

Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling

– ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse

*Slutbetänkande av Utredningen om upphandling
och villkor enligt kollektivavtal*

Stockholm 2016



STATENS OFFENTLIGA
UTREDNINGAR

SOU 2016:15

SOU och Ds kan köpas från Wolters Kluwers kundservice.
Beställningsadress: Wolters Kluwers kundservice, 106 47 Stockholm
Ordertelefon: 08-598 191 90
E-post: kundservice@wolterskluwer.se
Webbplats: wolterskluwer.se/offentligapublikationer

För remissutsändningar av SOU och Ds svarar Wolters Kluwer Sverige AB
på uppdrag av Regeringskansliets förvaltningsavdelning.

Svara på remiss – hur och varför

Statsrådsberedningen, SB PM 2003:2 (reviderad 2009-05-02).

En kort handledning för dem som ska svara på remiss.

Häftet är gratis och kan laddas ner som pdf från eller beställas på regeringen.se/remisser

Layout: Kommittéservice, Regeringskansliet

Omslag: Elanders Sverige AB

Tryck: Elanders Sverige AB, Stockholm 2016

ISBN 978-91-38-24416-6

ISSN 0375-250X

Till statsrådet Ardalan Shekarabi

Regeringen beslutade den 22 december 2014 att tillkalla en särskild utredare med uppdrag att analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de kommande upphandlingslagarna och lämna förslag på hur sådana bestämmelser ska utformas. Utredaren ska vidare analysera hur krav kan ställas på att varor, tjänster och byggtreprenader produceras, tillhandahålls och utförs under sådana förhållanden att ILO:s kärnkonventioner respekteras och att de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs, om det inte utförs i Sverige, tillämpas för arbetet samt föreslå hur detta ska göras vid upphandlingar.

Den 22 januari 2015 förordnades professor Niklas Bruun som särskild utredare.

Som sakkunniga förordnades från och med den 28 januari 2015 ämnessakkunnige Mattias Almqvist, Finansdepartementet, och departementssekreteraren Karin Sandkull, Arbetsmarknadsdepartementet.

Som experter i utredningen förordnades från och med den 28 januari 2015 juristen Kerstin Ahlberg, Stockholms Universitet, juristen Ulrica Dyrke, Företagarna, juristen Torbjörn Eklund, Arbetsgivarverket, samhällspolitiska chefen Samuel Engblom, TCO, arbetsrättsjuristen Lars Gellner, Svenskt Näringsliv, näringspolitiska experten Stefan Holm, Almega, chefsjuristen Lena Maier Söderberg, SACO, kanslirådet Erik Murray, Näringsdepartementet, juristen Maria Nyman, Arbetsmiljöverket, juristen Sofie Rehnström, LO, utredaren Sara Sandelius, Kommerskollegium, sakkunnige Lisa Sennström, Konkurrensverket, biträdande professorn Grith Skovgaard Ølykke, Copenhagen Business School, arbetsrättsjuristen Anna Svanestrand, Sveriges Kommuner och Landsting, processrådet Kristoffer Sällfors, Konkurrensverket, juristen Oskar Taxén, Kommunalarbetareförbundet och departementssekreteraren Fredrik Woods, Utrikesdepartementet. Departementssekreteraren Fredrik

Woods, Utrikesdepartementet, entledigades från sitt uppdrag som expert i utredningen från och med den 28 maj 2015.

Som experter i utredningen förordnades från och med den 9 oktober 2015 departementssekreteraren Gudridur M Kristjansdottir, Statsrådsberedningen, EU-rättsjuristen Sofia Råsmar, TCO och arbetsrättsjuristen Niklas Beckman, Svenskt näringsliv. Den 9 oktober 2015 entledigades Samuel Engblom, TCO, och Lars Gellner, Svenskt näringsliv.

Som sekreterare i utredningen anställdes från och med den 20 januari 2015 ämnesrådet Hanna Björknäs och kammarrättsassessorn Camilla Molina.

Utredningen har antagit namnet Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

Enligt tilläggsdirektiv som beslutades den 20 augusti 2013 (dir. 2015:90) ska utredaren analysera de unionsrättsliga förutsättningarna för Sverige att ratificera Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 94 samt kartlägga och redovisa hur sociala och arbetsmarknadsrelaterade krav används i andra nordiska länder och EU-länder som i detta hänseende är jämförbara med Sverige.

Utredningen överlämnade delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78) den 1 september 2015.

Utredningen får härmed överlämna slutbetänkandet Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling – ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse, SOU 2016:15. Utredningens uppdrag är härmed slutfört.

Stockholm i februari 2016

Niklas Bruun

/Hanna Björknäs
Camilla Molina

Innehåll

Sammanfattning	11
1 Inledning	15
1.1 Uppdraget.....	15
1.2 Avgränsning av uppdraget	16
1.3 Utredningens arbete	17
1.4 Terminologi.....	18
Del 1 Ratifikation av ILO:s konvention nr 94	19
2 ILO:s konvention nr 94 och diskussionen om dess ratificering i Sverige	21
2.1 ILO	21
2.1.1 ILO:s organisation	21
2.1.2 ILO och dess uppdrag.....	23
2.1.3 ILO:s normverksamhet.....	24
2.1.4 Efterlevnad och uppföljning av ILO:s konventioner.....	25
2.2 ILO:s konvention nr 94.....	27
2.2.1 Konventionens tillämpningsområde	28
2.2.2 Arbetsklausuler.....	30
2.2.3 Regler om effektivt genomförande	40
2.2.4 Sanktioner	41
2.2.5 Uppsägning av konventionen	42
2.3 Konventionen anses fortfarande relevant.....	42

2.4	Tidigare utredningar om en svensk ratifikation av ILO:s konvention nr 94	43
2.4.1	Proposition 1950 nr 188	43
2.4.2	Rapport på uppdrag av ILO-kommittén 1996	43
2.4.3	NOU:s utredning 1997	44
2.4.4	SOU 2006:28	45
2.4.5	Senare behandling av frågan	46
3	Konventionen i jämförelse med EU-rätten	47
3.1	Konventionen i jämförelse med upphandlingsdirektiven	47
3.1.1	Arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingsdirektiven	47
3.1.2	Tillämpningsområdet	49
3.1.3	Underleverantörer	51
3.1.4	Undantag	52
3.1.5	Arbetsklausuler	53
3.1.6	Regler om effektivt genomförande	55
3.1.7	Sanktioner	56
3.1.8	Övriga artiklar	58
3.1.9	Sammanfattande slutsats	58
3.2	Konventionen i jämförelse med reglerna om fri rörlighet för tjänster och utstationeringsdirektivet	59
3.2.1	Den fria rörligheten för tjänster och utstationeringsdirektivet	60
3.2.2	Rättsläget efter målen Rüffert och RegioPost	69
3.2.3	Ur vilket kollektivavtal ska villkor hämtas	70
3.2.4	Innehållet i arbetsklausulerna	71
3.3	Konventionen i förhållande till annan sekundärrätt	73
3.3.1	Arbetskadeförsäkring	73
3.3.2	Information till arbetstagare	75
4	Jämförelse med svenska förhållanden	77
4.1	Inledning	77
4.2	Konventionen och nuvarande upphandlingslagar	79
4.3	Konventionen och den svenska arbetsmarknadsmodellen	80
4.3.1	Den svenska arbetsmarknadsmodellen	81

4.3.2	Utstationeringsdirektivets relevans för offentlig upphandling	83
4.3.3	Genomförandet av utstationeringsdirektivet i Sverige	84
4.3.4	Konventionen och den svenska arbetsmarknadsmodellen	87
4.4	Utredningens betänkande SOU 2015:78	98
4.4.1	Delbetänkandet i jämförelse med konventionen	101
5	Medlemskapet i EU och möjligheten att ingå internationella avtal	109
5.1	Den svenska grundlagens regler om ingående av internationella avtal.....	109
5.2	Följden av medlemskap i ILO	110
5.3	Följden av medlemskap i EU	110
5.4	EU och kompetensfördelningen.....	111
5.4.1	EU:s befogenhet att ingå internationella avtal	111
5.4.2	Fördelning av befogenhet mellan EU och medlemsstaterna	111
5.4.3	Lojalitetsprincipen.....	112
5.4.4	Några yttranden och avgöranden från EU-domstolen	113
5.4.5	Exklusiv befogenhet för EU	124
5.4.6	Delad befogenhet.....	126
5.4.7	Hur det avgörs om kompetensen är exklusiv eller delad	128
5.5	EU och ILO	128
5.5.1	Samarbete och samverkan	128
5.5.2	EU-staternas samarbete i ILO.....	129
5.5.3	När nationella regler som genomför ILO-konventioner strider mot EU-rätten.....	130
5.5.4	EU:s förhållningssätt när medlemsstater förhandlar i ILO.....	133
5.5.5	Förfarande vid nya konventionsåtaganden	135
5.5.6	Förfarande vid äldre konventionsåtaganden	137

5.6	Befogenhet att ratificera ILO:s konvention nr 94 för en medlemsstat i EU	139
5.6.1	Vad innebär ett nära samarbete?	142
6	Sammanfattande slutsatser avseende ILO:s konvention nr 94	145
6.1	Inledning	145
6.2	Konventionens relevans	145
6.3	Förutsättningarna för en svensk ratificering	146
6.3.1	De upphandlingsrättsliga förutsättningarna för ratifikation	147
6.3.2	De arbetsrättsliga förutsättningarna för ratifikation	147
6.4	Sammanfattande slutsatser	148
Del 2	Internationell jämförelse av sociala villkor i offentlig upphandling	151
7	Internationell jämförelse	153
7.1	Uppdraget	153
7.2	Urval och metod	154
7.3	Danmark	155
7.3.1	Ramarna	155
7.3.2	Sociala hänsyn i upphandlingsprocedurens olika faser	158
7.3.3	Upphandlingar som inte omfattas av direktiven	162
7.3.4	Exemplet Köpenhamns kommun	165
7.4	Norge	167
7.4.1	Regelverket	168
7.4.2	Socialt ansvar	169
7.4.3	Läringsklausuler	169
7.5	Finland	173
7.5.1	Exemplet Esbo stad	175

7.5.2	Exemplet Vanda stad	177
7.5.3	Exemplet Tammerfors stad.....	177
7.5.4	Erfarenheter från Finland	178
7.5.5	Två rättsliga avgöranden	179
7.6	Nederländerna.....	181
7.6.1	Förutsättningar för att ställa sociala villkor	181
7.6.2	Sociala villkor kan användas i hela upphandlingsproceduren.....	183
7.6.3	Utvärdering av pilotprojektet	184
7.6.4	Särskilt om sociala villkors effekt på små och medelstora företag	185
7.7	Belgien	187
7.7.1	Exemplet Vallonien	187
7.7.2	Exemplet Ghent.....	190
7.7.3	Exemplet Bryssel	192
7.8	Storbritannien	193
7.8.1	Exemplet MTR	194
7.9	Skottland.....	196
7.9.1	En särskild metod för att säkerställa sociala värden i upphandling	197
7.9.2	Exemplet Glasgow och Commonwealth Games.....	200
7.9.3	Exemplet New South Glasgow Hospitals.....	203
7.10	Sammanfattande slutsatser	204

Bilagor

Bilaga 1	Kommittédirektiv 2014:162	207
Bilaga 2	Kommittédirektiv 2015:90	219
Bilaga 3	Konvention (nr 94) angående arbetsklausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part	223
Bilaga 4	C094 – Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94).....	233

Sammanfattning

Utredningen har haft i uppdrag att dels utreda förutsättningarna för en svensk ratifikation av Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 94, dels göra en internationell jämförelse av användningen av sociala villkor vid offentlig upphandling. Betänkande består därför av två delar. I den första delen analyseras förutsättningarna för Sverige att ratificera ILO:s konvention nr 94. I den andra delen görs den internationella jämförelsen.

Del 1

Ratifikation av ILO:s konvention nr 94

ILO:s konvention nr 94 innebär en skyldighet för ratificerande stater att se till att det i statliga myndigheters offentliga upphandling ska anges s.k. arbetsklausuler i kontraktsvillkoren. Arbetsklausulerna anger de villkor som leverantören ska tillförsäkra de arbetstagare som sysselsätts i uppdrag enligt upphandlingskontraktet. Enligt konventionen ska arbetsklausuler ange villkor som tillförsäkrar arbetstagare lön, inklusive olika slags tillägg, arbetstid och övriga villkor. Utredningen har bedömt att övriga villkor avser de villkor som anses centrala i respektive land utifrån hur arbetsmarknaden i landet är reglerad. När det gäller villkor om lön anser utredningen att det är förenligt med konventionen att ställa krav på en kollektivavtalad minimilön i arbetsklausulerna, så länge den motsvarar den lägsta lön som gäller för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i det område där arbetet utförs. Det är således utredningens bedömning att konventionen inte innebär ett krav på lön enligt s.k. normalnivå.

Utredningen har vidare kommit fram till att konventionen sannolikt innebär att arbetstagare som utför arbete i offentlig upphandling ska garanteras ersättning vid arbetskada.

Utredningen har även analyserat konventionen och jämfört den med 2014 års upphandlingsdirektiv och konstaterat att det är förenligt med upphandlingsdirektiven att införa bestämmelser med ett obligatorium för statliga myndigheter att använda arbetsklausuler, under förutsättning att sådana bestämmelser anses proportionerliga i förhållande till syftet med bestämmelserna. Det är också förenligt med upphandlingsdirektiven att införa bestämmelser med ett obligatorium om att arbetsklausuler även ska gälla för underleverantörer. Utredningen har också bedömt att det är förenligt med direktiven att vid ett genomförande av konventionen införa nationella bestämmelser om sanktioner vid överträdelse av arbetsklausuler under förutsättning att dessa sanktioner är proportionerliga i förhållande till syftet med dem och i övrigt är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna och EU-rätten i övrigt. Sammanfattningsvis är det utredningens bedömning att 2014 års upphandlingsdirektiv inte utgör ett hinder för att Sverige ska kunna ratificera konventionen och införa arbetsklausuler i offentlig upphandling.

I betänkandet har möjligheten att använda arbetsklausuler också analyserats i förhållande till den fria rörligheten för tjänster (artikel 56 i FEU-fördraget), direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (utstationeringsdirektivet) samt EU-domstolens avgöranden i målen Ruffert, C-346/06, och RegioPost, C-115/14. Utredningen har ansett att arbetsklausuler kan användas i offentlig upphandling utan att det utgör ett hinder för den fria rörligheten för tjänster så länge villkoren hämtas ur det regelverk (lag, kollektivavtal eller skiljedom) genom vilket medlemsstaten genomfört utstationeringsdirektivet. Utförs arbete med utstationerad arbetskraft måste villkoren begränsas till de villkor som omfattas av utstationeringsdirektivets s.k. hårda kärna och avse den miniminivå som gäller enligt det direktivet. För svenska förhållanden innebär det enligt utredningens bedömning att villkoren i offentlig upphandling kan hämtas ur sådana centrala kollektivavtal som pekas ut i utstationeringslagen. Utredningen har också bedömt att det vid ett genomförande av konventionen är möjligt att begränsa förmånerna i arbetsklausulen

till sådana förmåner som har en motsvarighet i den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. Även vad som ska definieras som lön kan anpassas till direktivet. När det gäller arbetsskadeförsäkring har utredningen bedömt att EU-rätten inte hindrar att det föreskrivs att utsända arbetstagare ska omfattas av arbetsskadeförmåner i Sverige. Däremot får en sådan reglering medföra att utstationerade arbetsgivare åläggs kostnader eller andra skyldigheter endast under förutsättning att arbetsskadeförmåner får anses ingå i den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet.

Utredningen har vidare analyserat konventionen i förhållande till gällande rätt och konstaterat att det är möjligt att använda särskilda kontraktsvillkor i form av arbetsklausuler motsvarande de som anges i ILO:s konvention nr 94 under förutsättning att arbetsklausulerna utformas på ett sådant sätt att de är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna om proportionalitet, likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och ömsesidighet samt i övrigt är förenliga med EU-rätten. Utredningen har också bedömt att konventionen kan genomföras med respekt för den svenska arbetsmarknadsmodellen. Vid ett genomförande måste det troligen införas regler som säkerställer att arbetstagare som utför arbete i Sverige omfattas av arbetsskadeförsäkring.

I betänkandet har konventionen även analyserats i förhållande till det förslag som utredningen presenterade i sitt delbetänkande den 1 september 2015, SOU 2015:78. Utredningen har konstaterat att förslaget i delbetänkandet i stora delar tillgodoser konventionens krav på tillämpningen av arbetsklausuler. Den större justering som behöver göras är att det måste göras obligatoriskt för statliga myndigheter att använda arbetsklausuler i alla upphandlingar.

Som medlem i EU måste Sverige beakta de skyldigheter som följer av EU-medlemskapet när internationella överenskommelser ingås. I betänkandet har utredningen konstaterat att konventionen rör ett rättsligt område där EU i vissa delar har exklusiv befogenhet att ingå internationella avtal. I andra delar rör konventionen ett område där EU och medlemsstaterna har delad befogenhet. Utredningen har bedömt att ratificering måste ske i nära samarbete med EU. Ett sådant nära samarbete innebär i detta fall att en medlemsstat endast kan ratificera konventionen med stöd av ett bemyndigande av EU.

Sammanfattningsvis har utredningen ansett att det mervärde som en ratifikation innebär är begränsat. En ratifikation av konventionen utvidgar inte det befintliga utrymmet att ställa arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling. Trots detta har utredningen ansett att en ratifikation är en kraftfull och tydlig markering för att Sverige tar aktiv ställning för goda arbetsvillkor och ställer sig bakom de grundläggande normer och värderingar som avspeglas i ILO:s normsystem. Utredningen förordar därför en ratifikation. Den bedömer att ett arbete bör initieras i ILO-kommittén för att diskutera en ratificering av konventionen och att Sverige därefter bör ta kontakt med kommissionen för att närmare diskutera de olika frågor som ansluter sig till denna fråga.

Del 2

Internationell jämförelse av sociala villkor i offentlig upphandling

Utredningen har när det gäller den internationella jämförelsen valt att fokusera på arbetsmarknadsrelaterade villkor i offentlig upphandling. Det handlar om villkor om att leverantörer som utför uppdrag inom ramen för offentlig upphandling t.ex. ska erbjuda sysselsättning för långtidsarbetslösa eller praktikanter. Utredningen beskriver exempel från ett antal länder och redogör för de rättsliga förutsättningarna för att ställa sådana villkor. Utredningen har fokuserat på Danmark, Norge, Finland, Storbritannien, Nederländerna och Belgien.

1 Inledning

1.1 Uppdraget

Den 20 augusti 2015 beslutade regeringen kommittédirektiv 2015:90¹, ett tilläggsdirektiv till Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Enligt tilläggsdirektivet skulle utredningen dels analysera de EU-rättsliga förutsättningarna för Sverige att ratificera Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 94 angående arbetsklausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part, dels kartlägga och redovisa hur sociala och arbetsmarknadsrelaterade krav används i andra nordiska länder och EU-länder som i detta hänseende är jämförbara med Sverige.

När det gäller frågan om ratificering av konventionen angavs i kommittédirektiven att det efter inträdet i EU är oklart om Sverige kan ratificera konventionen. Utredaren skulle därför analysera de unionsrättsliga förutsättningarna för en ratifikation. Om bedömningen gjordes att konventionen skulle kunna ratificeras av Sverige, skulle utredaren även föreslå hur bestämmelserna i de kommande upphandlingslagarna skulle kunna anpassas till konventionen. Oavsett om Sverige kan ratificera konventionen eller inte skulle utredaren analysera vilket unionsrättsligt utrymme det finns för att så långt som möjligt anpassa upphandlingslagarna till konventionen. Om det finns bestämmelser som inte är förenliga med konventionen skulle utredaren vidare analysera vilket utrymme det finns för att anpassa dessa till konventionen.

Utredaren skulle även beakta hur en anpassning av bestämmelserna förhåller sig till EU-rätten och internationella åtaganden i övrigt samt den svenska arbetsmarknadsmodellen. Vid genomföran-

¹ Se bilaga 2.

det av uppdraget skulle utredaren också beakta relevanta erfarenheter från andra nordiska länder och EU-länder.

När det gäller den andra delen av uppdraget, kartläggning och redovisning av hur sociala och arbetsmarknadsrelaterade krav används i andra länder, angavs i kommittédirektivet att regeringen avser att stärka den strategiska användningen av offentlig upphandling. Utredningens kartläggning och redovisning angavs vara ett led i detta arbete.

1.2 Avgränsning av uppdraget

2014 års upphandlingsdirektiv ska vara genomförda i Sverige under våren 2016. Under utredningens arbete har den upphandlingsrättsliga lagstiftningen således varit under omarbetning. Ett led i arbetet med genomförandet av upphandlingsdirektiven och den kommande upphandlingslagstiftningen var det delbetänkande som utredningen lämnade den 1 september 2015 med förslag på hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de tre kommande upphandlingslagarna (SOU 2015:78).

Eftersom det inte stått klart hur den kommande upphandlingslagstiftningen kommer att se ut när genomförandet av upphandlingsdirektiven är klart har utredningen inte kunnat analysera konventionen i förhållande till den kommande lagstiftningen. Utredningen har därför inte lagt några konkreta lagförslag i förhållande till denna. Utredningen har i stället analyserat hur konventionen förhåller sig till upphandlingsdirektiven, gällande svensk upphandlingslagstiftning, förslagen i utredningens delbetänkande samt annan EU-rätt och svensk rätt. I betänkandet framgår att utredningen anser att förslagen i delbetänkandet till stora delar tillgodoser de lagändringar som skulle behöva vidtas om konventionen skulle genomföras i svensk rätt. Endast mindre justeringar skulle behöva göras av förslagen i delbetänkandet. Mot den bakgrunden har utredningen valt att inte lägga fram alternativa förslag om hur konventionen ska genomföras. De justeringar som krävs av förslagen i utredningens delbetänkande presenteras i texten. Som en följd av att utredningen inte lägger några konkreta lagförslag har utredningen inte heller gjort någon konsekvensanalys. Genomförandet av konventionen skulle i huvudsak få samma påverkan som utredningens delbetän-

kande. Därför får i stället hänvisas till konsekvensanalysen i delbetänkandet.

När det gäller uppdraget att kartlägga och redovisa hur andra länder använder sociala villkor i offentlig upphandling har utredningen, mot bakgrund av de övergripande syftena med utredningen, dvs. dels att utreda och analysera möjligheten att ställa arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling, dels att stärka den strategiska användningen av offentlig upphandling, valt att låta fokus ligga på arbetsmarknadsrelaterade hänsyn. Med hänsyn till utredningens begränsade tid har utredningen gjort ett urval och granskat länder med liknande förhållanden som Sverige där det varit möjligt att få tillgång till aktuellt material. Flera större EU-länder, som t.ex. Tyskland och Frankrike, har dessvärre inte kunnat uppmärksammas i kartläggningen på grund av att utredningen haft svårigheter att få tillgång till relevant underlag. Utredningen har utifrån dessa givna förhållanden valt att fokusera på Danmark, Norge, Finland, Nederländerna, Belgien och Storbritannien. Det har inte varit möjligt för utredningen att göra en uttömmande och fullständig beskrivning av rättsliga förhållanden och möjligheten att använda arbetsmarknadsrelaterade hänsyn i offentlig upphandling i dessa länder. Redogörelsen får i stället ses som en beskrivning av ett antal exempel och den kontext i vilken dessa använts. Beskrivningen av förhållandena i de olika länderna skiljer sig också åt till följd av att det inte varit möjligt att hitta likartad information avseende förhållandena i alla länder. I vissa fall ligger fokus därför på de aktuella exemplen och i andra fall får den rättsliga och politiska bakgrunden ett större utrymme.

1.3 Utredningens arbete

Utredningen har haft tre gemensamma möten med de experter och sakkunniga som biträtt utredningen. Därtill har utredningen träffat ILO:s experter på ILO:s konvention nr 94 på ILO:s arbetsbyrå i Genève. Vid mötet diskuterades innebörden och tolkningen av vissa artiklar i konventionen. Det bör observeras att det experterna från ILO sagt vid ett sådant möte inte ger uttryck för ILO:s formella inställning i frågan. Utredningens uppfattning efter mötet är dock

att det i flera tolkningsfrågor finns en fast praxis inom ILO som bekräftar utredningens ställningstaganden.

Utredningen har även besökt EU-kommissionen för att närmare utreda förfarandet när en EU-medlemsstat ska ratificera en äldre konvention. Även detta var ett informellt möte. Representanter för alla relevanta enheter inom kommissionen deltog.

När det gäller uppdraget att kartlägga och redovisa andra länders användning av sociala villkor har utredningen inhämtat både skriftlig information och besökt representanter från diverse myndigheter, organisationer och företag i flera av de länder som kartläggningen har omfattat. Utredningen har genomfört sådana besök i Finland, Danmark, Belgien, England och Skottland.

1.4 Terminologi

ILO:s konvention nr 94 är på engelska. Vid riksdagens ställningstagande till ratifikation år 1950 översattes konventionen till svenska och publicerades i propositionen.² I översättningen används ett språk som i dag framstår som ålderdomligt och något svårtillgängligt. Det finns dock inte någon senare officiell översättning av konventionen. Mot denna bakgrund och eftersom det är fråga om en icke ratificerad konvention har utredningen tagit sig friheten att i texten använda mer tidsenliga svenska uttryck för vissa av de begrepp som avses i konventionen. Konventionen bifogas betänkan- det både i en engelsk version och i den svenska versionen från 1950.

² Prop. 1950 nr 188.

DEL 1

Ratifikation av ILO:s konvention nr 94

2 ILO:s konvention nr 94 och diskussionen om dess ratificering i Sverige

2.1 ILO

2.1.1 ILO:s organisation

Internationella arbetsorganisationen (ILO) är FN:s fackorgan för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor. Organisationen grundades 1919. Sedan 1946 är ILO knutet till Förenta nationerna, FN, genom ett särskilt avtal. Avtalet reglerar de inbördes relationerna mellan de två organisationerna. Förenklat uttryckt innebär avtalet att ILO har ett autonomt ansvar för arbetslivsfrågor medan FN ägnar sig åt frågor av mer allmän politisk natur.

ILO har i dag 185 stater som medlemmar. Det är endast stater som kan vara medlemmar i ILO. Sverige har varit medlem sedan 1920. En anslutning till ILO sker oberoende av medlemskap i FN.

ILO är en trepartsorganisation som består av representanter från medlemsländers regeringar, arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer. Denna s.k. trepartsprincip framgår av ILO:s stadgar och är styrande för hela organisationens verksamhet. Ett uttryck för trepartismen är den s.k. sociala dialogen som syftar till att främja konsensus och demokratiskt deltagande av berörda parter i arbetslivet. Enligt ILO:s definition av den sociala dialogen innefattar den alla former av förhandling, samråd och informationsutbyte mellan regeringar och arbetsgivare och arbetstigare. ILO:s arbetskonferens antog 1976 en konvention om samråd på treparts-basis i ILO-frågor i syfte att uppmuntra det trepartiska samarbetet i

medlemsstaterna.¹ Ett flertal av ILO:s konventioner förutsätter också samverkan mellan regeringen och arbetsmarknadens parter i den aktuella staten.²

ILO:s arbete bedrivs huvudsakligen genom tre organ, internationella arbetskonferensen, styrelsen och internationella arbetsbyrån som alla består av de tre intressegrupperna (dvs. representanter från regeringar, arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer).

Arbetskonferensen är det högsta beslutande organet och har till uppgift att besluta bl.a. om ILO:s budget och arbetsprogram, välja styrelse och anta konventioner, rekommendationer och resolutioner. Arbetskonferensen äger rum under två veckor varje sommar i Genève. Konferensen fungerar även som ett forum för att diskutera olika arbetsmarknadsrelaterade och socialpolitiska frågor. Varje medlemsstat representeras av en delegation bestående av två regeringsombud och ett ombud från arbetsgivarorganisationerna och ett från arbetstagarorganisationerna. Företrädarna från organisationerna är autonoma i förhållande till sina regeringar och i förhållande till varandra.

Styrelsen är ILO:s verkställande organ och sammanträder tre gånger per år. Styrelsen fastställer dagordningen för arbetskonferensen samt beslutar om arbetsbyråns verksamhet och utser arbetsbyråns generaldirektör. Internationella arbetsbyrån svarar för organisationens sekretariat och forskningsverksamhet.

Styrelsen och arbetsbyrån stöds av kommittéer sammansatta enligt trepartsprincipen som täcker de största industriområdena och av expertkommittéer på olika områden som t.ex. arbetsmiljö, arbetstagens utbildning och frågor som speciellt rör unga. I medlemsstaterna finns också regionala kommittéer som ansvarar för frågor som rör respektive land.

Den svenska ILO-kommittén har funnits sedan 1927.³ En av kommitténs centrala arbetsuppgifter är att lämna underlag för regeringens yttranden vid utarbetandet av nya konventioner och rekommendationer samt för ställningstaganden i ratifikationsfrågor. ILO-kommittén behandlar också frågor som uppstår i sam-

¹ ILO:s konvention nr 144 om samråd på trepartsbasis i ILO-frågor från 1976 och ILO:s rekommendation nr 113 från 1960 om samråd och samverkan ska bidra till att främja samarbetet mellan myndigheterna och arbetsmarknadens parter på nationell nivå och branschnivå.

² Så är bl.a. fallet med ILO:s konvention nr 94.

³ Kommittén hette ursprungligen Delegationen för det internationella socialpolitiska samarbetet.

band med att Sverige rapporterar till ILO om tillämpningen av de konventioner som ratificerats.

I Sverige har Arbetsmarknadsdepartementet huvudansvaret för det löpande samarbetet med ILO och ansvarar för sekretariatsarbetet i den svenska ILO-kommittén. Utrikesdepartementet har ett särskilt ansvar för de av ILO:s frågor som rör utrikes- och handelspolitik och utvecklingspolitik. Sida ansvarar för frågor som rör utvecklings-samarbete och analys och uppföljning av svenskt stöd till ILO-program.

2.1.2 ILO och dess uppdrag

ILO:s mandat regleras huvudsakligen i organisationens stadga från 1919 och i den så kallade Philadephiadeklarationen från 1944 då organisationens syften och målsättningar samt stadgan uppdaterades. Organisationens huvudsakliga mål är att arbeta för arbetstagares rättigheter, skäliga arbetsvillkor, social trygghet och att stärka dialogen i arbetsrelaterade frågor. I ILO:s stadga är fastslaget att organisationens huvuduppgift ska vara att främja förbättrade arbets-, levnads- och utbildningsvillkor för arbetstagare.

ILO har både normgivande och operativa uppgifter. Som normgivare verkar organisationen för att träffa internationella överenskommelser och standarder på arbetslivets område. Genom konventioner och rekommendationer fastställer ILO ett internationellt normsystem för grundläggande skydd för arbetstagare. Dessa normsystem har till syfte att fungera som förebilder för medlemsstaternas lagstiftning och praxis och bidra till att skapa stabilitet, social rättvisa och goda levnads- och arbetsförhållanden.

Till ILO:s operativa uppgifter hör att bidra med ekonomiskt och personellt stöd på ett flertal områden såsom arbetarskydd, yrkesutbildning, uppbyggnaden av arbetsmarknadsstatistik och utveckling av arbetsrätten. Organisationen stöder även framväxten av oberoende arbetstagar- och arbetsgivarorganisationer. Andra uppgifter är kapacitetsutveckling och olika former av stöd till program och projekt.

2.1.3 ILO:s normverksamhet

ILO har sedan 1919 antagit en mängd konventioner och rekommendationer som syftar till att bekämpa fattigdom, främja social rättvisa, sysselsättning och bättre arbetsvillkor i hela världen samt värna om fackliga fri- och rättigheter. I januari 2016 hade 189 konventioner och 204 rekommendationer antagits. Sverige har ratificerat över 90 av ILO:s konventioner varav 66 fortfarande gäller.⁴

Konventioner och rekommendationer utarbetas mellan de tre parterna (dvs. regeringarna, arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna) inom ILO och antas på den årliga arbetskonferensen under förutsättning att 2/3-majoritet av konferensens plenum röstar för ett antagande. Medlemsstaterna ska presentera antagna konventioner för behörig instans, normalt den parlamentariska församlingen, för övervägande om ratificering genom lagstiftning eller andra åtgärder inom tolv månader efter antagandet, i undantagsfall 18 månader (artikel 19.5 i ILO:s stadga). Medlemsstaterna är dock inte skyldiga att ratificera en konvention utan det är upp till varje enskild stat att ta ställning till om ratifikation ska ske eller inte. Väljer ett land att ratificera konventionen träder den i normala fall i kraft ett år efter att ratifikationen registrerats.

En ratifikation innebär att en medlemsstat har skyldighet att genomföra alla bestämmelser i konventionen om det inte uttryckligen anges i konventionen att det är möjligt att avstå från att tillämpa vissa bestämmelser. Dessutom innebär en ratifikation att staten åtar sig att regelbundet rapportera om tillämpningen av konventionen till ILO. En ratifikation medför även en förpliktelse att underkasta sig ILO:s övervakningsmaskineri. Om en medlemsstat agerar på ett sätt som innebär en överträdelse av en ratificerad konvention finns även en möjlighet att klaga på staten (se avsnitt 2.1.4).

⁴ Enligt uppgifter från ILO:s webbplats, www.ilo.org, i januari 2016.

Medlemsstaterna är sedan 1998 även skyldiga att rapportera om tillämpningen av de åtta kärnkonventionerna oavsett om dessa ratificerats eller inte.⁵ Detta hör samman med att dessa konventioner anses bindande för alla medlemsstater oavsett ratificering.⁶

ILO antar rekommendationer när frågan eller en del av denna inte anses lämplig att ingå i en konvention (artikel 19.1 ILO:s stadga). En rekommendation kan komplettera en konvention med anvisningar om hur konventionen är tänkt att tillämpas eller innehålla mer långtgående bestämmelser avseende frågor som parterna inför antagandet av konventionen inte kunde enas om.⁷ De är därför ofta mer detaljerade än konventioner. Till skillnad från konventioner är rekommendationer inte juridiskt bindande instrument och de är inte heller föremål för ratifikation. Precis som fallet med konventioner ska rekommendationer dock läggas fram för den lagstiftande församlingen i medlemsstaten (artikel 19.6 i ILO:s stadgar). Rapporterings- skyldighet gäller även för rekommendationer.

2.1.4 Efterlevnad och uppföljning av ILO:s konventioner

ILO följer regelbundet upp medlemsstaternas tillämpning av ratificerade konventioner och föreslår vid behov förbättringar. Medlemsstaterna ska vartannat år rapportera om huruvida de följer de åtta kärnkonventionerna och fyra andra prioriterade konventioner. För övriga konventioner, bl.a. konvention nr 94, lämnas rapporter vart femte år.

En expertkommitté bestående av 20 oberoende arbetsrättsjurister har till uppgift att granska medlemsstaternas rapporter om tillämpningen av konventionerna och därefter lämna en egen rapport om vad som framkommit vid granskningen. Expertkommitténs rapport läggs därefter fram för internationella arbetskonferensens plenum

⁵ Detta följer av ILO:s deklaration om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet som antogs av arbetskonferensen 1998.

⁶ Kärnkonventionerna är: nr 87 om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten, antagen 1948, nr 98 om organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten, antagen 1949, nr 29 om tvångs- eller obligatoriskt arbete, antagen 1930, nr 105 om avskaffande av tvångsarbete, antagen 1957, nr 138 om minimiålder för barnarbete, antagen 1973, nr 182 om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete, antagen 1999, nr 100 om lika lön mellan män och kvinnor, antagen 1951 och nr 111 om diskriminering i anställning och yrkesutövning, antagen 1958.

⁷ Bernhard Boockmann, Decision-Making on ILO Conventions and Recommendations: Legal Framework and Application, Dokumentation Nr. 00-03, IINS Research Paper No. 2, Centre for European Economic Research (ZEW), s. 9.

och granskas av ett särskilt trepartiskt utskott. Om utskottet anser det nödvändigt att närmare studera förhållandena i en viss medlemsstat kan regeringen i denna stat uppmanas att avge en förklaring inför utskottet. Expertkommittén lämnar också särskilda kommentarer till staterna i form av iakttagelser (observations) och direkta förfrågningar (direct requests). Iakttagelser lämnas när förpliktelserna i konventionen inte har uppfyllts. Förfrågningar används när kommittén behöver närmare information för att veta om en stat lever upp till sina åtaganden enligt konventionen.

En arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation kan när som helst rikta anmärkningar mot en medlemsstat som inte iakttar bestämmelserna i en ratificerad konvention (artikel 24 i ILO:s stadga). Anmärkningen ges in till internationella arbetsbyrå och prövas i ILO:s styrelse. Styrelsen kan då tillsätta en särskild trepartisk granskningskommitté. Gäller klagomålen ILO:s konventioner om föreningsfrihet och organisations- och förhandlingsrätten (nr 87 och 98) kan frågan behandlas i ILO:s organ för föreningsfriheten, föreningsfrihetskommittén, innan frågan tas upp i ILO:s styrelse.

Klagomål om bristande tillämpning och efterlevnad av ratificerade konventioner kan väckas av en medlemsstat, arbetsmarknadens parter eller en enskild delegat vid ILO:s internationella arbetskonferens. ILO har inga möjligheter att besluta om sanktioner som t.ex. böter eller vite. Ett klagomål kan i sista hand hänskjutas till Internationella domstolen i Haag. Denna möjlighet har dock aldrig använts. De länder som inte följer konventionerna kan dock till följd av detta drabbas av sanktioner inom den gemensamma handelspolitiken som indirekt kan få ekonomiska effekter. Iakttagandet av ILO:s kärnkonventioner är en förutsättning för att EU ska erbjuda utvecklingsländer extra förmånligt marknadstillträde inom ramen för GSP+ (se avsnitt 5.5.1).⁸ Följer en stat inte dessa konventioner kan det leda till att EU drar in förmånerna, vilket betraktas som en kraftfull ekonomisk sanktion.

⁸ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 978/2012 av den 25 oktober 2012 om tillämpning av det allmänna preferenssystemet och om upphävande av rådets förordning (EG) nr 732/2008, EUT L 303, 31.10.2012, s. 1–82.

2.2 ILO:s konvention nr 94

ILO:s konvention nr 94 angående arbetsklausuler i kontrakt antogs vid ILO:s arbetskonferens 1949. ILO ansåg att frågan om arbetsförhållanden vid utförande av offentliga kontrakt hade fått ökad betydelse under åren före antagandet. Detta mot bakgrund av att många av ILO:s medlemsstater vid denna tidpunkt befann sig i ett läge av uppbyggnad efter andra världskriget och på grund av behovet av att utveckla underutvecklade länder och regioner.⁹ Till exempel hade Storbritannien genom the British Colonial Development and Welfare Act 1940 ställt som villkor för stöd till utvecklingen av sina kolonier att mottagaren av bidragen skulle upprätthålla skäliga arbetsvillkor. USA hade också ställt motsvarande villkor vid upphandling av strategiskt material från andra länder under andra världskriget.

ILO:s konvention nr 94 reglerar arbetsklausuler där en offentlig myndighet är part och syftar till att dels förhindra att arbetsvillkor dumpas i syfte att vinna offentliga kontrakt, dels säkerställa att offentliga kontrakt inte generellt medför en press nedåt på löner och andra arbetsvillkor.¹⁰

Vid antagandet av konventionen i ILO röstade de svenska ledamöterna från regeringen och arbetstagsidan för konventionen medan de svenska arbetsgivarledamöterna lade ner sina röster.

Samtidigt som ILO antog konventionen antogs en rekommendation, rekommendation nr 84 om kompletterande bestämmelser till konventionen. Rekommendationen innehåller mer detaljerade regler om vilka förmåner som bör garanteras genom arbetsklausuler, t.ex. anges att semester och sjukledighet bör inkluderas i arbetsklausulerna. Vissa bestämmelser som preciserar vad som utgör lön finns också i rekommendationen (se avsnitt 2.2.2).

ILO har även utarbetat en praktisk vägledning till konventionen och rekommendationen.

⁹ Report VI (B) (1) International Labour Conference 31th session, 1948, s. 4 f.

¹⁰ Labour clauses in public contracts, Integrating the social dimension into procurement policies and practices, ILO 1998, s. xiii.

Mellan 1995 och 2002 gick ILO igenom alla konventioner som antagits före 1985 och kontrollerade om de behövde uppdateras. Vid översynen slogs fast att konvention nr 94 fortfarande var relevant.¹¹

2.2.1 Konventionens tillämpningsområde

Konventionen är tillämplig på kontrakt där en offentlig myndighet är part (artikel 1 d) och är bindande för centrala myndigheter. I ett informellt yttrande från ILO:s Standard Department den 22 mars 1996 framgår att med centrala myndigheter avses sådana myndigheter som lyder under regeringen i den ratificerande staten.¹² Enligt svensk förvaltningstradition avses med begreppet central myndighet de centrala förvaltningsmyndigheterna som lyder under regeringen och som regeringen har instruktionsrätt över. Denna tolkning av begreppet central myndighet i konventionen har även gjorts i Danmark och Norge.¹³

Ratificerande stater kan själva välja i vilken utsträckning och under vilka förhållanden konventionen ska tillämpas på andra än centrala myndigheter (artikel 1.2).¹⁴ Med sådana myndigheter avses i första hand lokala myndigheter som t.ex. provinser, regioner och kommuner i enlighet med vad som gäller i det aktuella landet.¹⁵ Konventionen kan också tillämpas på kontrakt mellan offentliga myndigheter.¹⁶ Däremot är konventionen inte tillämplig på anställningsavtal mellan offentliga myndigheter och deras arbetstagare.

Ytterligare förutsättningar för att konventionen ska vara tillämplig är att fullgörande av kontrakt sker med allmänna medel och att leverantören fullgör kontraktet med arbetstagare (artikel 1.1 b).

¹¹ Se en sammanfattande beskrivning av bedömningen av konventionens relevans med hänvisningar i International Labour Conference 97th Session, 2008, Report III (Part 1B). General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), s. 11 f.

¹² MariAnn Olsson, ILO:s konvention nr 94, Rapport om ratifikationsförutsättningar den 4 april 1996, s. 31.

¹³ MariAnn Olsson, ILO:s konvention nr 94, Rapport om ratifikationsförutsättningar den 4 april 1996, s. 31.

¹⁴ Av 1948 års rapport IV (b) (2), s. 42 från ILO:s 31:a arbetskonferens framgår att skälet till detta bl.a. var att möjliggöra för stater som inte har någon bestämmanderätt över lokala myndigheter att ratificera konventionen.

¹⁵ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, september 2008, s. 17.

¹⁶ Krüger, Nielsen och Bruun, European Public Contracts in a Labour Law Perspective, DJØF Publishing, 1998, s. 217.

Konventionen är tillämplig på kontrakt som sluts mellan offentliga myndigheter och enskilda arbetsgivare och som gäller

- uppförande, ombyggnad, reparation eller rivning av offentlig anläggning, eller
- framställning, hopsättning, handhavande eller transport av material, förråd eller utrustning, eller
- utförande eller tillhandahållande av tjänster (artikel 1.1 c).

Ovanstående tre punkter anger vilken typ av upphandling som konventionen är tillämplig på och kan förenklat anges som bygg- och anläggningsarbete, varor och tjänster. Vad gäller andra punkten, varor, framgår av ordalydelsen att det är fråga om produktion och transport av varor som avses och således inte inköp av redan färdiga varor.¹⁷ Konventionen avser som nämnts dessutom endast arbete som utförs av de arbetstagare som sysselsätts i det uppdrag som avses i kontraktet. Det finns således inget krav på att arbetsklausuler ska ha tillämpats även vid framställningen av sådant som endast är en del av den vara som produceras enligt kontraktet.

När ett land har ratificerat konventionen är den tillämplig på arbete som utförs i det aktuella landet. Även arbete som utförs inom landets gränser med arbetstagare från andra länder omfattas av konventionen, t.ex. kontrakt som utförs med utstationerade arbetstagare. Däremot omfattas inte upphandling som avser uppdrag som sker utanför landets gränser, t.ex. när en myndighet upphandlar en vara som tillverkas eller en tjänst som utförs i ett annat land.¹⁸

Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att konventionen även gäller för underleverantörer eller den som förvärvat kontraktet efter överlåtelse (artikel 1.3). Vad som avses med lämpliga åtgärder avseende underleverantörer har lämnats till medlemsstaterna att avgöra.¹⁹ ILO:s expertkommitté har uttalat att lämpliga åtgärder bör innebära att arbetsklausulen ska göras bindande

¹⁷ Även i Danmark har det ansetts att köp av färdiga varor faller utanför konventionen. Se det danska genomförandet av konventionen i Beskæftigelsesministeriets Vejledning til cirkulære om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter, VEJ nr 9472 af 30/06/2014 (Gældende) Udskrifts-dato: 14. december 2015.

¹⁸ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, september 2008, s. 18.

¹⁹ ILO 97th session, Report III (Part 1 B) General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), 2008, s. 27.

för underleverantörer och att det uttryckligen ska följa av den nationella regleringen.²⁰ Det är således inte tillräckligt att underleverantörer är skyldiga att följa de arbetsrättsliga regelverk som gäller i det aktuella landet.

Undantag från tillämpningen av konventionen kan göras för upphandlingar som understiger ett visst belopp (artikel 1.4). Beloppet ska fastställas av staten efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer. Det framgår dock inte hur stort belopp som avses. Utifrån expertkommitténs frågor till vissa medlemsstater synes det vara så att gränsen ska sättas i relation till hur stor andel av landets offentliga upphandlingar som faller utanför tillämpningsområdet.²¹ När 60 procent av upphandlingarna i en medlemsstat föll utanför tillämpningsområdet uppmanade expertkommittén staten i fråga att sänka gränsen för att fler upphandlingar skulle omfattas av kravet på arbetsklausuler.²²

Från konventionens tillämpningsområde kan även undantas personer i ledande ställning eller med tekniska eller vetenskapliga uppgifter vars anställningsvillkor inte regleras av lag, kollektivavtal eller skiljedom och som i regel inte utför manuellt arbete (artikel 1.5). Det följer av iakttagelser från expertkommittén att listan är uttömmande.²³ Av artikel 7 och 8 följer att ytterligare undantag från konventionen kan göras under extraordinära omständigheter. Dessa möjligheter har dock såvitt utredningen känner till aldrig använts.

2.2.2 Arbetsklausuler

I konventionens artikel 2.1 regleras att offentliga kontrakt ska innehålla klausuler som tillförsäkrar arbetstagare lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor, som inte är mindre förmånliga än de som fastställts i kollektivavtal eller annat erkänt förhandlingssystem, skiljedom eller den nationella lagstiftningen för arbete av samma art inom det aktuella yrket eller näringsgren i det

²⁰ Report of the Comité of Experts on the application of Conventions and Recommendations (Art 19 and 22 of the Constitution), Report III, part IV, 1956 UK/Guernsey.

²¹ Se Krüger, Nielsen och Bruun, European Public Contracts in a Labour Law Perspectives, DJØF Publishing, 1998, s. 223.

²² Direct request Malaysia, 1962.

²³ Krüger, Nielsen och Bruun, European Public Contracts in a Labour Law Perspective, DJØF Publishing, 1998, s. 224 och Direct request Danmark 1995.

område där arbetet utförs. Inför antagandet av konventionen föreslogs att en hänvisning i stället skulle göras till rådande villkor. Tanken med det var att villkoren i första hand skulle framgå av kollektivavtal eller skiljedomar och i andra hand, om sådana saknades, av lagstiftning eftersom det kunde antas att kollektivavtal och andra förhandlade lösningar normalt sett kunde antas innebära mer förmånliga villkor än vad som anges i lag. Därefter ändrades förslaget och kom i stället att innehålla uttrycket ”not less favourable than”. Avsikten är att det är det av regelverken kollektivavtal, skiljedom eller lag som innehåller de mest förmånliga villkoren som ska utgöra grunden för villkoren.²⁴

I konventionen finns en alternativ bestämmelse som ska användas i de fall arbetsvillkoren inte regleras i kollektivavtal eller annat erkänt förhandlingssystem, skiljedom eller den nationella lagstiftningen (artikel 2.2). I sådana fall ska arbetsklausulerna garantera antingen villkor som inte är mindre förmånliga än de som gäller enligt ett kollektivavtal, skiljedom eller lagstiftning för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i närmast jämförbara område, eller den allmänna standard, som tillämpas av arbetsgivare i samma yrke eller näringsgren och som utövar sin verksamhet under liknande förhållanden.

Av ILO:s vägledning till konventionen framgår att det är de villkor som gäller på den ort eller plats där arbetet utförs som ska stå modell för de villkor som anges i upphandlingskontraktet.²⁵ Detta kan synas stå i motsättning till att det i vägledningen också anges att de kollektivavtal som villkoren ska hämtas ur ska vara sådana avtal som täcker en väsentlig del av arbetsgivare och arbetstagare i en viss bransch.

Only those collective agreements which cover a substantial proportion of the employers and workers in a particular trade or industry may be used as a reference. Collective agreements which are not generally applicable in a sector or a region but may apply to only one enterprise, or a limited group of enterprises, are not relevant for the assessment of applicable wages and working conditions. Where no relevant collective agreement exists in the region where the public contract is to be carried out, reference should be made to agreements concluded in the nearest

²⁴ ILO standards on public procurement – Review of national law and practice, ILO 97th Session, 2008, s. 35 f.

²⁵ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, september 2008, t.ex. s. 14, s. 19 f och s. 22.

region or to the general level of wages and other working conditions observed in the same industry by employers in a similar situation.²⁶

Utredningens bedömning är att konventionen avser att reglera att lönevillkoren i arbetsklausuler ska motsvara den högre lön som gäller på en viss ort om den lönen får anses gälla generellt på orten.

Konventionen innebär att klausuler om arbetsvillkor ska tas in i upphandlingskontrakt. Expertkommittén har flera gånger uttalat att det inte är tillräckligt med lagstiftning som allmänt garanterar skäliga arbetsvillkor.²⁷ Av rekommendation nr 84, som förvisso inte är bindande, framgår att villkoren kan anges direkt i kontraktstvillkoren eller framgå genom att det i dessa hänvisas till t.ex. lag eller kollektivavtal.

Vilka villkor som ska anges i arbetsklausulerna

Bedömning: I arbetsklausuler ska anges villkor som tillförsäkrar arbetstagare lön, inklusive olika slags tillägg, arbetstid och övriga villkor. Med övriga villkor avses de villkor som anses centrala i respektive land utifrån hur arbetsmarknaden i landet fungerar.

I konventionens artikel 2 anges att offentliga kontrakt ska innehålla klausuler som tillförsäkrar arbetstagare lön, inklusive olika slags tillägg, arbetstid och övriga arbetsvillkor. Med begreppet olika slags tillägg avses alla delar som utgör en del av en arbetstagares ersättning.²⁸ Vad som avses med begreppet övriga arbetsvillkor är inte närmare definierat i konventionen. Av rekommendation 84 artikel 2 c får anses framgå att övriga arbetsvillkor avser villkor om semester och sjukledighet. Rekommendationen är dock inte rättsligt bindande.

Mot bakgrund av konventionens flexibla lydelse är det utredningens bedömning att det har lämnats till medlemsstaterna att själva ta ställning till vilka övriga arbetsvillkor som ska ingå i arbets-

²⁶ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, september 2008, s. 23.

²⁷ Se till exempel Observation (CEACR) – adopted 2011, published 101th ILC session (2012) Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) – France (Ratification: 1951) samt ILO standards on public procurement – Review of national law and practice, ILO 97th Session, 2008, s. 40. Se också Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, september 2008, s. 23.

²⁸ Record of Proceedings från ILC 31th Session 1948, s. 450.

klausuler. Utifrån en sådan bedömning är det rimligt att anta att det handlar om de arbetsvillkor som anses centrala i respektive land utifrån hur arbetsmarknaden fungerar i det landet.

Hur villkoren i arbetsklausuler bestäms

I artikel 2.3 i konventionen anges att villkoren i arbetsklausulerna ska bestämmas av en myndighet på det sätt som är bäst förenligt i förhållande till nationella förhållanden. Det ankommer på ratificerande stater att själva bestämma vilken myndighet som ska fastställa villkoren. Innan villkoren fastställs ska myndigheten samråda med arbetsmarknadens parter. I ILO:s vägledning till konventionen anges att det ges betydande utrymme för medlemsstaterna att bestämma hur ett sådant samråd ska gå till. Konventionen innebär dock inget krav på att samråd ska ske inför varje upphandling. Det är tillräckligt att samråd hålls när myndigheten fastställer villkoren som ska tas in i arbetsklausulerna.²⁹

Anbudsgivare ska få kännedom om arbetsklausulernas innehåll

I artikel 2.4 i konventionen anges att myndigheten ska vidta lämpliga åtgärder för att anbudsgivare ska få kännedom om klausulernas innebörd. Av vägledningen till konventionen framgår att syftet med bestämmelsen är att anbudsgivare ska kunna ta hänsyn till villkoren när de beräknar kostnaden för uppdraget.³⁰ Utredningens bedömning är att detta innebär att arbetsklausulerna måste formuleras på ett sådant sätt att det tydligt framgår vad villkoren avser samt att villkoren ska anges redan i upphandlingsdokumenten.

