkoren. Ombudsmännen granskade lönespecifikationer, personalliggare, inbetalning av arbetsgivaravgifter och skatter och överlämnade sedan uppgifterna till den myndighet som hade ansvar för avtalsuppföljningen.²²

Svenskt näringsliv klagade över förfarandet till Konkurrensverket och hävdade att det stred mot upphandlingsreglerna, men Konkurrensverket avskrev ärendet. Myndigheten konstaterade att upphandlande myndigheter inte alltid har de resurser som krävs för all uppföljning i egen regi, och att det i sådana fall inte finns något hinder mot att de tar hjälp av ombud. Om den gör så är det dock viktigt att säkerställa att uppföljningen kan genomföras på ett oberoende sätt och att ombudet inte har några egenintressen eller för nära relation till leverantören. Ombudet är naturligtvis skyldigt att iaktta samma lagregler som den upphandlande myndigheten själv hade varit tvungen att följa, framhöll Konkurrensverket.²³

5. Uppföljning genom myndigheterna själva

Malmö hade sjösatt Vita jobb-modellen 2015. Året därpå, fortfarande innan den nya lagstiftningen var på plats, inledde Malmö tillsammans med Stockholm och Göteborg ett samarbete för att hitta gemensamma angreppssätt för att ta fram

²¹ Holmertz, Staffan & Junesjö, Kurt, Vita Jobb Verktyg mot svartarbete och social dumpning vid offentlig upphandling 2005, se <www.kurt.nu/bocker_text/VitaJobb5.pdf>.

²² Konkurrensverket Beslut 2016-01-13 Dnr 171/2015.

²³ A.a.

särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor.²⁴ Arbetet fokuserade särskilt på hur man säkerställer att villkoren är kopplade till kontraktsföremålet och tydliga och möjliga att följa upp.

De arbetade också fram principer för hur de särskilda arbetsrättsliga villkoren kan följas upp under kontraktstiden. Som komplement till den ordinarie uppföljningen ska stickprovsrevisioner genomföras på plats hos leverantörerna och deras underleverantörer. På begäran ska leverantörerna vara skyldiga att tillhandahålla beställaren eller dennes ombud dokumentation som tidsrapporter, scheman, lönespecifikationer och anställningsavtal. Om man konstaterar avvikelser ska dessa rättas till enligt en tidsplan som beställaren bestämmer.²⁵

6. Upphandlingsmyndighetens modell

Upphandlingsmyndigheten har utarbetat en mer detaljerad modell för hur uppföljningen kan gå till, med mallar och förslag till kontraktsvillkor som upphandlande myndigheter kan använda.²⁶

Utgångspunkten för uppföljningen är naturligtvis att leverantören i sitt anbud har förbundit sig att uppfylla de arbetsrättsliga kontraktsvillkoren under kontraktets löptid. Även de uppföljningsåtgärder som leverantören kan behöva underkasta sig och de konsekvenser som eventuella avvikelser kan föra med sig, ska vara integrerade i kontraktet som särskilda kontraktsvillkor.

Enligt dessa kontraktsvillkor kan uppföljningen ske i två steg, egenrapportering och revision.

För det första ska leverantören vara beredd att, inom en viss tid efter myndighetens begäran, skriftligen redovisa hur den uppfyller de arbetsrättsliga villkoren. Denna egenrapportering kan göras på ett särskilt formulär där leverantören kryssar i ifall den tillämpar de villkor när det gäller lön, semester och arbetstid som myndigheten har formulerat, eller om den uppfyller kontraktsvillkoren på något av de alternativa sätt som anges i 17 kap. 5 § i LOU, t.ex. genom att den är bunden av ett visst kollektivavtal eller att den omfattas av utstationeringslagen.

²⁴ Dokumentation från arbetet finns publicerad på Upphandlingsmyndighetens webbplats under rubriken Lärande exempel på arbetsrättsliga villkor, se <www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/stadernas-gemensamma-utgangspunkter-uppdaterade-170523.pdf>.