²⁹ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, september 2008, s. 22 f.

³⁰ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, september 2008, s. 23.

Lön på miniminivå eller normalnivå

Bedömning: Det är förenligt med konventionen att genomföra denna genom att ange en kollektivavtalad minimilön eller motsvarande i arbetsklausulerna så länge den motsvarar den lägsta lön som gäller för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i det område där arbetet utförs.

Intentionen i konventionen är inte att bestämma det materiella innehållet i de förmåner som ingår i arbetsklausuler, utan endast att ange vilka villkor som ska anges i ett upphandlingskontrakt, dvs. lön, arbetstid och övriga arbetsvillkor. Inför antagandet av konventionen angavs följande:

It may be useful at this juncture to point out that, in referring to the details of wages and other conditions of work, it is not intended that the international regulations should themselves lay down specific standards, for example, the duration of the working day or working week. Such specific conditions are to be laid down in the contracts themselves, rather than in international regulations, and this may be done, as will be seen below, either directly or by appropriate reference in the labour clauses to the provisions of collective agreements, arbitration awards or legislation.³¹

Frågan om en mer detaljerad reglering av förmånerna väcktes dock under förhandlingarna inför antagandet av konventionen då vissa länder ansåg att en rekommendation borde antas om detta.³² Detta skedde också. I rekommendation nr 84 som antogs samtidigt som konventionen år 1949 anges i artikel 2 a att arbetsklausuler bör, antingen omedelbart eller genom hänvisning till lag, skiljedom eller kollektivavtal, innehålla föreskrifter om normal lön och övertidsersättningar (inklusive olika slags tillägg) för skilda kategorier av ifrågakommande arbetstagare.

Frågan om tolkningen av artikel 2 har diskuterats i utredningens expertgrupp. Det har därvid gjorts gällande att den gängse tolkningen av artikel 2 i konventionen är att den lön som ska anges i arbetsklausuler i offentlig upphandling ska avse en kollektivavtalad ”normalnivå” och inte miniminivå. Denna tolkning synes även varit rådande i

³¹ Report VI (B) (2) Record of Proceedings från ILC 31th Session 1948 s. 49 f.

³² Report VI (B) (2) Record of Proceedings från ILC 31th Session 1948 s. 50.

betänkandet SOU 2006:28.³³ I detta sammanhang bör dock uppmärksammas att arbetsklausulernas faktiska innehåll, såsom vilken lönenivå som avses, inte problematiseras eller analyseras närmare i den utredningen. Inte heller finns i någon annan av de tidigare utredningarna någon djupare analys av hur lönenivån ska bestämmas.³⁴

Utredningen konstaterar att konventionen inte reglerar förmanernas innehåll. Den anger således inget om huruvida det krävs att en arbetsklausul innehåller en miniminivå av villkoren eller om det är någon form av genomsnittlig nivå som ska anges. Det finns yttranden från expertkommittén som kan tolkas som att det inte är tillräckligt med miniminivåer. Vid tolkning av dessa yttranden måste dock beaktas att de är utformade utifrån det aktuella landets ordning. I ett yttrande från 2013 rörande Ghana, som inte använde arbetsklausuler i kontrakt utan endast angav att konventionen uppfylldes genom en lag som föreskrev lägstralöner, skriver expertkommittén följande:³⁵

As the Committee has stated on a number of occasions, the legislation to which the Government refers in most cases lays down minimum standards, for instance as regards wage levels, and does not necessarily reflect the actual working conditions of workers. Thus, if the legislation lays down a minimum wage but workers in a particular profession are actually receiving higher wages, the Convention would require that any workers engaged in the execution of a public contract be entitled to receive the wage that is generally paid rather than the minimum wage prescribed in the legislation. In other terms, the application of the general labour legislation is not enough in itself to ensure the application of the Convention, inasmuch as the minimum standards fixed by law are often improved upon by means of collective agreement or otherwise.

Yttrandet skulle kunna tolkas som att konventionen innebär att arbetsklausulerna ska ge rätt till högre löner än lagens miniminivåer, om sådana högre löner normalt utgår till arbetstagarna på orten där arbetet utförs. Enligt utredningen får det stå klart att detta yttrande dock inte gäller frågan om miniminivå i allmänhet utan det förhållandet att den nationella bestämmelsen i Ghana om lön inte uppfyllde artikelns krav rörande kopplingen mellan lön och yrke eller näringsgren. Enligt konventionen ska arbetsklausulerna innehålla

³³ Nya upphandlingsregler 2, SOU 2006:28, s. 363.

³⁴ Se en beskrivning av dessa utredningar i avsnitt 2.4.

³⁵ Yttrandet utprepar vad expertkommittén fört fram rörande Ghana 2012 och 2011.

bestämmelser om lön som inte är mindre förmånliga än de som gäller för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i det område där arbetet utförs. Expertkommittén synes därför vända sig mot att Ghana använt en minimilön som gäller allmänt utan att hänsyn tagits till arbetstagarnas yrke.

Andra yttranden från expertkommittén tyder på att det är förenligt med konventionen att ha en ordning där det i arbetsklausuler hänvisas till att minimilöner ska utgå till arbetstagarna. I expertkommitténs iakttagelse 2012 angående Frankrikes genomförande av konventionen uttalar kommittén att arbetsklausuler som innehåller miniminivåer uppfyller syftet med konventionen.³⁶

Indeed, such clauses retain their full value in cases in which, as in France, the legislation only establishes minimum labour conditions which may be exceeded by general or sectoral collective agreements.

Utredningen kan också konstatera att Finlands genomförande av konventionen inte ifrågasatts av ILO trots att konventionen genomförts genom hänvisning till miniminivåer i lag eller kollektivavtal.³⁷

Utredningen har också diskuterat frågan vid mötet med ILO:s experter på ILO:s arbetsbyrå.³⁸ Vid mötet framkom inget som har gett utredningen anledning att ompröva bedömningen att konventionen kan genomföras genom att det i arbetsklausulen anges en yrkesspecifik minimilön enligt kollektivavtal. Inte heller framkom något vid mötet som tyder på att rekommendationen innebär annat än att minimilönenivåer mycket väl kan uppfylla konventionens krav. Rekommendationens skrivning om ”the normal and overtime rate of wages (including allowances) to be paid to the various categories of workers concerned” (artikel 2 a) syftar till att förtydliga att det är sådant som normalt ingår i lönen som omfattas av lönebegreppet, inte att ange att lönenivån ska vara högre än miniminivå.

Det står enligt utredningen vidare klart att konventionen innebär att det är det mest förmånliga av regelverken lag, skiljedom och kollektivavtal som ska väljas.

³⁶ Observation (CEACR) – adopted 2011, published 101th ILC session (2012) Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) – France (Ratification: 1951).

³⁷ ILO standards on public procurement – Review of national law and practice, ILO 97th Session, 2008, s. 37.

³⁸ Se avsnitt 1 för vidare information om detta möte.

När det gäller frågan om huruvida konventionen kan genomföras genom att det i en arbetsklausul anges den lägsta lön som är tillåten enligt den aktuella lagen, skiljedomen eller kollektivavtalet eller om klausulen ska ange en normallön anser utredningen att det bör vara förenligt med konventionen att ange den lägsta lön som gäller för arbete av samma art. Den lägsta lönenivån måste därför anpassas till vilken typ av arbete som utförs. Om den lägsta lönen i en lag, en skiljedom eller ett kollektivavtal tar sikte på lärlingar är det följaktligen inte den lönen som ska anges som lägsta lön för arbetstagare som har flera års yrkeserfarenhet.

Förutom de omständigheter som anges ovan anser utredningen att det även finns andra skäl som med styrka talar för att det är förenligt med konventionen att i arbetsklausuler hänvisa till de lägsta nivåer av lön som utgår för arbete av samma art enligt lag, skiljedom eller kollektivavtal. En motsatt tolkning skulle nämligen innebära att den angivna lönen i en arbetsklausul skulle motsvara vad som normalt utgår, dvs. att det i arbetsklausulen skulle ställas krav på att arbetstagare som arbetar i uppdraget skulle erhålla en genomsnittlig lön. En sådan ordning skulle vara orimlig redan mot bakgrund av att ett kollektivavtal i många fall inte innebär att alla arbetstagare har samma lön eller en genomsnittlig lön. En del arbetstagare har hög lön och andra lägre.

Konventionen syftar till att förhindra att anbudsgivare i offentlig upphandling konkurrerar med hjälp av att pressa ner arbetstagares villkor på ett sätt som gör att deras villkor blir oskäligen låga. Löner som utgår enligt kollektivavtal kan enligt utredningen inte anses som oskäligen låga, även om det skulle vara fråga om en lön som är den som lägst kan betalas enligt kollektivavtalet. Att arbetstagare erhåller en sådan lägsta lön enligt kollektivavtal innebär därför inte heller en osund konkurrens i offentlig upphandling. En sådan lön bör därför mycket väl kunna användas i arbetsklausulen. Detta är även i överensstämmelse med vad utredningen kommit fram till beträffande lönenivåer i delbetänkandet SOU 2015:78. Löneuppgifter kan inte heller generellt sett anses vara allmänt tillgängliga vilket även det talar mot att konventionen skulle innebära att en genomsnittslön ska anges.

Utöver det ovan nämnda tillkommer att kollektivavtal normalt innehåller regler om hur lönesättningen ska gå till. I många fall handlar det om att lön sätts efter kompetens och erfarenhet. Skulle en arbetsklausul slå fast att alla arbetstagare som utför arbete i en

upphandling minst ska ha en viss angiven lön som beräknats utifrån genomsnittlig lön för arbete av samma art i ett visst yrke skulle detta kunna förhindra tillämpningen av normal lönesättning enligt kollektivavtalet. Utredningen anser att konventionen inte ska tolkas på det sättet. Ett sådant genomförande skulle dessutom, på grund av att det skulle kunna hindra tillämpningen av kollektivavtal, kunna innebära en kränkning av ILO:s kärnkonventioner nr 87 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten och nr 98 angående tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten. Det är utredningens uppfattning att ett genomförande av ILO:s konventioner måste göras på ett sätt som inte kränker de rättigheter som skyddas av kärnkonventionerna.

I sammanhanget kan också noteras att konventionen inte ställer krav på att leverantörer ska vara bundna av kollektivavtal. Önskar en facklig organisation att lön ska utgå enligt det kollektivavtal som gäller på en viss arbetsplats får organisationen på sedvanligt sätt kräva att arbetsgivaren tecknar ett kollektivavtal. Därmed blir också hela löneavtalet och dess procedurer bindande för arbetsgivaren, oavsett vad som framgår av upphandlingskontraktet.

Utredningen kan sammanfattningsvis konstatera att det i Sverige har rått viss klarhet rörande frågan om konventionen kan uppfyllas genom hänvisning till minimilönenivåer i kollektivavtal eller inte. Utredningens bedömning är dock att det är förenligt med konventionen att genomföra denna genom att ange en kollektivavtalad minimilön eller motsvarande i arbetsklausulerna.

Bedömningen av vad som är mest förmånligt av lag eller kollektivavtal

Som nämnts anges i konventionen att arbetstagare som arbetar i offentlig upphandling ska tillförsäkras villkor enligt det regelverk, lag, skiljedom eller kollektivavtal som innebär bäst villkor för arbetstagarna. Frågan kan ställas om bedömningen av vilket regelverk som är mest förmånligt ska göras av samtliga villkor som en helhet eller av varje villkor för sig. Om villkoren ska hämtas ur kollektivavtal och det finns flera tillämpliga kollektivavtal kan frågan också uppkomma om konventionen innebär att villkoren ska hämtas ur det mest representativa kollektivavtalet, det mest förmånliga avtalet eller om villkoren kan hämtas ur vilket tillämpligt kollektivavtal som helst.

Vid utarbetande av konventionen synes man inte ha uppmärksammat dessa frågor.

I detta sammanhang kan noteras att kollektivavtal i Sverige får anses vara det regelsystem där villkor generellt sett är mest förmånligt reglerade för arbetstagarna, inte minst på grund av att det endast är i kollektivavtal som lön regleras. Sett till enskilda villkor och särskilt arbetstidsförmåner kan emellertid kollektivavtal innehålla sämre förmåner än lagens nivåer.³⁹

Konventionstexten svarar inte på frågan om vilket regelverk som ska väljas om t.ex. lönen är mer förmånlig i kollektivavtal än i lag men arbetstiden är mer förmånligt reglerad i lagen än i kollektivavtalet. Ordalydelsen synes snarare utgå från att villkoren ska bedömas i sitt sammanhang. Vid ett sådant förhållande anser utredningen att det måste anses vara upp till varje ratificerande stat att hitta en lösning som är lämplig utifrån hur respektive nationellt system är utformat.

När det gäller frågan om ur vilket tillämpligt kollektivavtal villkoren i arbetsklausulen ska hämtas om flera kollektivavtal är tillämpliga skulle artikel 2.1 a kunna tolkas som att villkoren ska hämtas ur det mest representativa kollektivavtalet. Eftersom det enligt artikel 2.3 framgår att arbetsklausulerna ska formuleras på ett sätt som är bäst förenligt med nationella förhållanden bedömer utredningen emellertid att medlemsstaterna även när det gäller detta kan genomföra konventionen på ett sätt som överensstämmer med hur det nationella regelverket är utformat.

Villkor avseende rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden

Bedömning: Konventionen bör tolkas på så sätt att arbetstagare som utför arbete i offentlig upphandling ska garanteras ersättning vid arbetsskada.

Om inte föreskrifter om arbetarskydd och välfärdsåtgärder redan gäller för arbetstagare som fullgör ett offentligt kontrakt i enlighet med nationell lagstiftning, kollektivavtal eller skiljedom, ska lämpliga åtgärder vidtas för att tillförsäkra arbetstagarna sådana villkor

³⁹ För en beskrivning av detta se t.ex. delbetänkandet SOU 2015:78 s. 57, 140 och 200.

(artikel 3). De villkor som avses i denna bestämmelse är framför allt regler som förebygger arbetsskador (olyckor och sjukdomar), dvs. arbetsmiljörelaterade regler. Även närliggande frågor som att arbetstagare ska ha rätt till ersättning vid en eventuell arbetsskada tycks omfattas av bestämmelsen. ILO har i sin vägledning uttalat följande:⁴⁰

National authorities must take adequate measures to ensure fair and reasonable conditions of health, safety and welfare for the workers engaged in the execution of public contracts if such protection is not already afforded through national laws or regulations, collective agreements or arbitration awards. Those measures should aim at preventing occupational accidents or diseases. Therefore, requiring contractors to have insurance to guarantee the payment of worker compensation in case of occupational injury is not sufficient in itself to meet the requirements of the Convention.

Utredningen bedömer att konventionen bör tolkas på så sätt att arbetstagare som utför arbete i offentlig upphandling ska garanteras ersättning vid arbetsskada. Däremot behöver bestämmelsen endast genomföras om lämpliga åtgärder inte redan gäller för arbetstagare som utför arbete i offentlig upphandling.⁴¹ Gäller arbetsmiljölagsstiftningen redan för alla arbetstagare behöver inga åtgärder vidtas. Inte heller behöver åtgärder vidtas om det finns en allmän rätt till ersättning vid arbetsskador, t.ex. genom särskilda arbetsskadeförsäkringar eller via landets allmänna socialförsäkringssystem.

2.2.3 Regler om effektivt genomförande

I artikel 4 anges att lagar, förordningar och andra föreskrifter som genomför konventionen ska delges alla berörda parter, ange de personer som är ansvariga för bestämmelsernas efterlevnad och föreskriva att anslag ska sättas upp i berörda anläggningar och arbetsställen för att informera arbetstagarna om gällande arbetsvillkor.

Såvida inte andra åtgärder vidtagits för att garantera ett effektivt genomförande ska också bestämmelserna som genomför konventionen i nationell rätt föreskriva att arbetstagarnas arbetstid och lön ska registreras på lämpligt sätt och att ett lämpligt inspektionssystem ska upprätthållas för att trygga bestämmelsernas efterlevnad.

⁴⁰ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), A practical guide, ILO 2008, s. 21.

⁴¹ ILO 97th Session, 2008, Report III (Part 1B) General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), s. 46.

2.2.4 Sanktioner

Bedömning: Konventionens artikel 5.1 kan genomföras genom sanktioner som t.ex. uteslutning från framtida upphandlingar eller hävning av pågående kontrakt. Artikel 5.2 i konventionen innebär att det måste införas bestämmelser om att en upphandlande myndighet ska innehålla betalning för kontraktet eller vidta en liknande åtgärd om löner inte betalas ut till de arbetstagare som sysselsätts i uppdraget.

Konventionen anger att lämpliga påföljder ska användas i de fall arbetsklausulerna inte iakttas och följs (artikel 5.1). Som exempel nämns att leverantören ska stängas av från kontrakt om arbetsklausulerna inte iakttagits.

I fall när arbetstagare inte erhåller lön anger konventionen att lämpliga åtgärder ska vidtas genom att hålla inne med kontraktsenlig likvid eller annan åtgärd (artikel 5.2). ILO har uttalat att denna förpliktelse är oberoende av övriga sanktioner. Den ska ses som ytterligare en åtgärd som skyddar arbetstagare som inte har fått sin lön och som ska gälla oavsett om arbetstagare kan kräva lön enligt vad som allmänt gäller i den nationella rättsordningen.⁴²

Även om det förekommer exempel på åtgärder i artikel 5 så innehåller artikeln inget krav på en viss åtgärd. Det väsentliga synes vara att de sanktioner som tillämpas är lämpliga och effektiva. I övrigt finns det enligt utredningens bedömning ett stort handlingsutrymme för medlemsstaterna att själva utforma sanktionerna. Vid utredningens möte med experter från ILO:s arbetsbyrå framkom inget som fått utredningen att ompröva denna tolkning.⁴³

Mot denna bakgrund är det utredningens bedömning att konventionens artikel 5.1 kan genomföras genom sanktioner som t.ex. uteslutning från framtida upphandlingar eller hävning av pågående kontrakt. Det bör mot bakgrund av den frihet som finns för staterna att själva välja hur sanktioner ska utformas, vara tillfyllest att endast välja en sådan sanktion, t.ex. uteslutning för att konventionen ska

⁴² International Labour Conference 97th Session, 2008, Report III (Part 1B), General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), s. 55.

⁴³ Se avsnitt 1.3 för närmare information om utredningens möte med ILO.

anses genomförd. Artikel 5.2 ger dock inte utrymme för lika stor valfrihet. Det är utredningens bedömning att bestämmelsen innebär att det måste införas bestämmelser om att en upphandlande myndighet ska innehålla betalning för kontraktet eller vidta en liknande åtgärd om löner inte betalas ut till arbetstagarna som sysselsätts i uppdraget.

2.2.5 Uppsägning av konventionen

Konventionen kan sägas upp när tio år passerat sedan den först trädde i kraft och därefter vart tionde år (artikel 14). Tiden räknas från konventionens ikraftträdande 1952 och inte från varje enskild medlemsstats ratificerande av konventionen. Tidpunkten för när uppsägning kan ske är således densamma för alla medlemsstater. Sägs konventionen upp upphör bundenheten ett år efter att uppsägningen registrerats. Om konventionen inte sägs upp vid detta tillfälle är medlemsstaten bunden under ytterligare en tioårsperiod.

2.3 Konventionen anses fortfarande relevant

ILO har sett över de äldre konventionerna för att kontrollera om de fortfarande äger giltighet och är relevanta. Mellan 1995 och 2002 gick ILO igenom alla konventioner som antagits före 1985 och kontrollerade om de behövde uppdateras. Vad gäller ILO:s konvention nr 94 ansågs den vara giltig och relevant.⁴⁴ Konventionens aktualitet understryks också av att det vid arbetskonferensen i juli 2007 antogs en slutsats om att ILO bör uppmuntra ratificering av bl.a. konvention nr 94.⁴⁵ Så sent som sommaren 2015 antogs på arbetskonferensen också enhälligt en resolution genom vilken medlemsstaterna uppmanades att ratificera och effektivt genomföra konventionen.⁴⁶ Att vissa länder inte uppfyllt sina åtaganden enligt konventionen hindrar inte att den fortfarande anses relevant.

⁴⁴ Se en sammanfattande beskrivning av bedömningen av konventionens relevans med hänvisningar i International Labour Conference 97th Session, 2008, Report III (Part 1B) General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), s. 11 f.

⁴⁵ The promotion of sustainable enterprises, juni 2007, § 19.

⁴⁶ International Labour Conference Provisional Record 104th Session, Geneva, June 2015, 12-1, p. 21 (e).

2.4 Tidigare utredningar om en svensk ratifikation av ILO:s konvention nr 94

Frågan om svensk ratifikation av ILO:s konvention nr 94 har tidigare varit föremål för ett antal utredningar. Nedan följer en beskrivning av innehållet i dessa.

2.4.1 Proposition 1950 nr 188

Första gången frågan om en ratifikation aktualiserades var i anslutning till att konventionen och rekommendationen hade antagits av ILO. Inför frågan om ratificering inhämtade Delegationen för det internationella socialpolitiska samarbetet, dvs. dåvarande ILO-kommittén, yttrande från Socialstyrelsen, Landsorganisationen i Sverige (LO) och Svenska arbetsgivareföreningen (SAF). Samtliga yttrade att de ansåg att det inte fanns något behov av att ratificera konventionen och den tillhörande rekommendationen då konventionen saknade intresse för svenskt vidkommande eftersom arbetstagens villkor redan säkerställdes genom att kollektivavtal gällde i princip över hela den svenska arbetsmarknaden.⁴⁷ Delegationen instämde i denna bedömning och anförde även att det fanns föreskrifter i konventionen, främst artikel 4, som var främmande för svenska förhållanden. Något behov av en svensk ratificering ansågs därför inte föreligga. I propositionen anslöt sig departementschefen till delegationens uppfattning.⁴⁸ Konventionen ratificerades därför inte av Sverige i samband med antagandet.

2.4.2 Rapport på uppdrag av ILO-kommittén 1996

Frågan aktualiserades nästa gång 1993 inom ramen för den svenska ILO-kommitténs arbete. De fackliga organisationerna i kommittén drev frågan om en svensk ratificering av ILO:s konvention nr 94. Bakgrunden var bl.a. byggandet av Öresundsbron som befarades medföra social dumpning av anställningsvillkor. Det fanns från kommitténs sida en tanke om att en ratifikation av konventionen skulle kunna motverka social dumpning.

⁴⁷ Prop. 1950 nr 188, s. 9.

⁴⁸ Prop. 1950 nr 188, s. 9 f.

På uppdrag av ILO-kommittén gjordes en undersökning av Sveriges förutsättningar att ratificera konventionen. Resultatet av undersökningen redovisades i en rapport 1996.⁴⁹ Rapporten innehåller inte några förslag, i stället framhålls några frågor som särskilt oklara. Det är frågan om huruvida Sverige som medlem i EU har befogenhet att ratificera konventionen, frågan om konventionens förhållande till direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (utstationeringsdirektivet)⁵⁰ och konventionens tillämpning på gränsöverskridande upphandlingar av varor.

ILO-kommittén inhämtande också yttranden från ett antal organisationer och myndigheter.⁵¹ Arbetstagersidan i form av LO och Tjänstemännens centralorganisation (TCO) förespråkade ratifikation av konventionen medan bl.a. SAF motsatte sig ratifikation. Representanter för myndigheter såsom Sjöfartsverket och Arbetsmarknadsstyrelsen (AMS) var tveksamma till en ratifikation av konventionen och framhöll vissa upphandlingsrättsliga problem. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) bedömde att EU-rättens regler om fri rörlighet inte innebar något hinder mot att en medlemsstat i EU kräver att lagstiftning om minimilöner eller allmängiltigförklarade kollektivavtal ska gälla för alla som utför arbete i landet. NOU ansåg vidare att det inte krävdes någon ändring i den svenska upphandlingslagstiftningen för det fall konventionen skulle ratificeras.

2.4.3 NOU:s utredning 1997

Efter att NOU tillfrågats om en ratificering av ILO:s konvention nr 94 var förenlig med upphandlingsdirektiven i samband med ILO-kommitténs utredning av frågan utredde NOU frågan på nytt. Myndigheten vände sig då till kommissionen som inkom med ett svar på tjänstemannanivå.⁵² Svaret kan inte anses utgöra kommissionens

⁴⁹ MariAnne Olsson, ILO:s konvention nr 94, Rapport om ratifikationsförutsättningar den 4 april 1996.

⁵⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT L 18, 21.1.1997, s. 1-6.

⁵¹ MariAnne Olsson, ILO:s konvention nr 94, Rapport om ratifikationsförutsättningar den 4 april 1996, s. 5 f.

⁵² DG XV/B3.

officiella ståndpunkt i frågan. I svaret förklarade tjänstemännen att en konvention vars tillämpningsområde faller inom gemenskapens behörighetsområde kan ratificeras av medlemsstaten men att det kräver att gemenskapsinstitutionerna bemyndigar medlemsstaten att göra det.⁵³ Dessutom krävs att konventionen är förenlig med EU-rätten. I den senare frågan uttrycktes tveksamhet bl.a. på grund av svårigheter att förena konventionens krav på påföljder vid brott mot en arbetsklausul med upphandlingsdirektivens uttömmande reglering om påföljder och på grund av svårigheter att förena konventionens krav på arbetsklausuler med utstationeringsdirektivet och dess hårda kärna. NOU rapporterade detta till ILO-kommittén.

2.4.4 SOU 2006:28

Frågan aktualiserades åter i slutbetänkandet av Upphandlingsutredningen 2004, SOU 2006:28. Utredningen undersökte, som de formulerade sitt uppdrag, om det fanns några rättsliga hinder mot att Sverige ratificerade och tillämpade konventionen.

I betänkandet jämfördes konventionen med fördraget, utstationeringsdirektivet och 2004 års upphandlingsdirektiv. Det konstaterades att det fanns vissa spänningar mellan dessa, bl.a. lyftes att upphandlingsdirektiven syftar till att undanröja hinder för den fria etableringsrätten och den fria rörligheten för tjänster, medan konventionens krav innebär att det är de arbetsvillkor som gäller där arbetet utförs som ska tillämpas. Upphandlingsutredningen menade att EG-domstolen har accepterat inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster om inskränkningarna motiveras av ett allmänt intresse och har godtagit att nationella bestämmelser om minimilön omfattar alla som utför arbete inom värdlandets territorium. EG-domstolen har dock inte, menade utredningen, tagit ställning till om konventionens krav på villkor som inte är mindre förmånliga än vad som följer av lag, kollektivavtal eller skiljedom (vilket i princip enligt utredningen avser mer än lönevillkor på miniminivå) också kan godtas.⁵⁴ I utredningen angavs dock att betydelsen av skillnaderna mellan EG-rätten och konventionen inte ska överdrivas.

⁵³ Nämnden för offentlig upphandling, dnr 36/96-21, Ratificering av ILO-konvention (nr 94) av 1949 angående arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part, 1997-11-25.

⁵⁴ Det bör observeras att betänkandet lämnades före domen i Laval-målet C-341/05.

När det gäller frågan om Sverige i förhållande till EU har befogenhet att ratificera konventionen ansåg sig utredningen inte kunna dra någon mer bestämd slutsats annat än att det föreföll uteslutet att Sverige skulle ha exklusiv befogenhet att ingå internationella avtal inom hela det materiella område som konventionen täcker.

Sammanfattningsvis ansåg Upphandlingsutredningen 2004 att det vid tiden för betänkandet fick anses osäkert om de krav konventionen ställer var förenliga med gemenskapsrätten. Utredningen tog inte ställning till om en ratifikation var lämplig utan angav att utredningen utgick ifrån att den frågan skulle komma att behandlas i ett annat sammanhang. Utredningen uttalade samtidigt att en ratifikation av ILO:s konvention inte är det enda sättet att åstadkomma att villkor motsvarande vad som gäller enligt svenska kollektivavtal ska tillämpas när arbete utförs inom ramen för offentlig upphandling. Samma resultat kan uppnås genom att införa krav på villkor av sådant slag i de svenska upphandlingslagarna, under förutsättning att lagstiftaren anser att kravet är förenligt med EU-rätten.⁵⁵

2.4.5 Senare behandling av frågan

Frågan om möjligheten att ratificera konventionen har inte utretts i Sverige sedan 2006 års betänkande förrän den nuvarande utredningen fick sitt tilläggsuppdrag. Riksdagen har dock flera gånger tillkännagett för regeringen som sin mening att konventionen bör ratificeras (bet. 2005/06:AU3 och rskr. 2005/06:174 samt bet. 2010/11:AU10 och rskr. 2010/11:299).

Det kan även nämnas att frågan om ILO:s konvention nr 94 och dess förenlighet med EU-rätten även togs upp under förhandlingarna om de nya upphandlingsdirektiven. I samband med förhandlingarna 2012 begärde Sverige ett yttrande av rådets rättstjänst i frågan om möjligheten att ta med konventionen i direktivet genom att lägga till denna konvention i bilagan X tillsammans med ILO:s åtta kärnkonventioner. Något officiellt yttrande lämnades inte. Inte heller togs konventionen in i bilagan.

⁵⁵ SOU 2006:28, s. 365.

3 Konventionen i jämförelse med EU-rätten

Nedan följer en jämförelse mellan de mest väsentliga artiklarna i ILO:s konvention nr 94 och relevanta EU-rättsliga regler. Först presenteras konventionen i förhållande till 2014 års upphandlingsdirektiv¹. Därefter diskuteras konventionens förhållande till EUF-fördragets regler om fri rörlighet för tjänster och Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (utstationeringsdirektivet).² Syftet med dessa jämförelser är att undersöka om konventionen är förenlig med EU-rätten.

3.1 Konventionen i jämförelse med upphandlingsdirektiven

3.1.1 Arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingsdirektiven

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

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 243–374 och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, EUT L 94, 28.3.2014, s. 1–64.

² Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT L 18, 21.1.1997, s. 1–6.

direktivet). De först nämnda direktiven ersätter tidigare direktiv på samma område medan LUK-direktivet är nytt. I betänkandet hänvisas fortsättningsvis huvudsakligen till bestämmelser i det nya LOU-direktivet. Motsvarande bestämmelser finns dock i stor omfattning även i 2014 års LUF-direktiv och LUK-direktiv.

Möjligheterna att ta miljö-, sociala- och arbetsrättsliga hänsyn har getts en mer framträdande roll i de nya direktiven i jämförelse med de äldre. Det finns numera ett uttryckligt utrymme att ta arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling. Den ökade fokuseringen på dessa hänsyn kommer tydligt till uttryck i skäl 37 i LOU-direktivet. I skälen anges bl.a. följande.

I syfte att på ett lämpligt sätt integrera miljö-, social- och arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingsförfaranden är det av särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggtreprenaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls och som följer av lagar, författningar, dekret och beslut både på nationell nivå och unionsnivå, samt av kollektivavtal, förutsatt att dessa bestämmelser och deras tillämpning överensstämmer med unionsrätten. Likaså bör de skyldigheter som följer av internationella avtal som har ratificerats av alla medlemsstater och som förtecknas i bilaga XI tillämpas under fullgörandet av kontraktet. Detta bör dock inte på något sätt hindra att arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna tillämpas.

De relevanta åtgärderna bör tillämpas i överensstämmelse med de grundläggande principerna i unionsrätten, särskilt i syfte att säkerställa likabehandling. Sådana relevanta åtgärder bör tillämpas i enlighet med Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG och på ett sätt som säkerställer likabehandling och inte direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer och arbetstagare från andra medlemsstater.

Huvudbestämmelsen gällande miljö- sociala- och arbetsrättsliga hänsyn finns i artikel 18.2 LOU-direktivet och har följande lydelse.

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.

I bilagan X räknas en rad internationella, sociala och miljö-rättsliga konventioner upp, bl.a. ILO:s åtta kärnkonventioner³.

ILO:s konvention nr 94 avser arbetsrättsliga kontraktsvillkor, s.k. arbetsklausuler. Upphandlingsdirektiven har en allmän bestämmelse som rör kontraktsvillkor men i övrigt saknas närmare reglering om sådana villkor, inklusive arbetsrättsliga villkor. Samtliga villkor som ställs i en offentlig upphandling måste vara förenliga med principerna om proportionalitet, likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och om ömsesidigt erkännande samt i övrigt vara förenliga med EU-rätten.⁴

3.1.2 Tillämpningsområdet

Bedömning: Konventionen innebär ett obligatorium att använda arbetsklausuler. Konventionen har dock ett snävare tillämpningsområde än upphandlingsdirektiven både vad gäller vilka myndigheter som omfattas och inom vilka områden den är tillämplig.

Det är förenligt med upphandlingsdirektiven att införa bestämmelser med ett obligatorium för statliga myndigheter att använda arbetsklausuler, under förutsättning att sådana bestämmelser anses proportionerliga i förhållande till syftet med bestämmelserna.

LOU-direktivet reglerar upphandlingar på områdena byggentreprenader, varor och tjänster. LUF-direktivet reglerar upphandlingar rörande byggentreprenader, varor eller tjänster avseende vatten, energi, transporter och posttjänster. LUK-direktivet gäller för tilldelning av byggkoncessioner eller tjänstekoncessioner.

Konventionen gäller för upphandlingar som rör uppförande, ombyggnad, reparation eller rivning av offentlig anläggning, eller framställning, hopsättning, handhavande eller transport av material, förråd eller utrustning, eller utförande eller tillhandahållande av tjänster (artikel 1.1 c). Förenklat uttryckt är det fråga om bygg- och anläggningsarbeten, varor och tjänster. Som framgått av avsnitt 2.2.1 omfattar konventionen inte inköp av redan färdiga varor. Konven-

³ Se avsnitt 2.1.3.

⁴ För närmare beskrivning av dessa principer se t.ex. utredningens delbetänkande SOU 2015:78, avsnitt 3.1.

tionen omfattar således ett snävare område än upphandlingsdirektiven i detta avseende.

Konventionen gäller endast för upphandlingar inom landet. Gränsöverskridande upphandlingar omfattas inte. Konventionen är vidare tillämplig på kontrakt där minst en offentlig myndighet är part. Därtill är konventionen endast bindande för centrala myndigheter, inte för lokala myndigheter som t.ex. kommuner.

Upphandlingsdirektiven binder en vidare krets av offentliga myndigheter än konventionen. Med upphandlande myndighet avses enligt direktiven, statliga, regionala eller lokala myndigheter, offentligrättsliga organ eller sammanslutningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ.⁵ Därtill omfattas upphandlande enheter i LUF-direktivet och LUK-direktivet. Som exempel på sådana enheter kan nämnas upphandlande myndigheter eller offentliga företag som bedriver verksamhet inom direktivens område, t.ex. gas och värme (artikel 8 LUF), el (artikel 9 LUF), vatten (artikel 10 LUF) och transporttjänster (artikel 11 LUF). Därtill omfattar LUF- och LUK-direktiven företag som inte är upphandlande myndigheter eller offentliga företag som bedriver angiven verksamhet som bygger på särskilda rättigheter eller ensamrätt som beviljats av en behörig myndighet i en medlemsstat.

Upphandlingsdirektiven är inte begränsade till nationella inköp utan omfattar upphandlingar oavsett om de är gränsöverskridande eller inte.

Sammanfattningsvis har konventionen ett snävare tillämpningsområde än upphandlingsdirektiven. Att tillämpningsområdet för konventionen är begränsat till statliga myndigheter innebär att endast en mindre del av alla offentliga upphandlingar måste omfattas av konventionen. I detta sammanhang kan nämnas att kommuner och deras bolag stod för sju av tio upphandlingar i Sverige under 2014.⁶ Landstingen stod för en av tio upphandlingar. Endast två av tio upphandlingar sker således i statlig regi.

Konventionen innebär att det ska vara obligatoriskt att använda sig av arbetsklausuler i samtliga statliga upphandlingar. Undantag kan endast göras för upphandlingar som understiger ett visst belopp

⁵ Artikel 2.1 LOU-direktivet, artikel 3.1 i LUF-direktivet och artikel 6.1 i LUK-direktivet.

⁶ Upphandlingsmyndighetens och Konkurrensverkets rapport Siffror och fakta om offentlig upphandling, Statistik om upphandlingar som genomförts under 2014, Rapport 2015:9 s. 29 f.

som ska fastställas av staten efter hörande av arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer. Undantag kan också göras för vissa särskilda personer, t.ex. personer i ledande ställning eller med tekniska och vetenskapliga arbetsuppgifter.

Enligt upphandlingsdirektiven ska proportionalitetsprincipen beaktas vid varje åtgärd som följer av direktiven. Principen måste därför också beaktas när det avgörs om arbetsklausuler kan användas i offentlig upphandling. Proportionalitetsprincipen innebär att villkor som ställs i offentlig upphandling måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Dessutom måste kraven vara ägnade att leda till att den upphandlande myndighetens syfte med att ställa dem uppnås. Det kan ifrågasättas om ett obligatoriskt krav på arbetsklausuler för statliga myndigheter är förenligt med proportionalitetsprincipen. Avgörande för denna bedömning är förhållandet till det mål som anges med bestämmelserna. Om det t.ex. i en nationell upphandlingsstrategi finns ett tydligt angivet syfte om att arbetstagare alltid ska garanteras arbetsvillkor på viss nivå när arbete utförs i offentlig upphandling (på det sätt som avses i konventionen) torde en sådan målsättning väga tungt i en proportionalitetsbedömning.

Utredningen anser därför att upphandlingsdirektiven inte innebär några hinder för att införa bestämmelser med ett obligatorium för statliga myndigheter att använda arbetsklausuler, under förutsättning att sådana bestämmelser anses proportionerliga i förhållande till syftet med bestämmelserna.

3.1.3 Underleverantörer

Bedömning: Till skillnad från konventionen innehåller upphandlingsdirektiven inga uttryckliga skyldigheter för underleverantörer vad gäller arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Däremot medger direktiven att underleverantörer åläggs samma skyldigheter som huvudleverantören. Det är förenligt med upphandlingsdirektiven att införa tvingande bestämmelser om att arbetsklausuler även ska gälla för underleverantörer.

Konventionen innebär att arbetsklausuler ska tillämpas även när arbete utförs av underleverantörer och hos en förvärvare efter att ett kontrakt har överlåtits (artikel 1.3).

I upphandlingsdirektiven anges att behöriga nationella myndigheter genom lämpliga åtgärder ska säkerställa att underleverantörerna iakttar de skyldigheter som avses i artikel 18.2 LOU, bl.a. arbetsrättsliga skyldigheter. Det finns ett flertal artiklar i direktiven som rör anlitaandet av underleverantörer och som syftar till att främja goda anställningsvillkor. Det anges uttryckligen att medlemsstater som infört angivna åtgärder avseende underleverantörer kan begränsa tillämpligheten av åtgärderna till vissa typer av kontrakt, vissa typer av upphandlande myndigheter eller från och med vissa belopp (artikel 71.8 LOU-direktivet).

Vid en jämförelse mellan konventionen och upphandlingsdirektiven går konventionen längre i sina krav på medlemsstaterna. Direktiven innebär inte att medlemsstaterna måste ålägga underleverantörer att följa arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Ett sådant krav är frivilligt för medlemsstaterna att genomföra. Det är utredningens bedömning att införande av sådana tvingande bestämmelser för underleverantörer enligt konventionen är förenligt med upphandlingsdirektiven så länge bestämmelserna är proportionerliga i förhållande till syftet med dem och så länge de i övrigt överensstämmer med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Utredningen bedömer att detsamma får anses gälla för förvärvare efter överlåtelse av ett upphandlingskontrakt.

3.1.4 Undantag

Bedömning: Konventionens reglerade undantag från skyldigheten att tillämpa arbetsklausuler strider inte mot upphandlingsdirektiven. Möjligheten till undantag kan bl.a. användas för att säkerställa att arbetsklausuler, i enlighet med upphandlingsdirektiven, endast används när det är proportionerligt.

Konventionen innehåller vissa möjligheter till undantag. Det är möjligt att göra undantag från att tillämpa konventionen för upphandlingar som understiger visst belopp (artikel 1.4). Av konventionstexten framgår att beloppen ska fastställas av behörig myndighet i

samråd med arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer. Enligt konvention kan även personer i ledande ställning eller med tekniska eller vetenskapliga uppgifter vars anställningsvillkor inte regleras i lag, kollektivavtal eller skiljedom och som i regel inte utför manuellt arbete undantas vid tillämpning av konventionen (artikel 1.5). Det är dock upp till den ratificerande staten att bestämma om undantagen ska utnyttjas.

Att införa undantag från skyldigheten att använda arbetsklausuler i vissa upphandlingar är inte oförenligt med direktiven, så länge undantagen inte är diskriminerande eller strider mot andra grundläggande upphandlingsrättsliga principer. Konventionens bestämmelse i artikel 1.4 strider därför inte mot upphandlingsdirektiven.

Artikel 7 och 8 ger också möjlighet att avstå från att tillämpa arbetsklausuler för vissa territoriella områden och under extraordinära omständigheter. Upphandlingsdirektiven innehåller inga sådana undantagsmöjligheter. Bestämmelserna i konventionens artikel 7 och 8 är dock inte tvingande och det är därför enligt utredningens bedömning möjligt att genomföra konventionen utan att införa motsvarande bestämmelser i nationell rätt. Ett sådant genomförande skulle inte komma i konflikt med bestämmelserna i upphandlingsdirektiven.

3.1.5 Arbetsklausuler

Bedömning: Det är förenligt med upphandlingsdirektiven att införa krav på arbetsklausuler.

Artikel 2 i konventionen innebär att arbetsklausuler ska tas in i upphandlingskontrakt. Villkoren ska avse de arbetstagare som sysselsätts i det uppdrag som avses i kontraktet. Artikel 2 anger vidare de villkor som ska omfattas av arbetsklausulerna: lön inklusive olika slags tillägg, arbetstid och övriga arbetsvillkor. Enligt artikel 2.4 ska upphandlande myndigheter vidta lämpliga åtgärder för att anbudsgivare ska få kännedom om arbetsklausulernas innebörd.

Upphandlingsdirektiven innehåller inga bestämmelser om att en myndighet ska ange särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Sociala och arbetsrättsliga hänsyn har dock haft sin främsta plats i kontraktsvillkoren vilket överensstämmer med regleringen i konventionen.

I artikel 70 i LOU-direktivet anges att en upphandlande myndighet får ställa särskilda villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras, under förutsättning att de är kopplade till kontraktsföremålet och anges i upphandlingsdokumenten. Dessa krav får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljö-, sociala- eller sysselsättningsrelaterade hänsyn. Att villkoren måste anges redan i upphandlingsdokumenten är ett uttryck för principen om öppenhet. Både konventionen och direktiven har således bestämmelser som kräver att potentiella anbudsgivare måste ha kännedom om vad som avses med de angivna villkoren.

I upphandlingsdirektiven är det väsentligt att de villkor som ställs endast avser de arbetstagare som sysselsätts genom upphandlingskontraktet vilket överensstämmer väl med konventionen vars arbetsklausuler uttryckligen riktar sig till dessa arbetstagare.

Det är enligt utredningens mening förenligt med upphandlingsdirektiven att uppställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Av EU-domstolens avgörande i målet RegioPost C-115/14⁷ får numera också anses klarlagt att utstationeringsdirektivet inte hindrar användandet av arbetsklausuler (se vidare avsnitt 3.2).

Villkor avseende rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden

Om föreskrifter om arbetarskydd och välfärdsåtgärder inte redan gäller för arbetstagare som fullgör ett offentligt kontrakt i enlighet med nationell lagstiftning, kollektivavtal eller skiljedom, ska lämpliga åtgärder vidtas för att tillförsäkra arbetstagarna sådana villkor (artikel 3). Här avses framför allt arbetsmiljörelaterade regler (se avsnitt 2.2.2). Artikeln har ingen motsvarighet i upphandlingsdirektiven och står inte heller i konflikt med direktiven. Angående bestämmelsens förenlighet med annan EU-rätt se avsnitt 3.3.1.

⁷ C-115/14, RegioPost GmbH & Co. KG mot Stadt Landau in der Pfalz, EU:C:2015:760.

3.1.6 Regler om effektivt genomförande

Bedömning: Upphandlingsdirektiven reglerar den faktiska upphandlingsproceduren och innehåller inga bestämmelser som motsvarar konventionens bestämmelser om att lagar, förordningar och andra föreskrifter som genomför konventionen ska delges alla berörda parter, att de personer som är ansvariga för bestämmelsernas efterlevnad ska anges och att anslag ska sättas upp i berörda anläggningar och arbetsställen för att informera arbetstagarna om gällande arbetsvillkor. Det föreligger dock ingen konflikt mellan konventionen och direktiven i detta avseende.

Enligt konventionen ska lagar, förordningar och andra föreskrifter som genomför konventionen delges alla berörda parter, ange de personer som är ansvariga för bestämmelsernas efterlevnad, föreskriva att anslag ska sättas upp i berörda anläggningar och arbetsställen för att informera arbetstagarna om gällande arbetsvillkor (artikel 4).

Upphandlingsdirektiven reglerar i huvudsak upphandlingsproceduren, dvs. förfarandet fram till tilldelning av ett kontrakt. Det finns således inga bestämmelser i direktiven som direkt avser det som regleras i artikel 4 i konventionen. Inte heller föreligger någon konflikt mellan artikeln och upphandlingsdirektiven.

Beträffande förhållandet till rådets direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet, upplysningsdirektivet,⁸ se avsnitt 3.3.2.

⁸ Rådets direktiv 91/533/EEG av den 14 oktober 1991 om arbetsgivares skyldighet att upplysa arbetstagarna om de regler som är tillämpliga på anställningsavtalet eller anställningsförhållandet, EGT L 288, 18.10.1991, s. 32–35.

3.1.7 Sanktioner

Bedömning: Upphandlingsregelverket innehåller, med undantag för vissa bestämmelser om uteslutning, inga bestämmelser om sanktioner för leverantörer som inte följer de särskilda kontraktsvillkoren. Utredningens bedömning är att det inte strider mot direktiven att införa nationella bestämmelser om sanktioner vid överträdelse av arbetsklausuler under förutsättning att dessa sanktioner är proportionerliga i förhållande till syftet med dem och i övrigt är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna och EU-rätten i övrigt.

Konventionen anger att lämpliga påföljder ska användas i de fall arbetsklausulerna inte iaktas och följs (artikel 5.1). Som exempel anges att leverantörer ska stängas av från kontrakt med offentlig myndighet om arbetsklausulerna inte iakttagits. Vidare ska lämpliga åtgärder vidtas om arbetstagare inte får lön, t.ex. innehållande av betalning för kontraktets utförande (artikel 5.2).

Upphandlingsdirektiven innehåller inga regler om sanktioner för leverantörers avtalsbrott. Det är i stället nationella regler om avtal som är styrande. I upphandlingsdirektiven finns dock bestämmelser om uteslutande av leverantörer som kan jämföras med den i konventionen angivna påföljden att avstänga en leverantör från kontrakt. Grunderna för uteslutning finns i artikel 57 i LOU-direktivet.

I artikel 57.1 finns bestämmelser om obligatorisk uteslutning av leverantörer på grund av brott. Till de obligatoriska uteslutningsgrunderna hör även obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter, under förutsättning att betalningsskyldigheten för skatten eller avgiften har fastställts genom ett domstolsavgörande eller ett administrativt beslut med slutlig och bindande verkan (artikel 57.2 LOU-direktivet). I övrigt får obetalda skatter och socialförsäkringsavgifter medföra uteslutning, dvs. som en fakultativ grund. Det är dock tillåtet för medlemsstaterna att göra även detta till en obligatorisk grund för uteslutning. Artikel 57.2 ska dock inte tillämpas när en leverantör har fullgjort sina skyldigheter eller träffat en bindande överenskommelse om återbetalning av beloppet.

Det finns möjlighet för medlemsstaterna att göra undantag från reglerna om uteslutning om det är nödvändigt med hänsyn till ett tvingande allmänintresse, såsom folkhälsa eller miljöskydd. Undan-

tag från punkten 2 kan vidare göras om en uteslutning är klart oproportionerlig.

Frivilliga, fakultativa, uteslutningsgrunder finns i artikel 57.4 första stycket LOU-direktivet. Dessa kan dock göras obligatoriska för de upphandlande myndigheterna. En upphandlande myndighet får enligt bestämmelserna utesluta eller kan åläggas av medlemsstaterna att utesluta en ekonomisk aktör från upphandlingsförfarandet i de angivna situationerna. Ett sådant fall är om den upphandlande myndigheten på något lämpligt sätt kan påvisa att en leverantör har åsidosatt de tillämpliga skyldigheter som avses i artikel 18.2, dvs. bristande efterlevnad av miljö-, sociala- eller arbetsrättsliga krav (artikel 57.4 a). Det är denna artikel som ligger närmast till hands vad gäller uteslutning och arbetsklausuler.

En anbudsgivare som hotas av uteslutning ska ha möjlighet att bevisa att denna vidtagit tillräckliga åtgärder för att visa sin tillförlitlighet, trots att det föreligger skäl för uteslutning. Om bevisen anses vara tillräckliga ska anbudsgivaren inte uteslutas från upphandlingsförfarandet.

De uteslutningsgrunder som anges i upphandlingsdirektiven är uttömmande vilket innebär att det inte är förenligt med direktiven att införa andra uteslutningsgrunder i nationell upphandlingslagstiftning.⁹ Exemplet på påföljd i konventionens artikel 5.1 om uteslutning från deltagande i upphandling på grund av bristande efterlevnad av arbetsklausuler torde dock omfattas av uteslutningsgrunden i artikel 57.4 a i LOU-direktivet. Det skulle således vara förenligt med upphandlingsdirektiven att införa en bestämmelse om uteslutning på denna grund.

Regler som motsvarar konventionens artikel 5.2, att lämpliga åtgärder ska vidtas om arbetstagare inte får lön, t.ex. innehållande av betalning för kontraktets utförande, saknas i upphandlingsdirektiven. Skulle en leverantör inte betala den lön som regleras i upphandlingskontraktet skulle detta vara ett avtalsbrott. Som ovan nämnts saknar upphandlingsdirektiven regler om sanktioner för leverantörers avtalsbrott. Det är i stället nationella regler om avtal som är styrande. Det skulle enligt utredningens bedömning dock vara möjligt i förhållande till EU-direktiven att införa regler som innebär att myndigheter ska innehålla betalning om löner inte utbetalas.

⁹ Jfr Beentjes mot Nederländerna, 31/87, EU:C:1988:422.

I kapitel 2 framgår att det väsentliga vid genomförandet av konventionens artikel 5 är att det finns åtgärder vid överträdelse av arbetsklausulerna och att dessa är lämpliga och effektiva. Det är utredningens uppfattning att det, utöver vad som anförts ovan om grunder för uteslutning, inte strider mot upphandlingsdirektiven att införa bestämmelser om sanktioner vid överträdelse av arbetsklausulerna, dvs. kontraktsvillkoren, under förutsättning att dessa sanktioner är proportionerliga i förhållande till syftet med bestämmelsen och i övrigt är förenliga med upphandlingsrättsliga principer om EU-rätten i övrigt. En annan sak är att det framstår som något främmande att införa regler om sanktioner i upphandlingsregelverket när det gäller kontrakt eftersom detta dels endast reglerar upphandlingsproceduren fram till upprättande av kontraktet, dels är något som av tradition regleras av avtalsparterna med stöd av gällande avtalsrätt.

3.1.8 Övriga artiklar

Konventionen innehåller ytterligare ett antal artiklar. Dessa har dock sin huvudsakliga betydelse för genomförandet av konventionen och medlemsstaternas förhållande till ratifikation. De är således inte av intresse när konventionen jämförs med upphandlingsdirektiven.

3.1.9 Sammanfattande slutsats

Bedömning: 2014 års upphandlingsdirektiv utgör inte något hinder för att Sverige ska kunna ratificera konventionen och införa lagstadgade krav på arbetsklausuler i offentlig upphandling, under förutsättning att upphandlingsdirektiven och dess principer beaktas vid genomförandet.

Av jämförelsen ovan mellan konventionen och upphandlingsdirektiven framgår att även om det föreligger vissa skillnader mellan rättsakterna är det möjligt att genomföra konventionen i nationell rätt på ett sätt som är förenligt med direktiven. Upphandlingsdirektiven är vidare i sitt tillämpningsområde än konventionen och lämnar större utrymme för medlemsstaterna att själva avgöra hur de

vill genomföra arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling. Denna flexibilitet för medlemsstaterna möjliggör ett genomförande av den i vissa delar striktare konventionen.

Till skillnad från upphandlingsdirektiven som huvudsakligen reglerar själva upphandlingsproceduren innehåller konventionen även bestämmelser om förfaranden som inte är direkt kopplade till denna procedur, såsom artikel 4 som innehåller krav på hur arbetsklausulernas innehåll ska tillhandahållas berörda parter och artikel 5 som reglerar sanktioner. Dessa och andra artiklar saknar motsvarighet i upphandlingsdirektiven. Utredningens uppfattning är dock att dessa artiklar i konventionen kan genomföras i nationell rätt på ett sätt som inte står i strid med direktiven.

Utredningen anser således att det är förenligt med upphandlingsdirektiven att genomföra bestämmelser i nationell rätt som motsvarar konventionens bestämmelser om arbetsklausuler och sanktioner. Som förutsättning gäller givetvis att de grundläggande principer som följer av upphandlingsdirektiven och EUF-fördraget beaktas.

3.2 Konventionen i jämförelse med reglerna om fri rörlighet för tjänster och utstationeringsdirektivet

Ytterligare en förutsättning enligt upphandlingsdirektiven är att de arbetsrättsliga villkor som ställs är förenliga med EU-rätten i övrigt. Möjligheten att använda arbetsklausuler måste därför också analyseras i förhållande till framför allt den fria rörligheten för tjänster i EUF-fördraget och utstationeringsdirektivet.

ILO:s konvention nr 94 har problematiserats i förhållande till EU-rätten rörande främst två delar, dels att EU-domstolens dom i målet Ruffert¹⁰ tydliggjort att det föreligger en konflikt mellan EU:s regler om fri rörlighet för tjänster och konventionen, dels att utstationeringsdirektivet, som det tolkats av EU-domstolen i målet Ruffert, pekar ut vilken skyddsnivå som ska gälla för utstationerade arbetstagare och varifrån dessa villkor ska hämtas (i första hand lag eller allmängiltigförklarade kollektivavtal).¹¹ En studie utförd på uppdrag av EU-kommissionen har funnit att konventionens överens-

¹⁰ C-346/06, Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen, EU:C:2008:189.

¹¹ Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun, Upphandling och arbete i EU, Sieps 2010:3, s. 132 f.

stämmelse med utstationeringsdirektivet kan ifrågasättas efter domen i målet Ruffert.¹²

Ytterligare en frågeställning är om det föreligger problem att förena konventionen och utstationeringsdirektivet till följd av hur begreppet lön ska tolkas i de båda regelsystemen.¹³ Dessa tre frågeställningar behandlas i detta kapitel.

3.2.1 Den fria rörligheten för tjänster och utstationeringsdirektivet

Frågan om EU-rätten tillåter att det ställs arbetsrättsliga villkor som t.ex. lön i offentlig upphandling är under ständig utveckling. Så sent som i november 2015 meddelade EU-domstolen dom i målet Regio-Post som nyanserar det rättsläge som rått sedan domen i målet Ruffert. Nedan redogörs inledningsvis för EU-rättens reglering på området, både när det gäller EUF-fördragets regler om fri rörlighet för tjänster, utstationeringsdirektivet och de båda angivna domarna. Därefter analyseras konventionen i förhållande till dessa regler.

Den fria rörligheten för tjänster

Artikel 56 i EUF-fördraget innebär att medlemsstaterna är skyldiga att avskaffa all diskriminering på grund av nationalitet gentemot personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i en annan medlemsstat. Enligt fast rättspraxis innebär artikeln inte bara att det är nödvändigt att avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet av ett tjänsteföretag som är etablerat i en annan medlemsstat utan även att det är nödvändigt att avskaffa varje inskränkning, även om den är tillämplig på inhemska tjänsteföretag och tjänsteföretag från andra medlemsstater utan åtskillnad, som innebär att tjänster som tillhandahålls av ett tjänsteföretag som är

¹² Analysis – in the light of the European Union acquis – of ILO up to date Conventions, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Unit A.4, June 2013. Se t.ex. s. 9.

¹³ Se t.ex. Joakim Augeli Karlson of Stein Evju, Tarifflike villkår som EØS-rettslig restriktion ILO-konvention nr. 94 of tjenstefriheten i EU/EØS, 2011, s. 111.

etablerat i en annan medlemsstat, där detta företag lagligen utför liknande tjänster, förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva.¹⁴

Inskränkningar i den fria rörligheten för tjänster kan endast göras om de är motiverade av ett legitimt intresse som är förenligt med EU-rätten. De måste också tillämpas lika för tjänestetillhandahållare etablerade utanför medlemsstaten som för dem i medlemsstaten, dvs. inte vara diskriminerande på grund av nationalitet. Inskränkningarna måste vidare vara proportionerliga, dvs. vara lämpliga och nödvändiga och inte kunna uppnås på ett mindre ingripande sätt. Dubbla ålägganden är heller inte tillåtna, vilket innebär att om ett företag redan är skyldigt att uppfylla vissa skyldigheter enligt regler i etableringslandet kan det inte också tvingas fullgöra motsvarande skyldigheter i det land där tjänsterna tillhandahålls.

Utstationeringsdirektivet

Utstationeringsdirektivet bygger på att en arbetsgivare som utstationerar en arbetstagare från en medlemsstat till en annan (värdlandet) ska säkerställa att arbetstagaren under den tid utstationeringen pågår får rätt till vissa grundläggande förmåner enligt rättsordningen i värdlandet.

Med utstationering avses enligt direktivets artikel 1.3 tre gränsöverskridande åtgärder:

- När en arbetsgivare för egen räkning och under egen ledning sänder arbetstagare till en annan medlemsstat enligt avtal som arbetsgivaren har ingått med den i Sverige verksamma mottagaren av tjänsterna,
- när en arbetsgivare sänder arbetstagare till en annan medlemsstat till en arbetsplats eller till ett företag som tillhör koncernen, eller
- när en arbetsgivare som hyr ut arbetskraft eller ställer arbetskraft till förfogande sänder arbetstagare till ett användarföretag som är etablerat i en annan medlemsstat eller som bedriver verksamhet i en annan medlemsstat.

¹⁴ Se t.ex. de förenade målen *Arblade*, C-369 och 376/96, EU:C:1999:575, p. 33 och däri hänvisade avgöranden.

Ett anställningsförhållande ska råda mellan arbetsgivaren och arbetstagaren under utstationeringstiden. De av värdlandets rättigheter som arbetstagaren har rätt till under utstationeringen anges i artikel 3 i utstationeringsdirektivet och kallas för ”den hårda kärnan”. Bestämmelsen är utformad som en hänvisning till gällande rätt i värdlandet. De rättigheter som en medlemsstat ska se till att den utstationerande arbetsgivaren garanterar de utstationerade arbetstagarna enligt värdlandets rättsordning är följande:

- a) Längsta arbetstid och kortaste vilotid.
- b) Minsta antal betalda semesterdagar per år.
- c) Minimilön, inbegripet övertidsersättning; denna punkt gäller dock inte yrkesanknutna tilläggspensionssystem.
- d) Villkor för att ställa arbetstagare till förfogande, särskilt genom företag för uthyrning av arbetskraft.
- e) Säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen.
- f) Skyddsåtgärder med hänsyn till arbets- och anställningsvillkor för gravida kvinnor och kvinnor som nyligen fött barn samt för barn och unga.
- g) Lika behandling av kvinnor och män samt andra bestämmelser om icke-diskriminerande behandling.

För utstationerade uthyrda arbetstagare gäller motsvarande villkor som anges ovan, men förmånerna är inte begränsade till miniminivåer.

Villkoren som den utstationerade arbetsgivaren ska se till att de utstationerade arbetstagarna får ska enligt direktivet vara fastställda i lag eller i allmängiltigförklarade kollektivavtal. Om det inte finns något system för att allmängiltigförklara kollektivavtal medger direktivet att en medlemsstat vid genomförandet av direktivet utgår från kollektivavtal eller skiljedomar som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området, och/eller kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet.

I det så kallade Lavalmålet, C-341/05¹⁵, slog EU-domstolen fast att den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet utgör ett tak för vilka rättigheter enligt värdlandets rättsordning som ett land kan kräva att en utstationerande arbetsgivare ska tillhandahålla de utstationerade arbetstagarna.

I syfte att skapa ett allmänt regelverk för utstationering med en bättre och mer enhetlig tillämpning av utstationeringsdirektivet antogs den 15 maj 2014 det så kallade tillämpningsdirektivet.¹⁶ Direktivet ska vara genomfört i medlemsstaterna senast den 18 juni 2016.

EU-domstolens mål Rüffert, C-346/06

Målet Rüffert gällde en tvist mellan ett bolag, Objekt und Bauregie (företrätt av konkursförvaltaren Dirk Rüffert), och den tyska delstaten Niedersachsen om hävning av ett entreprenadavtal som delstaten ingått med bolaget. I målet prövades frågan om huruvida ett krav i delstatslagen om att upphandlande myndigheter vid offentlig upphandling av byggentreprenader endast fick sluta avtal med företag som betalade sina arbetstagare samma lön som gällde enligt kollektivavtal på orten där tjänsten utfördes var förenligt med EU-rätten.

Företaget Objekt und Bauregie hade tilldelats ett kontrakt av delstaten för att utföra stomarbeten vid byggandet av en kriminalvårdsanstalt. Företaget anlät i sin tur ett polskt bolag som underleverantör för vissa tjänster. Det polska företaget underlät att betala sina utstationerade arbetstagare den kollektivavtalsenliga lön som gällde på orten och delstaten hävde då avtalet med Objekt und Bauregie.

EU-domstolen inledde domen med att konstatera att utstationeringsdirektivet måste tillämpas även om den nationella lagstiftningen i fråga inte haft till syfte att reglera utstationering.¹⁷

¹⁵ Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet, C-341/05, EU:C:2007:809.

¹⁶ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/67/EU av den 15 maj 2014 om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen), EUT L 159, 28.5.2014, s. 11–31.

¹⁷ Målet Rüffert, p. 20.

Domstolen konstaterade att åtgärden i målet, att i en delstatslag kräva att en viss lön enligt kollektivavtalet på orten, byggavtalet, skulle betalas när ett offentligt kontrakt fullgörs, inte kunde anses innebära att lön fastställts på något av de sätt som anges i utstationeringsdirektivet. Delstatslagen kunde inte betraktas som en nationell minimilönelagstiftning eftersom den lagen i sig inte fastställde någon lägsta lönenivå. Byggavtalet var inte heller ett sådant allmängiltigt kollektivavtal genom vilket utstationeringsdirektivets krav på minsta lönenivåer genomförts. Ett sådant allmängiltigförklarat kollektivavtal med lönenivåer fanns redan i Tyskland. Därför var det också uteslutet att byggavtalet skulle kunna vara ett sådant avtal som avses i artikel 3.8 andra stycket första strecksatsen (dvs. kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området som gäller allmänt utan att vara allmängiltigförklarade). Den bestämmelsen är endast tillämplig om det saknas ett system för allmängiltigförklaring. Domstolen menade också att det aktuella byggavtalet under alla omständigheter inte skulle kunna vara ett sådant kollektivavtal som avses i artikel 3.8 andra stycket första strecksatsen. Byggavtalet var endast bindande inom en del av byggsektorn inom avtalets geografiska tillämpningsområde, dels eftersom den lagstiftning som ger kollektivavtalet en sådan verkan endast var tillämplig på offentliga kontrakt och inte privata kontrakt, dels eftersom kollektivavtalet inte hade allmängiltigförklarats.¹⁸

Med hänvisning till domen i Laval-målet konstaterade domstolen därefter att utstationeringsdirektivet hindrar att det ställs krav på villkor som går utöver den minimilön som anges i detta direktiv. En annan tolkning skulle enligt domstolen innebära att direktivet förlorade sin ändamålsenliga verkan.

Domstolen anförde därefter att denna tolkning bekräftas när direktivet läses mot bakgrund av artikel 49 EG-fördraget (nuvarande artikel 56 EUF-fördraget). Med hänvisning till generaladvokatens yttrande i målet konstaterade domstolen att det för utstationerande tjänsteleverantörer etablerade i medlemsstater där minimilöne-

¹⁸ I den svenska översättningen av målet anges privat upphandling. Utredningens uppfattning är dock att det som avses är kontrakt mellan privata aktörer, fortsättningsvis privata kontrakt. Denna uppfattning stöds också av den tyska och engelska översättningen av domen.

nivåerna är lägre, skulle kunna innebära en ekonomisk börda som kan medföra att deras tjänster förbjuds, hindras eller blir mindre attraktiva i värdmedlemsstaten om de skulle förpliktas att tillämpa den minimilön som fastställs i byggavtalet. Att kräva att byggavtalet ska följas i ett fall som det aktuella skulle utgöra en inskränkning i den fria rörligheten för tjänster (artikel 49 EG-fördraget). Domstolen konstaterade att en sådan åtgärd inte kan anses vara motiverad av målet att skydda arbetstagarna.

Utredningen anser att målet Ruffert klargör att arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling inte kan fastställas på något annat sätt än vad som följer av den nationella ordning som genomför utstationeringsdirektivet. Domstolen synes mena att eftersom det i Tyskland redan fanns ett allmängiltigförklarat kollektivavtal med en minimilön som genomförde utstationeringsdirektivet var det också den minimilönen som skulle anges i offentlig upphandling. Utredningen anser att domen dessutom innebär att villkor om att en leverantör i offentlig upphandling ska tillerkänna sina arbetstagare en viss lägsta nivå när det gäller arbetsvillkor bör anses vara en godtagbar inskränkning av den fria rörligheten för tjänster om villkoren överensstämmer med vad som ryms i den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet.¹⁹

Enligt utredningens mening utesluter inte domen att arbetsrättsliga villkor som ställs i offentlig upphandling kan hämtas ur andra regelverk än lag eller allmängiltigförklarade kollektivavtal. Enligt utredningens bedömning kan arbetsrättsliga villkor som ställs i offentlig upphandling hämtas ur alla de regelverk som erkänns i utstationeringsdirektivet så länge det regelverket är det som har använts av lagstiftaren för att genomföra utstationeringsdirektivet i det aktuella landet. Så länge detta är fallet kan uppställandet av arbetsrättsliga villkor utgöra en godtagbar inskränkning i den fria rörligheten för tjänster. Mot bakgrund av att Sverige har genomfört utstationeringsdirektivet genom tillämpning av sådana kollektivavtal som avses i artikel 3.8 andra stycket första strecksatsen för att fastställa minimivillkoren är det utredningens bedömning att villkor i offentlig upphandling också kan hämtas ur sådana kollektivavtal.²⁰

¹⁹ Se även tolkningen av domen i delbetänkandet SOU 2015:78.

²⁰ Artikel 3.8 andra stycket första strecksatsen utstationeringsdirektivet avser kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbe-

Inte heller anser utredningen att målet Ruffert ska tolkas som att en förutsättning för att det ska vara en godtagbar inskränkning i den fria rörligheten att ställa lönevillkor i ett kontrakt i offentlig upphandling är att motsvarande villkor även måste anges i kontrakt när varor och tjänster handlas på den privata marknaden. Det skulle enligt utredningens uppfattning vara att dra för långtgående slutsatser av avgörandet och framstår som direkt orimligt. Det råder avtalsfrihet på den privata marknaden och aktörerna reglerar själva vad som ska omfattas av ett kontrakt. Det är dessutom endast offentlig upphandling som omfattas av EU:s regelverk.

EU-domstolens mål RegioPost, C-115/14

Den 17 november 2015 meddelade EU-domstolen dom i ett mål om begäran av förhandsavgörande avseende en tvist mellan RegioPost GmbH & Co, RegioPost, och staden Landau i Pfalz, Tyskland. I målet hade staden Landau i en offentlig upphandling av posttjänster ställt upp villkor om att leverantören skulle betala en viss minsta lön till de arbetstagare som utförde tjänsterna. Anbudsgivarna ombads lämna in en skriftlig förklaring om att lönen skulle betalas till de arbetstagare som skulle utföra arbetet i kontraktet.

Den aktuella lönen var fastställd i en delstatslag som reglerade arbetsvillkor i offentlig upphandling. Vid tidpunkten för upphandlingen fanns inte någon annan reglering avseende minimilön för arbetstagare som utför posttjänster i Tyskland. RegioPost lämnade anbud i upphandlingen men vägrade att inge den begärda förklaringen om att betala den i lagen fastställda minimilönen. Till följd av detta uteslöts RegioPost från upphandlingen och en annan leverantör tilldelades kontraktet.

Den hänskjutande domstolen ställde två frågor till EU-domstolen. Den första frågan var om fördragets regler om den fria rörligheten för tjänster (artikel 56 EUF-fördraget) och utstationeringsdirektivet (artikel 3.1) utgjorde hinder för en upphandlande myndighet att endast anta anbud från anbudsgivare som åtar sig att betala en statlig fastställd minimilön som endast gäller för offentliga och inte privat-

ret och inom det aktuella geografiska området som gäller allmänt utan att vara allmängiltig-förklarade.

rättsliga kontrakt om det inte finns en allmänt lagstadgad minimilön eller ett bindande kollektivavtal med allmän giltighet. Den andra frågan var om 2004 års LOU-direktiv, särskilt artikel 26, ska tolkas så att det hindrar en nationell bestämmelse enligt vilken en anbudsgivare kan uteslutas om den inte genom en särskild förklaring i anbudet åtar sig en viss skyldighet (att betala en viss minimilön) som den ändå skulle haft enligt avtalet.

Ett antal länder som intervenerat i målet hade invänt att EU-domstolen inte skulle vara behörig att pröva frågan om åtgärden är förenlig med utstationeringsdirektivet och artikel 56 i fördraget eftersom frågan uppstått i en nationell tvist med nationella parter där det saknades gränsöverskridande omständigheter. Denna invändning godtogs inte av domstolen som menade att det inte kunde uteslutas att företag etablerade i andra medlemsstater skulle kunna vara intresserade av att delta i upphandlingen eftersom värdet av upphandlingen översteg tröskelvärdet i direktivet och därmed var av gränsöverskridande intresse. Sådana anbudsgivare skulle också på grund av den angivna minimilönen ha kunnat avstå från att lämna anbud om de var etablerade i länder där lönerna var lägre än i den aktuella delstaten.

Vid bedömningen av sakfrågorna angav domstolen inledningsvis att en skyldighet för leverantörer och underleverantörer att betala en viss minimilön ska anses vara ett villkor om hur kontraktet ska fullgöras och som rör sådana sociala hänsyn som avses i artikel 26 i LOU-direktivet.

Villkoret hade angivits både i meddelandet om upphandling och i förfrågningsunderlaget och ansågs därför uppfylla upphandlingsdirektivets krav på tydlighet. Villkoret ansågs inte vara indirekt eller direkt diskriminerande.

Därefter prövade domstolen om villkoret var förenligt med utstationeringsdirektivet. Domstolen ansåg att bestämmelsen i delstatslagen om att en viss lönenivå skulle följas när kontrakt utfördes i offentlig upphandling kunde anses vara en bestämmelse i lag i den mening som anges i utstationeringsdirektivet. Domstolen uppmärksammade särskilt att bestämmelsen i delstatslagen angav en minimilön och att det vid tidpunkten för upphandlingen inte fanns någon annan reglerad minimilön vare sig i nationell lag eller i allmängiltigförklarade kollektivavtal och att detta förhållande skiljde sig från förhållandena i målet Rüffert.

Domstolen konstaterade att bedömningen att lönen i den aktuella delstatslagen är en sådan lön som avses i utstationeringsdirektivet inte påverkas av att den endast gäller i offentlig upphandling och inte för privata kontrakt. Detta eftersom kravet på att en reglering måste ha allmän giltighet i utstationeringsdirektivet endast gäller för kollektivavtal och skiljedomar som avses i artikel 3.1 första stycket andra strecksatsen i utstationeringsdirektivet (p. 63 i domen). Därefter lyfte domstolen fram att det inte heller kan krävas att kravet på att kontraktet ska fullgöras med beaktande av en viss lön ska gälla i andra fall än offentlig upphandling eftersom det är en följd av att det finns särskilda unionsbestämmelser på området offentlig upphandling (artikel 26 i LOU-direktivet). En regel om att en viss lön ska gälla vid fullgörande av kontrakt i offentlig upphandling kan därför mycket väl vara begränsad till just offentlig upphandling och behöver inte gälla även för privata kontrakt för att vara tillåten.²¹

Därefter angav domstolen att en sådan bestämmelse som den i målet kan innebära en inskränkning av den fria rörligheten för tjänster. Domstolen konstaterade dock att en sådan inskränkning kan, i likhet med domstolens dom Bundesdruckerei, C-549/13²², motiveras av målet att skydda arbetstagare. Till skillnad från vad som anges i målet Ruffert, där domstolen kom till motsatt slutsats, och där det var fråga om ett kollektivavtal som inte förklarats ha allmän giltighet, som bara var tillämpligt i byggsektorn och som inte omfattade privata kontrakt, var det här fråga om en minimilön som fastställts i lag och som i princip var allmänt tillämplig på alla offentlig upphandlingar i delstaten. Den tyska lagstadgade lönen gav dessutom ett socialt minimiskydd eftersom det vid tidpunkten för upphandlingen saknades en minimilön för postsektorn. Domstolen konstaterade att det därför är förenligt med EU-rätten att en värdmedlemsstat vid tilldelning av ett offentligt kontrakt föreskriver tvingande regler för minimiskydd på det sätt som var fallet i detta mål.

När det gäller den andra frågan slog EU-domstolen fast att det är förenligt med upphandlingsdirektivet att en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om den inte i skriftlig förklaring i anbudet åtar sig att betala arbetstagarna den lagstadgade minimi-

²¹ P. 64 i domen.

²² Bundesdruckerei GmbH mot Stadt Dortmund, C-549/13, EU:C:2014:2235, p. 31.

lönen. Uteslutandet var enligt domstolen inte att anse som en sanktion utan en följd av åsidosättandet av skyldigheten att bifoga de skriftliga åtagandena.

Målet prövades utifrån 2004 års upphandlingsdirektiv. Enligt utredningens bedömning finns dock ingen tvekan om att de väckta frågorna äger aktualitet även i förhållande till 2014 års upphandlingsdirektiv. I de nya upphandlingsdirektiven föreskrivs en tydligare koppling mellan skyldigheten att uppfylla t.ex. arbetsrättsliga skyldigheter och möjligheten att utesluta anbudsgivare.

3.2.2 Rättsläget efter målen Ruffert och RegioPost

Bedömning: Mot bakgrund av vad som framkommit i EU-domstolens mål Ruffert och RegioPost står det klart att arbetsklausuler kan användas i offentlig upphandling utan att det utgör ett hinder för den fria rörligheten för tjänster så länge villkoren hämtas ur det regelverk (lag, kollektivavtal eller skiljedom) genom vilket medlemsstaten genomfört utstationeringsdirektivet och, för utstationerad arbetskraft, endast avser miniminivå och inte går utöver den s.k. hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. För svenska förhållanden innebär en sådan bedömning att villkoren i offentlig upphandling kan hämtas ur lag eller sådana centrala kollektivavtal som pekats ut i utstationeringslagen.

Efter målet Ruffert uppkom frågan om det är förenligt med EU-rätten att ställa arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling. En diskussion har förts om det ändå skulle vara möjligt att ställa sådana villkor under förutsättning att villkoren är förenliga med reglerna i utstationeringsdirektivet.²³

I målet RegioPost slog domstolen fast flera viktiga punkter och tydliggjorde rättsläget i förhållande till målet Ruffert. Efter domen står det klart att lönevillkor kan ställas i offentlig upphandling utan att det utgör ett hinder för den fria rörligheten för tjänster (artikel 56 EUF-fördraget). Även om sådana villkor kan anses vara en inskränkning i den fria rörligheten kan denna motiveras med

²³ Se t.ex. utredningens delbetänkande SOU 2015:78.

syftet att skydda arbetstagare. I detta avseende har det tydliggjorts att det inte finns någon konflikt mellan konventionen och EU-rätten. Utredningen anser också att EU-domstolen tar avstånd från uppfattningen att lönevillkor som ställs i offentliga kontrakt också måste anges i privata kontrakt för att vara förenliga med EU-rätten. I punkterna 64 och 65 i målet RegioPost anför domstolen att det är naturligt att sådana kontraktsvillkor endast används i offentliga kontrakt och inte i privata kontrakt, eftersom det endast är offentlig upphandling som är reglerad i unionsrätten.

I RegioPost var det fråga om lönevillkor som fastställts i lag. Det finns dock enligt utredningens bedömning ingen anledning att tro att EU-domstolen skulle se annorlunda på förhållandena om lönevillkoren hämtas ur kollektivavtal, under förutsättning att medlemsstaterna genomfört utstationeringsdirektivet genom bestämmelser som hänvisar till kollektivavtal. De villkor som ställs måste givetvis också, i vart fall för utstationerad arbetskraft, vara i enlighet med utstationeringsdirektivet, dvs. avse miniminivå och inte gå utöver den hårda kärnan. Har ett medlemsland genomfört utstationeringsdirektivet på ett visst sätt bör de villkor som ställs i offentlig upphandling för utstationerad arbetskraft därför inte överstiga de nivåer som gäller enligt det genomförandet. Det bör således vara fullt möjligt att använda villkor ur sådana kollektivavtal som pekas ut i utstationeringslagen i offentlig upphandling i Sverige.

3.2.3 Ur vilket kollektivavtal ska villkor hämtas

Bedömning: Konventionens bestämmelse om att villkor i arbetsklausuler ska kunna hämtas ur alla kollektivavtal som är slutna mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer som är representativa för en avsevärd del av arbetsgivarna och arbetstagarna inom det aktuella yrket eller näringsgrenen står inte i konflikt med utstationeringsdirektivet eftersom även detta medger att villkor hämtas ur andra kollektivavtal än sådana som är allmän-giltigförklarade.

En skillnad mellan ILO:s konvention nr 94 och utstationeringsdirektivet skulle kunna vara ur vilket kollektivavtal villkoren ska hämtas. Konventionen innebär att villkor i arbetsklausuler i offent-

liga kontrakt kan hämtas ur alla kollektivavtal som är slutna mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer som är representativa för en avsevärd del av arbetsgivarna och arbetstagarna inom det aktuella yrket eller näringsgrenen.

Enligt utstationeringsdirektivet är det endast ur vissa typer av kollektivavtal som villkor kan hämtas för utstationerade arbetstagare (artikel 3.8 utstationeringsdirektivet). I första hand allmängiltigförklarade kollektivavtal och, i andra hand, om det saknas en ordning för detta, villkor ur kollektivavtal eller skiljedomar som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området, och/eller kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet.

Tanken med villkoren i konventionen är att dessa ska motsvara vad som gäller på den ort där arbetet utförs. ILO:s expertkommitté har flera gånger ifrågasatt genomföranden av konventionen där medlemsstaterna endast hänvisar till att lönen ska bestämmas enligt ett allmängiltigförklarat kollektivavtal.²⁴ Utstationeringsdirektivet möjliggör dock även att villkor hämtas ur andra kollektivavtal än allmängiltigförklarade sådana. Denna möjlighet har använts av Sverige. Det torde därför inte föreligga någon konflikt mellan utstationeringsdirektivet i sig och konventionen. Oförenlighet kan dock uppstå beroende på hur utstationeringsdirektivet har genomförts i andra medlemsstater.

3.2.4 Innehållet i arbetsklausulerna

Bedömning: Vid ett genomförande av konventionen är det möjligt att begränsa förmånerna i arbetsklausulerna till sådana förmåner som har en motsvarighet i den s.k. hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. Även vad som ska definieras som lön kan anpassas till direktivet. Konventionen kan i dessa delar genomföras på ett sätt som innebär att det inte uppstår någon konflikt i förhållande till utstationeringsdirektivet.

²⁴ Se t.ex. expertkommitténs iakttagelser gällande Norge, observation 2012/83, och Frankrike, observation 2011/82.

Frågan är vidare om innehållet i de arbetsklausuler som regleras i konventionen i sak skiljer sig från de förmåner som omfattas av hårda kärnan i artikel 3 i utstationeringsdirektivet. Enligt artikel 2.1 i konventionen ska villkor ställas på lön inklusive olika slags tillägg, arbetstid och övriga arbetsvillkor som inte är mindre förmånliga än vad som gäller för arbete av samma art i vederbörande yrke eller näringsgren i det område där arbetet utförs. Artikel 3 i utstationeringsdirektivet innehåller en uppräkningslista av vilka förmåner som en medlemsstat kan kräva att en utstationerande arbetsgivare iakttar. Det rör sig även i direktivet om regler om lön, arbetstid och andra villkor, men endast sådana villkor som räknas upp i artikeln. Listan är uttömmande. För utstationerade arbetstagare finns det inte något utrymme att ställa villkor utanför det som omfattas av den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. Konventionens regler om vilka förmåner som ska ingå i arbetsklausulen är som framgått inte särskilt utförliga. De villkor som anges uttryckligen, dvs. lön och arbetstid, har sin motsvarighet i den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. Mot bakgrund av att ordalydelsen i konventionen måste anses ge ett betydande utrymme för medlemsstaterna att själva bestämma vad som ska ingå i en arbetsklausul anser utredningen att det är möjligt att begränsa förmånerna som ska ingå i arbetsklausulen till sådana förmåner som har en motsvarighet i den hårda kärnan. Därmed finns utrymme att genomföra konventionen på ett sätt som överensstämmer med utstationeringsdirektivet och dess hårda kärna. Se vidare avsnitt 3.3.1 beträffande konventionens artikel 3 och arbets-skadeersättning i förhållande till utstationeringsdirektivet.

När det gäller frågan om vad som utgör lön i utstationeringsdirektivet har EU-domstolen uttalat att det materiella innehållet i utstationeringsdirektivets regler om minimiskydd visserligen inte är harmoniserade men att direktivet ger viss information om detta.²⁵ Genom sin praxis har domstolen dock slagit fast att vissa ersättningar inte ska anses vara en del av minimilönen. Till exempel har sådana löneförhöjningar och tillägg som inte definieras som en del av minimilönen enligt nationell lagstiftning eller praxis i den medlemsstat där arbetstagaren är utstationerad, och som ändrar förhållandet mellan arbetstagarens prestation och det vederlag han eller

²⁵ Sähköalojen ammatillitto ry mot Elektrobudowa Spółka Akcyjna, C-396/13, EU:C:2015:86, p. 31.

hon uppbär, inte ansetts utgöra en del av minimilönen enligt bestämmelserna i utstationeringsdirektivet.²⁶ I målet *Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, C-396/13, slogs också fast att dagtraktamente, reseersättning och semesterersättning kan anses vara en del av minimilönen.

Konventionen anger inte närmare vad som avses med lön. I artikel 2 anges att arbetstagare ska tillförsäkras lön inklusive tillägg. Rekommendationen nr 84 ger inte heller mycket mer ledning om vad som avses. I rekommendationen anges att arbetsklausuler ska innehålla normal lön och lön för övertid inklusive tillägg. Som framgår av avsnitt 2 är det utredningens bedömning att ratificerande stater har stor frihet att själva tolka vad som ska avses med lön i konventionen. Det är därför utredningens uppfattning att det är möjligt för en medlemsstat i EU att genomföra artikeln 2, när det gäller regleringen om lön, på ett sätt som är förenligt med EU-rätten förutsatt att reglerna utformas i enlighet med utstationeringsdirektivet och bl.a. inte omfattar lönedelar som ligger utanför den hårda kärnan. Detta särskilt mot bakgrund av att EU-domstolen genom domen i det nämnda målet *Elektrobudowa Spółka Akcyjna* visat att EU:s medlemsstater också har relativt stor frihet att bestämma vad som utgör lön i utstationeringsdirektivets mening.

3.3 Konventionen i förhållande till annan sekundärrätt

3.3.1 Arbetsskadeförsäkring

Bedömning: EU-rätten hindrar inte att det föreskrivs att utsända arbetstagare ska omfattas av arbetsskadeförmåner i Sverige. Däremot får en sådan reglering medföra att utstationerande arbetsgivare åläggs kostnader eller andra skyldigheter endast under förutsättning att arbetsskadeförmåner ingår i den s.k. hårda kärnan i utstationeringsdirektivet.

²⁶ Kommissionen mot Tyskland, C-341/02, EU:C:2005:220, punkt 39, och *Tevfik Isbir mot DB Services GmbH*, EU:C:2013:711, punkt 38.

Enligt artikel 3 i konventionen ska lämpliga åtgärder vidtas för att tillförsäkra berörda arbetstagare rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden om sådana rättigheter inte redan tillkommer arbetstagarna. Som framgått av avsnitt 2.2.2 synes denna bestämmelse även kunna innefatta rätt till arbetsskadeförsäkring.

För EU-medborgare gäller förordning 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen,²⁷ enligt vilken en arbetstagare som huvudregel kvarstår under socialförsäkringsskyddet i utställningslandet om arbetet i Sverige inte förväntas pågå längre än 24 månader (artikel 12).²⁸ Under den tiden omfattas en arbetstagare inte av arbetsskadeförsäkringen i det land där arbetet utförs. Förordningen hindrar dock inte att medlemsländerna låter utsända arbetstagare omfattas av socialförsäkringsregelverket i arbetslandet. Någon konflikt föreligger därmed inte mellan förordningen och konventionen. Däremot kan en sådan bestämmelse bli komplicerad att införa i nationell rätt med hänsyn till andra förhållanden (se avsnitt 4.3.4).

Som konstaterats i avsnitt 3.2.4 finns inget utrymme för att ställa villkor utanför det som omfattas av den hårda kärnan för utstationerade arbetstagare enligt utstationeringsdirektivet. Som anförs i avsnitt 4.3.4 har det i SOU 2015:83 ansetts att arbetsskadeförsäkring kan ingå i den hårda kärnan. I avsaknad av rättspraxis från EU-domstolen måste detta dock betecknas som omtvistat.²⁹ Så länge det inte är klarlagt att arbetsskadeförmåner ingår i den hårda kärnan är det ovisst om det är förenligt med utstationeringsdirektivet att genom arbetsklausuler i offentlig upphandling ålägga utstationerade arbetsgivare att se till att de utstationerade arbetstagarna omfattas av en arbetsskadeförsäkring. Det alternativ som då står till buds är att utsträcka det svenska lagstadgade skyddet vid arbetsskada till att omfatta även utstationerade arbetstagare.

²⁷ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, EUT L 166, 30.4.2004, s. 1–123.

²⁸ En person som är anställd i en medlemsstat hos en arbetsgivare som normalt bedriver sin verksamhet där ska, när personens arbetsgivare sänder ut denne för att för arbetsgivarens räkning utföra ett arbete i en annan medlemsstat, fortsatt omfattas av lagstiftningen i den förstnämnda medlemsstaten, under förutsättning att detta arbete inte förväntas vara längre än 24 månader och att personen inte sänds ut för att ersätta någon annan person.

²⁹ EFTA-domstolen har dock ansett att arbetsskadeförsäkring inte kan anses ingå i den hårda kärnan, se målet EFTA mot Island, E-12/10.

3.3.2 Information till arbetstagare

Bedömning: Konventionens bestämmelse om att arbetstagare ska upplysas om gällande arbetsvillkor genom att anslag ska sättas upp på framträdande plats på arbetsplatsen står inte i konflikt med EU-rätten.

Enligt artikel 4 i konventionen ska arbetstagarna upplysas om gällande arbetsvillkor genom att anslag ska sättas upp på framträdande plats på arbetsplatsen.

Bestämmelser om information till arbetstagare om arbetsvillkor finns även i EU-rätten, i upplysningsdirektivet, 91/533/EEG. Enligt direktivet ska arbetsgivaren informera arbetstagarna om bl.a. längden på betald semester, begynnelselönen och andra avlöningsförmåner som arbetstagarna har rätt till och hur ofta utbetalning ska ske och längden på arbetstagarnas normala arbetsdag eller arbetsvecka. Upplysningarna ska ges i anställningsavtal eller en annan handling. I Sverige har genomförandet skett i 6 c § lagen (1982:80) om anställningsskydd där det föreskrivs att arbetsgivaren senast en månad efter det att arbetstagaren har börjat arbeta ska lämna skriftlig information till arbetstagaren om alla villkor som är av väsentlig betydelse för anställningsavtalet eller anställningsförhållandet. Genom EU-rätten och det svenska genomförandet regleras redan i Sverige att arbetstagare ska ha rätt till information om sina arbetsvillkor.

Konventionen får dock anses innebära att det är de villkor som anges i den aktuella arbetsklausulen som ska anslås på arbetsplatsen, inte varje enskild arbetstagares villkor som avses i upplysningsdirektivet och i anställningsskyddslagen. Konventionens regel om information till arbetstagarna om villkor synes därför inte reglera samma sak som upplysningsdirektivet. Oavsett detta föreligger ingen konflikt mellan direktivet och konventionen i detta avseende.

4 Jämförelse med svenska förhållanden

4.1 Inledning

Enligt kommittédirektiven till denna utredning ska utredaren analysera vilket unionsrättsligt utrymme det finns för att så långt som möjligt anpassa upphandlingslagarna till konventionen. Av jämförelsen mellan konventionen och 2014 års upphandlingsdirektiv¹ i avsnitt 3.1 framkommer att konventionen inte står i strid med upphandlingsdirektiven under förutsättning att konventionen genomförs på ett sätt som beaktar direktiven och de principer som följer av dessa. För att kunna ta ställning till om en ratifikation av konventionen ska ske är det därtill väsentligt att närmare analysera konventionen i förhållande till de svenska upphandlingslagarna.

De nya upphandlingsdirektiven ska genomföras i Sverige under våren 2016. Gällande upphandlingslagstiftning är således inom kort inaktuell. Trots detta beskrivs kort hur konventionen förhåller sig till denna.

Den kommande lagstiftningen har varit föremål för flera offentliga utredningar. Regeringen beslutade den 27 september 2012 att ge en särskild utredare i uppdrag att lämna förslag till hur vissa bestämmelser i LOU-direktivet, LUF-direktivet och LUK-direktivet borde genomföras i svensk rätt. Utredningen antog namnet Genomförande-

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242 (LOU-direktivet), Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 243–374 (LUF-direktivet) och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, EUT L 94, 28.3.2014, s. 1–64 (LUK-direktivet).

utredningen. Inom Regeringskansliet upprättades också en promemoria med förslag till genomförande av vissa av direktivens regler.²

I Genomförandeutredningens betänkanden framhölls inte särskilt betydelsen av att upphandlade varor och tjänster produceras och utförs av arbetstagare i enlighet med villkor i kollektivavtal. Med tanke på den betydelsefulla roll kollektivavtalen och sådana villkor har i den svenska arbetsmarknadsmodellen ansåg regeringen att det fanns behov av att analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kunde föras in i de tre kommande upphandlingslagarna. Till följd av detta tillsattes aktuell utredning. Utredningen skulle analysera dels hur krav på villkor enligt kollektivavtal kunde föras in som uttryckliga bestämmelser om sådana krav och föreslå hur sådana bestämmelser skulle utformas i de kommande upphandlingslagarna, dels för vilka kontraktstyper krav på villkor enligt kollektivavtal kunde göras obligatoriskt och vilka villkor som kunde omfattas av ett sådant obligatorium för respektive kontraktstyp.³ Den 1 september 2015 lämnade utredningen ett delbetänkande med förslag på hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de tre kommande upphandlingslagarna.⁴ Förslagen i delbetänkandet har relevans för hur konventionen skulle kunna genomföras i svensk rätt. Även om det för närvarande är oklart hur regering och riksdag avser att hantera förslagen i delbetänkandet analyseras konventionens regler därför även i förhållande till dessa förslag (se avsnitt 4.4).

Förutom de gällande och kommande upphandlingslagarna kan en ratifikation av konventionen påverka andra regelsystem, t.ex. den svenska arbetsmarknadsmodellen. En analys av hur konventionen förhåller sig till dessa görs också.

I det följande analyseras först konventionen i förhållande till gällande upphandlingslagstiftning respektive den svenska arbetsmarknadsmodellen. Därefter analyseras hur ett genomförande av konventionen förhåller sig till det förslag som utredningen lagt i det tidigare delbetänkandet.

² Ds 2014:25.

³ Kommittédirektiv 2014:162.

⁴ SOU 2015:78.

4.2 Konventionen och nuvarande upphandlingslagar

Bedömning: Enligt gällande rätt är det möjligt att använda särskilda kontraktsvillkor i form av arbetsklausuler motsvarande de som anges i ILO:s konvention nr 94 under förutsättning att arbetsklausulerna utformas på ett sådant sätt att de är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna om proportionalitet, likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och ömsesidighet samt i övrigt är förenliga med EU-rätten.

Offentlig upphandling regleras i lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, vilka bygger på 2004 års upphandlingsdirektiv⁵. De bestämmelser som har betydelse för sociala hänsyn (inklusive arbetsrättsliga hänsyn) är i princip identiska i både LOU och LUF. Några särskilda bestämmelser om arbetsklausuler finns dock inte i upphandlingslagarna. I stället finns en bestämmelse som anger förutsättningar för alla typer av villkor vid fullgörande av kontrakt, s.k. särskilda kontraktsvillkor.

Av 6 kap. 13 § LOU följer att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras under förutsättning att villkoren anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Motsvarande bestämmelse finns i LUF. Vid införandet av bestämmelsen framhöll regeringen särskilt att det fanns stora möjligheter att uppställa särskilda kontraktsvillkor av social karaktär.⁶

Bestämmelsen har sin bakgrund i artikel 26 i 2004 års LOU-direktiv där det anges att en upphandlande myndighet får ställa särskilda krav, bl.a. sociala hänsyn och miljöhänsyn, för hur kontraktet ska fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster, EUT L 134, 30.4.2004, s. 114–240 och Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, EUT L 134, 30.4.2004, s. 0001–0113.

⁶ Prop. 2006/07:128, del 1, s. 201.

De särskilda kontraktsvillkoren måste vara förenliga med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och EUF-fördragets regler om den inre marknaden. Villkoren måste vidare vara kopplade till det uppdrag som avses i kontraktet, det s.k. kontraktsföremålet.

Tillämpningsområdet för särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området har ansetts naturligen begränsat till köp av tjänster och bygg- och anläggningsarbeten, vid blandade kontrakt⁷ och vid varuupphandlingar där varan ännu inte tillverkats (dvs. när leverantören tillverkar varan på uppdrag av den upphandlande myndigheten). Detta med hänsyn till att det är fråga om villkor för uppdragets utförande. Vid varuupphandlingar har det ansetts att det finns risk för att klausuler med sociala krav påverkar organisationen eller verksamhetens policy och därmed är diskriminerande eller medför ett oberättigat handelshinder.⁸

Det har i Sverige rått stor osäkerhet rörande förutsättningarna för att ställa krav om sociala hänsyn, inklusive arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling. Det är utredningens uppfattning att gällande upphandlingslagar medger kontraktsvillkor i form av arbetsklausuler motsvarande de som finns i ILO:s konvention nr 94 under förutsättning att arbetsklausulerna utformas på ett sådant sätt att de är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna om proportionalitet, likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och ömsesidighet, samt i övrigt är förenliga med EU-rätten.

Därtill kommer att bestämmelserna måste utformas på ett sätt som stämmer överens med svensk rätt i övrigt. Regleringen av svensk arbetsmarknad innebär att det föreligger vissa motsättningar i förhållande till bl.a. de upphandlingsrättsliga principerna om öppenhet och likabehandling. Se mer om detta i avsnittet nedan.

4.3 Konventionen och den svenska arbetsmarknadsmodellen

För att kunna ta ställning till hur konventionen förhåller sig till svensk rätt och om konventionen kan ratificeras måste hänsyn tas till hur den svenska arbetsmarknaden är reglerad. Det måste också

⁷ Blandande kontrakt innefattar inslag av både tjänste- och varuupphandling eller bygg- och anläggningsarbete i kombination med varuupphandling.

⁸ Prop. 2006/07:128, del 1, s. 200 f.

beaktas att det sätt på vilket Sverige genomfört Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, utstationeringsdirektivet,⁹ påverkar möjligheten att genomföra konventionen.

4.3.1 Den svenska arbetsmarknadsmodellen

Reglerna på svensk arbetsmarknad finns i lag, kollektivavtal och enskilda anställningsavtal. Grundläggande bestämmelser finns i den arbetsrättsliga lagstiftningen. Lagstiftningen är tvingande på det sättet att det inte är möjligt att inskränka arbetstagares rättigheter genom avtal mellan en enskild arbetstagare och en arbetsgivare. Däremot är det normalt möjligt att avvika från bestämmelser i lag genom ett kollektivavtal. Detta möjliggör en anpassning av regelverket till förhållandena i varje enskild bransch eller, genom lokala kollektivavtal, till varje enskilt företag.

Utmärkande för den svenska arbetsmarknadsmodellen är vidare att det saknas regler om lön i lag. Det finns varken en allmän minimilön i lag eller regler om allmängiltigförklaring av kollektivavtal, dvs. att kollektivavtal med bl.a. lönebestämmelser utsträcks till att gälla som norm i respektive bransch. Lön regleras i stället uteslutande i kollektivavtal eller i enskilda anställningsavtal i Sverige. En yttersta gräns för vilken lön som kan tillåtas finns dock genom att en oskäligen lön kan angripas med stöd av 36 § lagen (1915:218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, avtalslagen.

Huvuddelen av alla arbetstagare i Sverige omfattas av kollektivavtal. År 2013 omfattades 89 procent av löntagarna i åldern 16–64 år av kollektivavtal.¹⁰ Bland de små företagen är dock en lägre andel företag bundna av kollektivavtal.¹¹ Det finns omkring 685 olika centrala kollektivavtal på den svenska arbetsmarknaden.¹² Arbetsgivare och arbetstagare som är bundna av kollektivavtal kan inte med bindande verkan träffa överenskommelse som strider mot kollektiv-

⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, EGT L 18, 21.1.1997, s. 1–6.

¹⁰ Medlingsinstitutets årsrapport Avtalsrörelsen och lönebildningen 2014, s. 30.

¹¹ Enligt Företagarnas rapport ”Småföretagen och kollektivavtalen”, 2011 saknar omkring 60 procent av de små företagen (1–49 anställda) kollektivavtal. Enligt uppgifter från Företagarna var siffran densamma 2015.

¹² Medlingsinstitutets årsrapport Avtalsrörelsen och lönebildningen 2014, s. 19.

avtalet (27 § lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, medbestämmandelagen). Många centrala kollektivavtal tillåter också avvikelser eller kompletteringar av avtalsbestämmelserna genom lokala kollektivavtal. Antalet kollektivavtal som reglerar förutsättningarna på arbetsplatser är därför långt fler än de 685 kollektivavtal som angivits ovan.

Till följd av att det är möjligt att avvika från lag genom kollektivavtal är de centrala kollektivavtalen ofta omfattande. De innehåller i princip samma sorts regler som den arbetsrättsliga lagstiftningen och därtill en mängd andra regler som inte har motsvarighet i lag. Det handlar bl.a. om löner, tjänstepension och försäkringar samt detaljerade regler om bl.a. arbetstid, övertid och semesterförmåner.

Kollektivavtal är privaträttsliga avtal som ägs av arbetsmarknadens parter. De är till för de avtalslutande parterna och deras medlemmar. De är i allmänhet inte tillgängliga för andra än dessa. Det kan dock noteras att kollektivavtal ska lämnas in till Medlingsinstitutet inom ramen för dess uppdrag att verka för en väl fungerande lönebildning (47 § medbestämmandelagen). Kollektivavtalen blir därmed allmänna handlingar. Utstationeringskommittén har i SOU 2015:83 på denna grund ansett att kollektivavtalen är tillgängliga för alla.¹³ Att flertalet kollektivavtal finns samlade på Medlingsinstitutet innebär emellertid inte enligt den här utredningens mening att de är allmänt tillgängliga på det sätt som skulle behövas för att upphandlande myndigheter ska kunna hämta villkor ur dem för att använda i offentlig upphandling. Medlingsinstitutet använder kollektivavtalen för sin verksamhet och har inte till uppgift att tillhandahålla avtalen till andra intressenter. Institutet har inte heller till uppgift att tolka kollektivavtalen eller svara på frågor om dess innehåll.

Kollektivavtalens bestämmelser är inte heller alltid tydliga. Många kollektivavtal saknar uppgifter om minimilön. I vissa branscher är det vidare vanligt med avtal utan angivet löneutrymme och utan fastställda lönenivåer (s.k. sifferlösa avtal). Det kan i detta sammanhang framhållas att utredningen anser att kollektivavtal får anses reglera lön även om denna inte uttrycks i siffror. Sifferlösa kollektivavtal reglerar trots allt förutsättningar för lön vilket enligt utredningens uppfattning får anses vara en reglering av lön.

¹³ SOU 2015:83, s. 48.

Avtalen tolkas först och främst utifrån partsavsikten. Det kan därför vara svårt för en utomstående att, även om denne har tillgång till avtalet, säkert säga hur en regel ska tolkas. För att veta vad som t.ex. är lägsta lön enligt ett visst kollektivavtal måste kontakt tas med avtalsparterna och det är inte säkert att de har samma uppfattning i en sådan fråga.

Vilket kollektivavtal som gäller för vilket arbete framgår ofta av överenskommelser mellan arbetsmarknadens parter. På många arbetsplatser inom industrin gäller dessutom två kollektivavtal, ett för arbetare och ett för tjänstemän. Ibland förekommer dock att flera kollektivavtal kan vara tillämpliga på samma arbete. Det kan då vara svårt för en utomstående, t.ex. en upphandlande myndighet, att veta vilket kollektivavtal som är tillämpligt. Mot denna bakgrund krävs i normalfallet även att kontakt tas med de avtalslutande parterna för att ta reda på vilket eller vilka kollektivavtal som är tillämpliga på ett visst arbete.

4.3.2 Utstationeringsdirektivets relevans för offentlig upphandling

Ett grundläggande mål med samarbetet inom EU är att upprätta en inre marknad med bl.a. fri rörlighet av tjänster. Den fria rörligheten för tjänster innebär att företag har rätt att tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat (artikel 56 i EUF-fördraget). För att göra detta kan företaget tillfälligt sända ut sina arbetstagare (utstationera) till ett annat medlemsland (värdlandet) för att utföra tjänsten. Sådana utstationerade arbetstagare omfattas av utstationeringsdirektivet.

Genom utstationeringsdirektivet och den praxis som rör detta direktiv har EU-rätten satt en högsta och en lägsta gräns för vilka av värdlandets arbets- och anställningsvillkor och vilken nivå av dessa villkor som en utstationerande arbetsgivare från en annan medlemsstat ska tillförsäkra sina utstationerade arbetstagare i värdlandet. Utstationeringsdirektivet får följden att det i offentliga upphandlingar inte kan ställas högre krav på anställningsvillkor än vad som anges i direktivet om arbetet som avses i upphandlingen kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft.

Även i skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv refereras till utstationeringsdirektivet.¹⁴ Där anges bl.a. att en medlemsstat och en myndighet som vidtar åtgärder för att stärka efterlevnaden av de sociala och arbetsrättsliga skyldigheterna, inte bara ska tillämpa dessa i enlighet med de principer som gäller i unionsrätten, utan också bör tillämpa dessa i enlighet med utstationeringsdirektivet.

4.3.3 Genomförandet av utstationeringsdirektivet i Sverige

Utstationeringsdirektivet har genomförts i svensk rätt genom lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare, utstationeringslagen.¹⁵ Regleringen innebär att en utstationerande arbetsgivare är skyldig att se till att arbetstagarna, under den tid de utstationeras till Sverige, får minst de minimivillkor som anges i lagen eller, om kollektivavtalet innehåller högre miniminivåer, minst dessa nivåer. För utthyrd utstationerade arbetstagare gäller att högre villkor ska tillförsäkras arbetstagarna.

I utstationeringslagen hänvisas till vissa bestämmelser i semesterlagen (1977:480), föräldraledighetslagen (1995:584), lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, samt diskrimineringslagen (2008:567). Dessutom anges att den utstationerande arbetsgivaren är skyldig att tillämpa arbetsmiljölagen (1977:1160) och vissa delar av arbetstidslagen (1982:673), lagen (2005:395) om arbetstid vid visst vägtransportarbete, lagen (2005:426) om arbetstid m.m. för flygpersonal inom civilflyget, samt lagen (2008:475) om kör- och vilotid vid internationell järnvägstrafik. Vid utstationering av utthyrd arbetstagare ska även vissa bestämmelser i lagen (2012:854) om utthyrdning av arbetstagare tillämpas. Det anges också uttryckligen i lagen att bestämmelserna inte hindrar att arbetsgivaren tillämpar bestämmelser eller villkor som är mer förmånliga för arbetstagaren.

Eftersom lön uteslutande regleras i kollektivavtal eller i enskilda avtal och eftersom det inte finns några lagregler om minimilön i Sverige finns inte heller någon sådan lön angiven i lagen. Utstationeringslagen innebär i stället att ett fackförbund under hot om

¹⁴ Se t.ex. skäl 37 i LOU-direktivet 2014/24/EU.