²⁵ Göteborg, Malmö och Stockholms gemensamma arbete för schysta villkor vid upphandlingar, Städernas gemensamma utgångspunkter.

²⁶ Se fliken Implementering respektive Förvaltning under Strategiskt inköpsarbete med arbetsrättsliga villkor, www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/arbetsrattsliga-villkor/villkor-enligt-kollektivavtal/strategisk-inkopsarbete-med-arbetsrattsliga-villkor/.

Samma uppgifter ska fyllas i också för eventuella underleverantörer. På begäran ska leverantören kunna styrka sina uppgifter.

För det andra ska leverantören göra det möjligt för myndigheten själv eller dess ombud att genomföra revisioner hos leverantören och underleverantörerna. Då ska leverantören tillhandahålla de uppgifter och den dokumentation som behövs för att kontrollera att de arbetsrättsliga kontraktsvillkoren efterlevs, till exempel tidrapportering, scheman, lönespecifikationer och anställningsavtal för berörda arbetstagare.

Upphandlingsmyndigheten betonar att såväl de arbetsrättsliga villkoren som de villkor som rör uppföljning är avsedda att vara en integrerad del i kontraktet med leverantören.²⁷ Därför är de förbundna med sanktioner om leverantören bryter mot kontraktet genom att inte uppfylla villkoren. Det kan gälla både vid brister i egenrapporteringen eller om den inte medverkar i uppföljningen och om leverantören själv eller eventuella underleverantörer inte uppfyller de arbetsrättsliga villkoren.

I samtliga fall ska leverantören i första hand få en möjlighet att avhjälpa bristerna inom en tid som bestäms av den upphandlande myndigheten. Men vid upprepade brister i egenrapportering eller medverkan till uppföljning, eller om leverantören inte vidtar rättelse eller inte avhjälper brister i tid och enligt fastställd åtgärdsplan kan myndigheten ha grund för att säga upp kontraktet med omedelbar verkan. Ytterligare sanktioner är också tänkbara som komplement. Till exempel kan kontraktsvillkoren också innehålla klausuler om vite, att använda i påtryckningssyfte för att få leverantören att medverka till uppföljning, föreslår Upphandlingsmyndigheten.

7. Erfarenheter från Göteborg

Att myndigheterna verkligen behöver hålla leverantörerna under uppsikt illustreras av två fördjupade uppföljningar hos ett stickprov av leverantörer som Göteborgs stads förvaltning för inköp och upphandling genomförde 2018–2019. Den ena gällde städtjänster för stadens verksamheter och den andra hantverkstjänster inom rör, el, luft, smide samt styr- och reglerteknik. I båda fallen hade leverantörerna utfört uppdrag genom avrop/beställningar från kommunens förvaltningar och bolag enligt ramavtal som kommunen hade slutit.²⁸ Alla ramavtal

²⁷ Tillämpningsstöd: Arbetsrättsliga villkor vid upphandling. Upphandlingsmyndighetens hemsida, <www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/vagledning/uhm_tillampningsstod_arbetsrattsliga_villkor_webb.pdf>

²⁸ Redogörelsen för de båda uppföljningarna bygger på rapporten ”Uppföljning av arbetsrättsliga villkor i upphandlingar av Hantverkstjänster”, antagen av Nämnden för inköp och upphandling 2019-09-19 och korrespondens och samtal med Helena Leth Sagvall, CSR-specialist vid förvaltningen för inköp och upphandling och Henrik Karlsson, förvaltningschef.

innehöll klausuler som förpliktade leverantörerna att medverka vid uppföljning av kontraktsvillkoren.

Förvaltningen för inköp och upphandling begärde in följande dokument:

- En lista över de personer som utförde arbete med uppdraget under den angivna perioden, med befattningar/titlar och hur många år de arbetat i yrket.
- Schema för dessa personer under den period då uppdraget/beställningen genomfördes.
- Tidrapportering, personalliggare eller motsvarande för dessa personer för tiden då uppdraget/beställningen genomfördes.
- Lönespecifikationer för dessa personer från tiden då uppdraget/beställningen utfördes.
- Avtal med underleverantörer om de användes i arbetet med uppdraget/beställningen.
- Motsvarande uppgifter för eventuell underleverantörs personal.