¹⁵ För en närmare redogörelse för direktivet se avsnitt 3.2.1.

stridsåtgärder, t.ex. strejk, kan kräva att arbetsgivaren tecknar kollektivavtal. Stridsåtgärder får dock, enligt 5 a § i utstationeringslagen, endast vidtas om de villkor som krävs motsvarar villkoren i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen, bara avser minimilön eller andra minimivillkor på de områden som avses i 5 §, och är förmånligare för arbetstagarna än det som följer av 5 §. I förarbetena till lagen förutsätts att vad som är miniminivå avseende lön bestäms av arbetsmarknadens parter.¹⁶ Visar den utstationerande arbetsgivaren att arbetstagarna, när det gäller lön eller de minimivillkor på de områden som avses i 5 §, har villkor som i allt väsentligt är minst lika förmånliga som minimivillkoren i ett sådant centralt kollektivavtal som avses i 5 a § har den fackliga organisationen inte rätt att vidta stridsåtgärder.

En arbetsgivare som vill freda sig från stridsåtgärder genom att betala minimivillkoren enligt det tillämpliga kollektivavtalet ska kunna vända sig till Arbetsmiljöverket. Enligt utstationeringslagen är tanken att en arbetstagarorganisation ska ge in sådana kollektivavtalsvillkor som organisationen kan komma att ta strid för till Arbetsmiljöverket (9 a § utstationeringslagen). I praktiken har dock endast ett fåtal avtal lämnats in till myndigheten, vilket fått till följd att bestämmelserna setts över.¹⁷ Ansvaret för att godtagbara lönenivåer tillämpas ligger således på fackförbunden.

I många fall regleras även övriga av de förmåner som räknas upp i den hårda kärnan i kollektivavtal. I vissa fall är miniminivåerna i kollektivavtalen högre än de som anges i lag. En facklig organisation kan då kräva att den utstationerande arbetsgivaren tillhandahåller arbetstagarna minimivillkoren enligt ett centralt kollektivavtal i stället för enligt lagen. Precis som när det gäller lön kan stridsåtgärder vidtas om arbetsgivaren inte kan visa att arbetstagarna redan har villkor som i allt väsentligt är minst lika förmånliga som minimivillkoren i ett sådant centralt kollektivavtal.

Gäller det villkor för utstationerade uthyrda arbetstagare får stridsåtgärder vidtas för att få till stånd lön och villkor på samma områden som ryms inom den hårda kärnan även utöver miniminivå (5 b § utstationeringslagen). För utstationerade uthyrda arbetstagare

¹⁶ Prop. 2009/10:48 s. 57.

¹⁷ Översyn av lex Laval, SOU 2015:83.

utgör därför inte utstationeringsdirektivets hårda kärna ett tak. I stället finns möjlighet för fackliga organisationer att kräva att uthyrda utstationerade arbetstagare ska få samma villkor som de som tillämpas för andra uthyrda arbetstagare i den medlemsstat inom vars territorium arbetet utförs. Detta följer av utstationeringsdirektivets artikel 3.9. På samma sätt som för andra utstationerade arbetstagare får stridsåtgärder inte vidtas om den utstationerande arbetsgivaren visar att arbetstagarna har förmåner som är minst lika förmånliga som villkoren i ett sådant centralt kollektivavtal som avses i 5 §. Utöver detta kan den utstationerande arbetsgivaren freda sig mot stridsåtgärderna genom att visa att arbetstagarna har minst lika förmånliga villkor som villkoren i det kollektivavtal som gäller i kundföretaget (dvs. det företag där de uthyrda arbetstagarna utför arbete).

Vilka villkor är det då sammanfattningsvis som en utstationerande arbetsgivare måste räkna med att leva upp till enligt utstationeringslagen? En utstationerande arbetsgivare kan välja att teckna kollektivavtal och får då betala lön och utge andra förmåner i enlighet med vad som gäller enligt kollektivavtalet. Vill arbetsgivaren inte binda sig till ett kollektivavtal kan arbetsgivaren i princip utgå från lagens nivåer. För att säkerställa att stridsåtgärder inte vidtas bör arbetsgivaren se till att de utstationerade arbetstagarna, när det gäller lön och de övriga områden som avses i hårda kärnan, får minst de minimivillkor i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Gäller det en utstationerande arbetsgivare som hyr ut personal ska arbetsgivaren erbjuda de uthyrda arbetstagarna samma villkor som de som tillämpas för andra uthyrda arbetstagare i Sverige alternativt minst lika förmånliga villkor som villkoren i det kollektivavtal som gäller i kundföretaget för att stridsåtgärder ska undvikas.

4.3.4 Konventionen och den svenska arbetsmarknadsmodellen

En myndighet fastställer arbetsklausulernas innehåll

Bedömning: Konventionen och upphandlingsregelverket kräver att det tydligt framgår vad som avses med de villkor som anges i arbetsklausuler. Konventionen innebär därtill en ordning där en myndighet ska fastställa gällande arbetsvillkor i offentlig upphandling. Även om det är nytt för svenska förhållanden att en myndighet fastställer arbetsvillkor är det möjligt att genomföra konventionen i denna del med respekt för den svenska arbetsmarknadsmodellen.

Enligt konventionen ska villkoren i arbetsklausulerna bestämmas av en myndighet på det sätt som är bäst förenligt i förhållande till nationella förhållanden och efter samråd med arbetsmarknadens parter (artikel 2.3). Villkoren kan anges direkt i kontraktvillkoren eller framgå genom att det i dessa hänvisas till t.ex. lag eller kollektivavtal (se avsnitt 2.2.2).

Utredningen anser att det inte är möjligt att genomföra konventionen i Sverige genom att det enbart i en arbetsklausul hänvisas till att villkor enligt gällande kollektivavtal ska tillämpas i upphandlingen utan att villkorens närmare innehåll preciseras. Ett sådant genomförande av konventionen skulle inte uppfylla de krav på tydlighet som krävs enligt konventionen och upphandlingsregelverket (jfr avsnitt 2.2.2 och 3.1.5). Svenska kollektivavtal är inte allmänt tillgängliga och innehåller sällan tydliga fastställda miniminivåer för t.ex. lön. Därtill har endast ett fåtal kollektivavtal inlämnats till Arbetsmiljöverket med stöd av utstationeringslagen. Mot denna bakgrund är det utredningens bedömning att det inte är möjligt att uppnå sådan tydlighet som konventionen och upphandlingsregelverket kräver genom att i en arbetsklausul hänvisa till att villkor enligt kollektivavtal ska tillämpas. Detta måste antas vara fallet så länge kollektivavtalet i fråga inte är allmänt tillgängligt för alla anbudsgivare och innehåller en tydligt angiven lägsta lönenivå.

En ordning som innebär att en myndighet ska fastställa gällande arbetsvillkor är, som utredningen påtalat i sitt delbetänkande SOU 2015:78, något nytt i förhållande till hur den svenska arbetsmarknadsmodellen är utformad.¹⁸ Konventionens, liksom upphandlingsregelverkets, krav på att det tydligt ska framgå vad arbetsvillkoren innebär kräver enligt utredningens uppfattning att villkoren fastställs av en myndighet. Även om det tydligt skulle framgå av ett kollektivavtal vilka villkor som gäller så skulle det vara en nyordning i förhållande till den svenska arbetsmarknadsmodellen att en myndighet pekar ut att arbete i en viss offentlig upphandling ska följa vissa villkor i ett av myndigheten angivet kollektivavtal. Det är dock viktigt att framhålla att det här endast är fråga om att bestämma särskilda kontraktvillkor i offentlig upphandling. Det är fortfarande arbetsmarknadens parter som förhandlar och fastställer de villkor som ska ingå i svenska kollektivavtal, avtal som sedan kommer att utgöra grund för de villkor som används i offentlig upphandling.

Konsekvenserna för den svenska arbetsmarknadsmodellen och lönebildningen i denna del blir i princip desamma om konventionen skulle genomföras som om förslaget i utredningens tidigare delbetänkande skulle genomföras. Det hänvisas därför till delbetänkandet för en utförligare redovisning av konsekvenserna.¹⁹ Det kan här anmärkas att förslagen i delbetänkandet har utformats med avsikt att så långt som möjligt värna den svenska arbetsmarknadsmodellen.

Utredningens sammantagna bedömning är att även om det är nytt för svenska förhållanden att en myndighet fastställer arbetsvillkor i offentlig upphandling på delar av arbetsmarknaden är det möjligt att införa en sådan ordning med respekt för den svenska arbetsmarknadsmodellen. Den svenska modellen utgör således inget hinder för ratifikation. Utredningen har i sitt delbetänkande presenterat ett förslag på hur arbetsrättsliga villkor ska beaktas i offentlig upphandling som i många delar tillgodoser de krav som ställs i konventionen. Något annat förslag lämnas därför inte i detta betänkande.

I detta sammanhang bör uppmärksammas att Utredningen om nya utstationeringsregler i två betänkanden har lämnat förslag rörande hur Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/67/EU om tillämpning

¹⁸ Se t.ex. SOU 2015:78 avsnitt 8.11.

¹⁹ SOU 2015:78, avsnitt 8.11 och 8.12.

av utstationeringsdirektivet, tillämpningsdirektivet²⁰, ska genomföras i svensk rätt.²¹ Ytterligare en utredning, Utstationeringskommittén, har föreslagit att reglerna om utstationering ska ändras.²² Om och hur de svenska utstationeringsreglerna ska ändras är ännu inte klart. Hur detta sker kan dock påverka möjligheten att genomföra konventionens artikel 2 om arbetsklausuler i svensk rätt.

Ur vilket regelverk ska villkor i arbetsklausuler hämtas?

Bedömning: Konventionen ger stort utrymme för de ratificerande staterna att själva bedöma enligt vilket regelverk villkoren är mest förmånliga. Ett genomförande av konventionens bestämmelser ska ske på det sätt som är mest förenligt med nationella förhållanden. Mot denna bakgrund torde det vara förenligt med konventionen att, vid ett svenskt genomförande av konventionen, föreskriva att villkor i arbetsklausuler ska hämtas ur lag, eller om kollektivavtal innehåller mer förmånliga regler än lagen, ur kollektivavtal.

Utredningen har tidigare konstaterat att ett genomförande av konventionen ska ske på det sätt som är bäst förenligt med nationella förhållanden (jfr artikel 2.4 och avsnitt 2.2.2). Detta innebär enligt utredningen att medlemsländerna ges stor flexibilitet när det gäller att bestämma ur vilket regelverk villkor i arbetsklausuler ska hämtas.

Konventionen medger två alternativa sätt att fastställa de villkor som regleras i arbetsklausulerna (se avsnitt 2.2.2). I första hand ska villkoren som gäller för arbetet på orten i yrket hämtas ur kollektivavtal, lag eller skiljedom. Om det inte finns någon reglering av villkoren i dessa regelverk ska villkoren i andra hand fastställas enligt ett jämförbart kollektivavtal eller enligt den allmänna standard som tillämpas i yrket eller näringsgrenen. Det är utredningens uppfattning att de villkor som kan bli aktuella i arbetsklausuler i Sverige

²⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/67/EU av den 15 maj 2014 om tillämpning av direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster och om ändring av förordning (EU) nr 1024/2012 om administrativt samarbete genom informationssystemet för den inre marknaden (IMI-förordningen), EUT L 159, 28.5.2014, s. 11–31.

²¹ Tillämpningsdirektivet till utstationeringsdirektivet, del 1 och 2, SOU 2015:13 och SOU 2015:38.

²² Översyn av lex Laval, SOU 2015:83.

alltid regleras i lag eller kollektivavtal. Villkoren i arbetsklausuler kan därför i Sverige enligt utredningens uppfattning alltid bestämmas enligt huvudalternativet. Detta gäller även villkor om lön. Att ett kollektivavtal inte innehåller någon tydlig lönenivå eller är ett avtal utan angivet löneutrymme och utan fastställda lönenivåer (ett s.k. sifferlöst avtal) innebär enligt utredningens mening inte att avtalet saknar regler om lön. Att en myndighet i ett sådant fall måste samråda med kollektivavtalets parter för att kunna bestämma lörens nivå i arbetsklausulen är en annan sak.

Den svenska arbetsrättsliga lagstiftningen är tvingande till arbetstagarnas fördel. Det innebär att det alltid är tillåtet att avtala om bättre förmåner än vad som anges i lagen. Däremot kan en enskild arbetsgivare och arbetstagare inte avtala om sämre förmåner än vad som anges i lagen. Det är dock möjligt att avvika från bestämmelserna till arbetstagarens nackdel om avsteget görs i ett kollektivavtal. Det är endast arbetsgivare som är bundna av ett kollektivavtal med en sådan avvikelse som får göra avsteg från lagens regler. Arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal måste följa de regler som framgår av lagen.

Om det i ett kollektivavtal skett avsteg från en annars tvingande bestämmelse på ett sätt som innebär att arbetstagaren enligt kollektivavtalet minst ska tillförsäkras en förmån vars nivå understiger den nivå som anges i lag, t.ex. en veckoarbetstid som är längre än den som anges i arbetstidslagen, kan inte kollektivavtalets nivå tas in i arbetsklausulen som den nivå som måste följas vid fullgörande av ett upphandlingskontrakt. En sådan ordning vore missvisande eftersom det endast är den arbetsgivare som är bunden av just det kollektivavtalet som har rätt att tillämpa den nivån. En arbetsgivare som inte är bunden av kollektivavtalet skulle bryta mot arbetstidslagen om villkoret i arbetsklausulen följdes. För att undvika detta bör konventionen genomföras på samma sätt som utredningen föreslagit i sitt delbetänkande, dvs. att endast villkor i kollektivavtal som är mer förmånliga för arbetstagaren än tvingande bestämmelser i lag, kan läggas till grund för arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Det innebär alltså att arbetsvillkor bör hämtas ur lag om inte kollektivavtal innehåller mer förmånliga regler.

Ur vilket kollektivavtal ska villkoren hämtas

Villkoren i arbetsklausuler ska enligt konventionen hämtas ur det kollektivavtal som gäller för yrket på orten. Ur ett svenskt perspektiv föranleder detta flera frågor. För det första uppkommer frågan om vilket kollektivavtal som ska väljas om det finns flera kollektivavtal som är tillämpliga på samma yrkesgrupp på orten. För det andra uppkommer frågan om villkoren ska hämtas ur lokala eller centrala kollektivavtal.

Som angivits i avsnitt 2.2.2 innebär konventionen enligt utredningens bedömning att varje ratificerande stat kan välja från vilket centralt kollektivavtal villkoren ska hämtas och anpassa genomförandet till hur det nationella systemet är utformat. Mot denna bakgrund och eftersom alla svenska kollektivavtal anses reglera arbetstagares förmåner på ett likvärdigt sätt anser utredningen att det bör vara förenligt med konventionen att den myndighet som fastställer villkoren i arbetsklausulerna kan välja vilket kollektivavtal som ska utgöra modell för villkoren så länge kollektivavtalet är tillämpligt på orten.²³

När det gäller frågan om konventionen innebär att villkoren ska hämtas ur centrala eller lokala kollektivavtal gör utredningen följande bedömning. Konventionen skulle kunna tolkas som att det är lokala kollektivavtal som pekas ut eftersom konventionen tar sikte på de villkor som gäller på orten. Utredningen har dock i avsnitt 2.2.2 bedömt att konventionen avser villkor som gäller generellt på orten. Lokala svenska kollektivavtal gäller endast på en viss arbetsplats och omfattar endast den arbetsgivare som ingått avtalet. Dessa kollektivavtal är därför inte generellt tillämpliga. Därtill framstår det som en mycket svårtillämpad ordning om konventionen skulle innebära att en myndighet ska fastställa villkor för varje enskild arbetsplats. Det är utredningens bedömning att det bör vara förenligt med konventionen att fastställa villkor i arbetsklausuler ur ett centralt kollektivavtal.

Som framgått av avsnitt 3.2 har det tidigare ifrågasatts om konventionens krav på att villkor ska hämtas ur kollektivavtal som är representativa för en avsevärd del av arbetsgivarna respektive arbetstagarna inom vederbörande yrke eller näringsgren och avse villkoren

²³ Se t.ex. utredningens delbetänkande SOU 2015:78, s. 142, angående frågan om varför alla kollektivavtal anses reglera arbetstagares förmåner på ett likvärdigt sätt.

på den ort där arbetet utförs möjligen kan komma i konflikt med utstationeringsdirektivet där det anges att villkoren i första hand ska hämtas ur ett allmängiltigförklarat kollektivavtal. På det sätt som Sverige genomfört utstationeringsdirektivet i utstationeringslagen torde dock risken för konflikt med konventionen vara liten. Enligt utstationeringslagen kan villkor som gäller för utstationerade hämtas ur varje centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på arbetstagarna i den aktuella branschen. Någon begränsning till ett särskilt allmängiltigförklarat kollektivavtal föreligger därför inte. Däremot kan det förekomma att ett lokalt kollektivavtal på en viss ort innehåller mer förmånliga regler än ett sådant centralt kollektivavtal. Som framgått bör konventionen dock inte tolkas på det sättet att lönenivåerna ska hämtas ur lokala kollektivavtal som endast gäller hos en arbetsgivare. Utredningens bedömning är därför att det torde vara förenligt med konventionen att genomföra den på så sätt att villkor i arbetsklausuler för arbetstagare som är utstationerade fastställs enligt de kollektivavtal som utpekats i utstationeringslagen.

Arbetskadeförsäkring

Bedömning: Vid en ratifikation av konventionen torde det vara nödvändigt att införa regler som säkerställer att arbetstagare som utför arbete i Sverige omfattas av arbetskadeförsäkring.

Enligt artikel 3 i konventionen ska lämpliga åtgärder vidtas för att tillförsäkra berörda arbetstagare rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden om sådana rättigheter inte redan tillkommer arbetstagarna. Som framgått av avsnitt 2.2.2 synes denna bestämmelse även kunna innefatta rätt till arbetskadeförsäkring.

Arbetskadeförsäkring regleras i Sverige i lag och kollektivavtal. De arbetstagare som arbetar för arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal omfattas av de kollektivavtalsreglerade arbetskadeförsäkringarna. De lagreglerade arbetskadeförmånerna gäller för alla arbetstagare med undantag för de arbetstagare som endast tillfälligt arbetar i Sverige. I socialförsäkringshänseende talas om utsända arbetstagare vilket i princip innefattar de arbetstagare som tillfälligt utstationerats till Sverige för att utföra arbete.

För EU-medborgare gäller förordning nr 883/2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen,²⁴ förordning 883/2004, enligt vilken en arbetstagare som huvudregel kvarstår under socialförsäkringsskyddet i utsändningslandet om arbetet i Sverige inte förväntas pågå längre än 24 månader (artikel 12). Under den tiden omfattas en arbetstagare inte av den svenska arbetsskadeförsäkringen. För arbetstagare från andra länder regleras i 6 kap. 4 socialförsäkringsbalken (2010:110) att den som sänds till Sverige för att utföra arbete om arbetet beräknas pågå i högst ett år inte omfattas av det svenska socialförsäkringssystemet, arbetsskadeförsäkringen inkluderad. En sådan arbetstagare omfattas av socialförsäkringsskyddet i hemlandet. Några arbetsgivaravgifter betalas inte i Sverige. Det finns också särskilda avtal med vissa länder som innehåller en reglering som liknar den i förordning 883/2004. Tiden en person kan arbeta i Sverige utan att omfattas av det svenska socialförsäkringssystemet uppgår i dessa avtal till mellan ett och fem år.

Det ovan anförda innebär således att utstationerade arbetstagare som utför arbete i Sverige inte omfattas av de svenska ekonomiska förmånerna som utgår vid arbetsskada.

Det kan inte heller förutsättas att alla länder erbjuder ett ekonomiskt skydd vid arbetsskada och att utsända därigenom i princip omfattas av ett skydd som motsvarar det som gäller i Sverige genom regleringen i hemlandet. I detta sammanhang kan nämnas att detta inte hindrat att Sverige ratificerat ILO:s konvention (nr 121) om förmåner vid yrkesskada, trots att det följer av dess artikel 27 att varje medlemstat inom sitt område ska tillförsäkra utlänningar likställighet med landets egna medborgare i fråga om förmåner vid yrkesskada.

Det kan noteras att det i betänkandet av Utstationeringskommittén i SOU 2015:83 förts fram att den kollektivavtalade arbetsskadeförsäkringen bör kunna anses innefattas i den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. Skulle detta vara fallet skulle det också vara möjligt att inkludera krav på att en arbetsgivare ska teckna en arbetsskadeförsäkring i särskilda kontraktsvillkor i offentlig upphandling. Sådana villkor skulle då kunna gälla för alla arbetstagare, såväl svenska som utstationerade, som utför arbete i uppdrag i offentlig upphandling i Sverige. Vid en sådan tolkning och tillämp-

²⁴ Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 883/2004 av den 29 april 2004 om samordning av de sociala trygghetssystemen, EUT L 166, 30.4.2004, s. 1–123.

ning av den hårda kärnan skulle Sverige kunna genomföra kraven i konventionen även i denna del.

Ett annat alternativ skulle kunna vara att utsträcka de svenska lagstadgade förmånerna vid arbetsskada till att omfatta även utstationerade arbetstagare. Ur ett svenskt perspektiv synes detta dock vara tveksamt, särskilt om arbetsskadeförmåner inte anses ingå i den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet. I så fall skulle detta behöva ske utan att utstationerade arbetsgivare åläggs några kostnader, som t.ex. att betala arbetsgivaravgifter. Samtidigt finansieras den statliga arbetsskadeförsäkringen via arbetsgivaravgifterna och systemet bygger på principen att arbetsgivaravgifter betalas för personer som omfattas av den svenska arbetsbaserade socialförsäkringen. Det kan i sammanhanget nämnas att det vid ett eventuellt införande av sådana regler behöver beaktas att utländska arbetsgivare som utstationerar arbetstagare till Sverige inte får åläggas dubbla bördor. Om utstationerande arbetsgivare kan visa att de redan betalar för motsvarande försäkringsskydd i ett annat land kan de inte åläggas att finansiera sådana förmåner också i Sverige.

Sammanfattningsvis är det utredningens bedömning att Sverige vid en ratifikation av konventionen behöver utreda möjligheten att införa regler om att arbetstagare som tillfälligt utför arbete i Sverige ska omfattas av arbetsskadeförsäkring. Så länge detta kan inrymmas i den hårda kärnan kan det ske genom att villkor om att sådana försäkringar ska tillhandahållas tas in i arbetsklausuler i offentlig upphandling. Ett alternativ är att den allmänna lagstiftningen ändras så att sådana förmåner tillkommer även de som tillfälligt utför arbete i Sverige.

Information om arbetsvillkor

Bedömning: Konventionens regler om information om arbetsvillkor m.m. kan genomföras på ett sätt som är förenligt med den svenska arbetsmarknadsmodellen.

I konventionens artikel 4 punkterna a i och ii anges att de bestämmelser som genomför konventionen ska delges alla berörda personer och närmare ange de personer som är ansvariga för bestämmelsernas efterlevnad. Enligt utredningens bedömning kräver dessa bestäm-

melser inte några särskilda åtgärder från den svenska lagstiftaren. Författningar som kan komma att genomföra bestämmelser enligt konventionen kan tillkännages på gängse sätt genom publicering i Svensk författningssamling och får enligt utredningens bedömning på det sättet anses delgivna berörda personer. De personer som är ansvariga för bestämmelsernas efterlevnad skulle kunna pekas ut direkt i lagen.

Vad gäller artikel 4 a punkten iii, att anslag ska sättas upp på framträdande plats inom berörda anläggningar och arbetsställen med upplysning om arbetsklausulernas innehåll, har det redan 1950 vid diskussionen om ratificering av konventionen i samband med dess antagande gjorts gällande att bestämmelsen är främmande för svenska förhållanden.²⁵

Konventionen innebär emellertid endast att uppgifterna i arbetsklausulerna i en offentlig upphandling ska anslås på arbetsplatsen. Det handlar således inte om att det är villkor ur ett kollektivavtal eller ett anställningsavtal som ska anslås. Villkoren i arbetsklausulerna kommer dessutom framgå redan av upphandlingsdokumenten och sådana dokument blir offentliga senast när de anslås i upphandlingsproceduren. Det är därmed fråga om uppgifter som redan är allmänt tillgängliga. Det är därför utredningens bedömning att konventionens krav i denna del i princip bör kunna tillgodoses genom att uppgifterna i arbetsklausulerna i den aktuella upphandlingen anslås på arbetsplatsen. Med dagens tekniska utveckling är det enligt utredningens uppfattning inte heller uteslutet att anslå uppgifterna så att de blir tillgängliga för alla arbetstagare genom att t.ex. publicera dem på leverantörens intranät. Den administrativa börda det skulle innebära för leverantören att göra detta får oavsett hur det genomförs anses vara försumbar. Inte heller får ett offentliggörande av arbetsklausulernas innehåll på en arbetsplats mot denna bakgrund anses vara oförenligt med den svenska arbetsmarknadsmodellen.

Sammanfattningsvis är det således utredningens bedömning att konventionen i denna del kan genomföras på ett sätt som är förenligt med den svenska arbetsmarknadsmodellen.

²⁵ Se prop. 1950 nr 188 s. 9.

Registrering av arbetstid och lön samt inspektionssystem

Bedömning: Gällande svensk rätt innebär att de krav som ställs i konventionen effektivt kan genomföras utan att nya regler om registrering av lön och arbetstid behöver införas. Inte heller behöver ett inspektionssystem införas för att trygga bestämmelsernas efterlevnad.

I artikel 4 b i konventionen anges att bestämmelser ska införas som föreskriver att arbetstagarnas arbetstid och löner registreras på lämpligt sätt och att ett lämpligt inspektionssystem upprätthålls. Bestämmelsen i konventionen tycks bygga på synsättet att en myndighet ska se till att en leverantör betalar de löner och följer den arbetstid som leverantören åtagit sig enligt arbetsklausulen i en specifik upphandling. Registrering av löner och arbetstid och ett lämpligt inspektionssystem för att se till att bestämmelserna följs behöver enligt konventionen dock endast införas om inte andra effektiva åtgärder vidtagits.

Arbetsmiljöverket har tillsyn över att arbetstidslagen och de föreskrifter som meddelats med stöd av lagen följs (20 § arbetstidslagen (1982:673)). En arbetsgivare som bryter mot lagen kan bli skyldig att betala sanktionsavgift eller dömas till böter eller, i särskilda fall, fängelse. Om det har skett en avvikelse från lagen genom kollektivavtal utövas tillsynen över att avtalen följs av arbetsmarknadens parter. Tillsyn finns därför i Sverige över att arbetstidsregleringen följs.

Någon offentligrättslig tillsyn över att arbetstagare får sin lön finns inte. Arbetsgivare är dock, bl.a. för att skatteunderlaget ska kunna fastställas, skyldiga att lämna kontrolluppgifter om arbetstagares löner (15 kap. skatteförfarandelagen (2011:1244)). När det gäller kollektivavtalsbundna arbetsgivare bevakar den fackliga organisationen som är part i kollektivavtalet att kollektivavtalets lönebestämmelser efterlevs. Arbetstagare som arbetar hos arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal får i huvudsak själva bevaka att de får den lön de har rätt till och, om detta inte sker, vända sig till sin fackliga organisation eller annat ombud för att vidta åtgärder.

Det finns enligt utredningens uppfattning inga indikationer på att det utgör ett problem i Sverige att det inte finns något annat inspektionssystem för att se till att arbetstagare får den lön de har

rätt till. De medel som finns tycks fungera väl. Vid ett genomförande av konventionen, där en viss minsta lönenivå kommer att anges i kontraktsvillkoren i ett upphandlingskontrakt, kan samma möjligheter användas för att bevaka att minst den angivna lönen utgår. Eftersom villkoren ska göras kända på arbetsplatsen är det också enkelt för berörda arbetstagare att veta vilka villkor som de minst ska ha under kontraktstiden. Vid en bristande uppfyllelse av kontraktsvillkoren kan arbetstagarna kontakta myndigheten och informera om att villkoren inte följs.

Till detta kommer också att särskilda kontraktsvillkor, av vilka arbetsklausulerna vid ett genomförande blir en del, enligt gällande svensk upphandlingsrätt endast får ställas om de är möjliga att följa upp. Det finns därmed alltid en möjlighet för en myndighet som ställt villkor i form av en arbetsklausul att kontrollera att villkoret efterlevs och att t.ex. den lön som leverantören minst ska betala enligt arbetsklausulen verkligen utbetalas till arbetstagarna. Detta innebär enligt utredningens uppfattning att gällande rätt bör kunna anses tillgodose konventionens krav i denna del.

Sammanfattningsvis bedömer utredningen att gällande svenska förhållanden tillgodoser konventionens krav i denna del.

Sanktioner

Konventionen reglerar användningen av sanktioner i två olika fall, dels att lämpliga påföljder ska användas i de fall arbetsklausulerna inte iakttas och följs (artikel 5.1), dels att lämpliga åtgärder ska vidtas genom att hålla inne med kontraktsevenlig likvid eller annan åtgärd om arbetstagare inte får sin lön (artikel 5.2). Den förstnämnda frågan behandlas inte här, se i stället avsnitt 3.1.7 och 4.4.1. Frågan om innehållande av lön har dock ett visst samband med den svenska arbetsmarknadsmodellen och kommer därför närmare utredas här.

Som nämnts i avsnitt 2.2.4 är möjligheten för en myndighet att innehålla ersättning enligt kontraktet till följd av bristande löneutbetalning en sanktion som ska tillämpas utöver arbetstagares rätt att kräva lön enligt vad som allmänt gäller i den nationella rättsordningen. I den arbetsrättsliga lagstiftningen finns flera åtgärder som syftar till att förmå arbetsgivare att betala en fordran, se t.ex. möjlig-

heten för en facklig organisation att genom stridsåtgärder tvinga arbetsgivare att betala förfallna löner, en så kallad indrivningsblockad (41 § andra stycket medbestämmandelagen). Det finns dock ingen särskild regel om att en upphandlande myndighet kan utöva påtryckning mot en arbetsgivare genom att innehålla betalning inom ramen för ett upphandlingskontrakt. Utredningens uppfattning är dock att införandet av en sådan rätt för myndigheter inte skulle stå i konflikt med den svenska arbetsmarknadsmodellen så länge införandet av den inte påverkar eller ersätter de åtgärder som arbetstagare och fackliga organisationer i dag kan vidta när lön inte utbetalas.

4.4 Utredningens betänkande SOU 2015:78

Den 1 september 2015 lämnade utredningen delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal, SOU 2015:78. I betänkandet lämnas förslag rörande hur myndigheter ska och kan ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor i offentlig upphandling. Enligt förslaget ska villkoren hämtas ur lag eller svenska kollektivavtal. Förslaget är ett led i genomförandet av 2014 års upphandlingsdirektiv.

Enligt betänkandet är syftet med att ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor att säkerställa att den leverantör som tilldelas kontraktet ska erbjuda sina arbetstagare skäliga anställningsvillkor och att konkurrens inte ska ske med undermåliga anställningsvillkor. De förslag som lämnats i delbetänkandet utgår från detta syfte och de grundläggande EU-rättsliga principer som tillämpas vid offentlig upphandling, dvs. principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, proportionalitet och principen om ömsesidigt erkännande.

I betänkandet föreslås att det ska vara obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor i de fall där det är behövligt med hänsyn till den bransch som upphandlingen avser och övriga omständigheter som kan medföra risk för oskäliga anställningsvillkor. Den upphandlande myndigheten får även i andra fall ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor.

Vid bedömningen av om det är behövligt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor konstateras i betänkandet att det alljämt främst är aktuellt att ställa sådana villkor i upphandlingar som rör tjänster, vid upphandlingar som rör blandade kontrakt med

inslag av både tjänste- och varuupphandling och i varuupphandling där varan ännu inte tillverkats. Vidare föreslås att det ska beaktas om upphandlingen avser en bransch där det föreligger risk för att anställningsvillkor och arbetsrättsliga förhållanden avviker från en godtagbar nivå.

I betänkandet föreslås också att det, i de fall det är obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, ska vara obligatoriskt att ställa villkor avseende lön, semester och arbetstid. De upphandlande myndigheterna får därutöver själva bestämma om ytterligare villkor ska anges samt vilka villkor som då anges. Sådana villkor kan t.ex. gälla annan ledighet än semester, försäkringar, tjänstepension eller andra villkor för arbetet. Villkoren ska anges uttryckligen i upphandlingsdokumenten. Det är i allmänhet inte tillräckligt att hänvisa till kollektivavtal så länge sådana avtal inte är allmänt tillgängliga.

Enligt betänkandet ska de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren bestämmas enligt den lägsta nivå som följer av lag. I de fall villkoren i ett centralt kollektivavtal är förmånligare för arbetstagarna än vad som följer av lag innebär förslaget att kontraktsvillkoren ska motsvara den lägsta nivå som gäller enligt detta centrala kollektivavtal. Den lägsta nivån måste anses tillräcklig för att säkerställa skäligen anställningsvillkor och för att förhindra konkurrens med undermåliga anställningsvillkor. För villkor som omfattas av den hårda kärnan i utstationeringslagen föreslås att nivån ska bestämmas enligt den miniminivå som anges enligt den lagen, även när villkoren inte specifikt gäller leverantörer med utstationerad arbetskraft.

Möjligheten att ställa villkor för leverantörer som utför arbete i en upphandling med hjälp av utstationerad arbetskraft begränsas av utstationeringslagen. För dessa leverantörer kan endast villkor ställas som omfattas av utstationeringslagens hårda kärna, bl.a. lön, arbetstid och semester. Därtill ska villkoren begränsas till den lägsta nivå som gäller enligt lag eller centrala kollektivavtal i enlighet med utstationeringslagen. I delbetänkandet föreslås att särskilda kontraktsvillkor ska anges för utstationerade arbetstagare.

Mot bakgrund av att den svenska arbetsmarknadsmodellen så långt som möjligt inte skulle påverkas av de förslag som lämnades i betänkandet föreslås vidare att en leverantör alltid ska ha möjlighet att som alternativ till de angivna kontraktsvillkoren, fullgöra kontraktet enligt motsvarande villkor i ett centralt kollektivavtal som

tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Detta bör därför enligt förslaget uttryckligen anges som ett särskilt kontraktsvillkor av den upphandlande myndigheten.

I de fall där det inte är uppenbart obehövt ska myndigheten också ange vad som gäller om uppdraget utförs där svensk rätt inte är tillämplig. I dessa fall föreslås att myndigheten ska ange villkor i enlighet med ILO:s åtta kärnkonventioner. Myndigheten får också ställa särskilda kontraktsvillkor om att arbetet ska utföras enligt den arbetsrättsliga reglering som gäller där arbetet utförs.

I betänkandet föreslås vidare att det bör införas ett obligatorium för den upphandlande myndigheten att, i de fall det ansetts behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, som ett särskilt kontraktsvillkor ange att leverantören ska säkerställa att samtliga underleverantörer som direkt medverkar till att uppfylla kontraktet följer de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor som anges i upphandlingskontraktet. Det rör sig om samma villkor som föreslås vara obligatoriska vid ställande av särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, dvs. lön, semester och arbetstid. Om arbetet utförs där svensk rätt inte är tillämplig bör villkor enligt ILO:s åtta kärnkonventioner anges. Även i andra fall får den upphandlande myndigheten ställa särskilda kontraktsvillkor avseende underleverantörer.

Slutligen föreslås att det ska ankomma på den upphandlingsstödande myndigheten, från och med den 1 september 2015 Upphandlingsmyndigheten, att göra bedömningen av när det ska vara obligatoriskt för de upphandlande myndigheterna att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor samt bestämma villkoren för lön, semester och arbetstid i dessa fall. Ställs arbetsrättsliga villkor i andra fall eller avses andra villkor än lön, arbetstid eller semester som dessa definieras i utstationeringslagen föreslås att den upphandlande myndigheten ska bestämma villkoren. När Upphandlingsmyndigheten eller en upphandlande myndighet fastställer villkor ur kollektivavtal föreslås att samråd ska äga rum med de parter som slutit kollektivavtalet.

4.4.1 Delbetänkandet i jämförelse med konventionen

För det fall konventionen skulle ratificeras måste vissa av de förslag som lämnats i utredningens delbetänkande anpassas till konventionen. Nedan följer en beskrivning av sådana anpassningar.

Obligatorium

Bedömning: Förslaget i delbetänkandet tillgodoser konventionens krav på tillämpningen av arbetsklausuler under förutsättning att det görs obligatoriskt för alla statliga myndigheter att använda sådana.

Konventionen innebär att det ska vara obligatoriskt att använda sig av arbetsklausuler i samtliga statliga upphandlingar (artikel 1.1 d). Undantag kan endast göras för upphandlingar som understiger ett visst belopp och för vissa särskilda personer, t.ex. personer i ledande ställning eller med tekniska och vetenskapliga arbetsuppgifter.

I delbetänkandet analyserade utredningen möjligheten att göra det obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Vid denna bedömning beaktades bl.a. den upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen och den kommunala självstyrelsen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa krav utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Uppställda krav och kriterier måste stå i proportion till de mål som eftersträvas. När kommuner åläggs nya uppgifter måste bestämmelsen i 14 kap. 3 § RF beaktas av vilken det framgår att en inskränkning i den kommunala självstyrelsen inte bör gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som har föranlett den.

I delbetänkandet fann utredningen att det endast skulle vara obligatoriskt för upphandlande myndigheter, såväl statliga som kommunala, att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor när det finns risk för oskäliga anställningsvillkor eller risk för konkurrens med undermåliga anställningsvillkor. En sådan ordning bedömdes proportionerlig både i förhållande till syftet med regleringen (att säkerställa att den leverantör som vinner anbudet ska erbjuda sina arbetstagare skäliga anställningsvillkor och att konkurrens inte ska

ske med undermåliga anställningsvillkor) och till den kommunala självstyrelsen. I delbetänkandet föreslogs att detta i lagtext skulle uttryckas som att särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor ska ställas i de fall det är behövligt.

För att anpassa utredningens förslag till konventionen krävs att det görs obligatoriskt att ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor i alla offentliga upphandlingar när en statlig myndighet upphandlar. Med hänvisning till den diskussion som utredningen förde i det tidigare delbetänkandet framstår detta något tveksamt i förhållande till den upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen. Att konventionen ger möjlighet att undanta upphandlingar under ett visst angivet belopp löser inte detta. Det är inte alltid proportionerligt att ställa arbetsrättsliga kontraktsvillkor i en offentlig upphandling även om upphandlingen avser ett belopp över en sådan gräns. Utredningens proportionalitetsbedömning gjordes emellertid med utgångspunkt i det av utredningen formulerade syftet med bestämmelserna, dvs. att säkerställa skäliga arbetsvillkor för arbetstagare och att undvika konkurrens med sådana villkor. Det är givetvis möjligt att komma fram till en annan slutsats om syftet formuleras på ett annat sätt eller har en annan grund.

Det är upp till ratificerande stater att själva bestämma om konventionen även ska tillämpas på andra myndigheter än centrala sådana (artikel 1.2), t.ex. kommunala myndigheter. I utredningens kommittédirektiv anges att utredningen ska utgå ifrån att konventionen bör ges en så bred tillämpning som möjligt. Frågan om att införa ett obligatorium i all offentlig upphandling, dvs. både för statliga och andra myndigheter väcker en rad frågor, bl.a. hur en sådan reglering förhåller sig till den kommunala självstyrelsen. Frågan behandlades av utredningen i delbetänkandet SOU 2015:78.

Vilka villkor

Bedömning: Förslaget i delbetänkandet om varifrån de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren ska hämtas, dvs. ur lag eller ur kollektivavtal, är förenlig med konventionens artikel 2. Förslaget kan därmed anses tillgodose konventionens krav i denna del. Delbetänkandets förslag om att villkor om lön, semester och arbetstid ska utgöra obligatoriska särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor när sådana ska ställas, uppfyller också konventionens krav på vilka villkor som avses regleras i arbetsklausulerna. Ytterligare villkor kan inkluderas i arbetsklausuler och därmed göras obligatoriska så länge dessa omfattas av den så kallade hårda kärnan i utstationeringslagen och under förutsättning att det kan anses proportionerligt i förhållande till syftet med bestämmelserna om särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor.

I konventionens artikel 2 regleras de villkor som ska anges i arbetsklausulerna. Det är lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor. Som framgår av avsnitt 2.2.2. avses med begreppet olika slags tillägg alla delar som utgör en del av en arbetstagares ersättning. I rekommendationen anges dock att arbetsklausuler även bör innehålla forskrifter om sjukledighet. Begreppet övriga arbetsvillkor är inte närmare definierat i konventionen. Utredningen har dock bedömt att övriga villkor avser de villkor som anses centrala i respektive land utifrån hur arbetsmarknaden är reglerad (avsnitt 2.2.2).

De särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor som avses i utredningens tidigare delbetänkande har huvudsakligen sin grund i kollektivavtal. Sådana villkor kan avse allt från lön, semesterförmåner och arbetstider till försäkringar och tjänstepension. I delbetänkandet har utredningen föreslagit att det, i de fall det är obligatoriskt för den upphandlande myndigheten att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor, ska vara obligatoriskt att ställa villkor avseende lön, semester och arbetstid.

Utredningen anser sig inte ha möjlighet att inom ramen för aktuellt uppdrag föreslå vilka villkor, utöver de som angivits i delbetänkandet, som en myndighet i Sverige bör inkludera i arbetsklausuler. Utredningen konstaterar dock att om det finns en önskan från lagstiftarens sida att låta fler villkor omfattas, skulle det vara naturligt att utöka villkoren till de som avses i den hårda kärnan i

utstationeringslagen.²⁶ Detta förutsätter dock att det kan anses proportionerligt i förhållande till syftet med bestämmelserna om arbetsklausuler i särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor.

De villkor som avses i utstationeringsdirektivets hårda kärna omfattar inte någon reglering av arbetstagares sjukledighetsförmåner. Eftersom konventionen inte uttryckligen anger att sjukledighetsförmåner ingår i begreppet övriga arbetsvillkor i artikel 2 och eftersom rekommendationen inte är bindande, är det utredningens uppfattning att det inte är nödvändigt att sjukledighetsförmåner omfattas av de nationella bestämmelser som genomför konventionen. När det gäller arbetsskadeförsäkring se avsnitt 3.3.1.

För att den arbetsgivare som är bunden av kollektivavtal inte ska förhindras att tillämpa detta, även om det innebär sämre förmåner än lagen, föreslogs i delbetänkandet att leverantörer som ett alternativ till de angivna kontraktsvillkoren ska ha möjlighet att tillämpa motsvarande villkor i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen. Som framgår av avsnitt 2.2.2 är det utredningens bedömning att konventionen inte bör tolkas och genomföras på ett sätt som hindrar tillämpningen av kollektivavtal. Det skulle kunna innebära en kränkning av ILO:s kärnkonventioner 87 och 98 angående föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten och angående tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten. Mot denna bakgrund och mot bakgrund av den frihet som ges till medlemsstaterna vid genomförandet av konventionen anser utredningen att ett genomförande som ger arbetsgivare möjlighet att tillämpa ett annat centralt kollektivavtal bör vara förenligt med konventionen.

²⁶ Se avsnitt 3.2.1. för närmare beskrivning av artikel 3 i utstationeringsdirektivet och avsnitt 4.3.3 för beskrivning av genomförandet av utstationeringsdirektivet i svensk rätt.

Villkorens nivå

Bedömning: Mot bakgrund av utredningens tolkning, att det är förenligt med konventionen att ange villkoren till en miniminivå, är förslaget i delbetänkandet om att villkoren i vissa fall ska avse miniminivå enligt utstationeringsdirektivet förenligt med konventionen och skulle kunna tillgodose ett genomförande av konventionen i denna del.

Konventionen innehåller inte några regler om vilken nivå som avses för lön och olika slags tillägg. I utredningens delbetänkande föreslog utredningen att de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren bör motsvara den lägsta nivå av förmåner som gäller enligt lag eller kollektivavtal. Som framgår av avsnitt 2.2.2 är det utredningens uppfattning att det är förenligt med konventionen att ange en kollektivavtalad minimilön i arbetsklausuler i offentlig upphandling. Utredningens förslag i delbetänkandet innebär också att det är det mest förmånliga villkoret i lag eller kollektivavtal som ska anges. Detta överensstämmer med utredningens tolkning av konventionen. Det är således utredningens uppfattning att konventionen och utredningens tidigare förslag är förenliga i detta avseende.

En myndighet bestämmer villkoren

Bedömning: Förslaget i delbetänkandet om att en myndighet ska fastställa de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren efter samråd med parterna överensstämmer med konventionens bestämmelser om fastställande av villkoren. Konventionen ger ratificerande stater möjlighet att själva bestämma vilken myndighet som ska fastställa villkoren. I Sverige skulle det kunna göras antingen av en central upphandlingsstödjande myndighet eller av varje enskild upphandlande statlig myndighet.

Enligt konventionen ska villkoren i arbetsklausulerna bestämmas av en myndighet på det sätt som är mest lämpligt i förhållande till vad som gäller i landet, efter samråd med arbetsmarknadens parter (artikel 2.3). Utredningen har bedömt att det finns ett betydande utrymme för medlemsstaterna att bestämma hur ett sådant samråd

ska gå till och att det är tillräckligt att samråd hålls när myndigheten fastställer villkoren som ska tas in i arbetsklausulerna (avsnitt 2.2.2).

Utredningen har i sitt delbetänkande föreslagit att det ska ankomma på en central myndighet att fastställa i vilka fall det är behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor samt att fastställa sådana villkor. Fastställandet av villkoren ska ske efter samråd med arbetsmarknadens parter. Utredningen föreslog att den myndighet som ansvarar för upphandlingsstödet, dvs. från den 1 september 2015, Upphandlingsmyndigheten, ska ansvara för detta.

Vid tillämpning av konventionen finns inget behov av att låta en central myndighet fastställa i vilka fall det i statliga upphandlingar är behövt att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor eftersom det är obligatoriskt att ställa sådana villkor i samtliga upphandlingar.

När det gäller genomförandet av konventionens bestämmelse om att en myndighet ska fastställa villkoren efter samråd med parterna anser utredningen att det förslag som lagts i delbetänkandet till fullo skulle kunna genomföra konventionen i den delen. Det ankommer på ratificerande stater att själva bestämma vilken myndighet som ska fastställa villkoren. Det kan därför vara fråga om såväl en central upphandlingsstödjande myndighet som varje enskild upphandlande statlig myndighet.

Hur myndigheten ska fastställa villkoren

Konventionen innehåller ingen bestämmelse som anger i vilken form konventionen ska genomföras i Sverige. Det får anses vara upp till varje medlemsstat att välja den ordning som är mest lämplig utifrån nationella förhållanden. Att det är fråga om reglering i lag, förordning eller föreskrift får dock anses framgå av artikel 4 av vilken det framgår att de lagar, förordningar och andra föreskrifter som genomför konventionen bl.a. ska delges alla berörda parter.

I utredningens delbetänkande lämnas vissa förslag till bestämmelser i lag medan förslaget i andra delar innebär att regeringen ska ge Upphandlingsmyndigheten i uppdrag att meddela i första hand föreskrifter och i andra hand allmänna råd. Det är utredningens uppfattning att detta förslag är förenligt med konventionen och skulle tillgodose ett genomförande av denna.

Underleverantörer

Bedömning: För att tillgodose konventionens krav på arbetsklausulernas obligatoriska tillämpning avseende underleverantörer bör delbetänkandets förslag justeras så att underleverantörer alltid ska omfattas av de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren när statliga myndigheter upphandlar.

Enligt konventionen gäller arbetsklausulerna även för det arbete som utförs av underleverantörer. Detta ska också framgå av den nationella regleringen.

I delbetänkandet föreslog utredningen att de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren ska gälla för leverantörskedjan i alla dess led och att det ska ankomma på huvudleverantören att säkerställa att underleverantörerna följer villkoren. Enligt förslaget gäller detta dock endast i de fall det är obligatoriskt att ställa särskilda arbetsrättsliga villkor.

En anpassning av utredningens tidigare förslag till konventionen skulle innebära att underleverantörer alltid ska omfattas av de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkoren när statliga myndigheter upphandlar. Detta eftersom det enligt konventionen alltid är obligatoriskt att använda arbetsklausuler när statliga myndigheter upphandlar. I andra offentliga upphandlingar är det möjligt att tillämpa utredningens förslag i delbetänkandet.

Sanktioner

Konventionen anger att lämpliga påföljder ska användas i de fall arbetsklausulerna inte iakttas och följs (artikel 5.1). Som exempel nämns att leverantören ska stängas av från kontrakt om arbetsklausulerna inte iakttagits. I fall när arbetstagare inte erhåller lön enligt arbetsklausulerna anger konventionen att lämpliga åtgärder ska vidtas genom att hålla inne med kontraktsenlig likvid eller annan åtgärd (artikel 5.2).

Utredningens förslag i delbetänkandet innehåller inga krav på att bristande efterlevnad av arbetsrättsliga kontraktsvillkor ska förenas med sanktioner eller någon särskild möjlighet för myndigheter att innehålla betalning om arbetstagare inte får lön i enlighet med vad

som anges i kontraktsvillkoren. Förslaget innebär dock att de arbetsrättsliga villkoren skulle infogas i upphandlingslagarna. Därmed skulle de sanktioner som är tillgängliga inom upphandlingsrätten också kunna tillämpas vid bristande uppfyllelse av kontraktsvillkoren. Det kan t.ex. röra sig om avstängning från framtida kontrakt eller kontraktsrättsliga sanktioner som hävning, vite och skadestånd. Det kan dock konstateras att förslaget i delbetänkandet behöver kompletteras när det gäller sanktioner för att uppfylla de krav som ställs i konventionen (se avsnitt 3.1.7 och 4.3.4).

Sammanfattning

Som framgått ovan krävs viss anpassning av utredningens förslag i delbetänkandet för att det ska kunna möta konventionens krav på arbetsklausuler. Den största anpassningen till konventionen är att det i delbetänkandets förslag måste göras obligatoriskt att använda arbetsklausuler i alla statliga upphandlingar, både i kontrakt med leverantörer och med underleverantörer. I många delar tillgodoser dock förslaget i delbetänkandet konventionens krav på arbetsklausuler. Som framgått av avsnitt 4.3.4 måste dock vissa andra regeländringar också till för att konventionen ska kunna anses genomförd i svensk rätt.

5 Medlemskapet i EU och möjligheten att ingå internationella avtal

Det huvudsakliga syftet med detta kapitel är att redogöra för de svenska konstitutionella förutsättningarna för att ingå internationella avtal och att belysa kompetensfördelningen mellan EU och dess medlemsstater vad gäller ingående av sådana avtal. Därutöver redogörs för de förpliktelser som följer av medlemskap i ILO. Slutligen görs en analys av möjligheterna för Sverige att ratificera ILO:s konvention nr 94 i egenskap av medlemsstat i EU.

5.1 Den svenska grundlagens regler om ingående av internationella avtal

En överenskommelse med en annan stat eller med en mellanfolklig organisation ingås av regeringen (10 kap. 1 § regeringsformen, RF). Riksdagens godkännande krävs innan regeringen ingår en för Sverige bindande internationell överenskommelse som förutsätter att en lag ändras eller upphävs eller att en ny lag stiftas, eller i övrigt gäller ett ämne som riksdagen ska besluta om (10 kap. 3 § första stycket 1 och 2 RF). Även i andra fall krävs riksdagens godkännande innan regeringen kan ingå en bindande internationell överenskommelse, om överenskommelsen är av större vikt (10 kap. 3 § andra stycket RF).

Sverige tillämpar ett dualistiskt synsätt vilket innebär att en överenskommelse som Sverige ingår måste genomföras i svensk rätt för att bli gällande. Detta kan ske antingen genom att en rättsakt arbetas om till svensk författningstext, transformation, eller att det i lag eller annan författning anges att rättsakten ska gälla som den är, inkorporering.

5.2 Följden av medlemskap i ILO

ILO är en mellanstatlig organisation i vilken endast stater kan vara medlemmar och ratificera konventioner.¹ Medlemsstaternas skyldigheter följer av ILO:s stadgar. Medlemsstaterna blir inte automatiskt bundna av de konventioner som antagits av ILO:s arbetskonferens utan varje stat bedömer självständigt om den önskar ratificera konventionen eller inte.² Samtliga medlemsstater är dock bundna av ILO:s åtta konventioner om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet (kärnkonventionerna). Internationella arbetskonferensen har deklarerat att denna skyldighet följer redan av medlemskapet i ILO.

5.3 Följden av medlemskap i EU

EU har både mellanstatliga och överstatliga inslag. EU har en egen rättsordning till vilken medlemsstaterna överlåtit delar av sin lagstiftande kompetens. Medlemsstaterna blir härigenom direkt bundna av de grundläggande EU-fördragen och de andra rättsakter som beslutats inom ramen för EU-samarbetet. EU-rätten ingår till stora delar i medlemsstaternas rättsordningar och en stat som blir medlem i EU måste ansluta sig till befintligt regelverk.