Vid uppföljningen av städuppdragen begärde den även att få in anställningsavtalen för dem som utförde arbetet, vilket underlättade mycket.

Ett intressant faktum var att alla leverantörer som valdes ut för uppföljningen uppgav att de var bundna av kollektivavtal för de aktuella arbetena.

De uppgifter som de lämnade in kontrollerades därför mot innehållet i de kollektivavtal som de var bundna av och mot semesterlagen och arbetstidslagen. I det arbetet hade förvaltningen återkommande kontakter med Skatteverket, Centrum mot organiserad brottlighet och olika fackliga organisationer.

Kontrollerna visade att felaktiga löner och ersättningar hade betalats i mer än hälften av städuppdragen och en tredjedel av hantverksuppdragen!

När det gällde hantverkstjänsterna var det vid en första kontroll bara en leverantör som helt uppfyllde dokumentationskraven och de arbetsrättsliga villkoren. För de övriga sju konstaterade förvaltningen att det fanns antingen avvikelser, oklarheter eller brister i dokumentationen, och det kunde behövas både tre och fyra omgångar av kompletteringar innan det gick att avgöra om leverantören hade uppfyllt de arbetsrättsliga villkoren eller inte. I ett fall gick det så långt att förvaltningen stoppade beställningar från leverantören så länge utredningen pågick.

Förvaltningen upplevde dock avvikelserna när det gällde hantverksuppdragen som allvarigare än vid städuppdragen. Tre av de åtta leverantörer som granskades hade betalat löner under avtalad lägstalön eller missat att betala ut andra ersättningar. Lika många hade dålig kontroll på underleverantörerna och vilka personer som utförde arbete för leverantörens räkning på stadens uppdrag. Bara en av leverantörerna hade fört de särskilda kontraktsvillkoren vidare i avtalen med sina underleverantörer. I ett fall anlätades en underentreprenör som Skatteverket misstänkte för att utnyttja svart arbetskraft, vilket (givetvis) var otillåtet enligt ramavtalet. Den underleverantören fick följaktligen inte längre användas.

Avvikelserna när det gällde lön och andra ersättningar var dock inte systematiska hos de felande leverantörerna. Det var vanligare att exempelvis lärlingar, tillfälligt anställda och arbetstagare som nyligen bytt anställningsform fick för lite betalt, och problemen tycktes snarast bero på bristande rutiner. Förvaltningen fann inte heller att underleverantörer med utländsk personal utmärkte sig genom att betala löner under kollektivavtalets lägsta nivåer, även om dessa arbetstagare inte alltid hade marknadsmässiga löner.

Enligt ramavtalen har staden rätt att häva kontrakten om inte leverantören uppfyller de arbetsrättsliga villkoren. Förvaltningen för inköp och upphandling ville hellre försöka säkerställa att leverantörerna rättade till de fel de begått, vilket den kanske inte hade kunnat göra om kontrakten hade hävts. Leverantörerna fick alltså i efterskott betala ut de löner och ersättningar de var skyldiga, inrätta rutiner för hur det ska gå till när de anlitar underentreprenörer i framtiden och i något fall uppdatera företagets arbetsmiljöplan för att kunna hålla koll på att arbetstagarna inte arbetade för mycket övertid. Bara om en leverantör hade vägrat samarbeta eller vidta de åtgärder som uppföljningen aktualiserade hade det varit relevant att häva avtalet, ansåg förvaltningen. Det inträffade dock aldrig i detta fall.

Enligt de flesta, men inte alla, ramavtal hade förvaltningen också kunnat använda viten för att tvinga felande leverantörer att avhjälpa felen – 5 000 kr per påbörjad vecka till dess att rättelse hade vidtagits. I avvaktan på detta hade myndigheten också rätt att införa tillfälligt beställningsstopp. Inte heller vitemöjligheten utnyttjades dock i dessa upphandlingar, däremot stoppade man i ett fall beställningar från en särskilt saktfärdig leverantör.

I rapporten om uppföljningen av hantverkstjänsterna drar inköps- och upphandlingsförvaltningen också några slutsatser om stadens egen organisation. Den konstaterar att kompetensen i stadens förvaltningar och bolag när det gäller inköps- och uppföljningsfrågor varierar och att uppföljningen under den tid som uppdraget genomförs ofta brister. Det finns en medvetenhet om dessa brister hos beställarna och en viss uppgivenhet eftersom de inte har tillräckliga resurser för den uppföljning som krävs för att komma tillrätta med avtalsbrott och osund konkurrens.

För egen del räknar förvaltningen med att behöva avsätta 25 timmar per leverantör vid kommande uppföljningar. Enbart uppföljningen av hantverkuppdragen beräknas kräva en heltidstjänst under ett år, och då kontrolleras ändå bara ett stickprov av leverantörerna.

Ytterligare en slutsats är att dataskyddsförordningen orsakar svårigheter både för leverantörerna och de upphandlande myndigheterna. Enligt rapporten om hantverkstjänsterna hamnar leverantörerna i en situation där de saknar vägledning från Datainspektionen om vilka uppgifter de kan lämna ut, och den upp-

handlande myndigheten måste gallra inkomna uppgifter på ett sätt som inte fullt ut stämmer med arkivlagen.²⁹

8. Några reflektioner

Vår genomgång ger anledning till några reflektioner:

Hur uppföljningen av de arbetsrättsliga villkoren ska gå till förefaller inte i första hand vara en juridisk fråga. De rättsliga frågorna begränsar sig till vilka uppföljningsåtgärder och eventuella sanktioner som är proportionella och vad som är förenligt med dataskyddsförordningen.

I högre grad tycks det vara en fråga om resurser. Det är värt att notera att alla de leverantörer som granskades i uppföljningarna i Göteborg var bundna av kollektivavtal med olika fackliga organisationer. Ändå var det många av dem som inte ens följde kollektivavtalens lönebestämmelser. Det borde helt enkelt inte ha hänt om den arbetsfördelning mellan staten och arbetsmarknadens parter som idealbilden av den svenska arbetsmarknadsmodellen innebär fungerade som den ska. De fackliga organisationerna förefaller helt enkelt inte ha haft tillräckliga resurser för att följa upp tillämpningen av kollektivavtalen. Inför upphandlingarna av hantverkstjänster och städtjänster hade förvaltningen för inköp och upphandling diskuterat övervakningen med lokala fackliga företrädare. Den hade då dels fått beskedet att det faktum att en arbetsgivare är bunden av ett kollektivavtal inte kan ses som ett bevis på att de arbetsrättsliga kontraktsvillkoren är uppfyllda och att även dessa följaktligen måste följas upp, dels att de fackliga organisationerna inte själva hade resurser att åta sig detta.³⁰

Fackliga företrädare argumenterar ibland för att myndigheter borde kunna kräva inte bara att leverantörerna tillämpar kollektivavtalens villkor, utan att de faktiskt är bundna av kollektivavtal. Förutom att ett sådant krav inte vore förenligt med den negativa föreningsrätten³¹ blir det också meningslöst om de fackliga organisationerna, som vår genomgång antyder, inte har tillräckliga resurser ens för att följa upp de kollektivavtal som arbetsgivarna frivilligt har ingått.

²⁹ Upphandlingsmyndigheten avser att publicera en vägledning om hantering av känsliga personuppgifter i samband med uppföljning av sysselsättningsklausuler i offentliga kontrakt i slutet av 2019, ett stöd som bör kunna vara till hjälp även vid uppföljning av arbetsrättsliga villkor, se www.upphandlingsmyndigheten.se/hallbarhet/socialt-ansvarsfull-upphandling/upphandling-med-mal-att-oka-sysselsattningen/for-upphandlande-organisationer/forvalta/.

³⁰ Enligt uppgift från Helena Leth Sagvall.