Både EU och ILO har fredstanken som en grundförutsättning för sina verksamheter och får anses dela grundläggande värderingar och principer på det sociala området. ILO:s centrala områden såsom arbetsrätt och arbetsmiljö har motsvarighet i EU:s så kallade sociala dimension.³ Inom ramen för EU:s sociala dimension har arbetsmarknadens parter en betydelsefull funktion. Genom den sociala dialogen måste EU-kommissionen t.ex. alltid samråda med arbetsmarknadens parter om den möjliga inriktningen av förslag till gemenskapsåtgärder inom det socialpolitiska området (artikel 154 EUF-fördraget). Om arbetsmarknadsparterna önskar kan de välja att förhandla med varandra och sluta avtal om frågan. Kommissionen är då förhindrad att agera. Parternas överenskommelse kan

¹ Artikel 1.2 och artikel 19.5 i ILO:s stadgar.

² Se mer om förfarandet i kapitel 2.

³ EU:s sociala dimension omfattar bland annat fri rörlighet för arbetskraft, sysselsättning, jämställdhet, arbetsmiljö, arbetsrätt, arbetstid, social trygghet för migrerande arbetstagare och social försäkring.

därefter omvandlas till ett direktiv. Flera sådana direktiv har antagits, t.ex. föräldraledighetsdirektivet 2010/18/EU.⁴

5.4 EU och kompetensfördelningen

5.4.1 EU:s befogenhet att ingå internationella avtal

EU är sedan Lissabonfördragets ikraftträdande i december 2009 en juridisk person. Det innebär att EU har rättslig kapacitet att ingå internationella avtal inom alla de politikområden som anges i EU-fördragen.

EU:s befogenhet att ingå internationella avtal framgår av artikel 216 i EUF-fördraget. Som utgångspunkt gäller att EU får ingå avtal med ett eller flera tredjeländer eller internationella organisationer om fördragen föreskriver det. Vidare får sådana avtal ingås när det är nödvändigt för att inom ramen för unionens politik förverkliga något av de mål som avses i fördragen, eller när det föreskrivs i någon av unionens bindande akter eller kan komma att inverka på gemensamma regler eller räckvidden för dessa.

5.4.2 Fördelning av befogenhet mellan EU och medlemsstaterna

EU har endast de befogenheter som framgår av fördragen och de befogenheter som krävs för att nå de mål som fastställs däri. De befogenheter som inte har tilldelats EU tillkommer medlemsstaterna. Medlemsstaternas möjlighet att ingå internationella avtal är således beroende av om EU har befogenhet att ingå avtal på området eller inte och i förevarande fall hur befogenheten är beskaffad.

EU:s befogenheter delas upp i tre huvudsakliga kategorier. Det är befogenheter som tilldelats unionen ensam, exklusiv befogenhet (artikel 3 i EUF-fördraget), befogenheter som delas mellan EU och medlemsstaterna, delad befogenhet (huvudområdena regleras i artikel 4 i EUF-fördraget) eller befogenheter som i huvudsak tillkommer medlemsstaterna. I det senare fallet står EU inom vissa

⁴ Rådets direktiv 2010/18/EU av den 8 mars 2010 om genomförandet av det ändrade ramavtalet om föräldraledighet som ingåtts av BUSINESSEUROPE, UEAPME, ECPE och EFS och om upphävande av direktiv 96/34/EG, EUT L 68, 18.3.2010, s. 13–20.

områden för stödjande, samordnande eller kompletterande åtgärder (artikel 6 EUF-fördraget).

I vilken utsträckning EU kan vara part i ett internationellt avtal bestäms dels av dess befogenhet, dels av om det är möjligt för EU som organisation att ingå avtalet. Gäller det medlemskap i en internationell organisation framgår ofta av organisationens stadgar om EU kan bli medlem i organisationen och ingå internationella överenskommelser inom ramen för denna. Endast stater kan bli medlemmar i ILO och ratificera organisationens konventioner.

5.4.3 Lojalitetsprincipen

Av artikel 4.3 EU-fördraget följer en samarbetskyldighet för unionen och medlemsstaterna, den så kallade lojalitetsprincipen. Av bestämmelsen framgår bl.a. att medlemsstaterna ska vidta åtgärder för att säkerställa fullgörandet av de skyldigheter som följer av fördragen eller av övriga unionens rättsakter. Vidare ska medlemsstaterna hjälpa EU att fullgöra sina uppgifter samt avstå från alla åtgärder som kan äventyra fullgörandet av unionens mål. Samarbetskyldigheten är tillämplig på alla nivåer av förhandling och ingående av internationella avtal, liksom vid införlivande och tillämpning av dessa.

Lojalitetsprincipen innebär att medlemsstaterna är förhindrade att ingå internationella avtal som innehåller bestämmelser som strider mot EU-rätten. Principen innebär också att en medlemsstat är förhindrad att på egen hand ingå ett internationellt avtal om befogenheten att ingå avtal på området tillkommer EU eller EU och medlemsstaten gemensamt. I ett sådant fall saknar det betydelse om en medlemsstat gjort ett förbehåll för att bestämmelserna endast kan tillämpas i den mån de inte strider mot EU-rätten.⁵ Ett medlemsland kan göra sig skyldigt till fördragsbrott, brott mot lojalitetsprincipen, redan genom att ingå avtalet.

I sammanhanget kan nämnas att Sverige har fällts för brott mot lojalitetsprincipen av EU-domstolen när Sverige under förhandlingarna om ett internationellt avtal på miljöområdet på egen hand

⁵ Yttrande 1/03 om Luganokonventionen, se om yttrandet i avsnitt 5.4.4.

föreslog att ett visst ämne, PFOS, skulle anges i en bilaga till avtalet.⁶ Medlemsstaterna hade i det fallet redan enats om att agera gemensamt i förhandlingen om avtalet och kommissionen hade bemyndigats att sköta medlemsstaternas talan i frågan. EU-domstolen framförde att när föremålet för ett avtal eller en konvention till viss del omfattas av gemenskapens befogenhet och till viss del av medlemsstaternas befogenhet, är det nödvändigt att säkerställa ett nära samarbete mellan institutionerna och medlemsstaterna. Genom att Sverige på egen hand lämnat förslag i förhandlingarna hade Sverige inte nära samarbetat med EU. Sverige borde i stället ha respekterat den process som fördes inom EU när det gällde förslagen av ämnen till listan. Sverige befanns därför ha åsidosatt sina skyldigheter enligt lojalitetsprincipen.

5.4.4 Några yttranden och avgöranden från EU-domstolen

*ERTA-målet*⁷

I ERTA- domen slogs för första gången fast att EU:s externa kompetens kan härledas indirekt ur fördraget, s.k. implicit befogenhet. I målet hade kommissionen begärt ogiltigförklaring av rådets beslut om medlemsstaternas förhandlande om och ingående av Europeiska överenskommelsen om arbetsförhållanden för fordonsbesättningar vid internationella vägtransporter (ERTA).

Utifrån det faktum att EU är en juridisk person med rättshandlingsförmåga slog domstolen fast att EU har befogenhet att ingå avtal med andra länder. Sådan befogenhet kan härledas inte bara från fördraget utan också från rättsakter som antagits med stöd av detta. EU:s interna kompetens kan alltså inte särskiljas från dess externa kompetens enligt domstolen. Domstolen slog också fast att medlemsstaterna inte har möjlighet att ingå internationella avtal med andra länder eller organisationer om avtalen kan inverka på gemenskapsrätten. Domstolen uppmärksammade också medlemsstaternas lojalitetsplikt, dvs. att vidta alla lämpliga åtgärder för att säkerställa att de skyldigheter fullgörs som följer av fördraget eller

⁶ Europeiska kommissionen mot Sverige, C-246/07, EU:C:2010:203.

⁷ Kommissionen mot rådet, 22/70, EU:C:1971:32.

av åtgärder som vidtagits av EU:s institutioner och att avstå från åtgärder som kan äventyra fördragets mål.

Eftersom det i det aktuella fallet fanns EU-regler om transporter som också kunde anses inkludera internationella transporter ansåg domstolen att medlemsstaternas internationella åtagande på området skulle kunna komma att strida mot dessa regler. Därmed slog domstolen fast både att EU hade extern befogenhet och att den därtill var exklusiv, dvs. att medlemsstaterna inte hade befogenhet att själva ingå internationella avtal på transportområdet som kan påverka gemenskapsrätten.

*Kramer*⁸

Nästa avgörande om implicit befogenhet var de förenade målen Kramer. Dessa mål handlade om en internationell överenskommelse om att bevara fiskbeståndet i nordöstra Atlanten. Alla medlemsstater utom två var parter i avtalet. EU-domstolen konstaterade att EU har intern kompetens när det gäller åtgärder för att bevara fisk och att bevarandet av de biologiska resurserna i havet endast kan tryggas på ett säkert och rättvist sätt genom en reglering som är bindande för alla berörda stater, även icke medlemsstater. Under sådana förhållanden uttalade EU-domstolen att EU har befogenhet att göra internationella åtaganden för att bevara de biologiska resurserna i havet.

Eftersom den EU-rättsliga regleringen inte var fullständig ansåg dock EU-domstolen att medlemsstaterna hade möjlighet att ingå internationella överenskommelser så länge dessa inte hindrade de åtgärder som antagits inom ramen för gemenskapsrätten.

I ett senare fall, 804/79,⁹ konstaterade dock EU-domstolen att EU numera fullständigt reglerat området varför medlemsstaterna inte längre har kompetens att ingå internationella överenskommelser på området. Kompetensen hade alltså blivit exklusiv. Liksom i ERTA-målet baserades EU:s externa kompetens i Kramer både på fördraget och på den sekundärlagstiftning som antagits på området.

⁸ Cornelis Kramer m.fl., de förenade målen 3, 4 och 6/76, EU:C:1976:114.

⁹ Europeiska gemenskapernas kommission mot Förenade konungariket Storbritannien och Nordirland, 804/79, EU:C:1981:93.

Yttrande 1/76

I detta yttrande prövades frågan om EU:s externa befogenhet i ett fall där det saknades gemenskapsrättsliga regler. Frågan rörde befogenheten att ingå ett internationellt avtal om en offentlig inrättning (Europeiska uppläggningsfonden för sjöfart på inre vattenvägar). Syftet var att sanera de ekonomiska förhållandena inom flod- och kanalbåttransporterna i Rhen- och Moselområdet samt på alla de inre vattenvägar i Nederländerna och i Tyskland som är förbundna med Rhenområdet. En sådan åtgärd skulle inte vara möjlig om inte Schweiz anslöts till systemet genom ett internationellt avtal. EU-domstolen konstaterade att sjötransporter är av betydelse för den gemensamma transportpolitiken i EU.

EU-domstolen anförde att EU:s behörighet att ingå ett sådant avtal inte är uttryckligen föreskriven i fördraget. Sådan behörighet kan dock följa implicit av fördraget. Har gemenskapsrätten internt tilldelat gemenskapens institutioner befogenheter i syfte att förverkliga ett bestämt mål, har gemenskapen behörighet att ingå för detta ändamål nödvändiga internationella åtaganden, även i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse härom. I detta fall hade emellertid inte EU tidigare använt sin interna befogenhet. Första gången EU skulle använda sin befogenhet på området skulle därmed vara när det internationella avtalet skulle ingås. EU-domstolen menade att detta dock inte hindrade att befogenheten kunde uppstå implicit i den mån som gemenskapens deltagande i det internationella avtalet, såsom i aktuellt fall, är nödvändigt för förverkligandet av något av gemenskapens mål.

EU-domstolen ansåg därför att EU kunde anses ha extern befogenhet även om interna regler saknades, eftersom en sådan befogenhet är nödvändig för att förverkliga gemenskapens mål i fördraget. Domstolen tog dock inte ställning till huruvida befogenheten var exklusiv eller inte.

*Yttrande 2/91*¹⁰

Detta yttrande rörde frågan om befogenheten att ratificera ILO-konvention nr 170 om säkerhet vid användning av kemikalier i arbetslivet. Domstolen upprepade i målet det som angivits i yttrande 1/76, att extern befogenhet indirekt kan härledas från EU-rätten. Om det inom ramen för EU-rätten finns ett angivet mål har EU:s institutioner rätt att ingå sådana internationella överenskommelser som är nödvändiga för att detta mål ska uppnås.

Exklusiv befogenhet som baseras på fördraget innebär att EU ensam har befogenhet att agera både internt och externt. När det gäller frågan om huruvida exklusiv befogenhet även kan härledas implicit uttalade EU-domstolen att om EU-regler antagits på området är medlemsstaterna förhindrade att ingå internationella avtal som påverkar dessa regler. I ett sådant fall har EU exklusiv befogenhet.

Domstolen konstaterade att EU har möjlighet att anta minimiregler när det gäller att skydda arbetstagares hälsa. Det innebär att EU också har extern befogenhet på området. ILO-konventionen innebär liksom EU-rätten en minimireglering. Regelverken riskerade därmed inte att strida mot varandra. EU:s befogenhet att ingå internationella överenskommelser på området var därmed inte exklusiv även om regelverken avsåg samma område. Motsatsvis kan antas att det i de fall ett internationellt avtal riskerar att strida mot EU-rätten är EU:s befogenhet exklusiv.

Däremot avsåg en del av konventionen ett område, om klassificering, förpackning och märkning, där EU-regler i stor utsträckning antagits inom gemenskapen i syfte att harmonisera regelverket. Domstolen menade att konventionen riskerade att påverka dessa regler vilket innebär att EU i den delen hade exklusiv befogenhet. Domstolens slutsats var att befogenheten att ingå konventionen därför till en del tillkom medlemsstaterna och till en annan del EU. Den var därmed delad. EU har senare bemyndigat medlemsstaterna att ratificera konventionen (se avsnitt 5.5.6).

¹⁰ EU:C:1993:106.

Yttrande 1/94¹¹

I yttrande 1/94 prövades bl.a. frågan om befogenheten att ingå överenskommelser i samband med de multilaterala avtalen rörande varuhandel, GATS-avtalet och TRIPs-avtalet. Genom yttrandet begränsades den princip som framkommit av det tidigare yttrandet 1/76, dvs. principen om att EU har exklusiv befogenhet även om interna regler ännu inte antagits på området om det inte annars är möjligt att uppnå det mål som avses i fördraget. Domstolen angav att denna princip inte gäller på tjänsteområdet eftersom genomförandet av etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster för medlemsstaternas medborgare inte är oupplösligen förbundet med den behandling som ges medborgare från tredje land i gemenskapen eller den behandling som ges medborgare från gemenskapen i tredje land.

Domstolen konstaterade dock att harmoniseringsåtgärder som vidtagits med stöd av artikel 100 a EG-fördraget kan påverka medlemsstaternas befogenhet att ingå internationella förpliktelser.

I yttrandet konstaterade EU-domstolen vidare att gemenskapsrättsliga interna regler om hur medborgare från tredje land ska behandlas eller regler som uttryckligen har tilldelat institutionerna en befogenhet att förhandla med tredje land, ger EU en exklusiv extern befogenhet på det område som omfattas av dessa rättsakter. Detta gäller i varje fall, även i avsaknad av uttryckliga bestämmelser som ger institutionerna befogenhet att förhandla med tredje land, när gemenskapen har genomfört en fullständig harmonisering av reglerna om rätten att starta verksamhet som egenföretagare. I annat fall skulle de antagna gemensamma reglerna kunna påverkas i den mening som avses i den ovan nämnda ERTA-domen. Slutsatsen i yttrandet blev att befogenheten att ingå GATS- och TRIPs-avtalen var delad mellan gemenskapen och medlemsstaterna.

¹¹ EU:C:1994:384.

*Open skies-målen*¹²

Open skies-målen rörde befogenhet att ingå internationella flygtransportöverenskommelser. Domstolen konstaterade att befogenhet att i detta fall ingå internationella avtal inte följer av EG-fördraget. Domstolen upprepade slutsatsen i yttrandet 1/94, dvs. att implicit extern behörighet för EU att ingå avtal kan följa av intern kompetens, även om den inte utnyttjats, om det är nödvändigt att ingå ett internationellt avtal för att effektivt kunna förverkliga ett mål i fördraget. Domstolen konstaterade därefter att dessa förutsättningar inte var uppfyllda i detta mål eftersom inget i fördraget hindrar institutionerna att föreskriva hur medlemsstaterna ska agera gentemot USA när det gäller Open skies-avtalen för att åtgärda den konkurrenssnedvridning som kan följa av dessa avtal.

Eftersom viss EU-reglering har inneburit en fullständig harmonisering på området, t.ex. när det gäller flygpriser och bokningssystem, konstaterade emellertid domstolen att EU har förvärvat exklusiv befogenhet att ingå internationella avtal på det området.

*Yttrande 1/03*¹³

I yttrandet 1/03 som rör Luganokonventionen sammanfattar EU-domstolen sin praxis och konstaterade att exklusiv befogenhet kan uppkomma i tre fall:

- Där internationella åtaganden faller inom vad som är reglerat internt, eller i vart fall till större delen är reglerat internt.
- Där EU i sin interna lagstiftning har reglerat förhållandet till medborgare från tredje land eller uttryckligen getts kompetens att förhandla med tredje länder.
- Där EU-regleringen är fullständigt harmoniserad.

¹² Europeiska kommissionen mot Konungariket Danmark, C-467/98, EU:C:2002:625, Europeiska kommissionen mot Konungariket Sverige, C-468/98, EU:C:2002:626, Europeiska kommissionen mot Finland, C-469/98, EU:C:2002:627, Europeiska kommissionen mot Konungariket Belgien, C-471/98, EU:C:2002:628, Europeiska kommissionen mot Storhertigdömet Luxemburg, C-472/98, EU:C:2002:629, Europeiska kommissionen mot Republiken Österrike, C-475/98, EU:C:2002:630, Europeiska kommissionen mot Förbundsrepubliken Tyskland, C-476/98, EU:C:2002:631.

¹³ EU:C:2006:81.

Domstolen erinrade också om att gemenskapen har exklusiv befogenhet om det internationella åtagandet står i strid med en enhetligt reglerad inre marknad och konsekvent tillämpning av EU-rätten eller när EU-rätt påverkas som i ERTA-fallet. Vidare konstaterade domstolen med hänvisning till yttrande 2/91 att ett tecken på att EU inte har exklusiv befogenhet är att det internationella avtalet inte hindrar att medlemsstaterna tillämpar gemenskapsrätten fullt ut på grund av att endast minimiregler kan antas inom EU.

Domstolen uttalade att det vid bedömningen av huruvida extern befogenhet föreligger på ett område, på den grunden att detta redan i stor utsträckning regleras av EU-rätt, även måste beaktas vilken räckvidd och vilket innehåll reglerna har och den framtida utvecklingen av EU-rätten.

Domstolen uttalade också att det faktum att en medlemsstat i överenskommelsen åtar sig att se till att inte bryta mot EU-rätten inte har någon betydelse för bedömningen av frågan om befogenheten. Ett sådant åtagande utgör ingen garanti för att de gemensamma EU-reglerna inte påverkas av åtagandet.

Domstolen framförde att det för bedömningen av om ett internationellt avtal påverkar EU-rätten inte heller är relevant vilken rättslig grund de EU-rättsliga reglerna vilar på. Den rättsliga grunden avgörs av regleringens huvudsakliga innehåll medan den bestämmelse vars inverkan är under bedömning kan utgöra en underordnad beståndsdel av regleringen. Syftet med EU:s exklusiva befogenhet är att säkerställa att EU-reglerna fungerar väl och att upprätthålla gemenskapsreglernas verkan.

EU-domstolen konstaterade också att om instrumentet reglerar sådant som faller utanför EU:s kompetens har EU inte befogenhet att ingå avtalet i den delen.

I sakfrågan landade EU-domstolen i bedömningen att vissa regler i Luganokonventionen skulle kunna påverka den enhetliga tillämpningen av gemenskapsrätten. EU:s befogenhet var därför exklusiv.

Yttrande 1/13¹⁴

I yttrandet prövades om ett godtagande av ett tredjelands anslutning till 1980 års Haagkonvention om de civila aspekterna på internationella bortföranden av barn omfattas av unionens exklusiva befogenhet. Haagkonventionen reglerar förfarandet för återlämnande av olovligen bortförda barn och förfarandet för att säkerställa att umgängesrätten ska kunna utövas.

Domstolen konstaterar inledningsvis att förklaringen om godtagande av anslutning och därmed den internationella överenskommelse som denna är en grundläggande beståndsdel av, är underordnad 1980 års Haagkonvention, som reglerar dessa och deras verkningar. Förklaringen och överenskommelsen kan således inte skiljas från 1980 års Haagkonvention. Överenskommelsen syftar till att göra det möjligt att tillämpa hela konventionen i bilaterala förhållanden mellan två berörda stater. Av detta följde enligt domstolen att samtliga rättigheter och skyldigheter som föreskrivs i konventionen skulle beaktas vid prövningen.

Eftersom ingen av unionens rättsakter innehåller föreskrifter om godtagande av ett tredjelands anslutning till 1980 års Haagkonvention och eftersom godtagande av ett tredjelands anslutning inte heller är nödvändigt för att unionen ska kunna utöva sin interna befogenhet prövades unionens befogenhet utifrån artikel 3.2 EUF-fördraget. Enligt denna bestämmelse omfattas ingående av internationella avtal av unionens exklusiva befogenhet, i den mån det ”kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa”.

När det gäller bedömningen av EU:s befogenhet uttalade domstolen återigen att det inte är nödvändigt att det i fördraget uttryckligen föreskrivs att unionen ska ha befogenhet att ingå ett internationellt avtal för att så ska vara fallet. Sådan befogenhet kan även följa underförstått av andra bestämmelser i fördragen och av rättsakter som med stöd av dessa bestämmelser har antagits av unionens institutioner. När institutionerna enligt unionsrätten har interna befogenheter för att förverkliga bestämda mål, har unionen befogenhet att göra de för detta ändamål nödvändiga internationella åtagandena, även i avsaknad av en uttrycklig bestämmelse

¹⁴ EU:C:2014:2303.

härom. Domstolen erinrade också om att det sistnämnda anges i artikel 216.1 EUF-fördraget.

Domstolen konstaterade att EU har intern befogenhet på området som omfattas av 1980 års Haagkonvention. Domstolen yttrade vidare att bedömningen av om ingående av internationella avtal omfattas av unionens exklusiva befogenhet, i den mån det ”kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa” ska bedömas mot bakgrund av domstolens praxis. Enligt denna praxis kan det finnas en risk för att internationella åtaganden som gjorts av medlemsstaterna kan vara till men för unionens gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa, vilken kan motivera att unionen tillerkänns exklusiv extern befogenhet, när dessa åtaganden omfattas av tillämpningsområdet för nämnda regler. För att det ska anses föreligga en sådan risk krävs emellertid inte att det föreligger en fullständig överensstämmelse mellan det område som omfattas av de internationella åtagandena och det som omfattas av unionslagstiftningen. Det räcker med att åtagandena avser ett område som redan i stor utsträckning regleras av unionens regler.

Domstolen uttalade vidare att unionens befogenhet och särskilt exklusiv sådan, måste grunda sig på en konkret helhetsbedömning av förhållandet mellan det planerade internationella avtalet och gällande unionsrätt. Detta följer av att EU endast har tilldelade befogenheter. De områden som omfattas av unionsbestämmelserna respektive av bestämmelserna i det planerade avtalet ska beaktas vid bedömningen och dessutom ska den möjliga utveckling som kan förutses samt beskaffenheten och innehållet i dessa regler och bestämmelser beaktas. Syftet med detta är att kontrollera huruvida det ifrågavarande avtalet kan inverka menligt på den enhetliga och konsekventa tillämpningen av unionsbestämmelserna och hindra de system som inrättats genom dessa bestämmelser från att fungera väl.¹⁵

Därefter bedömde domstolen om de områden som berörs av konventionen respektive EU-rätten sammanfaller. Domstolen fann att EU-rätten genom en förordning, nr 2201/2003, till stor del omfattar de förfaranden som regleras i 1980 års Haagkonvention, dvs. förfarandet för återlämnande av olovligen bortförda barn och förfarandet för att säkerställa att umgängesrätten ska kunna utövas. Unionens regler ansågs därför omfatta hela konventionen.

¹⁵ Se yttrande 1/03, punkterna 126, 128 och 133.

Domstolen övergick sedan till att pröva om det fanns risk för att gemensamma regler skulle påverkas. Domstolen konstaterade först att förordningens regler måste följas av medlemsstaterna. På grund av att regelsystemen överlappar varandra och har ett nära samband ansåg domstolen att konventionen kunde inverka på innebörden, räckvidden och verkan av förordningens bestämmelser. Den slutsatsen påverkades inte av att många bestämmelser i förordningen och konventionen kunde förefalla vara sinsemellan konsekventa. Unionens regler kan påverkas av internationella åtaganden även om någon motsägelse mellan dem inte föreligger.

EU-domstolen menade att bedömningen inte påverkas av att det i förordningen anges att den gäller framför konventionen i den mån frågor som regleras genom de båda instrumenten överlappar varandra eftersom det trots detta finns risk för att förordningen inte skulle tillämpas enhetligt och konsekvent om medlemsstaterna själva kan godta tredje länders anslutning till konventionen. Med hänsyn till detta fann domstolen att ett godtagande av ett tredjelands anslutning till 1980 års Haagkonvention av unionens exklusiva befogenhet omfattas av EU:s exklusiva befogenhet.

C-114/12¹⁶

Mål C-114/12 rörde förhandlingarna om Europarådskonventionen om skydd av radio- och televisionsföretags rättigheter. Kommissionen hade rekommenderat att rådet skulle bemyndiga kommissionen att delta i förhandlingarna om konventionen. Rådet bemyndigade dock endast kommissionen att delta i förhandlingarna vad gäller de frågor som faller inom unionens befogenhet och i vilka unionen redan har antagit regler. I beslutet angavs också att ordförandeskapet skulle föra medlemsstaternas talan i det fall innehållet föll inom medlemsstaternas befogenhet. Kommissionen yrkade att rådsbeslutet skulle ogiltigförklaras. I första hand menade kommissionen att unionen enligt artikel 3.2 EUF-fördraget har exklusiv extern befogenhet på grund av att de internationella åtagandena i stor utsträckning omfattas av tillämpningsområdet för gemensamma regler som den har infört.

¹⁶ C-114/12, Europeiska kommissionen mot Europeiska unionens råd, EU:C:2014:2151.

EU-domstolen menade att det relevanta i artikel 3.2 i detta fall var om avtalet ”kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa”. Tolkningen av detta skulle enligt domstolen utgå från de preciseringar som gjordes i ERTA-domen. Domstolen erinrade om att det inte krävs att det föreligger en fullständig överensstämmelse mellan tillämpningsområdena. Reglerna kan anses påverkas eller ändras även när åtaganden omfattar ett område som redan i stor utsträckning regleras av sådana regler. EU-domstolen underströk dock att EU inte har annat än tilldelade befogenheter och att en konkret bedömning av förhållandet mellan det internationella avtalet och EU-rätten måste göras.

EU-domstolen konstaterade att området som förhandlades, skydd för radio- och televisionsföretags närstående rättigheter, är föremål för en harmonisering genom flera EU-rättsakter som syftar till en hög och enhetlig skyddsnivå. Att den relevanta EU-rätten finns i flera olika rättsliga instrument som också reglerar andra immateriella rättigheter påverkade inte bedömningen.

Rådet och medlemsstaterna som intervenerat på rådets sida hade medgett att ett stort antal frågor, men inte alla, som var föremål för förhandlingar redan omfattades av unionens gemensamma regler.

EU-domstolen konstaterade att en av situationerna, rätten till återutsändning, inte kan jämföras med den som avsågs i yttrande 2/91 där unionen inte befanns ha exklusiv befogenhet med hänsyn till att såväl unionsbestämmelserna som det internationella avtalet avsåg minimiregler. Tvärtom menade EU-domstolen innebar reglerna om återutsändningen en precis och materiell reglering. Förhandlingar om återutsändning i Europarådskonventionen kunde därmed antas ändra räckvidden för unionens gemensamma regler om återutsändning.

När det gällde rätten till överföring till allmänheten hade rådet gjort gällande att konventionen kunde komma att gå längre än unionens regelverk. EU-domstolen fann dock att det inte styrkts att detta var fallet. När det gäller skydd för signaler finns ingen motsvarande EU-rätt. EU-domstolen fann emellertid att ett skydd för signaler före utsändning likväl skulle kunna påverka räckvidden för unionens gemensamma regler på området.

När det gäller skydd för radio- och televisionsföretags närstående rättigheter hade rådet anfört att konventionen skulle kunna få till följd att medlemsstaterna måste införa straffrättsliga påföljder,

vilket saknar motsvarighet i unionsrätten. Domstolen konstaterade emellertid att uppgifterna inte hade styrkts. Därmed fann EU-domstolen att konventionsförhandlingarna fick anses omfatta ett område som i stor utsträckning omfattas av unionsrätten och att förhandlingarna kunde påverka EU-rätten eller ändra räckvidden för denna. Unionen hade därför exklusiv befogenhet. Rådets beslut fattades därför i strid med artikel 3.2 EUF-fördraget och EU-domstolen ogiltigförklarade detta.

5.4.5 Exklusiv befogenhet för EU

När EU har exklusiv extern befogenhet är det unionen ensam som förhandlar och ingår avtal. Medlemsstaterna är då förhindrade att på egen hand ingå internationella avtal inom det politikområdet.¹⁷ Gäller det ett avtal som endast kan ingås av en medlemsstat krävs att EU bemyndigar medlemsstaten att för EU:s räkning ingå avtalet.

Som framgår ovan har EU enligt artikel 216 EUF-fördraget befogenhet att ingå avtal med ett eller flera länder eller internationella organisationer om det är nödvändigt antingen för att förverkliga något av de mål som avses i fördragen eller som föreskrivs i någon av unionens bindande akter eller som kan inverka på gemensamma regler eller dess räckvidd.

Rekvisitet nödvändigt har tolkats som att det avser de fall där unionens möjlighet att ingå avtal hjälper till att säkerställa att målen i fördraget eller sekundärrätten uppnås. Det är därför inte endast i de fall det är absolut nödvändigt för att förverkliga ett av EU:s mål som EU har befogenhet att ingå ett internationellt avtal.¹⁸

Enligt artikel 216 har EU också exklusiv befogenhet att sluta avtal i fall där ingåendet av avtalet kan inverka på gemensamma regler eller dess räckvidd. Detta följer också av doktrinen om parallellism som utvecklats i bl.a. de ovan nämnda avgörandena och yttrandena från EU-domstolen, där det slagits fast att EU:s exklusiva befogenhet kan härledas indirekt ur fördraget eller av

¹⁷ Artikel 2.1 i EUF-fördraget och ERTA-målet, 22/70, punkt 17.

¹⁸ Analysis – in the light of the European Union acquis – of the ILO Conventions that have been classified by the International Labour Organisation as up to date, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, s. 26.

rättsakter som antagits av gemenskapens institutioner inom ramen för dessa bestämmelser. EU har således exklusiv befogenhet att åta sig internationella förpliktelser i den mån dess innehåll omfattas av EU:s interna befogenhet i det fall ett internationellt avtal skulle kunna påverka unionsrätten, dvs. intern befogenhet ger motsvarande extern befogenhet för EU.

I artikel 3.1 i EUF-fördraget anges uttryckligen de områden där EU har exklusiv befogenhet att ingå externa förpliktelser. Detta gäller tullunionen, fastställande av konkurrensregler som är nödvändiga för den inre marknadens funktion, den monetära politiken för de medlemsstater som har euron som valuta, bevarandet av havets biologiska resurser inom ramen för den gemensamma fiskeripolitiken samt den gemensamma handelspolitiken.

Därtill har EU enligt artikel 3.2 EUF-fördraget exklusiv befogenhet att ingå ett internationellt avtal när

- ingåendet av avtalet föreskrivs i en unionsrättsakt eller
- om ingåendet är nödvändigt för att unionen ska kunna utöva sin befogenhet internt eller
- i den mån ingåendet kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa.

Denna bestämmelse kodifierar EU-domstolens äldre praxis och yttranden.

Den andra strecksatsen i artikeln innebär att EU kan ha exklusiv befogenhet att ingå internationella avtal även om det inte ens antagits uttryckliga regler på området. Har EU genom fördraget tilldelats interna befogenheter som syftar till att ett visst mål ska uppnås har EU också befogenhet att ingå internationella överenskommelser för att nå det målet, även om ett uttryckligt stadgande om detta saknas (se t.ex. yttrande 1/76 ovan). Vidare har EU också extern exklusiv befogenhet om det i de interna EU-bestämmelserna anges hur tredjelandsmedborgare ska behandlas eller om dessa uttryckligen har tilldelat institutionerna en behörighet att förhandla med tredje länder.¹⁹

¹⁹ Yttrande 1/94 p. 95 och yttrande 2/92, EU:C:1995:83, p. 33. Detta framgår även av Open skies-målen, se t.ex. C-467/98, p. 98.

När det gäller den tredje strecksatsen, att EU har exklusiv befogenhet att ingå internationella överenskommelser i den mån ingåendet kan påverka gemensamma regler eller ändra räckvidden för dessa, innebär det att EU har exklusiv befogenhet om unionsregler har antagits i en sådan omfattning att området får anses vara fullständigt harmoniserat även om det internationella åtagandet inte skulle riskera strida mot EU-rätten. Detsamma kan gälla om området i stor utsträckning redan regleras av gemensamma bestämmelser som tar sikte på en allt fullständigare harmonisering.²⁰ Det torde räcka med att regelsystemen har ett nära samband med varandra för att EU ska ha exklusiv befogenhet. I ett sådant fall har EU-domstolen ansett att unionens regler kan påverkas även om det inte finns någon motsägelse mellan EU-rätten och den internationella överenskommelsen i fråga (se t.ex. yttrande 1/13 ovan).

Att EU har exklusiv befogenhet innebär att EU men inte medlemsstaterna har rätt att ingå avtal med ett land eller en organisation. Kan endast en medlemsstat ingå ett visst avtal, vilket är fallet när det gäller ILO:s konventioner, ska ett nära samarbete ske mellan EU:s institutioner och medlemsstaten. De åtgärder som är nödvändiga för att säkerställa ett samarbete ska vidtas, såväl vid förhandlingarna som vid ratificering och uppfyllandet av förpliktelserna enligt konventionen. I princip krävs i dessa fall EU:s godkännande för att avtalet ska kunna ingås.

5.4.6 Delad befogenhet

Befogenheten att ingå internationella avtal kan också vara delad mellan EU och medlemsstaterna. EU har delad befogenhet med medlemsstaterna om unionen genom fördragen tilldelas en befogenhet som inte omfattas av de områden som avses i artiklarna 3 och 6 (artikel 4.1 EUF-fördraget). Huvudområdena för den delade befogenheten framgår av artikel 4.1 i EUF-fördraget. Det är bl.a. socialpolitik, i fråga om aspekter som anges i fördraget, där även arbetsrätten är en del (artikel 4.2 [b]).

²⁰ Yttrande 2/91, p. 25 och 26.

Utmärkande för interna regler på områden som ger delad kompetens är att EU-regleringen ofta sker genom minimidirektiv. På arbetsrättens område innebär detta att EU har rätt att anta direktiv med minimiregler som ger möjlighet för medlemsstaterna att ha regler som ger ett längre gående skydd för arbetstagare (se artikel 153.2 [b] EUF-fördraget). På dessa områden är medlemsstaternas kompetens att reglera frågor beroende av i vilket avseende EU har utnyttjat sin möjlighet att reglera området eller i vilken mån unionen avstått från detta. Har EU inte utnyttjat möjligheten tillkommer den medlemsstaterna.

Faller ett område inom ramen för delad kompetens är utgångspunkten att medlemsstaterna kan åta sig internationella förpliktelser som avser områden som ligger utanför EU-regleringen eller, om EU-reglerna innebär en minimireglering där det är tillåtet för medlemsstaterna att införa strängare regler, åta sig längre gående förpliktelser än dessa minimiregler.²¹

I en rapport framtagen för kommissionens räkning framförs uppfattningen att tröskeln för att en fråga ska omfattas av EU:s exklusiva kompetens på ett område som omfattas av delad kompetens är hög.²² Är det fråga om ett område som i EU-rätten är reglerad i form av ett minimidirektiv krävs i princip att EU i hög utsträckning reglerat området för att medlemsstaterna ska ha förordat sin rätt att ingå internationella avtal och att regleringen syftar till att harmonisera området. Vid bedömningen ska regelverkets syfte, innehåll och framtida utveckling beaktas.

I det fall ett internationellt avtal helt eller delvis faller inom de områden där befogenheten är delad mellan EU och medlemsstaterna ingås normalt avtalet av både unionen och medlemsstaterna, ett s.k. blandat avtal. För det fall endast en medlemsstat kan ingå avtalet krävs ett bemyndigande från EU för att medlemsstaten ska kunna ingå avtalet. Även i detta fall krävs ett nära samarbete mellan medlemsstaten och EU.

²¹ Yttrande 2/91, p. 18 och Analysis – in the light of the European Union acquis – of the ILO Conventions that have been classified by the International Labour Organisation as up to date, European Commission Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, s. 29.

²² Analysis – in the light of the European Union acquis – of ILO up to date Conventions, European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, Unit A. 4, June 2013, s. 31.

5.4.7 Hur det avgörs om kompetensen är exklusiv eller delad

När det avgörs om en fråga omfattas av EU:s exklusiva eller delade befogenhet måste en omfattande och detaljerad analys av det aktuella åtagandet göras med beaktande av både EU-rätten på området och reglerna i det internationella avtalet. Både reglernas räckvidd, beskaffenhet och innehåll ska tas i beaktande. När det gäller EU-rätten ska hänsyn tas till såväl den nu gällande lagstiftningen som dess möjliga utveckling (när sådan utveckling kan förutses vid bedömningen). Det ska säkerställas att gemenskapsbestämmelsernas enhetliga och koherenta tillämpning inte påverkas av överenskommelsen och att det system som inrättats genom EU-rätten även fortsättningsvis kan fungera väl. Är det oklart om EU har exklusiv befogenhet bör befogenheten betraktas som delad.

5.5 EU och ILO

5.5.1 Samarbete och samverkan

Aktuella bestämmelser om samarbete för EU:s respektive ILO:s del följer bl.a. av EUF-fördraget respektive ILO:s stadgar. Enligt ILO:s stadgar får internationella organisationer delta vid möten men har inte rösträtt (artikel 12). EU har därmed endast observatörsstatus inom ILO. Enligt artikel 220.1 i EUF-fördraget ska EU upprätta samarbete i alla lämpliga former med bl.a. FN:s organ och dess fackorgan. Det är unionens representant för utrikesfrågor och säkerhetspolitik och kommissionen som ska se till att artikeln genomförs (artikel 220.2).

Samarbetet mellan EU och ILO har utarbetats genom samarbetsavtal, s.k. letters of understanding. År 1958 slöt EU och ILO ett samarbetsavtal med stöd av artikel 302 i EG-fördraget (enligt vilken kommissionen ska säkerställa ändamålsenliga förbindelser med FN och dess fackorgan).²³ Avtalet syftar till ett ömsesidigt informations- och erfarenhetsutbyte och samråd i frågor som rör arbetslivs- och sociala frågor. Därefter har flera samarbetsavtal ingåtts mellan ILO och EU.²⁴

²³ Agreement concerning Liaison between the International Labour Organisation and the European Economic Community, Official bulletin of the ILO, Vol, XLI, 1958. No. 8.

²⁴ Promemoria – En sammanhållen svensk ILO-strategi 2007–2009, s. 35. Promemorian är upprättad inom Regeringskansliet.

EU arbetar också för att ILO:s konventioner ska respekteras. Unionen har integrerat ILO:s åtta konventioner om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet i förordningen om det Allmänna Preferenssystemet (GSP)²⁵. Sedan 1971 beviljas utvecklingsländer tullförmåner vid import av produkter med ursprung i de länder som omfattas av förordningen. I GSP ingår bestämmelser om en särskild stimulansordning för hållbar utveckling och gott styrelse-skick, kallad GSP+, som utvecklingsländer med svag integration i världshandeln kan ansöka om. Ordningen bygger på rättigheter som erkänns i olika internationella instrument, bl.a. de konventioner som ingår i ILO:s deklaration om grundläggande principer och rättigheter i arbetslivet.²⁶ För att få ta del av det särskilt förmånliga marknadstillträde som ges i GSP+ måste länderna i enlighet med artikel 9 i förordningen ha ratificerat och i praktiken tillämpa ett tjugotal internationella konventioner och standarder.

5.5.2 EU-staternas samarbete i ILO

EU:s medlemsstater är självständiga medlemmar i ILO men det är vanligt att staterna samordnar sina ståndpunkter för att få ett större inflytande. I de fall där ILO:s konventioner berör områden som styrs eller omfattas av EU-lagstiftning, där EU har exklusiv kompetens eller där kompetensen är delad mellan EU och medlemsstaterna förekommer en hög grad av EU-samordning. EU:s medlemsländer tar då fram en gemensam ståndpunkt inför förhandlingar i ILO.

EU-kommissionen har status som observatör i ILO och övervakar bl.a. att ILO:s normer utarbetas i överensstämmelse med EU-rätten. EU-medlemskapet, gemenskapens roll, EU-rättens ställning och EU-rättens förhållande till ILO-konventioner och andra gemensamma åtaganden inom EU, får därför stor betydelse för det svenska ILO-arbetet.

²⁵ Europaparlamentets och rådets förordning (EU) nr 978/2012 av den 25 oktober 2012 om tillämpning av det allmänna preferenssystemet och om upphävande av rådets förordning (EG) nr 732/2008, EUT L 303, 31.10.2012, s. 1–82.

²⁶ ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work and its Follow-up, Adopted by the International Labour Conference at its Eighty-sixth Session, Geneva, 18 June 1998.

5.5.3 När nationella regler som genomför ILO-konventioner strider mot EU-rätten

EU-domstolen har vid några tillfällen prövat om nationella bestämmelser som genomför ILO-konventioner strider mot EU-rätten. I samtliga av dessa fall hade medlemsstaten ingått konventionen innan inträde i EU. Av artikel 351 EUF-fördraget följer att bundenheten av ett internationellt avtal som ett medlemsland ingått före sitt inträde i EU inte påverkas av bestämmelserna i fördragen. Av andra stycket framgår dock att medlemsstaterna, om avtalen inte är förenliga med fördragen, är skyldiga att undanröja det som är oförenligt.

Artikel 351 kan inte åberopas om det gäller ett internationellt avtal mellan EU:s medlemsländer. I ett sådant fall har EU-rätten alltid företräde.²⁷ Bestämmelsen gäller inte heller fall där ett avtal tillåter, men inte kräver, en åtgärd som kan vara i strid med EU-rätten.²⁸ Dessutom gäller att endast EU-domstolen är behörig att tolka EU-rätt eller döma över EU-rättens giltighet. Domstolen kan således inte tolka ett internationellt avtal. En sådan tolkning, t.ex. om det internationella avtalet i sig är förenligt med EU-rätten, lämnas därför alltid till den nationella domstolen.²⁹

Förbud mot nattarbete för kvinnor

I en begäran om förhandsavgörande från en fransk domstol prövades frågan om EU-rättens förenlighet med nationell rätt som genomförde en ILO-konvention.³⁰ Frågan hade uppstått i ett brottmål rörande överträdelse av en fransk regel om förbud för kvinnor att arbeta natt. Förbudet hade sitt ursprung i ILO:s konvention nr 89 om nattarbete för kvinnor som är sysselsatta i industrin, från 1948. I målet anklagades en arbetsgivare för att ha låtit 77 kvinnor arbeta natt. Straffet för överträdelsen var böter. Frankrike hade ratificerat konventionen nr 89 före sitt medlemskap i EU.

I detta mål prövades dock inte betydelsen av konventionen och artikel 351. EU-domstolen slog endast fast att ett förbud mot nattarbete stred mot rådets direktiv 76/207/EEG av den 9 februari 1976

²⁷ Piet Eeckhout, EU External Relations Law, 2:a uppl., 2011, s. 426.

²⁸ Piet Eeckhout, EU External Relations Law, 2:a uppl., 2011, s. 426 med hänvisningar.

²⁹ Piet Eeckhout, EU External Relations Law, 2:a uppl., 2011, s. 429.

³⁰ C-345/89, Brottmål mot Alfred Stoeckel, EU:C:1991:324.

om genomförandet av principen om likabehandling av kvinnor och män i fråga om tillgång till anställning, yrkesutbildning och befordran samt arbetsvillkor, likabehandlingsdirektivet.³¹

Ett liknade fall uppkom några år senare då en annan fransk arbetsgivare ställdes inför rätta efter att ha låtit 23 kvinnor arbeta natt.³² EU-domstolen hänvisade till fallet ovan och konstaterade att det slagits fast att likabehandlingsdirektivet innebär att medlemsstaterna är skyldiga att inte ha regler som hindrar kvinnor från att arbeta natt om inte även män är föremål för ett sådant förbud. Domstolen menade att regler som förbjuder kvinnor att arbeta natt således inte ska tillämpas av nationella domstolar.

EU-domstolen lade i sin bedömning vikt vid att bestämmelsen i artikel 234 i EEG-fördraget (nuvarande artikel 351 EUF-fördraget) också syftar till att medlemsstatens åtagande enligt tidigare avtal med tredje land ska respekteras. Domstolen hänvisade till sitt tidigare avgörande om att ett förbud mot nattarbete för kvinnor strider mot likabehandlingsprincipen och erinrade om att det innebär att medlemsstaterna är skyldiga att ändra dessa regler. En ändring kan ske t.ex. genom att nattarbete även förbjuds för män eller tillåts för kvinnor. EU-domstolen lämnade dock till den nationella domstolen att tolka det internationella åtagandet och avgöra om detta hindrade en tillämpning av likabehandlingsdirektivet. Domstolens slutsats var att förbudet mot nattarbete endast bör tillämpas om den nationella domstolen finner att tillämpningen av bestämmelsen är nödvändig för att säkerställa att den berörda medlemsstaten fullgör de förpliktelser som följde av ett avtal som ingåtts med tredje land innan medlemsstaten gick med i EU.

Förbud mot kvinnliga gruvarbetare

I mål C-203/03³³ utvecklade EU-domstolen sin tolkning av artikel 307 EG-fördraget (nuvarande artikel 351 EUF-fördraget). Målet rörde en fördragsbrottstalan om att Österrike underlåtit att genomföra likabehandlingsdirektivet bl.a. genom att upprätthålla ett

³¹ EGT nr L 39, s. 40.

³² C-158/91, Ministère public och Direction du travail et de l'emploi mot Jean-Claude Levy, EU:C:1993:332.

³³ Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Österrike, EU:C:2005:76.

allmänt förbud mot att anställa kvinnor i underjordisk gruvindustri. Österrike hade infört förbud mot kvinnor i detta yrke till följd av krav i ILO:s konvention nr 45 angående användandet av kvinnor till arbete under jord i gruvor av något slag.

Domstolen konstaterade att förbudet för kvinnor att arbeta i gruvarbete under jord stred mot likabehandlingsdirektivet. När det gäller frågan om betydelsen av att regeln härrör från en ILO-konvention uttalade domstolen att även om Österrike i princip kan återropa artikel 307 första stycket EG-fördraget för att bibehålla de nationella bestämmelserna som genomför konventionen, följer av andra stycket i samma artikel att i den mån det avtal som ingåtts före anslutningen är oförenligt med EG-fördraget ska medlemsstaten vidta alla lämpliga åtgärder för att undanröja det som är oförenligt med fördraget. Eftersom förbudet mot gruvarbete var oförenligt med EU-rätten konstaterade EU-domstolen att en sådan lämplig åtgärd kan vara att säga upp konventionen. Eftersom oförenligheten inte klarlagts förrän vid tiden för domstolens prövning och konventionen inte kunde sägas upp förrän vid en viss tidpunkt ansåg domstolen dock att Österrike inte brutit mot EU-rätten. Däremot följde av domen en skyldighet för Österrike att säga upp konventionen vid första möjliga tillfälle därefter. I detta fall nämns inte att hänsyn ska tas till åtagande gentemot tredje land.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis kan konstateras att det faktum att en nationell regel härrör från ett genomförande av en ILO-konvention inte hindrar att medlemsstater kan vara skyldiga att undanröja den om den strider mot EU-rätten. En medlemsstat måste således säga upp en ILO-konvention eller i vart fall ändra genomförandet av en den om det står klart att konventionen strider mot EU-rätten. Uppsägningen eller ändringen ska göras så snart som möjligt. Ett klarläggande om att EU-rätten strider mot konventionen kan uppkomma genom en dom i EU-domstolen. Det kan dock inte heller uteslutas att en viss konventions oförenlighet med EU-rätten skulle kunna bli klarlagd efter ett sådant yttrande som EU-domstolen kan lämna om internationella åtagandens förhållande till EU-rätten.

5.5.4 EU:s förhållningssätt när medlemsstater förhandlar i ILO

EU kan aldrig ålägga en medlemsstat att ratificera en ILO-konvention, inte ens i de fall unionen har exklusiv befogenhet på området. Det ankommer på ILO:s medlemsstater att själva avgöra om de önskar ratificera en konvention eller inte. För det fall EU önskar att alla medlemsstater ska följa reglerna i en viss konvention får unionen skapa ett eget instrument avseende den frågan som avses i konventionen, t.ex. föreslå en förordning eller ett direktiv med motsvarande innehåll.

Frågan om hur EU ska förhålla sig när EU:s medlemsstater i ILO förhandlar fram nya konventioner aktualiserades första gången 1977 när konvention nr 153 om arbetstid och vilotid i vägtransport skulle förhandlas. Konventionen rörde ett område där EU hade antagit gemensamma regler. ILO utarbetade ett dokument som rörde EU:s deltagande i diskussionerna under arbetskonferensen. Representer från arbetstagar- och arbetsgivarsidan var oroade för att detta skulle minska deras inflytande vilket också medförde att flera av ILO:s medlemsstater inte kunde ställa sig bakom lösningen.³⁴

Frågan uppkom nästa gång 1983 när konvention nr 162 om arbetsmiljö och asbest skulle förhandlas. Kommissionen ansåg att detta område föll inom gemenskapens exklusiva befogenhet. Utan att ifrågasätta gemenskapens befogenhet ansåg vissa medlemsstater att ILO-stadgan inte tillät gemenskapen att delta i konferensen och rådet beslutade därför att gemenskapen och dess medlemsstater skulle presentera gemenskapens erfarenheter på de aktuella områdena utifrån relevanta gemenskapsdirektiv. Kommissionen initierade en talan om ogiltigförklaring av rådets beslut men drog tillbaka den efter att rådet antagit ett beslut om hur EU skulle involveras i förhandlingar om ILO-konventioner på områden där EU har exklusiv kompetens.³⁵ Beslutet har dock inte tillämpats i någon större utsträckning, vilket torde bero på att det sällan finns någon gemensam tolkning mellan medlemsstaterna och kommissionen om huruvida en ILO-konvention rör ett område där EU har exklusiv befogenhet eller inte.

³⁴ Yttrande 2/91.

³⁵ Beslutet antogs den 22 december 1986 och synes inte vara publicerat. Det redogörs dock för innehållet i EU-domstolens yttrande 2/91.

Vid ILO:s arbetskonferens 1988 uppkom återigen frågan vid diskussionen om konvention nr 170. Kommissionen menade att konventionen rörde ett område där EU har exklusiv befogenhet medan rådet menade att så inte var fallet. Rådet antog ett beslut som gav kommissionen rätt att uttrycka sin syn under förhandlingarna men beslutet utelämnade kompetensfrågan. Kommissionen begärde att EU-domstolen skulle yttra sig i frågan vilket resulterade i yttrande 2/91 från mars 1991 där domstolen konstaterade att kompetensen i den frågan var delad mellan EU och medlemsstaterna. Se vidare avsnitt 5.5.6 angående denna konvention.

Kommissionens förslag 1994

År 1994 lade kommissionen fram ett förslag till rådsbeslut om hur EU:s externa befogenhet ska utövas på ILO:s konferenser när kompetensen är delad mellan EU och medlemsstaterna.³⁶ Förslaget antogs aldrig utan drogs tillbaka 2004 med motiveringen att det var föråldrat. Eftersom förslaget rörde frågan om hur medlemsstaterna och EU skulle samordna sig när det gäller antagandet av ILO-konventioner finns ändå skäl att här i korthet redogöra förslaget.

Förslaget innebar att kommissionen skulle utforma ett förslag till svar på det frågeformulär som ILO sänder ut ett år före arbetskonferensen och som rör innehållet på den kommande konferensen. I frågor där kompetensen på området som frågorna rör är delad mellan medlemsstaterna och EU skulle medlemsstaterna anta gemensamma svar på grundval av kommissionens förslag. Medlemsstaterna skulle ansvara för att förhandla med arbetstagar- och arbetsgivarrepresentanterna i varje enskilt land. Ett gemensamt svar skulle sedan antas i rådet och skickas till ILO av kommissionen.