³¹ Europadomstolen för mänskliga rättigheter har visserligen slagit fast att ett fackligt krav på ett s.k. hängavtal mot en arbetsgivare inte kränker den negativa föreningsrätten, se målet Gustafsson mot Sverige 25.4.1996 (no. 15573/89), men detta innebär knappast att en offentlig myndighet kan införa ett kontraktuellt kontraheringstvång i samband med ett upphandlingsförfarande.

Ur de upphandlande myndigheternas perspektiv kan det också upplevas som otillfredsställande att behöva använda sina resurser till det som enligt den svenska modellen är arbetsmarknadsparternas uppgifter.³² Det gäller särskilt när det handlar om mindre myndigheter.

Den bild som vi har tecknat föranleder inte endast frågan om fackföreningsrörelsen gett upp ambitionen att övervaka arbetsvillkor i samband med offentlig upphandling t.o.m. i de fall då kollektivavtal gäller. Den ger också anledning att fråga om arbetsmarknadens parter kunde ha en bättre definierad medverkande roll vid genomförande av arbetsrättsliga villkor i upphandlingskontrakt. Kan man utveckla förfaranden för deltagande som underlättar genomförandet för såväl arbetsmarknadens parter som för den upphandlande myndigheten utan att man gör de fackliga ombuden till konsulter enligt Vita Jobb-modellen? Kanske kan man etablera ett förfarande där fackliga representanter ges en formaliserad rätt att delta i övervakningen så att de får tillgång till de rapporter som den upphandlande myndigheten begär in och också möjlighet att delta i gemensamma möten där man följer upp arbetsrättsliga villkor.

Här kan dataskyddslagstiftningen möjligen medföra ett problem. I 3 kap. 2 § i den svenska lagen (2018:218) med kompletterande bestämmelser till EU:s dataskyddsförordning föreskrivs att känsliga personuppgifter får behandlas om behandlingen är nödvändig för att den personuppgiftsansvarige eller den registrerade ska kunna fullgöra sina skyldigheter och utöva sina särskilda rättigheter inom arbetsrätten och inom områdena social trygghet och socialt skydd. Dessa personuppgifter får dock lämnas ut till tredje part (i vårt exempel den fackliga organisationen) endast om det inom arbetsrätten eller inom områdena social trygghet och socialt skydd finns en skyldighet för den personuppgiftsansvarige att göra det eller om den registrerade uttryckligen har samtyckt till utlämnandet. I de fall då en leverantör är bunden av kollektivavtal innebär detta att facket har en direkt lagbaserad rätt att behandla personuppgifter. Om leverantören däremot inte är bunden av ett kollektivavtal tycks bestämmelsen förutsätta att den registrerade arbetstagaren uttryckligen samtycker till att uppgifterna lämnas ut. Det är väl inte uteslutet att det kan förekomma, men det är en svårighet i sammanhanget.

Det förefaller finnas en uppenbar risk för att övervakningen av arbetsrättsliga villkor vid offentlig upphandling blir oproportionerligt tidskrävande. Det kan tänkas att bättre efterlevnad skulle kunna åstadkommas genom att man använder vitesklausuler i större omfattning när leverantörer eller underleverantörer medvetet eller uppsåtligen bryter mot avtalade åligganden. Om kostnaderna för att bryta mot avtalet klart överskrider de ekonomiska fördelarna med att underbetala arbetskraften eller inte ge den avtalade förmåner kan ekonomiskt rationella aktörer förväntas iakta sina skyldigheter bättre. Vitena måste dock vara proportionella samtidigt som de är avskräckande.

³² Samtal med Henrik Karlsson, chef för Göteborgs förvaltning för inköp och upphandling.

De erfarenheter som gjorts i Göteborg antyder också att leverantörerna varit vana vid en bristfällig uppföljning och förlitat sig på att arbetsrättsliga skyldigheter kan försummas utan vidare påföljder. När de så småningom har vant sig vid att de kommer att bli tvungna att redovisa hur de uppfyller sina kontraktsevenliga förpliktelser, blir uppföljningen förhoppningsvis också mindre arbetskrävande.