Kommissionen skulle vidare enligt förslaget lämna ett förslag till beslut till rådet som gav EU rätt att delta i förhandlingarna i ILO genom medlemsstaterna. EU:s medlemsstater skulle med hjälp av en särskilt inrättad kommitté samordna sina ståndpunkter i förhandlingen och yttra sig enligt den samordnade ståndpunkten. En konvention skulle enligt det föreslagna förfarandet inte kunna antas av medlemsstaterna på annat sätt än att rådet fattade ett beslut om att

³⁶ COM (94) 2 final.

bemyndiga medlemsstaterna att ratificera konventionen. Ett sådant beslut skulle baseras på ett förslag från kommissionen och involvera hörandet av Europaparlamentet. Därefter skulle medlemsstaterna självständigt ta ställning till om konventionen skulle ratificeras. Kommissionen skulle tillsändas en kopia av ratifikationen. Om det skulle behövas kunde kommissionen lägga fram ett förslag om att också EU ska införliva konventionen.

5.5.5 Förfarande vid nya konventionsåtaganden

När nya konventioner antas tillämpas ett särskilt förfarande inom EU för att pröva om konventionen är förenlig med EU-rätten och bemyndiga medlemsstaterna att ratificera konventionen. Förfarandet innebär att kommissionen lämnar ett förslag till rådets beslut om att bemyndiga medlemsstaterna att ratificera den aktuella konventionen. Förslaget antas med stöd av en analog tillämpning av artikel 218.6 EUF-fördraget (som egentligen tar sikte på förfarandet som ska tillämpas när EU ska ingå internationella åtaganden). Europaparlamentets godkännande krävs om konventionen t.ex. gäller ett område som omfattas av det ordinarie lagstiftningsförfarandet, som är fallet när det gäller upphandlingsregler och på det socialpolitiska och arbetsrättsliga området. Frågan förhandlas sedan i rådet och antas i normalfallet med kvalificerad majoritet. Genom beslutet bemyndigas medlemsstaterna att ratificera konventionen.

I sitt förslag till rådsbeslut om bemyndigande analyserar kommissionen den aktuella konventionens materiella innehåll och EU-rätten på samma område och fastställer i vilken mån dessa regler är förenliga med varandra. Om konventionens innehåll avser ett område där fullständig harmonisering skett och där EU därför ensam är behörig att ingå internationella förpliktelser har medlemsstaterna inte befogenhet att ratificera konventionen utan att ett rådsbeslut fattas som bemyndigar medlemsstaterna att i EU:s intresse underteckna konventionen. Ett exempel på detta är rådets beslut om bemyndigande för medlemsstaterna att i Europeiska unionens intresse bli parter i Internationella sjöfartsorganisationens

internationella konvention om normer för utbildning, certifiering och vakthållning för personal ombord på fiskefartyg.³⁷

Det senaste exemplet som avser en ILO-konvention avser ILO:s konvention nr 189 om anständiga arbetsvillkor för hushållsarbetare.³⁸ I kommissionens förslag till beslut och i rådets beslut³⁹ konstateras att de flesta bestämmelser i konventionen omfattas av unionens regelverk och att konventionens bestämmelser om skydd för migrerande arbetstagare kan påverka den fria rörligheten för arbetstagare, dvs. ett område där ingåendet av internationella avtal omfattas av unionens exklusiva befogenhet. Det konstateras därmed att delar av konventionen, erkännande av yrkeskvalifikationer, omfattas av EU:s exklusiva befogenhet och att medlemsstaterna inte kan göra åtaganden utanför ramarna för unionens institutioner beträffande dessa delar. Eftersom det rör sig om en konvention som endast stater kan vara parter i konstateras att EU inte kan ratificera den för medlemsstaternas räkning. I stället ska EU och medlemsstaterna samarbeta. Beslutet innebär att medlemsstaterna bemyndigas att ratificera konventionen vad gäller de delar som faller inom unionens befogenhet. I de delar som faller utanför EU:s befogenhet behövs inget bemyndigande. Där har EU:s medlemsstater själva rätt att bestämma om de vill ratificera en konvention. Som tidigare nämnts kan EU, oavsett befogenhet, dock aldrig tvinga en medlemsstat att ratificera en konvention.

³⁷ Rådets beslut (EU) 2015/799 av den 18 maj 2015 om bemyndigande för medlemsstaterna att i Europeiska unionens intresse bli parter i Internationella sjöfartsorganisationens internationella konvention om normer för utbildning, certifiering och vakthållning för personal ombord på fiskefartyg, EUT L 127, 22.5.2015, s. 20–21.

³⁸ Decent work for domestic workers.

³⁹ Rådets beslut 2014/51/EU av den 28 januari 2014 om bemyndigande för medlemsstaterna att i Europeiska unionens intresse ratificera Internationella arbetsorganisationens konvention från 2011 om anständiga arbetsvillkor för hushållsarbetare (konvention nr 189), EUT L 32, 1.2.2014, s. 32–32.

Ett antal medlemsländer har dock framfört missnöje mot den ovan beskrivna ordningen. Som exempel kan nämnas att bl.a. Tyskland rörande ett förslag till rådets beslut om bemyndigande för medlemsstaterna att i EU:s intresse ratificera ett protokoll till ILO:s konvention nr 29 om tvångsarbete uttalat att landet anser sig ha rätt att ratificera protokollet utan ett bemyndigande från EU.⁴⁰ Protokollet innebar att konventionen anpassades till nya former av tvångsarbete, till exempel människohandel.

5.5.6 Förfarande vid äldre konventionsåtaganden

När det gäller äldre konventioner tillämpas i princip samma förfarande som beskrivits ovan för nya konventioner. Kommissionen lämnar förslag till att medlemsstaterna ska bemyndigas ratificera en konvention och rådet fattar beslut om detta. Till skillnad från vad som gäller för nya konventioner när kommissionen lämnar förslag i samband med antagandet finns ingen given tidpunkt för när kommissionen ska föreslå att medlemsstaterna ska bemyndigas att ratificera en äldre konvention. Kommissionen kan lägga fram förslag antingen på sitt eget initiativ eller efter initiativ från t.ex. en medlemsstat.

Förfarandet har tillämpats i åtminstone ett fall. På begäran av Finlands regering föreslog kommissionen 2012 att medlemsstaterna skulle bemyndigas att ratificera ILO:s konvention nr 170 om säkerhet vid användning av kemiska produkter i arbetslivet från 1990.⁴¹ Förslaget grundades på artikel 218.6 i EUF-fördraget, som analogt är tillämplig, jämförd med artikel 114 i EUF-fördraget, som utgör den rättsliga grunden för unionens lagstiftning om tillnärmning av lagarna på området för klassificering, märkning och förpackning av ämnen och blandningar.

⁴⁰ A-punktsnot från Rådets generalsekretariat till rådet, Förslag till rådets beslut om bemyndigande för medlemsstaterna att i Europeiska unionens intresse ratificera 2014 års protokoll till Internationella arbetsorganisationens konvention om tvångsarbete från 1930, vad gäller frågor som rör straffrättsligt samarbete och förslag till rådets beslut om bemyndigande för medlemsstaterna att i Europeiska unionens intresse ratificera 2014 års protokoll till Internationella arbetsorganisationens konvention om tvångsarbete från 1930, vad gäller frågor som rör socialpolitiken, Bryssel den 26 februari 2015 (OR. en) 6426/15 Interinstitutionellt ärende: 2014/0258 (NLE) 2014/0259 (NLE).

⁴¹ Förslag till Rådets beslut om bemyndigande för medlemsstaterna att i Europeiska unionens intresse ratificera Internationella arbetsorganisationens konvention från 1990 om säkerhet vid användning av kemiska produkter i arbetslivet (konvention nr 170), COM/2012/0677 final.

I förslaget erinrade kommissionen om att konventionen tillhör de ILO-konventioner som ILO har klassificerat som aktuella och som därför aktivt bör främjas. Kommissionen anförde att EU har åtagit sig att främja agendan för rimliga arbetsförhållanden, både internt och i sina yttre förbindelser. Arbetsnormer är en central del i begreppet rimliga arbetsförhållanden. Att medlemsstaterna ratificerar ILO-konventioner skulle därför enligt kommissionen sända en viktig signal om samstämmigheten i unionens politik för att förbättra arbetsnormerna i hela världen. Kommissionen anförde slutligen i sitt förslag att alla rättsliga hinder därför bör avlägsnas på EU-nivå för att medlemsstaterna ska kunna ratificera dessa konventioner, vilkas innehåll inte ger anledning till oro med hänsyn till unionens gällande regelverk.

Därefter konstaterade kommissionen att kemikaliesäkerhet är en viktig fråga även inom EU och att det antagits flera rättsliga instrument på området inom EU. Kommissionen erinrade om att domstolen redan 1993 (i yttrande 2/91) slagit fast att regleringsnivån avseende klassificering, förpackning och märkning av farliga ämnen och preparat var så hög att medlemsstaterna inte längre kunde agera självständigt inom utrikespolitiken i detta avseende. Kommissionen konstaterade dock att de allmänna principer som stadgas i konventionen inte står i motsats till EU-rätten och att det följer av artikel 19.8 i ILO:s stadgar att konventionen innehåller miniminormer, som innebär att det vid genomförandet på nationell nivå kan föreskrivas högre normer än enligt konventionen. Kommissionen konstaterade också att det inte finns någon motsättning mellan konventionen och minimikraven i unionens regelverk när det gäller bestämmelserna om arbetstagares hälsa och säkerhet.

Kommissionen konstaterade vidare i sitt förslag att delar av konventionen omfattas av EU:s befogenhet när det gäller möjligheten att ratificera konventionen och att endast medlemsstaterna kan ratificera konventionen. När ämnet för ett avtal till en del omfattas av unionens befogenhet och till en del av medlemsstaternas befogenhet måste unionens institutioner och medlemsstaterna vidta de åtgärder som är nödvändiga för att på bästa sätt säkerställa samarbete vid ratificeringen av konventionen och vid uppfyllandet av de förpliktelser som följer av denna konvention. Det konstaterades i förslaget att rådet därför tidigare när det gäller

ILO-konventioner har bemyndigat medlemsstaterna att i unionens intresse ratificera de delar som omfattas av unionens behörighet.

Rådet beslutade 2014 att bemyndiga medlemsstaterna att ratificera konventionen i enlighet med kommissionens förslag.⁴²

5.6 Befogenhet att ratificera ILO:s konvention nr 94 för en medlemsstat i EU

Bedömning: Oavsett om befogenheten att ratificera ILO:s konvention nr 94 är exklusiv för EU eller delad mellan medlemsstaterna och EU måste ett övervägande om ratificering ske i nära samarbete med EU. Ett sådant nära samarbete innebär att en medlemsstat måste bemyndigas av EU att ratificera konventionen.

När det gäller ILO-konventioner i allmänhet kan påminnas om att endast stater kan ratificera dessa. Vid ratifikation av konventioner som avser ett område där befogenheten är delad mellan EU och medlemsstaterna måste ett nära samarbete ske mellan dessa. Har EU exklusiv befogenhet på området innebär det att en medlemsstat som vill ratificera en konvention inte kan göra det utan att EU bemyndigar medlemsstaten att ratificera konventionen på EU:s vägnar. EU kan ha exklusiv befogenhet att ingå en konvention även om endast medlemsstater formellt sett kan ratificera den.

Utredningen anser att en analys av i vilken mån EU eller medlemsstaterna har befogenhet att ingå ett internationellt avtal måste ta sin utgångspunkt i frågan om intern befogenhet. EU har endast de befogenheter som tilldelats unionen i fördraget. Ger fördraget inte möjlighet för EU att anta regler saknar EU befogenhet på området. EU kan då inte heller ha extern befogenhet på ett sådant område.

ILO:s konvention nr 94 rör huvudsakligen offentlig upphandling som är ett område som till stor del är reglerat på EU-nivå, bl.a. genom upphandlingsdirektiven. Vissa av konventionens regler

⁴² Rådets beslut 2014/52/EU av den 28 januari 2014 om bemyndigande för medlemsstaterna att i Europeiska unionens intresse ratificera Internationella arbetsorganisationens konvention från 1990 om säkerhet vid användning av kemiska produkter i arbetslivet (konvention nr 170), EUT L 32, 1.2.2014, s. 33–33.

faller enligt utredningens bedömning dock snarare inom det arbetsrättsliga och sociala området än inom det upphandlingsrättsliga området. Detta gäller särskilt frågorna om arbetarskydd och välfärdsåtgärder och reglerna om information och om att löner och arbetstid ska registreras (artikel 3 och 4 i konventionen). När det gäller dessa frågor är det utredningens bedömning att befogenheten får anses vara delad mellan EU och medlemsstaterna.

På det arbetsrättsliga och arbetsmiljörättsliga området beror medlemsstaternas befogenhet att reglera frågor på i vilket avseende EU har utnyttjat sin möjlighet att reglera området eller i vilken mån den avstått från detta. Har EU inte utnyttjat möjligheten tillkommer den medlemsstaterna. På det arbetsrättsliga och arbetsmiljörättsliga området kan dessutom endast minimiregler antas av EU.

Eftersom EU inte har lagstiftat om registrering av löner och arbetstid och endast har antagit minimiregler på området som rör arbetstagares arbetsmiljö tillkommer kompetensen i dessa delar fortfarande medlemsstaterna. Av EU-domstolens yttrande 2/91 framgår att den externa befogenheten anses delad om EU har befogenhet i vissa frågor och medlemsstaten i andra och det rör ett område där både EU-rätten och konventionen innebär att minimiregler kan antas.⁴³ Detta har också bekräftats i yttrande 1/03.⁴⁴

ILO:s konventioner innehåller alltid miniminormer, dvs. det är alltid tillåtet med mer förmånliga regler för arbetstagarna (artikel 19.8 i ILO:s stadgar). Detta gäller även ILO:s konvention nr 94. Inget hindrar att medlemsstaterna vid en ratifikation av konventionen går längre i skyddet av arbetstagare. Eftersom konventionen i vissa delar avser ett område där både unionsrätten och konventionens egna regler innehåller miniminivåer och eftersom konventionen rör ett område där befogenheten i fördraget är delad mellan medlemsstaterna och EU anser utredningen att EU inte kan anses ha exklusiv befogenhet att ingå internationella överenskommelser inom detta område. Redan på den grunden skulle alltså EU och medlemsstaterna ha delad befogenhet att ingå konventionen.

⁴³ Yttrandet 2/91 rörde frågan om ratificering av ILO:s konvention nr 170, se mer om fallet i avsnitt 5.4.4.

⁴⁴ Yttrande 1/03, p. 123.

Eftersom konventionen till största delen rör upphandlingsrelaterade frågor är det inte uteslutet att EU trots det ovan angivna skulle anse att hela konventionen får anses röra upphandlingsrättens område. Det är därför relevant att närmare utreda befogenheten även i detta fall.

Upphandlingsdirektivens regelverk syftar till en harmonisering av upphandlingsproceduren. Det är därför uteslutet att en medlemsstat skulle ha exklusiv kompetens att ratificera konventionen. Frågan är i stället om kompetensen även på detta område är delad mellan EU och medlemsstaterna eller om den ensam tillkommer EU, dvs. om EU har exklusiv befogenhet.

För att avgöra detta måste konventionens artiklar analyseras i materiellt hänseende i förhållande till EU-rätten. Utredningen har i denna del, som framgått i kapitel 3, konstaterat att ILO:s konvention nr 94 inte står i konflikt med EU-rätten. Även om de båda regelverken inte står i strid med varandra rör reglerna emellertid i stor utsträckning ett område som regleras av EU-regler som syftar till en harmonisering. Ett genomförande av konventionen skulle på grund av detta kunna inverka på gemenskapsbestämmelserna på ett sätt som medför att rätten att ingå internationella avtal på det området tillkommer EU och inte medlemsstaterna. Ett genomförande av konventionen skulle också kunna göras på ett sätt som inte är förenligt med EU-rätten, vilket kan innebära att unionsrätten påverkas. Detta utgör ett argument för att EU skulle kunna anses ha exklusiv befogenhet att ingå konventionen. Är det fråga om exklusiv befogenhet för EU i ett fall där endast medlemsstaterna kan ratificera konventioner, såsom är fallet med ILO:s konventioner, innebär det att en medlemsstat som överväger en ratificering måste göra det i nära samarbete med EU.

Oberoende av om kompetensen skulle vara delad eller exklusiv måste frågan om ratifikation hanteras genom ett nära samarbete mellan Sverige och EU. Det sätt på vilket Sverige måste agera i förhållande till EU inför en ratifikation är därför enligt utredningens bedömning densamma oavsett om befogenheten att ratificera konventionen är delad eller exklusiv för EU.

5.6.1 Vad innebär ett nära samarbete?

Vad ett nära samarbete innebär har berörts i några yttranden från EU-domstolen. I yttrandet 2/91 anges att medlemsstaterna ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att säkerställa samarbete både när det gäller antagande, ratificering och genomförande av konventionerna. Domstolen uttalade vidare att samarbetet är än mer viktigt när det gäller ILO:s konventioner eftersom EU själv inte kan ingå dessa konventioner. I mål C-25/94 finns också uttalanden rörande ett nära samarbete.⁴⁵ I målet fanns en given ordning för hur samarbetet skulle gå till. Domstolen uttalade att samarbetskyldigheten innebar att den aktuella ordningen skulle följas. Frågan har ställts om detta innebär en skyldighet att formalisera samarbete mellan EU och medlemsstaterna t.ex. när det gäller ILO.⁴⁶

När det gäller ingåendet av nya konventioner finns som beskrivits en ordning för hur samarbetet ska gå till (se avsnitt 5.5.5). Den processen innebär i princip att rådet, efter förslag från kommissionen, bemyndigar EU:s medlemsstater att ingå konventionen om den har ansetts förenlig med EU-rätten. Gäller det äldre konventioner tillämpas samma ordning. Efter förslag från kommissionen fattar rådet beslut om att bemyndiga en medlemsstat att ratificera en konvention.

Utredningen har träffat tjänstemän på kommissionen för att ta reda på hur en medlemsstat ska gå tillväga om staten vill ratificera en äldre konvention.⁴⁷ Precis som var fallet när det gällde kemikaliekonventionen nr 170 (se avsnitt 5.5.6) kan en medlemsstat vända sig till kommissionen och föreslå att kommissionen ska lämna ett förslag till ett beslut om att medlemsstaterna ska bemyndigas att ratificera konventionen. En sådan begäran bör innehålla bakgrunden till varför staten är intresserad av att ratificera konventionen och en beskrivning av hur konventionen kommer att genomföras. Det är naturligtvis av största vikt att det klagörs att ett genomförande kan ske med respekt för EU-rätten. Möjligen kan en sådan begäran ges en större tyngd om den framställs av flera medlemsstater gemensamt.

Kommissionen har dock en självständig rätt att lägga förslag. Det är därför inte säkert att kommissionen på grund av en sådan

⁴⁵ Kommissionen mot rådet, C-25/94, EU:C:1996:114.

⁴⁶ Piet Eeckhout, EU External Relations Law, 2:a uppl., 2011, s. 246.

⁴⁷ Se avsnitt 1 för information om detta möte.

begäran faktiskt lägger ett förslag. Kommissionen kommer sannolikt först själv utreda hur konventionen förhåller sig till EU-rätten. En utgångspunkt, som också framgår av förslaget till beslut rörande kemikaliekonventionen, är att kommissionen anser att ILO:s konventioner som anses relevanta bör ratificeras av EU:s medlemsstater och att EU ska underlätta för detta. Detta gäller i vart fall för, som det anges i nämnda förslaget, ”konventioner, vilkas innehåll inte ger anledning till oro med hänsyn till unionens gällande regelverk”. Det är därför enligt utredningens bedömning sannolikt att kommissionen inte skulle lägga fram ett förslag om kommissionen efter sin analys skulle finna att konventionens regler kan komma i konflikt med EU-rätten.

Innan en medlemsstat vänder sig till EU med en begäran om ett beslut om bemyndigande bör enligt utredningens bedömning särskilda överväganden göras när det rör en äldre konvention som flera medlemsstater redan ratificerat före sitt inträde i EU. Som utredningen konstaterat bör konventionen, särskilt efter avgörandet i Regio Post, kunna genomföras på ett sätt som är förenligt med EU-rätten. Det kan emellertid inte uteslutas att EU, när konventionen analyseras i förhållande till EU-rätten, skulle finna att det finns spänningar mellan konventionen och EU-rätten eller i vart fall att konventionen måste genomföras på ett sätt som är konformt med EU-rätten. För medlemsstater som redan ratificerat konventionen skulle en sådan bedömning kunna innebära att det står klart att deras genomförande av konventionen inte är fullt förenligt med fördragen på det sätt som avses i artikel 351 EUF-fördraget.⁴⁸ Ett sådant tydliggörande kan föranleda att en sådan medlemsstat måste ändra sitt genomförande av den i nationell rätt eller som en yttersta åtgärd säga upp konventionen.

⁴⁸ En analys som gjorts på uppdrag av Kommissionen pekar i den riktningen, se Analysis – in the light of the European Union acquis – of ILO up to date Conventions. Den ger dock inte uttryck för kommissionens officiella ståndpunkt i frågan. Relevansen av analysen kan också ifrågasättas efter att de nya EU-direktiven på upphandlingsområdet trätt i kraft och efter avgörandet i målet Regio Post.

6 Sammanfattande slutsatser avseende ILO:s konvention nr 94

6.1 Inledning

Enligt utredningens kommittédirektiv ska utredaren analysera de unionsrättsliga förutsättningarna för Sverige att ratificera ILO:s konvention nr 94. Om konventionen bedöms kunna ratificeras av Sverige ska utredningen föreslå hur bestämmelserna i den nya upphandlingslagstiftningen ska anpassas till konventionen. Enligt direktiven ska utredaren utgå från att konventionen ska ges en så bred tillämpning som möjligt. Oavsett om Sverige kan ratificera konventionen eller inte ska utredaren analysera vilket unionsrättsligt utrymme det finns för att så långt möjligt anpassa upphandlingslagarna till konventionen. Utredaren ska även beakta hur en anpassning av bestämmelserna förhåller sig till den svenska arbetsmarknadsmodellen. I detta avsnitt sammanfattas de slutsatser som framkommit i betänkandet i den del som rör ILO:s konvention nr 94.

6.2 Konventionens relevans

Sverige är, har varit och ska enligt regeringen vara en tydlig röst i världen för mänskliga rättigheter. Målet för arbetet med mänskliga rättigheter i svensk utrikespolitik är att bidra till att de rättigheter som slagits fasts i FN och i andra internationella fora ska komma alla människor till del.¹ Att främja och öka respekten för de mänsk-

¹ Uppgifterna är hämtade i januari 2016 från regeringens webbplats om mänskliga rättigheter, <http://www.manskligarattigheter.se/sv/manskliga-rattigheter-i-varlden/manskliga-rattigheter-i-svensk-utrikespolitik>

liga rättigheterna, inklusive de ekonomiska och sociala rättigheterna, är en prioriterad uppgift för utrikesförvaltningen.

Regeringen har vid ett flertal tillfällen, bl.a. i budgetpropositionen för 2015, uttryckt att ILO:s konvention nr 94 ska ratificeras. Riksdagen har också vid flera tillfällen behandlat frågan om ratifikation av konventionen och bl.a. tillkännagett för regeringen som sin mening att konventionen bör ratificeras.² Att ratificera konventionen skulle således vara i linje med Sveriges förhållningssätt till mänskliga rättigheter och uppfylla regeringens avsikt i detta avseende.

Trots att konventionen antogs redan 1949 har den fortfarande bedömts vara relevant inom ILO och bland dess medlemsstater. Konventionens aktualitet förstärks av att det vid arbetskonferensen i juli 2007 antogs en slutsats om att ILO bör uppmuntra ratificering av konventionen. Så sent som sommaren 2015 antog arbetskonferensen enhälligt en resolution genom vilken medlemsstaterna uppmanas att ratificera och effektivt genomföra konventionen (se avsnitt 2.3).

6.3 Förutsättningarna för en svensk ratificering

Konventionen måste genomföras i sin helhet. Det är således inte möjligt att t.ex. endast välja att genomföra de delar som överensstämmer med rådande svenska förhållanden. Mot bakgrund av den analys som gjorts i detta betänkande kan konstateras att svensk rätt måste anpassas om Sverige ska kunna ratificera konventionen. Genomförandet måste även ske på ett sätt som är förenligt med upphandlingsdirektiven, utstationeringsdirektivet och EU-rätten i övrigt.

Oaktat möjligheten att anpassa svensk rätt till konventionen måste EU:s respektive Sveriges, i egenskap av medlemsstat i EU, befogenhet att ingå internationella avtal beaktas. Enligt utredningens bedömning måste en ratifikation ske i nära samarbete med EU. Utredningen har funnit att ett nära samarbete när det gäller ratifikation av en ILO-konvention innebär att rådet för EU:s del bemyndigar medlemsstaterna att ratificera konventionen. Det kan antas att kommissionen lägger ett förslag till ett sådant beslut först efter att kommissionen har klarlagt att konventionen kan genomföras med respekt för EU-rätten.

² Bet. 2005/06:AU3 och rskr. 2005/06:174 samt bet. 2010/11:AU10 och rskr. 2010/11:299.

6.3.1 De upphandlingsrättsliga förutsättningarna för ratifikation

Utredningen anser att det är förenligt med upphandlingsdirektiven att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor i form av arbetsklausuler. Vid en ratifikation måste det införas bestämmelser om arbetsklausuler i den svenska upphandlingslagstiftningen.

Det förslag som utredningen lämnade i sitt delbetänkande tillgodoser i stora delar konventionens krav på användningen av arbetsklausuler. Den större justering som måste göras i förslaget för att anpassa det till konventionen är att obligatoriet att använda arbetsklausuler måste gälla för alla statliga myndigheter i alla offentliga upphandlingar.

6.3.2 De arbetsrättsliga förutsättningarna för ratifikation

Som framgår redan av utredningens tidigare delbetänkande är det komplicerat att införa bestämmelser om villkor enligt kollektivavtal i offentlig upphandling med hänsyn till hur den svenska arbetsmarknadsmodellen är utformad.³ Detta beror huvudsakligen på att upphandlingsregelverket ställer krav på bl.a. öppenhet medan svenska kollektivavtal normalt sett inte är tillgängliga för andra än de avtalslutande parterna och deras medlemmar. Därtill är avtalen ibland svåra att tolka för andra än avtalsparterna och innehåller inte alltid tydliga uppgifter om lön. De svårigheter som uppmärksammades i delbetänkandet rörande den svenska arbetsmarknadsmodellen och användningen av särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor är desamma som om konventionen skulle genomföras eftersom det i båda fallen är fråga om offentlig upphandling och arbetsvillkor hämtade ur svenska kollektivavtal. Konsekvenserna för den svenska arbetsmarknadsmodellen och lönebildningen är därför i huvudsak också desamma.

Även om ett genomförande av konventionen innebär en del nyheter i förhållande till den nuvarande ordningen på arbetsmarknaden är det, som framgått av kapitel 4, utredningens uppfattning att konventionen kan genomföras med respekt för den svenska modellen.

³ Se SOU 2015:78.

6.4 Sammanfattande slutsatser

Utredningen kan konstatera att det för närvarande råder en viss osäkerhet kring om och i så fall hur arbetsrättsliga hänsyn kommer att regleras i den kommande upphandlingslagstiftningen. Som framgått av avsnitt 4.4.1 innebär redan det förslag som utredningen presenterade den 1 september 2015 att arbetsrättsliga villkor kan beaktas i svensk upphandling.

En ratifikation av konventionen väcker dock en mängd nya frågor som måste lösas av lagstiftaren. Det rör frågor på såväl strukturell nivå såsom hur den svenska arbetsmarknaden är reglerad som upphandlingsrättsliga frågor rörande konventionens tillämpningsområde vid genomförande i svensk rätt. Vad gäller den senare frågan kan som exempel nämnas obligatoriets räckvidd och om möjliga undantag kan införas, t.ex. genom tröskelvärden. Med hänsyn till att det för närvarande inte är klarlagt hur den kommande lagstiftningen kommer att reglera möjligheterna att ta arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling har det inte varit ändamålsenligt för utredningen att ta ställning till alla de frågor som ett eventuellt genomförande av konventionen väcker. Utredningen har därför valt att inte lämna några konkreta lagförslag.

Utredningen konstaterar att arbetsklausuler kan användas i offentlig upphandling utan att konventionen ratificeras. Konventionen utvidgar inte utrymmet att ställa arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling. De begränsningar som finns för att ställa sådana villkor följer av nationella förhållanden och EU-rätten och påverkas inte av om konventionen ratificeras eller inte.

En ratifikation innebär ett långsiktigt åtagande att uppfylla konventionens krav eftersom konventionen endast kan sägas upp vart tionde år räknat från då konventionen trädde i kraft 1952. Det innebär också en regelbunden uppföljning av förpliktelserna enligt konventionen eftersom en medlemsstat är rapporteringsskyldig till ILO. Dessa omständigheter måste också beaktas inför en ratifikation.

Sammanfattningsvis är det utredningens bedömning att mervärdet för svenska förhållanden med att ratificera konventionen framstår som begränsat. Oaktat detta är det utredningens bedömning att en ratifikation är en kraftfull och tydlig markering för att Sverige tar aktiv ställning för goda arbetsvillkor och ställer sig bakom de grundläggande normer och värderingar som avspeglas i ILO:s

normsystem. Utredningen förordar därför en ratifikation. Den bedömer att ett arbete bör initieras i ILO-kommittén för att diskutera en ratificering av konventionen och att Sverige därefter bör inleda ett samarbete med kommissionen och närmare diskutera denna fråga.

DEL 2

Internationell jämförelse av
sociala villkor i offentlig upphandling

7 Internationell jämförelse

7.1 Uppdraget

I utredningens kommittédirektiv anges att utredaren ska kartlägga och redovisa hur sociala och arbetsmarknadsrelaterade krav används i andra nordiska länder och EU-länder som i detta hänseende är jämförbara med Sverige. Detta för att stärka den strategiska användningen av offentlig upphandling.

Utredningen har valt att låta kartläggningens fokus ligga på arbetsmarknadsrelaterade hänsyn. Utredningens avsikt har varit att beskriva något eller några konkreta exempel i varje utvalt land samt att beskriva den rättsliga regleringen rörande just arbetsmarknadsrelaterade hänsyn. Mot bakgrund av den knappa utredningstiden har utredningen valt exempel som kan bedömas som relevanta för Sverige och svenska förhållanden.

Utredningens avsikt har inte varit att ge en uttömmande och fullständig beskrivning av rättsliga förhållanden och möjligheten att använda arbetsmarknadsrelaterade hänsyn i offentlig upphandling i de utvalda länderna. Beskrivningen av förhållandena i de olika länderna skiljer sig därför åt. I vissa fall ligger fokus på de aktuella exemplen och i andra fall får den rättsliga och politiska bakgrunden ett större utrymme. Skillnaderna beror till viss del på tillgången till relevant material. Där utredningen haft tillgång till material som utvärderar effekterna av användningen av sociala hänsyn i upphandling redovisas också detta.

Arbetsmarknadsrelaterade hänsyn i offentlig upphandling kan vara att den upphandlande myndigheten uppställer villkor om att leverantören ska anställa arbetstagare som står långt ifrån arbetsmarknaden, t.ex. långtidsarbetslösa eller personer med funktionsnedsättning. Det kan också vara villkor som underlättar för unga att etablera sig på arbetsmarknaden.

I de exempel som utredningen redogör för har sociala hänsyn i de flesta fall ställts inom ramen för den ordinarie upphandlingsproceduren. Ett annat sätt att ta sociala hänsyn är genom användandet av reserverade kontrakt. Upphandlingsdirektiven¹ har bestämmelser, artikel 20 i LOU-direktivet, artikel 38 i LUF-direktivet och artikel 24 i LUK-direktivet, som medger att vissa leverantörer får särbehandlas på grund av sociala hänsyn. Enligt bestämmelserna kan deltagande i ett upphandlingsförfarande reserveras till vissa leverantörer, s.k. skyddade verkstäder och leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning och missgynnade personer. Vidare kan ett kontrakt villkoras med att detta ska fullgöras inom ramen för ett program med skyddad anställning. För båda dessa varianter gäller att minst 30 procent av arbetstagarna i verksamheterna är personer med funktionsnedsättning eller missgynnade personer.

I vissa länder anses åtgärder som underlättar deltagande i offentlig upphandling för små och medelstora företag vara en del av sociala hänsyn. Därför finns sådana åtgärder med i redovisningen i vissa fall.

Vid tiden för utredningens arbete med detta betänkande pågick fortfarande genomförandet av 2014 års upphandlingsdirektiv i de flesta medlemsstater. Det underlag som ligger till grund för detta avsnitt, såsom diverse politiska strategier och vägledningar som riktar sig till upphandlande myndigheter i de olika länderna, är utformade efter 2004 års upphandlingsdirektiv, om inte annat anges.

7.2 Urval och metod

De länder som omfattas av redovisningen är Danmark, Norge, Finland, Nederländerna, Belgien och Storbritannien. De nordiska länderna liknar i många avseenden Sverige och är därför särskilt intressanta. De övriga länderna har valts eftersom utredningen där

¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 65–242, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG, EUT L 94, 28.3.2014, s. 243–374 och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner, EUT L 94, 28.3.2014, s. 1–64.

funnit goda exempel på hur arbetsmarknadsrelaterade villkor har använts i offentlig upphandling.

För att få del av relevant underlag har utredningen vänt sig till forskare och myndigheter i olika länder med förfrågningar om erfarenheter och goda exempel. Vidare har utredningen träffat representanter från företag, organisationer och myndigheter i Danmark, Finland, Storbritannien och Belgien.

Upphandlingsdirektiven reglerar huvudsakligen upphandlingsproceduren. Förenklat kan proceduren beskrivas i olika faser och varje fas har sin motsvarighet i regleringen i upphandlingsdirektiven. Det förekommer dock en stor spridning avseende de språkliga benämningarna avseende såväl faser som de kriterier som ställs. Även inom Sverige förekommer fler olika benämningar. Utredningen har valt att benämna faserna och kriterierna enligt följande, om inget annat särskilt anges.

- De tekniska specifikationerna (i vilken de faktiska kravspecifikationerna för kontrakt föremålet beskrivs).
- Urvalsfasen (i vilken anges kriterier för uteslutning och urval av anbudsgivare).
- Utvärderingsfasen (i vilken anges tilldelningsgrund och tilldelningskriterier).
- Kontrakt (med särskilda villkor för fullgörande av kontraktet).

7.3 Danmark

7.3.1 Ramarna

Den danska upphandlingslagstiftningen innehåller inga uttryckliga bestämmelser om hur upphandlande myndigheter ska förfara när det gäller sociala villkor. Det är också frivilligt för myndigheterna att använda sådana villkor. Som en grundläggande princip vid användande av sociala klausuler gäller dock den s.k. följ- eller förklarapricipen. Principen innebär att upphandlande myndigheter antingen måste använda sig av sociala klausuler om utbildnings- och praktikavtal i

upphandlingar eller förklara varför de inte gör det.² Regionala och kommunala upphandlande myndigheter är sedan den 1 januari 2014 skyldiga att tillämpa följ- eller förklaraprintipen i upphandlingar där detta framstår relevant. Statliga myndigheter omfattas av skyldigheten sedan den 6 februari 2013. Förpliktelsen följer av finansloven³ för 2013 och avtalen om kommunernas och regionernas ekonomi för 2014. För att skapa flera praktikplatser har regeringen i finansloven även fastslagit att sociala klausuler ska användas oftare inom staten.

Den danska regeringen har genom upprättande av handlingsplaner för socialt ansvarstagande upphandling för åren 2008–2012 och 2012–2015 samt genom en strategi⁴ för smarta offentliga inköp tydliggjort en målsättning att det offentliga ska öka och främja socialt ansvarstagande vid offentlig upphandling. Ett flertal upphandlingsstödjande myndigheter har som ett led i detta arbete upprättat vägledningar m.m. för hur sociala hänsyn kan beaktas inom ramen för offentlig upphandling.

Den danska regeringens handlingsplan för verksamheters sociala ansvar 2012–2015 har som ett mål att det offentliga ska främja socialt ansvarstagande. Regeringen vill därför:

- Utarbeta gemensamma offentliga riktlinjer för ansvarsfulla inköp i samarbete med kommuner och andra relevanta parter. Riktlinjerna ska fungera som ett praktiskt verktyg till hur och när socialt ansvar kan användas i samband med offentliga inköp.
- Öka det frivilliga användandet av sociala klausuler vid offentlig upphandling.
- Öka användandet av arbetsklausuler.
- Främja gröna inköp så att fler kommuner ställer obligatoriska miljömässiga krav i samband med inköp.
- Främja inköp i och utanför Danmarks gränser.

² SKI, Guide: CSR, Regler, lovgivning, maerker, standarder og vejledning, August 2014, s. 8.

³ Regeringens årliga budget.

⁴ Regeringens strategi for intelligent offentligt indkøb, den 31 december 2013.

Statens og Kommunernes Indkøbs Service

SKI är en central inköpsorganisation som genomför upphandlingar på uppdrag av den offentliga och halvoffentliga sektorn samt tar fram ramavtal på ett antal varu- och tjänsteområden. SKI grundades som ett offentlig ägt aktiebolag 1994 och ägs av staten (55 procent) och kommunerna (Kommunernes Landsforening) (45 procent). Syftet med SKI:s verksamhet är att effektivisera och professionalisera upphandling i Danmark.⁵

Användare av SKI:s ramavtal kommer från alla delar av den offentliga sektorn såsom staten, regionala och kommunala organisationer och halvoffentliga företag.

SKI har gett ut en vägledning som syftar till att ge en överblick över gällande regler, lagar och frivilliga avtal gällande CSR-området⁶ inom ramen för inköp och offentlig upphandling.

Udbudsportalen

Udbudsportalen – Den ansvarige indkøber, är en webbaserad tjänst som erbjuder offentliga upphandlande myndigheter och privata leverantörer vägledning, kunskap och verktyg rörande offentlig upphandling. Tjänsten är ett resultat av ett samarbete mellan Erhvervsstyrelsen, Byggestyrelsen och Kommunernes Landsforening.

Udbudsportalen är en direkt följd av den danska regeringens handlingsplan för verksamhetens sociala ansvar 2012–2015 (se ovan) i vilken uttryckligen anges att det ska utarbetas gemensamma riktlinjer för socialt ansvarstagande vid offentlig upphandling. Riktlinjerna är framtagna för offentliga upphandlare som vill ställa krav på socialt ansvar utifrån gällande rätt.

På Udbudsportalen finns tillgång till kortare vägledningar men även hänvisningar till Konkurrens- och Forbrugerstyrelsens vägledningar. Udbudsportalen erbjuder vidare ett verktyg, Kontraktsautomaten, som hjälper till att formulera lämpliga sociala klausuler i en specifik upphandling. Användaren av Kontraktsautomaten får besvara ett antal frågor på webbplatsen som t.ex. vad som är syftet

⁵ SKI:s webbplats, <http://www.ski.dk/viden/Sider/Fakta-om-SKI.aspx>

⁶ CSR är en förkortning av det engelska Corporate Social Responsibility vilket kan översättas med "verksamhetens sociala ansvar".

med den sociala klausulen, vilka målgrupper som omfattas och hur strikt leverantören ska vara bunden av klausulen. Därefter anger Kontraktsautomaten ett förslag till en social klausul som ska kunna användas i upphandlingen.

7.3.2 Sociala hänsyn i upphandlingsprocedurens olika faser

Den danska Konkurrense- och Forbrugerstyrelsen är en oberoende myndighet med ansvar för bl.a. tillsyn och rådgivning avseende offentlig upphandling.⁷ Myndigheten har upprättat en promemoria⁸ om huvudsakliga villkor för användande av sociala klausuler vid offentlig upphandling och en vägledning⁹ avseende sociala hänsyn och miljöhänsyn vid offentlig upphandling. Dokumenten riktar sig till upphandlande myndigheter och syftar till att ge en översikt över hur sociala hänsyn kan ställas i de olika faserna i upphandlingsprocessen. Detta avsnitt beskriver möjligheten att ta sociala hänsyn utifrån vad som framkommer i dessa dokument.

När en myndighet bestämt sig för att ta sociala hänsyn i sin upphandling måste myndigheten avgöra i vilken eller vilka faser i upphandlingsproceduren detta lämpligen ska ske. Enligt vägledningen är det möjligt att ta sådana hänsyn i alla skeden i proceduren, dvs. i de tekniska specifikationerna, i urvalfasen, i utvärderingsfasen och i villkoren för kontraktets fullgörande.

För att sociala hänsyn ska kunna tas gäller som grundläggande förutsättningar att hänsynen ska vara:

- knutna till kontraktsföremålet eller till kontraktets utförande,
- överensstämma med EU-rättens grundläggande bestämmelser och principer, i synnerhet principerna om icke-diskriminering, likabehandling, proportionalitet och öppenhet, och
- framgå av meddelande om upphandling eller förfrågningsunderlaget.

⁷ Se myndighetens webbplats <http://www.kfst.dk/Om-os/Opgaver>

⁸ 4 hovedbetingelser for anvendelse af sociale klausuler (kontraktvilkår) i udbud.

⁹ Sociale hensyn og miljøhensyn ved offentlige indkøb, Vejledning, 2014, Konkurrense- og Forbrugerstyrelsen.

Sociala hänsyn i kravspecifikationen

Vid offentlig upphandling måste den upphandlande myndigheten först definiera vad som är kontraktsföremålet. Därefter måste myndigheten beskriva de nödvändiga krav som gäller för den vara, tjänst eller det arbete som ska levereras. Dessa krav ska framgå av de s.k. kravspecifikationerna. Avgörande för om ett socialt krav kan ställas i kravspecifikationerna är om kravet kan anses knutet till kontraktsföremålet. Det kan t.ex. vara krav på sociala hänsyn som tillgänglighet för personer med fysiska funktionshinder vid upphandling av lokal busstrafik, eller krav om att uniformer som köps till anställda inom myndigheten ska vara religionsneutrala och icke-anstötliga.

Som ett konkret exempel på sociala hänsyn i kravspecifikationen anges i vägledningen att en kommun önskar att en ny lekplats ska vara särskilt lämpad för barn med funktionshinder. Kontraktsföremålet är i detta fall ”köp av lekplats”. I kravspecifikationen kan den upphandlande myndigheten beskriva vilka närmare krav som lekplatsen ska uppfylla för att den ska anses vara särskilt lämpad för barn med funktionshinder. I kravspecifikationen kan den upphandlande myndigheten däremot inte ställa krav på att de arbetstagare som sysselsätts i byggandet av lekplatsen ska tillförsäkras vissa arbetsvillkor. Ett sådant krav kan inte anses ha en sådan koppling till kontraktsföremålet, dvs. köp av lekplats, att det kan ställas i kravspecifikationen.

Sociala hänsyn i urvalsfasen

Som exempel på att ta sociala hänsyn i urvalsfasen anges i vägledningen en kommun som ska upphandla ett kontrakt rörande aktivering av långtidsarbetslösa. Kommunen kan begära dokumentation som visar att anbudsgivaren i sin verksamhet har erfarenhet av liknande situationer. Kommunen kan också begära in dokumentation om att verksamheten har personal som har erfarenhet av de aktuella frågorna. Kommunen kan däremot inte kräva att verksamheten har en generell policy gällande att t.ex. anställa långtidsarbetslösa.

Sociala hänsyn i utvärderingsfasen

Sociala hänsyn kan endast uppställas i denna fas om tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet används. Det sociala tilldelningskriteriet kan vidare endast användas om det:

- är knutet till kontraktets föremål,
- inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet,
- uppfyller de grundläggande EU-rättsliga principerna och
- framgår av meddelandet om upphandling och förfrågningsunderlaget.

Om en upphandlande myndighet har uppställt sociala krav i kravspecifikationen och där fastställt något eller flera lägsta krav för utförandet av uppdraget så är det vanligtvis möjligt att ställa dessa krav även i utvärderingsfasen (som ett tilldelningskriterium). Det betyder att en anbudsgivare kan få högre poäng vid utvärderingen om denne kan lämna ett bättre erbjudande än vad som är fastställt i de lägsta krav som följer av kravspecifikationerna.

Som ett exempel anger vägledningen följande. En styrelse ska införskaffa ett nytt it-system och har i kravspecifikationen fastställt att systemet ska vara användarvänligt för personer med syn- och hörselnedsättning. Upphandlande myndighet kan i dessa fall uppställa ett tilldelningskriterium som ger poäng för ett anbud med en lösning som ger bättre resultat för personer med syn- och hörselnedsättning än det uppställda minimikravet. Anbudsgivarna kan alltså konkurrera om en lösning som gör it-systemet mest användarvänligt för personer med dessa nedsättningar. I vägledningen anges att upphandlande myndigheter dock inte kan uppställa krav om att it-systemet utvecklats av personer som har syn- eller hörselnedsättning.

Det är möjligt att ta sociala hänsyn genom tilldelningskriterium även om kravet inte varit en del av kravspecifikationerna. Det kan t.ex. vara fråga om en upphandlande myndighet som vill köpa produkter som uppfyller kraven för Fairtrade men är osäkra på omkostnaderna för sådana produkter eller om sådana produkter finns tillgängliga på marknaden. Genom att ta med hänsynen som tilldelningskriterium kan kravet vägas mot andra parametrar inklusive omkostnader.

Sociala hänsyn som kontraktsvillkor

Vägledningen hänvisar till upphandlingsdirektivens bestämmelse om kontraktsvillkor i vilken anges att kontraktsvillkoren kan röra sociala hänsyn.¹⁰ En upphandlande myndighet kan ställa sådana villkor under förutsättning att villkoret:

- är knutet till kontraktsföremålet,
- överensstämmer med de EU-rättsliga principerna, och
- framgår av meddelandet om upphandlingen eller av förfrågningsunderlaget.

Enligt vägledningen finns det ofta ett intresse hos offentliga myndigheter att ställa sociala hänsyn som syftar till att tillgodose behov för vissa utsatta grupper i samhället som t.ex. långtidsarbetslösa eller praktikanter. Hänsynen kan formuleras antingen som förpliktande villkor eller som en uppmaning att anställa arbetstagare från utsatta grupper vid kontraktets utförande.

Som exempel på en social klausul anger vägledningen följande klausul gällande anställning av elever eller praktikanter för utförande av kontraktet:

Leverandøren skal sikre, at mindst X stillinger, der anvendes til at opfylde denne kontrakt, besættes med elever.

Ved elever forstås en arbejdstager, med hvem leverandøren eller dennes underleverandører indgår eller har indgået en uddannelsesaftale. Uddannelsesaftalen skal indgås som led i et uddannelsesforløb, som eleven følger, og skal være rettet mod, at eleven opnår personlige, sociale og faglige kvalifikationer, som understøtter elevens uddannelsesforløb, og som giver grundlag for beskæftigelse på arbejdsmarkedet.

Uddannelsesforløb i medfør af lovbekendtgørelse nr. 987 af 16. august 2010 om erhvervsgrunduddannelser m.v. og i medfør af lovbekendtgørelse nr. 439 af 29. april 2013 om erhvervsuddannelser anses at opfylde ovenstående krav til uddannelsesforløb.

Leverandøren eller dennes underleverandører kan indgå uddannelsesaftaler om uddannelsesforløb i medfør af andre tilsvarende uddannelsesordninger i EU/EØS, herunder med elever fra andre EU/EØS-lande, som opfylder ovenstående krav til et uddannelsesforløb.

¹⁰ Artikel 26 i LOU-direktivet.

Sociala klausuler om att förebygga och behålla arbetstagare syftar typiskt sett till att förpliktiga leverantören till att ha en personalpolitik eller arbetsmiljöpolitik för de arbetstagare som sysselsätts genom uppdraget i det aktuella upphandlingskontraktet, för att förhindra utslitning och behålla befintlig personal. Sådana klausuler kan endast avse de arbetstagare som utför arbete som följer av det uppdrag som avses i kontraktet.

Uppföljning

För att säkerställa att de sociala förpliktelserna efterlevs bör upphandlande myndigheter införa villkor i kontraktet om både uppföljning och sanktioner. Den upphandlande myndigheten måste dock vara medveten om att de sociala förpliktelserna ofta är biförpliktelser till själva kontraktet. Det är därför myndighetens ansvar att skapa en balans mellan kontroll- och tillsynsmöjligheter och att ställda krav verkligen uppfylls. En mycket restriktiv kontroll kan skapa samarbetsproblem med leverantören. Det kan därför vara klokt att sträva efter samarbete och dialog om hur villkoren uppfylls.

7.3.3 Upphandlingar som inte omfattas av direktiven

I Danmark råder olika förutsättningar för att ta sociala hänsyn i offentlig upphandling beroende på om upphandlingen omfattas av EU-direktiven, har ett gränsöverskridande intresse eller vare sig omfattas av direktiven eller har ett sådant intresse.

Om ett kontrakt inte alls eller endast delvis omfattas av upphandlingsdirektiven är upphandlande myndigheter mer fria att ställa krav på sociala hänsyn i upphandlingen. Sådana kontrakt kan delas in i olika kategorier. Det rör sig om kontrakt:

- som har ett gränsöverskridande intresse,
- som omfattas av lagen om offentlig upphandling, eller
- som inte har ett gränsöverskridande intresse och som inte omfattas av lagen om offentlig upphandling.

Möjligheter att ta sociala hänsyn skiljer sig åt för dessa olika typer av kontrakt.

Kontrakt med gränsöverskridande intresse

Ett antal kontrakt, t.ex. avtal som rör B-tjänster eller koncessionsavtal, är undantagna från LOU-direktivet och den danska upphandlingslagen. För dessa kontrakt gäller särskilda regler när avtalet har ett gränsöverskridande intresse.

Enligt vägledningen har ett kontrakt ett gränsöverskridande intresse om leverantörer i andra medlemsstater kan vara intresserade av att lämna anbud. Huruvida detta är fallet görs efter en bedömning av kontraktets karaktär och storlek.

I dessa fall är den upphandlande myndigheten inte bunden av LOU-direktivets regler men dessa kan användas som en passande procedur för tilldelning av kontrakt.

Den upphandlande myndigheten måste till följd av principen om öppenhet säkerställa en lämplig grad av offentlighet kring kontrakt med ett gränsöverskridande intresse. Tillräcklig information ska tillhandahållas för att anbudsgivare utanför Danmark ska ha rimliga förutsättningar att avgöra om de är intresserade av kontraktet.

Reglerna om de tekniska specifikationerna, dokumentation om lämplighet och val av tilldelningsgrund ”lägsta pris” eller ”ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” tillämpas inte på kontrakt som faller utanför upphandlingslagen även om det har ett gränsöverskridande intresse. Detta innebär att upphandlande myndigheter mer fritt kan fullfölja sociala målsättningar i dessa upphandlingar.

Upphandlande myndigheter har i dessa fall följande möjlighet att:

- Mera fritt beskriva det önskade förvärvet i kravspecifikationen. Myndigheten har t.ex. möjlighet att hänvisa till specifika sociala märkningar genom att ange ”eller liknande”.
- Själva välja uteslutnings- och urvalskriterier. Den upphandlande myndigheten kan t.ex. välja anbudsgivare som har en för anställda fördelaktig arbetsmiljöpolicy.
- Själva välja tilldelningsgrund för kontraktet. Den upphandlande myndigheten kan t.ex. välja att tilldela kontraktet till ”det mest miljövänliga anbudet” eller ”det mest socialt ansvarstagande anbudet”, under förutsättning att det är möjligt att utvärdera kontrakten på denna grund.

Den upphandlande myndigheten är även vid kontrakt med gränsöverskridande intresse bunden av de EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet och öppenhet. Detta innebär att krav om sociala hänsyn inte får medföra att utländska leverantörer inte kan uppfylla kontraktet, att kraven måste vara proportionerliga i förhållande till kontraktet och att kraven ska framstå klara för alla potentiella leverantörer.

Kontrakt som omfattas av den danska upphandlingslagen

När ett kontrakt hamnar under upphandlingsdirektivets tröskelvärden men överstiger de tröskelvärden som följer av upphandlingslagen ska de upphandlande myndigheterna följa särskilda bestämmelser i upphandlingslagen för tilldelning av kontrakt.

Lagen innehåller olika regler för bygg- och anläggningsarbeten samt för upphandling av varor och tjänster. Gemensamt för alla kontrakt är att det ankommer på myndigheten att se till att det inte förekommer någon olikbehandling mellan anbudsgivare och att valet av anbudsgivare kommer att baseras på objektiva, sakliga, och icke-diskriminerande kriterier. Det är en fråga i varje enskild upphandling om det är möjligt att ställa krav på sociala hänsyn på ett sätt som uppfyller angivna kriterier. I allmänhet har dock upphandlande myndigheter större möjligheter att ta sociala hänsyn i dessa fall eftersom det inte finns samma krav på beskrivning av kontraktets föremålet vid urval och tilldelning, som det finns för kontrakt som omfattas av upphandlingsdirektiven.

Kontrakt som inte har ett gränsöverskridande intresse och inte omfattas av upphandlingslagen

När ett avtal varken har ett gränsöverskridande intresse eller omfattas av upphandlingslagen är de upphandlande myndigheterna fria att välja till vem kontraktet ska tilldelas och vilka krav en leverantör måste uppfylla. I sådana upphandlingar behöver inte de grundläggande EU-rättsliga principerna följas. Den upphandlande myndigheten kan fritt ställa krav på sociala hänsyn vid tilldelning av sådana kontrakt så länge de inte står i strid med allmänna danska förvaltningsrättsliga principer.

7.3.4 Exemplet Köpenhamns kommun

Köpenhamns kommun har använt s.k. sociala klausuler i offentlig upphandling sedan 2005. Det rör sig om villkor i upphandlingskontrakt om bl.a. anställande av arbetslösa och praktikanter vid utförande av uppdrag. Användandet av sociala klausuler började som ett projekt och har därefter fortsatt. Projektet utformades i nära samarbete med arbetsmarknadens parter. Parterna har sedan inledningen varit positiva till sociala klausuler även om det från arbetsgivarssidans håll har framförts att systemet är för byråkratiskt.

Sociala klausuler används i princip i alla upphandlingar som rör bygg- och anläggningskontrakt som överstiger en viss kontraktssumma och som löper mellan 2 och 4 år. Det har inte ansetts vara proportionerligt att ställa klausuler i andra upphandlingar. I upphandlingar som avser andra områden än bygg- och anläggningskontrakt behöver inte sociala klausuler användas, men det ska övervägas. I sådana fall utreds förutsättningarna för att ställa sociala villkor i varje upphandling genom bl.a. dialog med relevanta aktörer. Om det vid denna dialog framgår att det t.ex. finns svårigheter att ställa sociala villkor görs inte detta. Vid offentlig upphandling använder kommunen även så kallade arbetsklausuler och klausuler om socialt ansvar (det senare avser framför allt CSR-frågor).

När de sociala klausulerna används gäller de framför allt anställning av arbetslösa och praktikanter vid utförande av upphandlingskontraktet. När det gäller praktikanter innebär villkoren normalt att leverantören ska se till att minst en viss andel av de årsarbetskrafter som används till att uppfylla kontraktet ska ge sysselsättning till en eller flera praktikanter.¹¹ Det är således antalet timmar i utförandet av uppdraget och inte antalet praktikanter som regleras i kontraktet.

Definitionen av en praktikant är, enligt kommunens mall för kontraktsvillkor för anställning av praktikanter, en arbetstagare med vilken leverantören ingått ett utbildningsavtal enligt lagen om yrkesutbildning eller som omfattas av en liknande utbildningsordning i ett annat EU-land.

Leverantören kan välja att anställa en eller flera praktikanter under en kortare period under förutsättning att det totala antalet

¹¹ Köpenhamns kommuns mall för kontrakt; Bilaga 11a Udkast til kontraktsklausul for beskaeftigelse af praktikanter: Krav om beskaeftigelse af praktianter og ledige i Kobenhavns Kommunens udbud (Vedtaget i BR den 28 november 2013 og 21 augusti 2014).

arbetstimmar, inklusive skolgång, som utförs av praktikanter motsvarar den överenskomna andelen årsarbetskrafter under kontraktets löptid.

Kravet att använda praktikanter kan utgå om leverantören inte kan hitta praktikanter som vill ingå ett utbildningsavtal med denne. Kravet utgår dock endast under förutsättning att leverantören kan visa att denne i rimlig omfattning har annonserat efter praktikanter på en särskild webbplats¹² för ändamålet eller annonserat på annat lämpligt sätt i ett annat EU-land, eller att en teknisk skola eller motsvarande skola eller annan relevant myndighet i ett annat EU-land efter kontakt med leverantören inte har kunnat förmedla en praktikant för anställning.

Om leverantören inte kan godkännas som ”praktikverksamhet” på grund av förhållanden som leverantören inte kan avhjälpa utan större besvär, kan leverantören efter samtycke från Köpenhamns kommun välja att uppfylla kravet om anställning av praktikanter genom att anställa motsvarande antal arbetslösa inom ramen för vad som gäller för arbetslösa i Danmark eller som omfattas av en liknande ordning i ett annat EU-land.

Om den upphandlande myndigheten begär att leverantören ska anställa arbetslösa innebär det att leverantören ska se till att det under kontraktets löptid anställs det antal arbetslösa som angetts i upphandlingsdokumenten.¹³ Anställningen ska ske genom de sysselsättningsformer som följer av en särskild lag, lov om en aktiv beskafteindsats, såsom t.ex. praktiktjänst eller flexjobb eller genom anställning av arbetslösa som omfattas av liknande ordningar för arbetslösa i ett annat EU-land. Utöver dessa ramar är leverantören fri att själv välja persongrupp, anställningsform och anställningsperiod så länge anställningen sker inom tiden för kontraktets utförande och personerna är anställda för att utföra det arbete som omfattas av kontraktet.

Kravet att anställa arbetslösa utgår om leverantören inte kan hitta tillräckligt många arbetslösa för en relevant anställning. Skyldigheten förfaller dock endast under vissa angivna och dokumenterade förutsättningar. Leverantören ska visa dels att denne i rimlig om-

¹² www.praktikpladsen.dk

¹³ Köpenhamns kommuns mall för kontrakt; Bilaga 11b Udkast til kontraktsklausul for beskafteelse af ledige: Krav om beskafteelse af praktianter og ledige i Kobenhavns Kommunens udbud (Vedtaget i BR den 28 november 2013 og 21 augusti 2014).

fattning har annonserat efter arbetslösa och därvid tagit kontakt med en arbetsförmedling eller annan relevant myndighet i ett annat EU-land, dels att en arbetsförmedling eller annan relevant myndighet från ett annat EU-land efter uppdrag från leverantören inte har kunnat förmedla en arbetslös för anställning.

Inom Köpenhamns kommun finns en särskild enhet som arbetar särskilt med uppföljning. Uppföljning av sociala klausuler sker vanligen genom att upphandlande myndighet håller möte med leverantören och kontrollerar hur arbetet enligt kontraktet fortlöper. Om det uppstår oenighet om orsaken till att leverantören har misslyckats anställa arbetslösa eller praktikanter begär kommunen i första hand en förklaring från leverantören. Om myndigheten anser att leverantörens förklaring är otillräcklig och att leverantören agerat i strid med kontraktet kan kommunen bl.a. använda sanktioner i form av böter eller hävande av kontraktet. Kommunen använder dock i första hand dialog och det är ytterst ovanligt med andra sanktioner.

Klausulerna innehåller endast ett minimikrav på antalet praktikanter eller anställda. Det görs således ingen begränsning för hur många som får anställas. Det finns heller inget krav om att de arbetslösa eller praktikanterna ska anställas i leverantörens verksamhet. I princip är det möjligt att dessa i stället bereds sysselsättning i underleverantörers verksamhet.

7.4 Norge

I Norge synes sociala hänsyn i offentlig upphandling huvudsakligen avse att varor och tjänster ska produceras och utföras under förhållanden som är förenliga med internationella konventioner om mänskliga rättigheter och rättigheter i arbetslivet. I Norge finns dock viss reglering om lärlingsklausuler. Tillämpningen av dessa beskrivs nedan i avsnitt 7.4.3. Inledningsvis presenteras dock regelverket kring sociala hänsyn och vad socialt ansvar i offentlig upphandling anses innebära i Norge.

7.4.1 Regelverket

Det norska regelverket för upphandling utgörs av lov om offentlige anskaffelser¹⁴ samt forskrift om offentlige anskaffelser¹⁵. Upphandlingslagstiftningen saknar bestämmelser som direkt ålägger offentliga myndigheter att ta sociala hänsyn i sina upphandlingar. Det är således frivilligt att ställa krav om detta.

Lagen innehåller en bestämmelse om att upphandlande myndigheter inför varje upphandling ska beakta och ta hänsyn till livscykelkostnader, universell utformning och miljömässiga konsekvenser av upphandlingen.¹⁶ Med universell utformning avses att alla människor så långt som möjligt ska kunna använda det som upphandlas utan särskilda anpassningar eller hjälpmedel. Regelverket ger möjlighet att ta sociala hänsyn genom kvalificeringskrav, tilldelningskriterier och särskilda kontraktsvillkor.

Forskrift om offentlige anskaffelser innehåller en bestämmelse som ger upphandlande myndigheter viss möjlighet att ställa villkor om lärlingar i upphandlingskontrakt.

Den norska regeringen har gett ut en handlingsplan för miljö- och samhällsansvar i offentlig upphandling för 2007–2010.¹⁷ I denna framhålls att det offentliga ska sträva efter en ansvarsfull upphandling när det gäller miljö samt etiska och sociala förhållanden.

Fornyings- og administrasjons og kirke- og kirkedepartementet har det huvudsakliga ansvaret för offentlig upphandling i Norge. Det har tagit fram en vägledning för upphandling som bl.a. rör miljöhänsyn och socialt ansvarstagande.

Direktoratet for forvaltning og IKT (Difi) har i uppdrag att främja en effektiv användning av statens resurser. Difi arbetar med offentlig upphandling, styrning och ledning inom offentlig sektor och e-förvaltning. Difi erbjuder kompetensutveckling samt information och vägledning om upphandling genom webbportalen anskaffelser.no. Portalen vänder sig till både offentliga inköpare

¹⁴ LOV-1999-07-16-69.

¹⁵ FOR-2006-04-07-402.

¹⁶ Av § 6 Lov om offentlige anskaffelser framgår att "Statlige, kommunale og fylkeskommunale myndigheter og offentligrettslige organer skal under planleggingen av den enkelte anskaffelse ta hensyn til livssyklus-kostnader, universell utforming og miljømessige konsekvenser av anskaffelsen".

¹⁷ Miljøverndepartementet, Fornyings- og administrasjonsdepartementet og Barne- og likestillingsdepartementet, Handlingsplan 2007–2010, Miljø- og samfunnsansvar i offentlige anskaffelser.

och privata leverantörer. Difi har även gett ut en vägledning om socialt ansvar vid offentlig upphandling.¹⁸

7.4.2 Socialt ansvar

Enligt Difi innebär socialt ansvar vid offentlig upphandling att ställa krav om att de varor som köps är producerade utan att människor och miljö tar skada. För varor som tillverkas i Norge tillgodoses dessa hänsyn genom annan lagstiftning än upphandlingslagstiftning. För varor som tillverkas inom EU innehåller EU- och EES-rätten bestämmelser om skydd för sociala hänsyn. Enligt Difi är utmaningen på detta område därför främst knutet till varor som produceras i länder utanför EU där leveranskedjan kan vara omfattande och komplex.

Av Difis vägledning framgår att socialt ansvar bör vara en integrerad del av upphandlande myndigheters upphandlingsstrategi. Myndigheters upphandlingsstrategi bör enligt Difi konkretisera hur socialt ansvar integreras i upphandlingsprocessen och inkludera konkreta målsättningar, ansvarsfördelning och uppföljning. Vidare bör hanteringen av socialt ansvar omfattas av befintliga checklistor, riktlinjer, rapporteringssystem och kommunikationsförfaranden. Strategin bör även publiceras och kommuniceras både internt och externt så att berörda aktörer får information om organisationens målsättningar. Oslo kommun är ett exempel på en kommun som tydliggjort socialt ansvar i sin upphandlingsstrategi.

7.4.3 Lärlingsklausuler¹⁹

I Norge infördes inför skolåret 1994/95 en reform kallad Reform 94. Förenklat innebar reformen att alla de elever som avslutat grundskola och var mellan 16 och 19 år skulle ha rätt att gå en treårig eftergymnasial utbildning som i sin tur skulle kunna leda till bl.a. fortsatt utbildning eller yrkeskompetens. Genom reformen fick ungdomar en lagstadgad rätt till vidareutbildning. En ordning med lärlingar blev

¹⁸ Socialt ansvar i offentliga anskaffelser, Difi november 2014.

¹⁹ Källa i detta avsnitt är i huvudsak Bruk av lärlingsklausuler ved offentlige anskaffelser, Fafo-rapport 2014:36.

en integrerad del av vidareutbildningen vilket skapade ett stort behov av lärlingsplatser. Lärlingsklausuler i offentlig upphandling var ett av flera verktyg som användes för att möta detta behov.

Sedan införandet av reformen har antalet lärlingsavtal per år kraftigt ökat i jämförelse med åren före reformen. Trots detta är det varje år flera tusen sökande elever som inte får lärlingsplats. Samtidigt upplever stora delar av arbetslivet rekryteringssvårigheter. Mot den bakgrunden undertecknade regeringen och arbetsmarknadens parter 2012 det s.k. ”Samfunnskontrakt for flere læreplasser”. Det huvudsakliga målet med kontraktet är att säkra en bättre rekrytering till yrkesutbildningarna. Genom att fler unga går utbildningarna är förhoppningen att man bidrar till att även arbetslivets kompetensbehov täcks. Genom Samfunnskontraktet förbinder sig myndigheter och arbetsmarknadens parter att förankra yrkesutbildningen i alla relevanta branscher och sektorer och ta fram största möjliga antal lärlingsplatser för de elever som önskar få en lärlingsplats. En skärpning av användandet av lärlingsplatser vid offentlig upphandling anges som ett konkret exempel för att nå dessa mål.

Utfallet av lärlingsklausuler i offentlig upphandling

På uppdrag av Næringslivets Hovedorganisasjon (NHO) presenterades 2014 en utredning om användningen av lärlingsklausuler vid offentlig upphandling. Syftet med utredningen var att öka kunskapen om användandet av lärlingsklausuler i offentlig upphandling som verktyg för att öka antalet lärlingsplatser och stärka yrkesutbildningarna. Utredningen lämnade slutrapporten *Bruk av lærlingsklausuler ved offentlige anskaffelser*, Fafo-rapport 2014:36. I rapporten studerades särskilt användningen av lärlingsklausuler i Oslo kommun, Bergens kommun, Hordaland fylkeskommun och Statsbygg (som är en statlig aktör).

I NHO:s rapport anges att de senaste årens ökade intresse för lärlingsklausuler bl.a. även hör samman med att yrkesutbildning i dag utmanats av ökad internationell konkurrens och kostnadspress. Liberaliseringen av arbetsmarknaden med ökad arbetskraftsinvandring och användande av inhyrd arbetskraft har skapat stora utmaningar för ordningen med lärlingar i vissa delar av arbetslivet.

Detta gäller inte minst inom byggsektorn som traditionellt varit kärnområdet för yrkesutbildningen.

NHO:s rapport fokuserar på byggsektorn eftersom byggsektorn står inför stora utmaningar i Norge samtidigt som det är ett område där det offentliga har stor makt över inköp och goda möjligheter till inflytande.

Utvecklingen av användandet av lärlingsklausuler

Det finns i dag ingen enhetlig tillämpning för användande av lärlingsklausuler i Norge. Bestämmelser, praxis och konkreta formuleringar varierar mellan olika offentliga verksamheter. Förhållningssättet till aktuella klausuler har även varierat över tid. Under senare delen av 1990-talet undersöktes frågan om möjligheten att ta in bestämmelser om lärlingsklausuler i delar av upphandlingsregelverket. I propositionen²⁰ till ”innkjøpsloven” konstaterades dock att upphandlingsregelverket inte var det rätta verktyget för att främja ett ökat antal lärlingsplatser.

Under 2001 infördes ändå en bestämmelse om lärlingsklausuler i anskaffelsesforskriften. Därefter har föreskriften ändrats och förnyats men bestämmelsen har haft en liknande innebörd sedan införandet. Mellan november 2006 och juni 2015 hade bestämmelsen i § 3–11 huvudsakligen följande lydelse:

(2) Oppdragsgiver kan fastsette særlige vilkår for gjennomføringen av en kontrakt, forutsatt at disse er forenlige med EØS-avtalen og er angitt i kunnjøringen eller konkurransegrunnlaget. Vilkår for gjennomføring av en kontrakt kan omhandle sosiale hensyn og miljøhensyn.

(3) For arbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at leverandøren skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning. Oppdragsgiver skal da også kreve at det benyttes lærlinger på den konkrete kontrakten. Slike betingelser kan likevel kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingsplasser i den aktuelle bransje.

(4) For bygge- og anleggsarbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at arbeidet skal utføres av entreprenøren og dennes ansatte i tjenesteforhold, eventuelt av underentreprenører og deres ansatte, eller ved

²⁰ Ot.prp. nr 71 (1997–1998).

bruk av lovlig innleid arbeidskraft. Det kan stilles krav om at bruk av enkeltmannsforetak som ikke er entreprenør eller underentreprenør, skal begrunnes.

Bestämmelsen i föreskriften innebär en möjlighet för upphandlande myndigheter att ställa krav på att leverantörer är knutna till en allmänt godkänd ordning för lärlingar. Bestämmelsen omfattar dock endast norska leverantörer. Den allmänna uppfattningen i Norge har varit att det strider mot EU-rätten, bl.a. den fria rörligheten av tjänster, att ställa sådana krav på utländska leverantörer. En ytterligare förutsättning är att det finns ett klart definierat behov av lärlingsplatser. Det innebär att det måste företas en skönsmässig bedömning av om ett sådant behov föreligger. Vidare innebär kravet bara att leverantören ska vara knuten till angiven ordning för lärlingar. Det ställs inga krav på att leverantörer faktiskt ska ha lärlingar under perioden för det aktuella uppdraget eller att lärlingarna ska vara sysselsatta i uppdraget. Anledningen till detta är att den allmänna uppfattningen i Norge har varit att den norska upphandlingslagstiftningen inte medger den typen av krav.

NHO:s rapport visar att användningen av lärlingsklausuler varierar mellan de aktuella kommunerna och Statsbygg. Likaså skiftar klausulernas faktiska formuleringar. Utredningen visar att kunskapen om lärlingsklausuler är låg och att användningen av sådana klausuler är begränsad i Bergen och Hordaland fylkeskommun. I Oslo används lärlingsklausuler i högre grad och under våren 2014 gick den politiska ledningen i kommunen ut med ett uttalande att användningen av sådana klausuler skulle skärpas. Oslo kommun har också upprättat en vägledning för offentlig upphandling i vilken det ställs krav på att leverantören är knuten till en fastställd ordning för lärlingar. Inom Statsbygg ingår en lärlingsklausul i kontraktsmallarna för offentlig upphandlingar men dessa tillämpas inte alltid.

I NHO:s rapport dras slutsatsen att användning av lärlingsklausuler i offentlig upphandling inte har lett till att antalet lärlingsplatser ökat. Förklaringen till detta synes vara dels att det är möjligt för en leverantör att uppfylla kravet på att vara knuten till den gällande ordningen för lärlingar utan att faktiskt sysselsätta lärlingar, dels att det finns leverantörer som oavsett lärlingsklausuler använder lärlingar. Eftersom det inte funnits några krav på att leverantören sysselsätter lärlingar har det heller inte skett någon uppföljning av detta eller några sanktioner för leverantörer som inte sysselsätter lärlingar.

I rapporten konstateras att lärlingsklausulerna måste förenas med krav på att den leverantör som utför uppdraget också sysselsätter lärlingar för att kravet ska ha någon direkt effekt på antalet lärlingsplatser. Det bör också ställas krav på att de lärlingar som sysselsätts ska göra det i det arbete som avses i upphandlingskontraktet. Vidare anges att villkoren även bör gälla underleverantörer. I rapporten konstateras också att det är av stor vikt att det sker uppföljning av villkoren och att man tillämpar adekvata sanktioner när villkoren inte efterlevs.

Vid tiden för NHO:s rapport hade 2014 års upphandlingsdirektiv ännu inte genomförts i Norge. Det noteras dock i rapporten att de nya direktiven ger ökade möjligheter att bl.a. ta sociala hänsyn och att krav om lärlingar är exempel på sådana hänsyn som kan framhållas i offentlig upphandling.

Från den 1 juli 2015 har bestämmelsen i § 3–11 p 3 Forskrift om offentliga anskaffelser justerats. Den har nu följande lydelse:

(3) For arbeid som skal utføres i Norge, kan oppdragsgiver sette som betingelse for gjennomføringen av kontrakten at leverandøren skal være tilknyttet en offentlig godkjent lærlingordning. Oppdragsgiver skal da også kreve at det benyttes lærlinger på den konkrete kontrakten. Slike betingelser kan likevel kun settes dersom det er et klart definert behov for lærlingsplasser i den aktuelle bransje.

Till skillnad från den tidigare lydelsen anges inte att villkoret endast gäller för norska leverantörer. Ytterligare en förändring i bestämmelsen är att det vid användningen av villkoret finns ett krav på att leverantören sysselsätter lärlingar vid utförande av det uppdrag som avses i kontraktet. De nyheter som finns i bestämmelsen motsvarar till viss del de förhållanden som påpekats som kritiska i NHO:s rapport.

7.5 Finland

Den finska regeringen har under de senaste åren uppmuntrat till socialt hänsynstagande i offentlig upphandling. Trots detta har sådana förfaranden tillämpats i begränsad omfattning. Förutom krav på att arbetsklausuler ska användas i enlighet med ILO:s konvention nr 94, som Finland är bunden av, finns inga bindande regler för att sociala villkor ska ställas i offentlig upphandling.

I den finska upphandlingslagen från 2007, föreskrivs i § 49 att den ”upphandlande enheten kan fastställa särskilda villkor för upphandlingskontraktet, vilka kan avse särskilt miljöaspekter och sociala aspekter, såsom genomförande av yrkesutbildning på arbetsplatsen, iakttagande av Internationella arbetsorganisationens (ILO) avtal, arbetsförhållanden och arbetsvillkor eller anställande av personer med funktionshinder”. Vidare föreskrivs i lagen att detta förutsätter att villkoren är icke-diskriminerade och följer gemenskapens regelverk och att de anges i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan.

Den regel som utgår från ILO:s konvention nr 94 föreskriver att till ett entreprenadkontrakt mellan en statlig centralförvaltningsmyndighet och en privat arbetsgivare, som tilldelats kontraktet i ett anbudsförfarande, ska innan kontraktet undertecknas fogas en klausul enligt vilken arbete som utförs inom ramen för kontraktet ska följa åtminstone de minimivillkor för ett anställningsförhållande som gäller enligt lag och kollektivavtal för likartat arbete.

Vissa upphandlande myndigheter har tillämpat sociala villkor i offentlig upphandling under en längre tid. Arbets- och näringsministeriet har också stöttat tillämpningen med bl.a. en handledning och en webbplats. Ministeriet har också tagit fram en skrift där exempel på sociala villkor i offentlig upphandling presenteras.²¹ Nedanstående avsnitt bygger i första hand på denna skrift.

Sociala villkor i upphandling används i Finland bl.a. för att

- skapa sysselsättning för unga, äldre, långtidsarbetslösa och personer med funktionsnedsättning,
- skapa jämlika och trygga arbetsförhållanden och rättvis lönesättning,
- stötta social jämlikhet genom att förbättra förutsättningarna att delta i offentlig upphandling för företag som ägs av minoritetsgrupper eller sysselsätter personer ur minoritetsgrupper,
- skapa tillgänglig och obehindrad användning av varor och tjänster och uppmuntra etisk handel och rättvis handel,

²¹ Kokemuksia sosiaalisten kriteerien käytöstä, Työ- ja elinkeinoministeriön julkaisuja, Kilpailukyky, 18/2015 (En skrift från Arbets- och näringsministeriet om erfarenheter av sociala kriterier i offentlig upphandling i Finland.)

- företag ska ta sociala hänsyn i större hänseenden än vad som krävs enligt lag, och
- för att mänskliga rättigheter ska respekteras.

Sociala kriterier används både i utvärderingsfasen (som tilldelningskriterier) och i kontraktsvillkoren. Används sociala hänsyn som tilldelningskriterier får den anbudsgivare som uppfyller kraven extra poäng vid utvärderingen av anbudet. Tilldelningskriterierna är såtillvida svaga att de möjliggör att kontraktet går till en anbudsgivare som inte uppfyller de sociala kraven. Används de i kontraktsvillkoren är leverantören skyldig att uppfylla kraven när kontraktet fullgörs.

Både aktiva och passiva kriterier används. Med aktiva kriterier avses konkreta åtaganden som måste genomföras under kontraktstiden medan passiva kriterier är sådana som de facto inte innebär nya åtaganden utan en förbindelse att respektera olika skyldigheter. Aktiva kontraktsvillkor innebär att anbudsgivaren måste vidta åtgärder under avtalsperioden, t.ex. att anställa en långtidsarbetslös person. Ett förekommande passivt kontraktsvillkor är att leverantören ska försäkra sig om att alla anställda känner till sina arbetsvillkor och sina rättigheter i arbetslivet. Ofta betonas att störst effekt uppnås genom att man ställer villkor som innebär att aktiva åtgärder ska vidtas.

Nedan beskrivs i korthet hur tre kommuner arbetat med sociala villkor i offentlig upphandling. Esbo stad som använt sociala villkor i kontraktsvillkoren, Vanda stad som särskilt krävt sysselsättning av personer som har svårt att få anställning och Tammerfors stad som använt sociala villkor i utvärderingsfasen. Därefter redogörs för de erfarenheter man har av sociala villkor i Finland samt för den rättspraxis som finns på området.

7.5.1 Exemplet Esbo stad

I Esbo stad fattade stadens styrelse redan 2010 ett strategiskt beslut om socialt ansvar vid upphandlingar. I beslutet angavs att upphandlande myndigheter bör främja svårssysselsatta personers sysselsättning och öka antalet platser för lärande i arbete för personer i yrkesinriktade studier i upphandlingen. I ett projekt som löpte

mellan 2012 och 2015, ”Jobb i sikte!”, sattes särskilt fokus på sysselsättning via upphandling. I projektet ställdes sysselsättningskrav i offentliga upphandlingar som omfattade mer än 200 000 euro. Innan en aktuell upphandling inleddes höll myndigheten en dialog med potentiella leverantörer för att ta reda på vilka behov av arbetskraft företagen hade och vilken typ av sysselsättning som kunde erbjudas. Syftet med dialogen var att se om sysselsättningsvillkor skulle kunna ställas. Om myndigheten beslutade att krav skulle ställas i en enskild upphandling fördes kravet på sysselsättning in i kontraktsvillkoren i upphandlingskontraktet. Leverantören förband sig därmed att under kontraktstiden sysselsätta ett visst antal arbetslösa arbetssökande eller erbjuda arbetspraktik. Projektet innebar också att kommunen kontaktade den leverantör som vunnit kontraktet för att erbjuda konkret hjälp med att se till att sysselsättning enligt kontraktet kom till stånd. Leverantören kunde också få hjälp under kontraktets utförande om problem skulle uppstå.

Sysselsättningskriterier användes bl.a. vid upphandlingen av fem daghem. Uppdragen omfattade fem och sju år. I kontraktet som omfattade fem år förpliktades leverantören att erbjuda en läroavtalsplats (en beskrivning av läroavtalsplatser fanns i en bilaga till kontraktet) och i kontrakten som avsåg sju år, två platser. Nio personer erbjöds sysselsättning med läroavtal till följd av upphandlingen.

Vid upphandlingen av ett vägbygge (Västerleden) som omfattande cirka 6,5 miljoner euro och en kontraktstid på ett år ställdes i kontraktet krav på att två personer som varit arbetslösa i minst sex månader skulle anställas hos huvudleverantören eller hos underleverantörer. Villkoren fick till följd att två personer anställdes, den ena på en tidsbegränsad anställning på ett år och den andra tillsvidare.

Genom sysselsättningsvillkor i offentlig upphandling har i Esbo fram till början av 2015 ställts krav som innebär sysselsättning för cirka 100 personer. En eftersläpning av resultatet sker eftersom kontrakten utförs under en längre period. Fram till början av 2015 hade 46 personer fått sysselsättning. En tredjedel av dessa fick en fast anställning hos leverantören eller annat arbete på den öppna arbetsmarknaden. Esbo stad anser att företagen visat stor förståelse för de sociala villkoren och de problem som uppstått har framför allt haft att göra med praktiska frågor.

7.5.2 Exemplet Vanda stad

I Vanda stad har man velat främja användning av sociala hänsyn i offentlig upphandling för att sådana hänsyn så småningom ska bli allmänt integrerade i stadens upphandlingsverksamhet.

De olika aktörerna som svarar för stadens upphandling har genomfört pilotprojekt där man särskilt använt sysselsättningsklausuler i syfte att ge arbete åt unga, långtidsarbetslösa, personer med begränsad arbetsförmåga eller funktionshinder.

Under 2015 har Vanda stad genomfört ett flertal upphandlingar där man ställt sysselsättningskrav som inneburit en skyldighet att anställa ett visst antal arbetstagare som haft svårt att få sysselsättning och som har varit berättigade till lönesubventioner.

7.5.3 Exemplet Tammerfors stad

Tammerfors stad har som en del av budgeten och budgetplanen antagit principer som innebär att sociala hänsyn kan beaktas vid bestämning av kontrakt föremålet, vid bedömningen av leverantörers lämplighet (i urvalsfasen), som tilldelningskriterier i utvärderingsfasen och i kontraktsvillkoren. Mellan 2008 och 2012 användes sociala villkor vid upphandling av tjänster inom ramen för ett särskilt projekt. Sociala kriterier användes i detta projekt i urvalsfasen. Extra poäng gavs till anbudsgivare som sysselsatte långtidsarbetslösa, personer med funktionshinder eller svårssysselsatta personer. Kriteriets vikt uppgick till 2–5 procent.

I upphandlingen av ett serviceboende inom missbruks- eller mentalvård gavs tilläggs-poäng för sysselsättning av långtidsarbetslösa, personer med funktionshinder eller svårssysselsatta personer. Poäng gavs både om anbudsgivaren själv sysselsatte dessa eller om den anlidade ett företag som underleverantör som sysselsatte sådana arbetstagare.

I Arbets- och näringsministeriets rapport anges att Tammerfors ansett att en fördel med att använda sociala villkor i utvärderingsfasen var att de upphandlande myndigheterna inte behövde följa upp villkoren under avtalsperioden. Det räckte med att konstatera att dessa var uppfyllda när anbudet lämnades. Ministeriet konstaterar att användandet av sociala villkor på detta sätt inte gett upphov till någon sysselsättningseffekt, annat sätt än indirekt genom att företag som

tidigare tagit ett sysselsättningsansvar premieras i upphandlingen. Det som enligt kommunen utgjort den största utmaningen var hur villkoret skulle verifieras och mätas samt hur kommunen skulle se på sysselsättningskriteriets samband med kontraktsföremålet.

7.5.4 Erfarenheter från Finland

Även om sociala villkor i offentlig upphandling i Finland fortfarande är i ett pilotskede har Arbets- och näringsministeriet i rapporten utifrån de exempel som studerats dragit ett antal slutsatser.

För det första konstateras att sociala kriterier inte lämpar sig för alla upphandlingar. Upphandlingskriterier som innebär krav på sysselsättning bör endast ställas i arbetskraftsintensiva upphandlingar. Därtill måste de sociala kraven stå i proportion till upphandlingens värde. Det får inte bli oproportionerligt tungt för leverantörerna att uppfylla villkoren. Ska personer sysselsättas kan som tumregel uppställas att kontraktet bör omfatta minst 200 000 euro. Ytterligare en förutsättning för att sysselsättningsvillkor ska kunna ställas är att det bör finnas lämpliga arbetssökande ur den definierade målgruppen för sysselsättning som pekas ut i upphandlingen. En dialog med potentiella leverantörer bör hållas innan upphandlingen påbörjas för att kartlägga vad som kan vara ett lämpligt socialt åläggande och för att ge leverantörerna en möjlighet att förstå vad som förväntas av den som vinner kontraktet. Leverantören som vinner kontraktet bör också erbjudas stöd av beställaren. Villkoren bör följas upp och bristande efterlevnad bör sanktioneras.

Ministeriet konstaterar också att det verkar vara viktigt för att lyckas med sociala kriterier i offentlig upphandling att det finns ett stöd och engagemang från myndighetens ledning, både när det gäller resurser och ambitionsnivå. Förtroendevalda i kommuner har också en viktig roll när det gäller att ta initiativ till att sociala villkor uppmärksammas och används i kommunens upphandling. Då kraven på sociala villkor tas in i de instruktioner och riktlinjer som gäller för myndighetens upphandling blir tillämpningen också mer generell så att inte varje upphandlande myndighet själv i varje enskilt fall måste ta initiativet till att ställa sådana villkor.

Vissa negativa erfarenheter som gjorts har lett till att det finns en försiktighet från upphandlande myndigheters sida att använda

sociala villkor. Brist på kunskap och brist på exempel på hur man i praktiken går tillväga för att använda sociala villkor har utgjort ett hinder för tillämpningen.

Vissa myndigheter har även avstått från att använda sociala klausuler för att de är oroliga för att sådana krav ska höja priset på tjänsterna. Det finns också en oro för att särskilt små anbudsgivare kan tänkas avstå från att delta i upphandlingar på grund av att de upplever det som krångligt att leva upp till de uppställda sociala kraven. Sociala villkor har dessutom ansetts som besvärliga och rättsligt riskfyllda samtidigt som det har varit svårt att påvisa vilken praktisk nytta de gör.

De rättsliga riskerna med att använda sociala klausuler bör dock inte överdrivas. I Finland har sådana klausuler relativt sällan varit föremål för rättslig prövning och då så har varit fallet har de finländska domstolarna visat förståelse för tillämpningen av sociala krav. Avslutningsvis redogör vi kort för två sådana principiellt viktiga rättsfall.

7.5.5 Två rättsliga avgöranden

I en dom från finska marknadsdomstolen²² hade en anbudsgivare överklagat sig över ett beslut som fattats av en kommun som upphandlade dagvårdstjänster. I anbudsunderlaget hade kommunen meddelat att vinnande anbud skulle väljas ut enligt ett avvägnings-schema där tjänstens pris skulle viktas till 60 procent och tjänstens kvalitet till 40 procent. Som mått på tjänstens kvalitet vägdes särskilt in personalens behörighet och kompetens samt om personalen var fast anställd i s.k. tillsvidareanställningar. I anbudsunderlaget upp-gavs vidare hur en poängsättning som viktade dessa faktorer skulle ske.

I överklagandet till Marknadsdomstolen hävdades bl.a. att kravet på tillsvidareanställningar var lagstridigt. Det anfördes också att ett sådant krav kan vara svårt att motivera också av den anledningen att det kan ske förändringar i personalens sammansättning under den tid kontraktet fullgörs och att situationen vid tidpunkten för anbudsgivningen kan bero på rent tillfälliga faktorer. Dessutom

²² Finska marknadsdomstolen, mål MAO:486/10 (25.10.2010).

hävdades i överklagandet att ett sådant kriterium är omöjligt att övervaka. Domstolen var av annan åsikt och menade att det på vård- och utbildningsområdet är en legitim målsättning att ha utbildad kompetent tillsvidareanställd personal. Med hänsyn till detta fann Marknadsdomstolen att kriterierna var relevanta och att de hade koppling till syftet att produktionen av den upphandlade tjänsten skulle ha hög kvalitet. Kriterierna hade också framgått av anbudsunderlaget på ett sätt som gjort det möjligt för den upphandlande myndigheten att fastställa vilket anbud som varit det mest förmånliga ur ekonomiskt helhetsperspektiv. Domstolen fann också att kriterierna inte hade varit diskriminerande eller godtyckliga och att de därför uppfyllde kraven enligt den finska upphandlingslagen (72 §). Eftersom kommunen haft rätt att utforma tilldelningskriterierna på beskrivet sätt avslogs överklagandet.

Frågan om krav på kollektivavtalsenliga villkor har prövats i den finska Marknadsdomstolen.²³ Rättsfallet rörde saneringen av en större offentlig byggnad. I anbudsunderlaget angavs att alla leverantörer måste förbinda sig att följa byggbranschens (allmänt bindande) kollektivavtal. Finland har i motsats till Sverige ett system där branschavtal kan förklaras allmänt bindande i branschen, vilket innebär att de måste följas också av arbetsgivare som inte är bundna av kollektivavtal i branschen. Den leverantör som tilldelades kontraktet hade dock inte förbundit sig att följa byggbranschens avtal utan i stället två andra kollektivavtal. En anbudsgivare som inte tilldelats kontraktet överklagade och menade att det antagna anbudet inte hade uppfyllt villkoren i förfrågningsunderlaget.

Enligt Marknadsdomstolen innebär principerna om icke-diskriminering och likabehandling att man inte kan kräva att en anbudsgivare hör till en särskild arbetsgivarorganisation eller är bunden av ett särskilt kollektivavtal. Däremot kan det vara motiverat att kräva att allmänt tillämpliga lönevillkor iakttas i samband med ett sådant projekt som det aktuella för att undvika att någon anbudsgivare får en konkurrensfördel genom att tävla med oskäligen villkor. I detta fall hade dock den leverantör som erhållit kontraktet kunnat påvisa att det kollektivavtal som denne avsåg att tillämpa motsvarade byggbranschens avtal och på vissa punkter till och med var mera fördelaktigt för arbetstagarna än detta. Under dessa omständigheter ansåg

²³ Finska marknadsdomstolen, mål MAO:138/14 (5.3.2014).

domstolen att den upphandlande myndigheten hade haft ett visst utrymme för prövning och att myndigheten, trots att den anbudsgivare som tilldelats kontraktet i strikt mening inte uppfyllde kraven i upphandlingsdokumenten, hade rätt att godkänna att den vinnande anbudsgivaren genom att följa de andra kollektivavtalen uppfyllde kraven.

7.6 Nederländerna

Nederländerna erbjuder genom PIANOo, the Dutch Public Procurement Expertise Centre, ett utvecklat stöd för att använda sociala, miljömässiga och arbetsmarknadsrelaterade villkor i offentlig upphandling.²⁴ PIANOo har tagit fram en vägledning för hur offentlig upphandling kan kombineras med krav på sociala villkor.²⁵ Sådan upphandling som i Nederländerna kallas för upphandling med "social return", har använts sedan 2011 och är en del av en statlig policy för att öka deltagandet i samhället och arbetslivet. Inledningsvis drevs projektet som ett pilotprojekt i två år som sedan utvärderades.²⁶ Utifrån detta bestämdes att projektet skulle fortsätta.

I det följande redogörs för förutsättningarna för att ställa sociala villkor och hur det kan användas i upphandlingsproceduren. Därefter redogörs för de erfarenheter som gjorts av det inledande pilotprojektet. Slutligen redovisas också en undersökning som gjorts av forskare om hur sociala villkor påverkar små och medelstora företags möjligheter att delta i offentlig upphandling.

7.6.1 Förutsättningar för att ställa sociala villkor

Sociala villkor innebär att det skapas arbetstillfällen för människor som står långt ifrån arbetsmarknaden, t.ex. långtidsarbetslösa, personer med funktionsnedsättning och unga personer med funktions-

²⁴ PIANOo startades som ett nätverk för upphandlande myndigheter och har utvecklats till myndigheternas kompetenscentrum för upphandlingsfrågor, se www.pianoo.nl. PIANOo står för Professioneel en Innovatief Aanbesteden, Netwerk voor Overheidsopdrachtgevers (Professionell och innovativ upphandling, nätverk för upphandlande myndigheter).

²⁵ <https://www.pianoo.nl/public-procurement-in-the-netherlands>

²⁶ M.C.J. den Hoedt, K. Schofaerts, D. Turmel, Ipso Facto Beleidsonderzoek, Evaluatie implementatie social return rijksoverheid, Eindrapport Den Haag, juli 2014.

nedsättning.²⁷ Målet är att leverantörer ska använda fem procent av den totala lönesumman i det aktuella projektet för att anställa personer som har svårigheter på arbetsmarknaden.²⁸

Enligt uppgifter från PIANOo ställs krav på sociala villkor i statliga offentliga upphandlingar som uppfyller samtliga följande tre kriterier:²⁹

- Kontrakt som avser arbete eller tjänster.
- Kontrakt som omfattar en lönesumma över 250 000 euro.
- Kontrakt som löper över minst sex månader.

Ofta används villkoren i sektorer som hälso- och sjukvård, i byggbranschen, renhållningsbranschen samt i parkarbete och dylikt.

Varje myndighet avgör själv om förutsättningarna för att ställa sociala villkor är uppfyllda samt för att de villkor som ställs är proportionerliga och lämpliga i förhållande till vad som upphandlas. Sociala villkor ska dock inte ställas om myndigheten i den bedömningen finner

- att det finns risk för undanträngningseffekter, dvs. att ordinarie arbetstillfällen trängs undan,
- att upphandlingen avser ett arbete där det sannolikt inte finns någon möjlighet att sysselsätta arbetslösa som finns på marknaden,
- att det är alltför svårt att matcha den sysselsättning som kan erbjudas de som står långt ifrån arbetsmarknaden, eller
- att sociala villkor skulle blir oproportionerligt betungande eller kostsamma.

Det har i Nederländerna förekommit att sociala villkor i offentlig upphandling har lett till undanträngningseffekter. I en forskningsrapport beskrivs t.ex. hur en kommun i en upphandling av transporttjänster ställde som villkor att arbetslösa personer skulle utföra upp-

²⁷ <https://www.pianoo.nl/about-pianoo/sustainable-public-procurement-spp/spp-themes/social-return-on-investment-sroi>

²⁸ <https://www.pianoo.nl/about-pianoo/sustainable-public-procurement-spp/spp-themes/social-return-on-investment-sroi>

²⁹ <https://www.pianoo.nl/about-pianoo/sustainable-public-procurement-spp/spp-themes/social-return-on-investment-sroi/social-return-explained>

draget.³⁰ Upphandlingen resulterade i att den vinnande leverantören sa upp samtliga busschaufförer och ersatte dem med nya, arbetslösa arbetstagare. Risker för undanträngningseffekter av sådant slag tycks vara vanligast i små företag och i särskilda branscher, t.ex. bygg, hälsosektorn, catering och städning, branscher där upphandling förekommer ofta. I forskningsrapporten lyfts fram att de negativa effekterna av undanträngning är störst i korta projekt eftersom de arbetslösa som får arbete endast får det under en kort tid, vilket inte ger dem någon ökad förankring på arbetsmarknaden. Dessutom uppstår problem för företag där de arbetslösa placeras eftersom de måste lägga tid och resurser på att utbilda och handleda de nya arbetstagarna som kanske inte hinner bli produktiva under den korta tid de är anställda. Slutsatsen i rapporten är att sociala villkor endast bör användas i längre projekt.

7.6.2 Sociala villkor kan användas i hela upphandlingsproceduren

Enligt PIANOo kan sociala villkor användas i alla delar av upphandlingsproceduren.³¹ I urvalskriterier kan minimivillkor anges om att en leverantör ska spendera en viss procent av upphandlingens lönekostnader för att anställa människor som står långt ifrån arbetsmarknaden. Är det fråga om en kapitalintensiv verksamhet rekommenderas att en andel av kontraktets lönesumma ska anges som miniminivå. Handlar det om en arbetsintensiv verksamhet rekommenderas i stället en fast procent av upphandlingsvärdet. Uppfylls inte villkoren kan en anbudsgivare uteslutas.

Även utvärderingsfasen kan användas för att ställa sociala villkor. När ett anbud prövas utifrån tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan sociala villkor användas som tilldelningskriterier. Vid utvärderingen sker en objektiv bedömning av vilket kontrakt som ger störst värde i detta hänseende. Fler poäng ges till den anbudsgivare som i högre grad erbjuder sociala villkor. Poängen måste dock vara proportionerliga och lämpliga i jämförelse

³⁰ S Andriessen and P Brouwer, Social return en verdringing Strategieën ter preventie, een verkenning, TNO rapportage voor Hanzehogeschool Groningen, 3 februari 2014.

³¹ Följande avsnitt bygger på information från PIANOos webbplats: <https://www.pianoo.nl/about-pianoo/sustainable-public-procurement-spp/spp-themes/social-return-on-investment-sroi/getting-started-with-social-return>

med poäng för övriga tilldelningskriterier. PIANOo framhåller också att det kan vara lämpligt att i samband med att sådana tilldelningskriterier används efterfråga hur det sociala villkoret ska uppnås och hur det följs upp. Hur tilldelningskriteriet bedöms ska tydligt kommuniceras till anbudsgivarna.

För att se till att åtagandet verkligen upprätthålls bör motsvarande villkor uppställas som kontraktsvillkor. För att det ska vara möjligt måste villkoren bl.a. ha tydliggjorts i upphandlingsdokumenten, vara icke-diskriminerande och ha en koppling till kontraktsföremålet. PIANOo rekommenderar att upphandlande myndigheter i kontraktet reglerar i vilken omfattning sociala villkor ska uppfyllas, t.ex. att sociala villkor ska motsvara en viss andel av kontraktsvärdet. PIANOo rekommenderar också att myndigheten följer upp att villkoren följs.

7.6.3 Utvärdering av pilotprojektet

Pilotprojektet om sociala villkor i offentlig upphandling pågick i två år, 2011–2013, och utvärderades därefter.³² Inom ramen för projektet uppmantrades statliga myndigheter att använda sociala villkor i upphandlingar med ett kontraktsvärde över 200 000 euro. Under perioden juli 2011 till december 2012 användes sociala villkor i 40 procent av upphandlingarna. I de fall villkor inte användes var de övervägande skälen till detta att upphandlingen avsåg alltför specialiserade arbetsuppgifter eller avsåg ett uppdrag som skulle utföras under speciella omständigheter. I det senare fallet var det t.ex. fråga om arbete där det krävdes särskilda krav på säkerhet eller sekretess. Befarade undanträngningseffekter antogs också ha varit ett skäl till varför sociala villkor inte ställdes, även om det inte åberopades uttryckligen.

I studien fann man inget stöd för att kravet på sociala villkor skulle påverka kvaliteten på utförandet av tjänsten negativt. En leverantör i undersökningen framförde att det kan finnas risk för bristande kvalitet om en leverantör samtidigt utför flera uppdrag i offentlig upphandling där krav ställs på sociala villkor eftersom

³² M.C.J. den Hoedt, K. Schofaerts, D. Turmel, Ipso Facto Beleidsonderzoek, Evaluatie implementatie social return rijkssoeverheid, Eindrapport Den Haag, juli 2014.

andelen oerfarna arbetstagare kan bli så hög att kvaliteten i utförandet av uppdraget riskeras. Att detta skulle ha inträffat i praktiken fann man dock inget stöd för i studien.

Det konstaterades att kontrakten ofta innehållit villkor om sanktioner i form av vite för bristande efterlevnad av den sociala klausulen men att sanktionerna inte föreföll ha använts. I utvärderingen anges att detta kan ha berott på att sanktioner bara vidtas när myndigheten är helt säker på att leverantören brutit mot villkoret, vilket kan vara svårt att bevisa. Det kan också ha berott på att det ansetts oproportionerligt att ålägga leverantören en sanktion för brott mot en social klausul eftersom den får anses avse en mycket liten del av uppdraget i kontraktet. Att användandet av sociala klausuler också är nytt och måste ses som en inlärningsprocess för alla inblandande verkar också avhållande på användandet av sanktioner.

När uppföljning väl skedde tillämpades normalt principen ”High trust, low control”, vilket i praktiken betyder att den upphandlande myndigheten regelbundet efterfrågat information enligt ett standardformulär om tillämpningen av sociala villkor men sällan kontrollerat att levererad information verkligen stämde. Leverantörer lyfte fram att det endast var formella uppgifter som efterfrågats i uppföljningen och inte på vilket sätt klausulerna hade fungerat, t.ex. vad de som anstälts hade jobbat med och vilka erfarenheter och vilken kunskap de förvärvat genom uppdraget.

7.6.4 Särskilt om sociala villkors effekt på små och medelstora företag

Forskare i Nederländerna har också studerat om små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandling försvåras om det ställs sociala villkor i upphandling.³³ Risken skulle kunna vara att det anses alltför betungande för mindre företag att leva upp till sådana villkor.

Enligt studien, som också innefattade en utvärdering av goda exempel på sociala villkor i offentlig upphandling i Nederländerna, fann forskarna att följande faktorer var särskilt viktiga för att små företag ska kunna delta i upphandling när sociala villkor ställs:

³³ P.A.T. Oden, SMEs cooperate to meet social procurement conditions, rapport presenterad på konferensen Understanding Small Enterprises Conference i Groningen 21–23 oktober 2015.

- Det bör finnas en tydligt utpekad aktör, t.ex. en upphandlingsstödjande myndighet, dit företagen kan vända sig med frågor.
- En flexibel formulering av de sociala villkoren gör det lättare för små företag att uppfylla kraven.
- För att sociala villkor ska kunna utformas på lämpligt sätt är det viktigt med en dialog mellan den upphandlande myndigheten och små företag innan kraven formuleras i upphandlingsdokumenten.
- För att kraven ska kunna genomföras på ett förtjänstfullt sätt är det viktigt att leverantörer, beställare och organisationer som stödjer målgrupperna för åtgärderna samarbetar väl.

Innan de arbetstagare som är föremål för åtgärderna placeras i företagen är det viktigt att de får lämplig utbildning i grundläggande kompetens (som t.ex. att komma i tid). Forskarna rekommenderar också upphandlande myndigheter att ha ett tydligt mål för de sociala villkoren och att detta mål kommuniceras och används på alla nivåer i organisationen.

En annan rekommendation är att mindre företag, för att underlätta möjligheten att uppfylla sociala villkor i offentlig upphandling, bör samarbeta med andra entreprenörer genom användandet av "arbetspooler". En arbetspool anställer arbetstagare som sedan kan sysselsättas av små företag när sociala krav fullgörs i offentlig upphandling. Arbetspoolen är en egen juridisk person som bildas av flera små företag tillsammans. Även kommuner kan vara medlemmar i en arbetspool för att underlätta samarbetet med små företag inför kommande upphandlingar. Arbetspooler används redan i viss utsträckning i Nederländerna och anses vara ett sätt att lösa de eventuella problem som små företag kan ha med att hitta lämpliga arbetstagare när de ska uppfylla sociala villkor i en offentlig upphandling. Företagen betalar en viss summa till poolen som i sin tur anställer arbetslösa eller funktionshindrade personer och ordnar utbildning och handledning för dessa. Dessa personer kan sedan anställas i de olika företagen för att uppfylla sociala villkor i upphandling. Praktikanter i de olika företagen kan också få utbildning i poolen. Genom att de arbetslösa redan fått grundläggande utbildning kan de bättre matchas med de jobb som är aktuella.

7.7 Belgien

Belgien är en federal stat som består av tre regioner, Flandern, Vallonien och Bryssel och tre språkgemenskaper, den flamländska, den franska och den tyska. Makten är delad mellan regionerna, språkområdena och den federala staten. När det gäller offentlig upphandling finns federal lagstiftning som gäller för samtliga regioner. De nya upphandlingsdirektiven genomförs också på federal nivå. Hur sociala hänsyn tas i de olika regionerna skiljer sig dock åt. I regionen Bryssel har sysselsättningsrelaterade hänsyn beaktats i offentlig upphandling sedan 1999 och i regionen Vallonien nästan lika länge. Även regionen Flandern använder sociala hänsyn, däremot beaktas inte sysselsättningsrelaterade hänsyn generellt. I den flamländska staden Ghent har dock sociala hänsyn tagits i offentlig upphandling sedan några år tillbaka. Nedan redogörs för några av de erfarenheter som framkommit från regionen Vallonien, staden Ghent och regionen Bryssel.

7.7.1 Exemplet Vallonien

I Vallonien har myndigheterna sedan 15 år tillbaka arbetat med sociala villkor i offentlig upphandling.³⁴ Med sociala villkor avses här villkor som syftar till att ett visst socialt mål ska uppnås och som direkt bidrar till nytta för samhället eller för enskilda individer.

När det gäller sysselsättningsrelaterade hänsyn används dessa än så länge endast i upphandlingar som avser bygg och anläggning. På sikt avser man dock utöka detta till att omfatta även andra områden.

Syftet med användningen av de sociala villkoren är att de som sysselsätts genom insatsen ska stärka sin position på arbetsmarknaden, att minska arbetslösheten och att ge leverantörerna både ett större rekryteringsunderlag och en möjlighet att stärka sitt sociala ansvars-tagande.

Myndigheterna kan välja mellan tre alternativ när det gäller att ställa arbetsmarknadsrelaterade krav i offentlig upphandling.

³⁴ Informationen i detta avsnitt bygger dels på ett möte med en företrädare för Vallonska regionen, dels på skriften *Les Clauses Sociales, dans les marches de travaux-batiments*, januari 2015. Skriften finns tillgänglig på Vallonska regionens webbplats för offentlig upphandling: <http://marchespublics.cfwb.be/fr/index.html>

- Leverantören kan förpliktas att tillhandahålla praktik, antingen själv eller hos en underleverantör.
- Upphandlingen kan delvis rikta sig till sociala företag.
- Myndigheten kan välja att använda en kombination av de ovan angivna alternativen.

I det första fallet avses att det i upphandlingskontraktet anges hur mycket praktik leverantören ska tillhandahålla. Praktiken kan tillhandahållas av leverantören själv eller hos en underleverantör.

När det gäller det andra fallet är det fråga om att uppmuntra sociala företag, dvs. företag som har till syfte att sysselsätta arbetstagare som har svårt att få arbete, att delta i upphandling. Detta alternativ har använts mer sällan dels eftersom det varit svårt för sociala företag att tillhandahålla personal med den kvalificerade kompetens som normalt krävs i byggprojekt, dels eftersom sociala företag sällan velat konkurrera med pris på ett sådant sätt att de faktiskt kan vinna en upphandling.

I det tredje fallet kan myndigheten kombinera de båda andra alternativen på olika sätt. Kontraktsvillkor om praktik kan användas tillsammans med krav om att en leverantör ska använda sociala företag eller ge möjlighet för detta.

Om en anbudsgivare redan har ett åtagande att tillhandahålla praktik för studenter, traineer eller lärlingar kan anbudsgivaren åberopa detta för fullgörande av kontraktet.

Villkor om praktik ska anges i kontraktsvillkoren. Villkoren måste även tydligt framgå av upphandlingsdokumenten. Som en grundläggande förutsättning gäller även att kravet på praktik aldrig får avse en annan period än vad som avses i kontraktet. Arbetstagare kan endast hämtas från vissa angivna typer av utbildningar.

De faktiska villkoren innehåller vissa angivna krav. Leverantören ska t.ex. tillhandahålla minst 20 dagars praktik samt en kvalificerad handledare som dagligen övervakar praktiken. Leverantören måste också underrätta den upphandlande myndigheten om huruvida leverantören själv tillhandahåller praktiken eller om det sker genom en underleverantör. Därtill ska handledarens namn anges, leverantören ska lämna en försäkran om att villkoren kommer att följas samt bifoga kontraktet eller överenskommelsen med den enskilda personen som sysselsätts (t.ex. en student).

Kostnaden för praktiken utgör inte en del av kostnaden i anbudet i upphandlingen. I stället utgår betalning för praktiken direkt från myndigheten enligt en fastställd prislista. Ersättningens storlek varierar beroende på vilken praktik det rör sig om. Betalning sker först när uppdraget i kontraktet har utförts. Att låta ersättning för praktik utgå med en fastställd summa och fristående från kontraktet är också ett sätt att undvika att villkoren blir föremål för konkurens.

När det gäller uppföljning av praktik delar upphandlande myndigheter och utbildningsinstitutionerna på ansvaret. Upphandlande myndighet kontrollerar att leverantören angivit elevens närvaro på särskilda närvarolistor som ska upprätthållas i bygg- och anläggningsprojekt. Elevens utbildningsinstitution kontrollerar kvaliteten på utbildningen hos leverantören genom att besöka arbetsplatsen. Resultatet återkopplas sedan till den upphandlande myndigheten.

När uppdraget utförts till minst till 90 procent erhåller leverantören också ett intyg om att den utfört sitt sociala åtagande. Intyget kan därefter användas för att bevisa leverantörens förmåga att tillhandahålla praktik i en framtida upphandling. Det finns också möjligheter att utesluta leverantörer från framtida upphandlingar om de inte uppfyllt tidigare arbetsmarknadsrelaterade villkor.

Att ersättningen uteblir om leverantören inte fullföljer sitt åtagande är en åtgärd som bidrar till uppfyllandet av förpliktelserna. Det finns emellertid också möjlighet att enligt lag ålägga leverantören vite som avser en viss procentandel av den ursprungliga kontraktssumman om villkoren inte fullföljs. Vid delvis uppfyllelse kan vite utgå med en storlek som bestäms i relation till den andel praktik som inte tillhandahållits i enlighet med kontraktet.

Det har av sekretesskäl i förhållande till de enskilda arbetstagarna och eleverna varit svårt att följa upp om användandet av arbetsmarknadsrelaterade villkor i offentlig upphandling har gett resultat. Det saknas därför närmare uppgifter om andelen personer som kommit ut i arbete efter praktikperiodens upphörande.

7.7.2 Exemplet Ghent

Staden Ghent har antagit en policy rörande offentlig upphandling som innebär att sociala villkor ska ställas i upphandling.³⁵ Syftet med denna är att uppmuntra företag att ha en hållbar personalpolicy och att ge ökade möjligheter för t.ex. arbetslösa att få sysselsättning. Uppställandet av sociala villkor har också visat sig kunna gynna företag eftersom investeringar i framtida anställdas kompetens och motivation även kan komma dem tillgodo.

Ursprungligen tillämpades i Ghent mer traditionella arbetsmarknadsrelaterade villkor där det i kontrakten angavs att en leverantör t.ex. skulle åta sig att anställa en långtidsarbetslös arbetstagare eller ge sysselsättning åt praktikanter. Dessa villkor fick dock inte avsedd effekt. Upphandlande myndigheter följde inte upp villkoren och leverantörerna uppfyllde sällan sina åtaganden. Till följd av detta utvecklades i Ghent ett helt nytt system för sociala villkor i offentlig upphandling. Detta system har nu tillämpats i två år. Villkoren används framför allt i upphandlingar rörande bygg- och anläggningskontrakt. För närvarande undersöks hur projektet kan utvidgas och omfatta även andra typer upphandlingar. Villkoren ställs i upphandlingar med uppdrag som sysselsätter många arbetstagare.

Det system för arbetsmarknadsrelaterade hänsyn i offentlig upphandling som används i Ghent bygger på att anbudsgivare själva väljer på vilket sätt de avser uppfylla myndighetens önskan om att använda aktuella hänsyn. I upphandlingsdokumenten anger myndigheten en lista över en mängd åtgärder med fokus på arbetsmarknadsrelaterade hänsyn som en anbudsgivare kan åta sig att fullgöra i en offentlig upphandling. Åtgärderna som föreslås i listan har olika poäng. Beroende på upphandlingens kostnad och kontraktets längd bestämmer myndigheten det totala antal poäng som anbudsgivaren måste uppfylla med sina åtgärder för att kunna tilldelas kontraktet. Anbudsgivaren får dock utifrån listan fritt välja vilka åtgärder som denna avser att uppfylla under kontraktstiden. Listan är omfattande och innehåller bl.a. följande förslag:

³⁵ Avsnittet bygger på muntlig information vid möte med representanter från Ghent den 19 januari 2016 samt på en pm, Social criteria for work – public contracts, General version som tillhandahållits utredningen från Federal Institute for Sustainable Development.

- Anställning av en student som fullgör praktik inom ramen för sin utbildning.
- Deltagande i projekt som drivs av en särskild myndighet som t.ex. arbetar för att stärka elevers arbetsmarknadsförankring.
- Erbjudna praktikplatser eller lärlingsplatser för arbetslösa inom olika arbetsmarknadspolitiska program.
- Erbjudna praktik för personer som behöver öka sin kompetens. Ett av dessa alternativ är att erbjuda språkträning på arbetsplatsen. Poängen påverkas både av omfattningen av utbildningen och av hur många personer som erbjuds utbildning.
- Erbjudna coachning för nyanställda eller för handledare.
- Poäng kan ges för nyanställning. Högre poäng ges för tillsvidareanställning än för en tidsbegränsad anställning. Inhyrning ger lägst poäng.
- Rekrytering ur en grupp som har svårigheter att komma in på arbetsmarknaden eller som är nyutbildad eller äldre än 55 år ger extra poäng.
- Anlitande av ett socialt företag kan också ge poäng. Mer poäng ges om kontraktet avser en längre period och en större del av upphandlingens fullgörande.

Utformningen av listan ger leverantören möjlighet att välja den eller de åtgärder som passar bäst hos den. Den är mycket tydlig eftersom varje aktivitet redan från början är poängsatt, vilket underlättar uppfyllandet av kraven.

Villkoren är inte förenade med sanktioner vid bristande efterlevnad. Det har ansetts viktigare att förankra tillämpningen av villkoren hos leverantörerna genom dialog. Däremot följs villkoren upp av myndigheten och uppfattningen är att de flesta leverantörer numera uppfyller de villkor som de åtagit sig.

Upplevelsen i Ghent är att användningen av arbetsmarknadsrelaterade villkor på det sätt som nu görs har gett goda resultat även om de är begränsade till ett litet område och endast har pågått under ett par år. Användningen av mer flexibla villkor uppfattas som mer tilltalande av leverantörerna och har också uppfyllts i mycket högre grad än de tidigare sociala villkoren.

7.7.3 Exemplet Bryssel

Regionen Bryssel har arbetat med sociala villkor i offentlig upphandling sedan 1999.³⁶ Regionen har en hög ungdomsarbetslöshet, 26 procent av arbetstagarna under 30 år saknar arbete. Till följd av detta syftar de arbetsmarknadsrelaterade villkoren i offentlig upphandling ofta till att unga arbetslösa ska få möjlighet till arbete. Villkoren tar dock även sikte på långtidsarbetslösa.

Ofta ställs som villkor att en leverantör ska anställa en eller ett par unga eller långtidsarbetslösa som är registrerade hos den lokala arbetsförmedlingen. Leverantörerna får hjälp av arbetsförmedlingen med att hitta lämpliga arbetslösa kandidater att anställa. Om ett utländskt företag lämnar anbud och informerar om att det avser uppfylla villkoret genom att anställa en person från ett annat land godtas dock detta. I regionen finns en hög medvetenhet om upphandlingsdirektivens krav om icke-diskriminering m.m., samtidigt som det finns en önskan att öka sysselsättningen av regionens arbetslösa med hjälp av offentlig upphandling.

Sociala villkor användes från början endast i bygg- och anläggningsupphandlingar. Numera är uppfattningen att det är möjligt att använda villkoren inom de flesta områden och sedan 2012 används villkoren t.ex. även i upphandlingar av städtjänster och cateringtjänster.

Arbetsmarknadsrelaterade villkor ställs normalt endast i upphandlingar som har ett kontraktsvärde över 200 000 euro. Hänsyn tas också till hur många arbetstagare som sysselsätts i uppdraget. Leverantörens åtagande kopplas också till upphandlingens omfattning, både i tid och i pengar.

Till skillnad från i Vallonien utgår i Bryssel ingen särskild ersättning till leverantörerna för de sociala åtagandena. Eventuella kostnader för detta får inkluderas av anbudsgivarna i den totala kostnaden i anbudet.

Det har funnits en oro för att sanktioner ska verka avskräckande för anbudsgivare att delta i upphandlingar. Bristande efterlevnad av villkoren är därför inte förenad med sanktioner. Däremot framhålls vikten av dialog och uppföljning av ställda villkor.

³⁶ Avsnittet bygger på muntlig information vid utredningens möte med en representant från regionen Bryssel den 19 januari 2016.

Bryssel stad har följt upp effekten av de arbetsmarknadsrelaterade villkoren genom att kontrollera om de som erbjudits sysselsättning inom ramen för offentlig upphandling efter ett år fortfarande stod kvar på en särskild lista över arbetslösa. Om personerna inte fanns kvar på listan har det ansetts vara en indikation på att de inte längre är arbetslösa. Siffrorna visar att 70 procent av de som erbjöds sysselsättning inom ramen för projektet ett år senare inte fanns kvar på listan över arbetslösa. Detta ses som ett gott resultat. Stadens uppfattning är därför att villkoren ger resultat. Däremot har ingen allmän acceptans för sociala villkor uppstått hos leverantörerna.

7.8 Storbritannien³⁷

Till följd av den ekonomiska kris som rått i Storbritannien de senaste åren har en viktig målsättning med den offentliga upphandlingen varit att minska de offentliga utgifterna. Som en motreaktion mot detta antogs 2012 Social Value Act. Lagen gäller för England och Wales. Enligt lagen ska upphandlande myndigheter överväga ekonomiska, sociala eller miljömässiga hänsyn om den aktuella upphandlingen överstiger EU-direktivens tröskelvärde. Även om lagen inte innebär att det är obligatoriskt att ta sådana hänsyn i offentlig upphandling anses den ha stort värde genom att sociala hänsyn i upphandling uppmärksammas.

En handledning har också tagits fram för hur myndigheter kan gå tillväga när de tillämpar lagen.³⁸ Enligt handledningen bör myndigheter först identifiera sina prioriteringar. Genom att relatera sociala villkor till den upphandlande myndighetens mål blir kraven relevanta och bidrar till att detta mål uppnås. Ett exempel är från det brittiska försvarsdepartementet. Departementet har som mål att förbättra villkoren för krigsveteraner. Utifrån detta mål har den organisation som driver departementets utbildningsanläggning bidragit till omskolning av veteraner. Genom att tydliggöra syftet med att ställa sociala villkor ges också anbudsgivare en bättre möjlighet att ta fram förslag på hur dessa mål kan uppnås.

³⁷ Avsnittet bygger på muntlig information vid möte den 9–11 november 2015 med representanter från berörda aktörer.

³⁸ Handledningen finns som Annex A till Social Value Act Review – report, February 2015 publicerad av Cabinet Office.

Myndigheten måste utreda vad som är rättsligt möjligt i varje enskild upphandling. Det framhålls i handledningen att 2014 års upphandlingsdirektiv ger möjlighet att använda sociala hänsyn när upphandling sker på basen av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Villkoren ska vara förenliga med de EU-rättsliga principerna om bl.a. likabehandling, icke-diskriminering och öppenhet och ha en koppling till kontraktsföremålet. De bör dessutom vara relevanta och proportionerliga i förhållande till vad som upphandlas. Det rekommenderas därför att det görs en noggrann undersökning av marknaden och de förutsättningar som finns för att ställa sociala villkor innan upphandlingen påbörjas.

När villkoren formuleras rekommenderas att myndigheten fokuserar på vad som ska uppnås, inte hur det ska gå till. Genom att tydliggöra målet med sociala villkor kan marknaden själv bestämma hur detta uppnås, vilket uppmuntrar innovation och nytänkande. En sådan strategi förutsätter att olika anbudsgivares förslag kan värderas och jämföras. Handledningen ger därför också exempel på hur detta kan gå till.

Det lyfts också fram som en viktig fråga att upphandlingen, om möjligt, bör anpassas så att även små företag kan delta.

7.8.1 Exemplet MTR

MTR är ett Hongkongbaserat företag som kör spårtrafik och bygger fastigheter runt järnvägar och tågstationer. Bolaget kör tåg i bl.a. Japan och Kina. I Europa kör bolaget tunnelbanan i Stockholm, MTR Express mellan Stockholm och Göteborg och tåg i London. De kommer även att köra de tåg som ska gå på den nya tågbanan som konstrueras under London, Crossrail.

I upphandlingen av tågoperatör till Crossrail ställdes krav på sociala villkor som utvärderingskrav i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna fick möjligheten att själva beskriva på vilket sätt de kunde bidra till samhällsvinster om de tilldelades kontraktet. Vid utvärderingen av anbuden omfattade 70 procent rent ekonomiska värden och 30 procent resten, varav de sociala hänsynen var en del.

MTR, som tilldelades kontraktet, har i denna upphandling åtagit sig att anställa praktikanter och beräknar ha cirka 50 till 70 praktikanter på sexmånaderskontrakt när trafiken är igång i full skala.

MTR kommer också att se till att även underleverantörer tar in praktikanter. En viss ersättning erhålls av staten för att finansiera lönen för praktikanterna.

I MTR:s åtagande ingår också att utbilda nya lokförare som kan köra tågen. Genom detta bidrar MTR till att arbetslösa får utbildning och arbete samtidigt som de själva säkerställer att det finns kompetenta lokförare att anställa.

MTR har enligt egen uppgift haft en bra dialog med fackförbund på området som enligt företaget är mycket positiva till de åtgärder som vidtagits.

I upphandlingen ställs också krav på att MTR ska betala sina arbetstagare minst "London living wage", dvs. en lön som räknats fram som den lägsta som det går att leva på i London. Den lönen är 12 procent högre än den som allmänt gäller som minimilön i England. Leverantören är även förpliktad att se till att underleverantörer lever upp till det kravet.

MTR anser att en viktig faktor för bolagets möjlighet att bidra till samhällsvinster i den offentliga upphandlingen av tunnelbanetrafiken är att bolaget själv får utforma vilka sociala åtaganden som ska göras. På det sättet kan åtgärderna utformas så att de passar för leverantören och för det aktuella uppdraget.

Hittills verkar de sociala villkoren i upphandlingen av tunnelbanetrafiken på Crossrail ha fungerat väl. Trafiken är dock ännu inte igång i full skala och det är därför inte möjligt att utvärdera projektet ännu. En erfarenhet som lyfts fram av MTR är att det har funnits vissa svårigheter att hitta sökande till de praktikplatser som erbjuds.

Exemplet visar att en myndighets krav på att en upphandling ska medföra vinster för lokalsamhället kan ge goda resultat och få leverantörer att hitta framgångsrika sätt att uppfylla dessa villkor. Som jämförelse kan nämnas att det i den upphandling av tunnelbanetrafiken i Stockholm, där MTR även tilldelades kontraktet, inte ställdes villkor om sociala vinster för samhället, varför MTR inte heller åtog sig några sådana uppdrag.

7.9 Skottland

Storbritanniens parlament genomför 2014 års upphandlingsdirektiv för England, Wales och Nordirland. Skottland har en självständig reglering av offentlig upphandling och ett eget ansvar för genomförandet av de nya direktiven i Skottland.

År 2009 introducerade Skottland en plan för hållbar offentlig upphandling som innebär att upphandling ska ske på ett sådant sätt att den ger fördelar för samhället, ekonomin och miljön.³⁹ Planen innehåller tio steg för att genom upphandling värna om miljön samt små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandling och sociala värden. Ett av stegen är att varje upphandlande myndighet ska fastställa en strategi för hur upphandling kan bidra till dessa värden. Planen ska offentliggöras och kommuniceras. När det gäller just sociala villkor nämns särskilt jämställdhet, mångfald samt rättvis och etisk upphandling.

Under 2014 reformerades den skotska upphandlingslagstiftningen. Ytterligare fokus lades på att säkerställa att upphandling skulle ge så mycket nytta för samhället som möjligt. Detta kan ske genom villkor i själva upphandlingen eller genom anlitan av så kallade sociala företag, dvs. företag som t.ex. verkar för sysselsättning för de som står långt ifrån arbetsmarknaden.

Lagen från 2014 innebär att en myndighet före varje upphandling som har ett kontraktsvärde över 50 000 pund när det gäller varor och tjänster och 2 miljoner pund när det gäller bygg- och anläggningskontrakt måste överväga hur den aktuella upphandlingen kan bidra till en förbättring av ekonomin, de sociala förhållandena och miljön i det geografiska området där uppdraget utförs eller i sektorn i allmänhet, t.ex. hälso- och sjukvården om upphandlingen avser sjukvårdstjänster. Alla anbudsgivare måste dock behandlas lika, lokala anbudsgivare får inte ges fördelar.⁴⁰

³⁹ Planen "Sustainable procurement action plan for Scotland" finns tillgänglig på den Skotska regeringens webbplats: <http://www.gov.scot/Topics/Government/Procurement/policy/corporate-responsibility/CSR/SSPAP>

⁴⁰ Public procurement, A consultation on changes to the public procurement rules in Scotland, februari 2015, s. 11.

En undersökning från 2015 visade att en övervägande majoritet av offentligt anställda som arbetar med offentlig upphandling var väl medvetna om lagens krav på bl.a. sociala hänsyn (74 procent).⁴¹

En organisation har inrättats, Ready for Business, som har till uppgift att hjälpa myndigheter och leverantörer att inkludera värden i offentlig upphandling för att stärka samhället. Organisationen ska också ta fram verktyg för att stödja upphandlande myndigheter och håller i forum för utbyte av erfarenheter. Myndigheten kan också vara behjälplig med utvärdering av anbud och uppföljning av sociala kontraktsvillkor i enskilda upphandlingar.

7.9.1 En särskild metod för att säkerställa sociala värden i upphandling

En särskild metod som kallas för Community Benefit Clauses har utarbetats i Skottland för att säkerställa att sociala och ekonomiska hänsyn tas i offentlig upphandling. Till en början låg fokus på framför allt upphandlingar inom området bygg och anläggning men flera myndigheter använder nu metoden för alla sina upphandlingar.⁴² Metoden kan resultera i kontraktsvillkor som

- skapar möjligheter för sociala företag att leverera offentliga tjänster,
- ger anställning och praktik för långtidsarbetslösa eller andra som står långt ifrån arbetsmarknaden,
- skapar möjligheter för små och medelstora företag att leverera offentliga tjänster,
- gör tjänsterna eller produkterna tillgängliga för alla,
- bidrar till att mål för utbildning eller praktik uppnås, eller
- bidrar till att miljömässiga mål nås.

⁴¹ Research Report: Sustainable Procurement, Social Value and the Third Sector in Scotland, Survey of Public Sector Commissioners and Procurement Professionals, Ready for Business, april 2014, s. 6.

⁴² Enligt undersökningen (Research Report: Sustainable Procurement, Social Value and the Third Sector in Scotland, Survey of Public Sector Commissioners and Procurement Professionals, Ready for Business, april 2014) angav 12 procent av upphandlande myndigheter att CBC-metoden används i alla offentliga kontrakt.

Upphandlingar över EU:s tröskelvärden måste följa de regler som genomför EU-direktiven. Upphandlingar under tröskelvärdena som har ett gränsöverskridande intresse måste ske med beaktande av de EU-rättsliga principerna om öppenhet, likabehandling, proportionalitet, icke-diskriminering och ömsesidigt erkännande. Övriga upphandlingar under tröskelvärdena anses endast behöva iaktta nationella regler, i princip att upphandling ska ske till ”best value”. Sociala villkor kan användas i samtliga upphandlingar.⁴³ EU:s principer hindrar dock sociala villkor som favoriserar lokala leverantörer, som kan anses diskriminerande, och som inte begränsas till ett villkor som direkt kopplas till utförande av kontraktet.

Sociala villkor beaktas i hela upphandlingsproceduren

Av en handledning utgiven av Skottlands regering 2008, som fortfarande tillämpas, framgår att ställandet av sociala villkor i offentlig upphandling bör följa följande steg:⁴⁴

- *Affärsanalys*
En upphandlande myndighet bör inför varje upphandling analysera om det är lämpligt att ställa krav på sociala villkor i den aktuella upphandlingen och om det behövs för att säkerställa de mål som myndigheten vill uppnå med villkoret. Det bör också säkerställas att de kostnader som kan uppstå kan täckas samt att det finns en efterfrågan som matchar tillgången. Ska det t.ex. ställas villkor om praktikanter bör det säkerställas att det finns arbete som praktikanterna kan utföra i det aktuella uppdraget och att det finns praktikanter att anställa.
- *Upphandlingsstrategi*
När sociala villkor ställs bör de ha stöd i myndighetens upphandlingsstrategi och integreras i hela upphandlingsproceduren. Det innebär att villkoren ska framgå redan av upphandlingsdokumenten, att villkoren bör beaktas när det säkerställs om

⁴³ Ready for Business Community Benefit Clauses, FAQ, s. 2 (<http://readyforbusiness.org/wp-content/uploads/2013/03/lib-FAQs-Community-Benefit-Clauses-2013.pdf>).

⁴⁴ The Scottish government Community Benefits in Public Procurement, A report demonstrating the methodology for including targeted recruitment and training clauses in public sector contracts by Rochars MacFarlane and Mark Cook, Anthony Collins, 2008.

leverantörerna har kapacitet att leverera det som efterfrågas, att villkoren bör ingå när anbudet utvärderas (i denna fas bör sådana villkor också poängsättas), samt slutligen att villkoren bör ingå i kontraktsvillkoren. Det kan med fördel ordnas möten med leverantörer innan upphandlingen påbörjas för att utreda vilka möjliga sociala villkor som kan ställas.

- *Tekniska överväganden*

De sociala villkor som ställs bör vara möjliga att utvärdera. De kan därför t.ex. formuleras så att sociala hänsyn avser en procentandel av den arbetstid kontraktet omfattar, anger ett antal (t.ex. hur många personer som ska anställas), anger angivna miniminivåer som ska tillhandahållas eller anger ett antal veckor under vilka sociala förmåner ska tillhandahållas. Som exempel kan anges att fyra praktikanter ska sysselsättas under totalt 52 veckor av kontraktstiden. Är kontraktstiden okänd kan det anges att praktikanter ska sysselsättas under tio procent av tiden som behövs för att leverera kontraktet. Innan krav ställs på anställning av personer eller praktik bör en myndighet också utreda vilket behov som finns hos leverantörerna och vilka behov som kan tillgodoses i det aktuella kontraktet. Det bör också beaktas hur många nyanställda och praktikanter som leverantörer kan ta hand om, det bör t.ex. finnas tillräckliga resurser för handledning och stöd för att anställningen och praktiken ska bli meningsfull. Kostnaden måste också beaktas. Här bör hänsyn tas till vilken produktivitet de som anställs har, om leverantören kan få statliga subventioner av lönen, vilka förkunskaper praktikanterna kan antas ha och vilken utbildning de behöver på arbetsplatsen.

- *Utvärderingsfasen*

När myndigheter ska utvärdera anbud som innehåller sociala åtaganden ställer det krav på att det definieras vad som är ett bra anbud och hur olika krav viktas. Utvärdering får endast ske efter de utvärderingskriterier som tydligt angivits. Det framhålls särskilt att det i denna del av processen är viktigt att beakta kraven på öppenhet och likabehandling.

- *Kontraktsvillkoren*

Villkoren ska tas in i kontraktsvillkoren för att säkerställa att leverantören förbinder sig att uppfylla dessa.

- *Uppföljning*

Hur kontraktet ska följas upp bör beaktas redan när det övervägs hur det sociala villkoret ska se ut eftersom det ibland kan vara både svårt och kostsamt att följa upp sådana villkor. Här måste också frågor om t.ex. hantering av personuppgifter beaktas. Det framhålls att uppföljning är viktigt, inte minst för att visa leverantörer att myndigheten tar villkoren på allvar.

Ready for business rekommenderar i en senare handledning att upphandlande myndigheter bör ge leverantörerna själva möjlighet att beskriva vilka sociala förmåner de kan leverera om de vinner kontraktet, snarare än att i kontraktsvillkoren föreskriva ett specifikt villkor.⁴⁵ Det medför visserligen att myndigheten måste utvärdera och bedöma varje leverantörs förslag och jämföra förslagen med varandra vilket kan vara komplicerat men det ger leverantörerna incitament att fokusera på att leverera sociala värden.

7.9.2 Exemplet Glasgow och Commonwealth Games

Glasgow stad är Skottlands största lokala myndighet. År 2008 bestämde Glasgow City Council att sociala hänsyn skulle tas i offentlig upphandling. Staden skulle 2014 vara värd för the Commonwealth Games och stora byggprojekt inför denna tävling skulle inledas. Målet var att maximera de sociala vinsterna för staden utan att öka kostnaderna. En särskild tjänst inrättades för att enbart arbeta med detta.

Staden bestämde sig för att bl.a. prioritera att ta sociala hänsyn vid byggandet av de arenor som behövdes för tävlingen. Arbetet med att ställa sociala villkor i upphandlingen utfördes i nära samarbete med projektledningen för bygget och med upphandlings-teamet. Fokus var på kontrakt som löpte över minst sex månader. De hänsyn som skulle tas avsåg tre områden:

⁴⁵ Ready for Business Community Benefit Clauses, FAQ, s. 3 (<http://readyforbusiness.org/wp-content/uploads/2013/03/lib-FAQs-Community-Benefit-Clauses-2013.pdf>).

- Målstyrd rekrytering av långtidsarbetslösa och de som nyss slutat skolan.
- Affärsmöjligheterna skulle uppmärksammas.
- Små och medelstora företag och sociala företag skulle utvecklas.

Hänsyn till dessa tre faktorer skulle tas i alla delar av upphandlingen, från förberedelserna inför upphandlingen till annonseringen och uppföljningen av kontraktet. En standardklausul för sociala hänsyn utarbetades. Denna omarbetades och förbättrades flera gånger.

I upphandlingsdokumenten ombads anbudsgivarna beskriva på vilket sätt de kunde underlätta möjligheterna för små och medelstora företag och sociala företag att ges uppdrag om de vann kontraktet. I utvärderingen av anbuderna sattes leverantörens förmåga att uppfylla sociala hänsyn till tio procent av tilldelningspoängen. Alla leverantörer erbjöds också stöd för att ta fram och presentera sina sociala hänsyn. Resultatet av initiativet blev att tio projekt kom att inkludera sociala hänsyn, bl.a. byggandet av en velodrombana och huvudarenan för spelen.

Ett av de större kontraktet tilldelades ett företag som åtagit sig att bidra till flera av de efterfrågade hänsynen. Bolaget åtog sig bl.a. att samarbeta med Community Enterprise in Scotland, en organisation som stödjer sociala företag, för att identifiera lämpliga lösningar för sociala företag att agera som underleverantörer. Som ett resultat av arbetet tilldelades ett tvåårskontrakt till en underleverantör, ett socialt företag (Unity Enterprise) som sysselsatte arbetstagare som kan ha svårt att etablera sig på arbetsmarknaden, t.ex. unga, arbetstagare med fysiska och psykiska funktionshinder, hemlösa och flyktingar. Underleverantörsuppdraget omfattade cateringservicen för en av byggarbetsplatserna med upp till 600 lunchgäster per dag. Genom detta gavs utbildning, praktik och arbetslivserfarenhet till Unity Enterprises arbetstagare. Genom den erfarenhet som bolaget då förvärvade kunde det därefter tilldelas flera andra kontrakt i offentliga upphandlingar.

Införandet av strategin var inte helt utan kritik. Röster höjdes om att det skulle vara en alltför stor börda att använda sociala klausuler. Med hjälp och stöd från myndigheterna kunde dock ställandet av sociala villkor relativt snabbt bli en rutin som inte ansågs betydande. Vidare framfördes inledningsvis att det fanns risk för att

upphandlingarna skulle bli alltför dyra. Ett testprojekt genomfördes som visade att så inte var fallet. Det tog också en viss tid att informera leverantörer och andra om den nya policyn. I takt med att den använts i allt fler projekt har dock en allmän acceptans uppstått. En nyckelfaktor var också samarbetet med Ready for business genom vilket kontraktsmöjligheter för sociala företag kunde identifieras trots att huvudkontrakten avsåg stora värden och stora projekt där små företag och sociala företag kan ha svårt att delta.

Satsningen gav goda resultat. Av de 271 miljoner pund som investerades i projekten skapades:

- 358 traineeplatser för personer som var nya på arbetsmarknaden.
- 149 långtidsarbetslösa och personer som nyligen lämnat skolan har fått praktik i sammanlagt 374 veckor.
- En stor mängd leverantörer registrerade sig på en särskild webbplats där kompetens som behövdes i projekten kunde hittas.
- 102 kontrakt tilldelades leverantörer eller underleverantörer med verksamhet i Glasgow.

Genom projektet har också sociala klausuler (social benefit clauses) fått en allmän acceptans i staden. Samarbetet mellan leverantörer, upphandlande myndigheter och stödjande myndigheter har utvecklats och fördjupats och projektet har spridits till andra verksamheter i staden.

Projektet har utvärderats och det har fastslagits att följande faktorer varit särskilt viktiga för det goda resultatet.

- Strategin har haft ett starkt stöd både hos politiker och leverantörer och det har funnits en tydlig politisk strategi som också kopplats till företagets mål, vilket har gett projektet legitimitet.
- Resurser avsattes i form av en särskilt ansvarig person som underlättade samarbetet mellan alla aktörer och samordnade projektet.
- Möjligheter till att uppfylla de tre fokusområdena har underlättats genom konkret hjälp från Ready for Business. Organisationen har stöttat leverantörer under hela processen med både praktiskt och rättsligt stöd.

- Villkoren uppmärksammades redan initialt i upphandlingsprocessen och behandlades som ett grundläggande element i specifikationen av kontrakt föremålet. Villkoren var också relevanta och proportionella.
- Särskilda och uppföljningsbara mål användes, vilket underlättade både för leverantörerna som skulle möta kraven i anbudet och för de upphandlande myndigheterna i utvärderingen av dessa och i uppföljningen.

7.9.3 Exemplet New South Glasgow Hospitals

År 2009 genomfördes en byggentreprenadupphandling av ett nytt stort sjukhus i Glasgow. Uppdragsgivaren inledde upphandlingen med att göra en social och ekonomisk konsekvensanalys där flera viktiga faktorer som kunde leda till sociala vinster identifierades. För att kunna tillgodose dessa användes Community Benefit Clauses i upphandlingen. Villkoren fokuserade på målinriktad rekrytering av "new entrants", dvs. personer som inte har haft arbete på grund av arbetslöshet eller bristande erfarenhet, på praktikplatser samt på att skapa sysselsättningsmöjligheter för små och medelstora företag och för sociala företag. Dessa hänsyn beaktades i hela upphandlingsprocessen, från utformningen av upphandlingsdokumenten, som ett led i tilldelningen och i kontraktsvillkoren. I utvärderingsfasen tillfrågades anbudsgivarna om hur de avsåg skapa fördelar för samhället genom projektet. Svaret tillmättes vikt, 10 procent, vid tilldelning av kontraktet. För att utforma svaret erbjöds hjälp från Ready for Business.

I slutet av 2009 tilldelades en leverantör uppdraget. Kontraktet omfattade 842 miljoner pund. Uppdragsgivaren samarbetade nära med leverantören för att säkerställa att sociala företag kunde ges möjligheter att vara underleverantörer i projektet. Några målvärden sattes dock inte, i stället skulle resultat uppnås genom ett nära samarbete mellan leverantören, upphandlingsgivaren och organisationer som Ready for Business. En ansvarig person från upphandlingsgivaren ingick i leverantörens genomförandegrupp för projektet. Leverantören utsåg också en person som skulle vara ansvarig för att genomföra dessa åtgärder.

För genomförandet upprättade staden Glasgow en databas med arbetstagare som erbjöd sina tjänster i projektet där leverantörer och uppdragsgivare på ett enkelt sätt kunde fylla eventuella vakanser.

Ett av de projekt som identifierades som ett lämpligt uppdrag för ett socialt företag var målningen av ett mer än 1 000 meter långt staket runt själva byggarbetsplatsen. Med hjälp av stöd från Ready for Business tilldelades ett socialt företag, OsKar, kontrakt avseende målningen. Genom detta erbjöds sysselsättning till flera unga arbetstagare som haft svårt att etablera sig på arbetsmarknaden.

Projektet ledde till mycket goda resultat. 185 nya jobb skapades varav 87 procent gick till kommunmedborgare, 100 nya kvalificerade arbeten skapades, 47 praktikplatser för unga, 141 praktikplatser för andra och ett antal underleverantörskontrakt gick till lokala leverantörer. Det var också första gången ett socialt företag fick ett uppdrag i ett stort infrastrukturprojekt. Genom detta tydliggjordes att sådana företag har möjlighet att agera underleverantörer på ett affärsmässigt och pålitligt sätt. Därtill informerades både skolor och universitet om projektet.

De faktorer som anses ha möjliggjort det goda resultatet är det nära samarbetet mellan leverantör, uppdragsgivare och hjälporganisationer som Ready for Business, att sociala företag som OsKar fick stöd och hjälp för att lämna anbud i projektet, att målen sattes redan inledningsvis i projektet samt att leverantören tog den sociala delen av uppdraget på allvar. I detta projekt anställdes en särskild person för att ha huvudansvaret för ställandet av sociala villkor. Det anges också att en viktig faktor i projektet har varit tillgången till kvalificerad juridisk rådgivning som tydliggjort vilka möjligheter det fanns att använda sociala villkor. Uppdragsgivaren anser dock att det i framtida upphandlingar bör finnas klara mål som rör medverkan av underleverantörer i form av små och medelstora företag och sociala företag för att ytterligare förstärka det positiva resultatet i upphandlingar.

7.10 Sammanfattande slutsatser

Av exemplen i detta avsnitt har utredningen funnit vissa gemensamma faktorer som synes vara väsentliga för ett framgångsrikt användande av sysselsättningsrelaterade villkor i offentlig upphand-

ling. Nedan följer en sammanfattning av utredningens iakttagelser gällande sådana faktorer.

För framgångsrik användning av sociala hänsyn framstår det som helt avgörande att det finns ett tydligt formulerat mål med såväl den generella tillämpningen av sociala hänsyn i offentlig upphandling som de faktiska villkoren i en aktuell upphandling. I flera av de länder som beskrivits i betänkandet har regeringen i det aktuella landet antagit en upphandlingsstrategi eller en handlingsplan för offentlig upphandling där det tydligt framgår att sociala hänsyn ska eller bör beaktas vid offentlig upphandling. Utifrån denna strategi har myndigheter på olika nivåer antagit handlingsplaner och vägledning där det bl.a. anges vilka möjligheter som finns att ta sociala hänsyn och hur sådana hänsyn ska tas. Det är utredningens uppfattning att det är av stor vikt för att sociala hänsyn i offentlig upphandling ska fungera bra att det finns en tydlig koppling mellan målet med sådana hänsyn och de åtgärder som väljs för att uppnå detta mål.

I flertalet av de redovisade fallen har användningen av sysselsättningsrelaterade hänsyn startat som ett projekt. Efter utvärdering har erfarenheterna av projektet blivit en del av det ordinarie upphandlingsförfarandet. I flera fall har projekten utformats i nära samarbete med arbetsmarknadens parter, branschorganisationer och leverantörer.

Av exemplen framkommer vidare att det har varit av stor betydelse för användningen av sysselsättningsrelaterade villkor att både upphandlande myndigheter och leverantörer har haft tillgång till stöd, både under upphandlingsförfarandet och under pågående uppdrag.

I majoriteten av de redovisade exemplen är det frivilligt för de upphandlande myndigheterna att ställa sociala krav i offentlig upphandling även om det finns en formell uppmaning om att ställa sådana krav. I de flesta fall har det därtill inte ansetts vara proportionerligt eller lämpligt att ställa sådana krav i alla upphandlingar. Det är vanligt att det av en handledning eller liknande framgår i vilka upphandlingar sysselsättningsrelaterade villkor bör eller ska användas. Detta anges vanligen genom att det ska röra sig om upphandlingskontrakt rörande ett visst område, t.ex. bygg- och anläggning, över ett visst kontraktsvärde och som sträcker sig över viss tid. Hänsyn tas också i många fall till förhållandena i varje enskild upphandling innan

det bestäms om sociala villkor ska ställas. Vid bedömningen om det är lämpligt att ställa sysselsättningsrelaterade villkor i en viss upphandling synes det vara vanligt att ha en dialog med arbetsmarknadens parter, branschorganisationer och leverantörer.

I flera av exemplen har leverantören haft viss frihet att själv välja på vilket sätt villkoren ska uppfyllas. Det kan röra sig om valfrihet i form av att välja om arbetet ska utföras av personer ur en viss grupp, t.ex. personer med funktionsnedsättning, eller om det ska utföras av ett så kallat socialt företag. I vissa fall kan leverantörerna själva föreslå hur uppdraget kan utföras på ett sätt som gynnar sysselsättningen. Framgången med att ställa sysselsättningsrelaterade villkor i Skottland och i Ghent synes också till stor del ha sin grund just i att leverantörerna själva varit delaktiga i utformandet av de villkor som de förbundit sig att uppfylla.

I de flesta exemplen framhålls vikten av att följa upp ställda villkor. Bristande efterlevnad av villkoren är dock sällan förenad med sanktioner. Även i de fall det finns en ordning där sanktioner anges i kontrakten så är det ovanligt att dessa faktiskt används. I flera av exemplen framhålls i stället vikten av dialog med leverantörerna. Det synes finnas en etablerad uppfattning om att det är av stor vikt att få leverantörer att själva inse nyttan med att använda sociala villkor och att sådan insikt uppnås mer effektivt genom dialog än genom sanktioner. I flera fall framgår dessutom av vägledningarna och liknande att sanktioner ska tillämpas med försiktighet och att det måste beaktas att de aktuella villkoren endast utgör en mycket liten del av det totala uppdrag som avses i kontraktet. Sanktionen måste således framstå som proportionerlig.

Slutligen kan konstateras att det av flera exempel framgår att det ansetts möjligt att ställa sysselsättningsrelaterade krav i flera av upphandlingsprocessens faser.

Kommittédirektiv 2014:162

Upphandling och villkor enligt kollektivavtal

Beslut vid regeringssammanträde den 22 december 2014

Sammanfattning

En särskild utredare ska analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de tre nya kommande upphandlingslagarna om offentlig upphandling, upphandling inom försörjningssektorerna och upphandling av koncessioner. Utredaren ska också analysera hur krav på att varor, tjänster och byggtreprenader ska produceras, tillhandahållas och utföras under förhållanden som uppfyller ILO:s kärnkonventioner kan föras in i nämnda tre upphandlingslagar. Syftet med detta är att det handlingsutrymme som 2014 års upphandlingsdirektiv ger i fråga om sådana krav ska utnyttjas för att därigenom stärka det sociala skyddet.

Utredaren ska bl.a. *dels* analysera hur krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in som uttryckliga bestämmelser om sådana krav och föreslå hur sådana bestämmelser ska utformas i de nya kommande upphandlingslagarna, *dels* analysera för vilka kontraktstyper krav på villkor enligt kollektivavtal kan göras obligatoriskt och vilka villkor som kan omfattas av ett sådant obligatorium för respektive kontraktstyp.

Utredaren ska vidare bl.a. föreslå bestämmelser som ställer krav på att *dels* varor, tjänster och byggtreprenader produceras, tillhandahålls och utförs under sådana förhållanden att ILO:s kärnkonventioner i tillämpliga delar respekteras, *dels* de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs ska följas, om arbetet inte utförs i Sverige, och som är tillämpliga på arbetet.

Uppdraget ska redovisas senast den 1 september 2015.

2014 års upphandlingsdirektiv

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).

I dessa tre direktiv, 2014 års upphandlingsdirektiv, finns flera bestämmelser som rör sociala krav, och därmed även löne- och arbetsvillkor, vid offentlig upphandling. De två viktigaste bestämmelserna i detta avseende är bestämmelserna om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter (artikel 18.2 i LOU-direktivet, artikel 36.2 i LUF-direktivet och artikel 30.3 i LUK-direktivet) och om villkor för fullgörande av kontrakt (artikel 70 i LOU-direktivet och artikel 87 i LUF-direktivet).

I direktivens bestämmelser om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter anges följande (artikel 18.2 i LOU-direktivet). ”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.”

I de bilagor till vilka bestämmelserna om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter hänvisar i fråga om internationella sådana bestämmelser anges bl.a. ILO:s åtta kärnkonventioner (bilaga X till LOU-direktivet, bilaga XIV till LUF-direktivet och bilaga X till LUK-direktivet).

I direktivens bestämmelser om villkor för fullgörande av kontrakt anges följande (artikel 70 i LOU-direktivet). ”En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras, under förutsättning att de är kopplade till kontraktsföremålet i den mening som avses i artikel 67.3 och anges i anbudsinfordran eller upphandlingsdokumenten. Dessa krav får omfatta ekonomiska, innovationsrelaterade, miljörelaterade, sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn.”

I direktiven finns flera hänvisningar till bestämmelserna om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Sådana hänvisningar finns i bestämmelserna om ett anbuds överensstämmelse med skyldigheterna (artikel 56.1 andra stycket i LOU-direktivet och artikel 76.6 i LUF-direktivet), om skäl för uteslutning (artikel 57.4 första stycket a i LOU-direktivet och artikel 38.7 a i LUK-direktivet), om onormalt låga anbud (artikel 69.2 d och 69.3 i LOU-direktivet och artikel 84.2 d och 84.3 i LUF-direktivet), och om anlitande av underleverantörer (artikel 71.1 och 71.6 i LOU-direktivet, artikel 88.1 och 88.6 i LUF-direktivet och artikel 42.1 och 42.4 i LUK-direktivet).

Av bestämmelserna om anlitande av underleverantörer framgår bl.a. att ”behöriga nationella myndigheter” ska genom lämpliga åtgärder säkerställa att underleverantörer iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Det kan även noteras att det finns bestämmelser i artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 88.4 i LUF-direktivet som anger att frågan om ”huvudentreprenörens” ansvar inte påverkas av punkterna 1–3 i artiklarna.

Av skälen framgår i fråga om byggentreprenader och tjänster att det är de miljö-, social-, eller arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga på den ort där byggentreprenaderna utförs eller tjänsterna tillhandahålls som avses (skäl 37 i LOU-direktivet, skäl 52 i LUF-direktivet och skäl 55 i LUK-direktivet). De relevanta skyldigheterna kan avspeglas i kontraktsbestämmelserna och det bör vara möjligt att i offentliga kontrakt inkludera bestämmelser som garanterar efterlevnaden av kollektivavtal i överensstämmelse med unionsrätten (skäl 39 i LOU-direktivet, skäl 54 i LUF-direktivet och skäl 57 i LUK-direktivet).

Genomförandet av 2014 års upphandlingsdirektiv

Regeringen beslutade den 27 september 2012 att ge en särskild utredare i uppdrag att lämna förslag till hur vissa bestämmelser i LOU-direktivet och i LUF-direktivet och LUK-direktivet i dess helhet borde genomföras i svensk rätt. Utredningen antog namnet Genomförandeutredningen.

Genomförandeutredningens uppdrag omfattade bl.a. genomförandet av ovan nämnda direktivbestämmelser om iakttagande av

tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter och de direktivbestämmelser som hänvisar till dessa. Enligt utredningens direktiv skulle utredaren vidare beakta vad riksdagen tillkännagett om sådan ändring i lagen om offentlig upphandling att arbetsmiljöhänsyn kan tas och krav på villkor enligt svenska kollektivavtal ställas vid upphandling (bet. 2010/11:AU3).

Genomförandeutredningen redovisade sitt uppdrag i delbetänkandet Nya regler om upphandling (SOU 2014:51) och i slutbetänkandet En lag om upphandling av koncessioner (SOU 2014:69). Delbetänkandet överlämnades i juli 2014 och slutbetänkandet överlämnades i oktober 2014.

I betänkandena föreslår utredningen att ovan berörda direktivbestämmelser ska genomföras genom föreskrifter som anger att upphandlande myndigheter och enheter ska, för att säkerställa att leverantörer som har tilldelats kontrakt enligt respektive lag fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, vidta de särskilda åtgärder och övriga lämpliga åtgärder som är förenliga med bestämmelserna i samma lagar (se 103 § i avsnitt 14.1 och 98 § i avsnitt 14.2 i SOU 2014:51 och 4 kap. 4 § i förslaget till lag om upphandling av koncessioner i SOU 2014:69). I dessa föreskrifter finns också en uppräknning av de åtgärder som enligt utredningen är att betrakta som särskilda åtgärder enligt respektive lag. Dessa s.k. särskilda åtgärder är enligt förslagen åtgärder som enligt respektive lag kan vidtas när det under en upphandling uppmärksammas att det föreligger brister vad gäller iakttagandet av skyldigheterna i fråga.

Genomförandeutredningen uttalar i delbetänkandet (SOU 2014:51 s. 39) beträffande bestämmelserna i direktiven om miljö-, social-, och arbetsrättsliga skyldigheter, att dessa inte innebär att möjligheterna att ta hänsyn till sådana skyldigheter vid upphandling har förändrats i förhållande till den ordning som följer av 2004 års upphandlingsdirektiv. När det gäller krav som kan härledas till kollektivavtal påpekar utredningen (SOU 2014:51 s. 41) att rättsläget inte heller på denna punkt tycks ha ändrats genom 2014 års upphandlingsdirektiv. Med hänvisning till den utredning som föreslog hur 2004 års upphandlingsdirektiv borde genomföras (Upphandlingsutredningen 2004) anför utredningen att villkoren i fråga ska följa av ett representativt kollektivavtal som täcker det aktuella

arbetet. Däremot kan utredningen inte se att tecknat eller tecknande av kollektivavtal är ett tillåtet krav i upphandling.

Delbetänkandet har remissbehandlats (S2014/5303/RU) medan slutbetänkandet för närvarande är föremål för sådan behandling (S2014/6965/RU). Remissvaren beträffande slutbetänkandet ska ha inkommit senast den 9 januari 2015.

Av remissyttrandena avseende delbetänkandet framgår att flera remissinstanser, däribland Almega, Företagarna och Svenskt näringsliv instämmer i utredningens bedömning att krav på tecknat eller tecknande av kollektivavtal inte är ett tillåtet krav. Flera remissinstanser, bl.a. Kommerskollegium och Konkurrensverket, anser vidare att regelsystemet avseende miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter behöver förtydligas. LO, SACO och TCO anser emellertid att det bör anges i lagarna att det vid all upphandling av tjänster och byggentreprenader ska ställas krav på kollektivavtal eller att leverantören visar att denne tillämpar löner och anställningsvillkor som ligger på minst samma nivå som ett centralt kollektivavtal. För arbete som inte utförs i Sverige ska vidare enligt samma remissinstanser alltid krav ställas på att tjänsten eller varorna produceras under sådana förhållanden att ILO:s kärnkonventioner respekteras fullt ut och att de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs tillämpas för arbetet.

Behovet av en utredning

Inom Regeringskansliet pågår arbetet med att genomföra 2014 års upphandlingsdirektiv. Avsikten är att samtliga förslag i Genomförandeutredningens betänkanden (SOU 2014:51 och SOU 2014:69) och i departementspromemorian Nya regler om upphandling (Ds 2014:25) ska behandlas samlat i den kommande propositionen.

Väl genomförda kan 2014 års upphandlingsdirektiv bidra till att öka effektiviteten i de offentliga utgifterna och till att främja upphandlande myndigheters och enheters möjligheter att beakta innovativa lösningar, miljöhänsyn och sociala hänsyn i upphandlingar. Direktiven har också en viktig roll för att stärka förtroendet för EU:s inre marknad och främja tillväxten. Det omfattande arbetet med att i tid genomföra direktiven är därför högt prioriterat. Direktiven ska vara genomförda i svensk rätt i april 2016. Avsikten

är att direktiven vid denna tidpunkt ska vara genomförda genom en ny lag om offentlig upphandling, en ny lag om upphandling inom försörjningssektorerna och en lag om upphandling av koncessioner.

Ett av syftena med 2014 års upphandlingsdirektiv är att ge upphandlande myndigheter och enheter bättre möjligheter att använda upphandling till stöd för gemensamma samhällliga mål. Ett betydelsefullt sådant mål är att arbetstagare som utför tjänster i Sverige som har upphandlats av upphandlande myndigheter eller enheter ska få utföra dessa på villkor enligt kollektivavtal. Sådana villkor är nämligen viktiga element i det sociala skyddet för en arbetstagare.

Ett annat viktigt sådant mål är att arbete sker under drägliga förhållanden och med respekt för arbetstagares grundläggande rättigheter. Varor, tjänster och byggtreprenader som har upphandlats av upphandlande myndigheter eller enheter bör därför produceras, tillhandahållas och utföras under förhållanden som är förenliga med ILO:s åtta kärnkonventioner i tillämpliga delar. Om en myndighet eller enhet kräver att en vara ska produceras under förhållanden som är förenliga med dessa konventioner i tillämpliga delar, tillförsäkrar den att produktionen sker under drägliga förhållanden och med respekt för arbetstagares grundläggande rättigheter. Dessutom ska leverantörerna, för arbeten som inte utförs i Sverige, följa de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs och som är tillämpliga på arbetet. När upphandlande myndigheter eller enheter ställer krav av ovan nämnt slag vid upphandlingar motverkas också s.k. social dumpning.

Betydelsen av att upphandlade varor och tjänster produceras av arbetstagare i enlighet med villkor i kollektivavtal framhålls inte särskilt i Genomförandeutredningens förslag till lagtext. Med tanke på den betydelsefulla roll kollektivavtalen och sådana villkor har för det sociala skyddet, är detta en brist i förslagen. I Genomförandeutredningens betänkande berörs inte heller hur upphandlande myndigheter och enheter kan ställa krav på att varor och tjänster ska produceras under sådana förhållanden att ILO:s kärnkonventioner respekteras och att de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs tillämpas för arbetet.

Uppdraget

En särskild utredare ska analysera hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de nya kommande upphandlingslagarna och lämna förslag på hur sådana bestämmelser ska utformas. Utredaren ska också analysera hur krav kan ställas på att varor, tjänster och byggentreprenader produceras, tillhandahålls och utförs under sådana förhållanden att ILO:s kärnkonventioner respekteras och att de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs, om det inte utförs i Sverige, tillämpas för arbetet samt föreslå hur detta ska göras vid upphandlingar.

Krav på villkor enligt kollektivavtal

Det finns redan i dag möjligheter för upphandlande myndigheter att ställa krav på villkor i enlighet med kollektivavtal. Det handlingsutrymme som 2014 års upphandlingsdirektiv ger i fråga om krav på villkor enligt kollektivavtal är dock tydligare än det som följer av 2004 års direktiv. Den hittills valda metoden att inte precisera i lagtexten att villkor enligt kollektivavtal är tillåtna krav att ställa i en upphandling har dock inte i tillräcklig omfattning lett till att sådana krav har ställts. För att säkerställa att så sker i större utsträckning enligt de nya kommande upphandlingslagarna måste kravens betydelse för det sociala skyddet för arbetstagare hos leverantörer och underleverantörer, inklusive underleverantörer i flera led, ges prioritet. Detta ska göras genom att krav på villkor enligt kollektivavtal särskilt omnämns i de nya lagarna.

Utredaren ska därför

- analysera hur krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in som uttryckliga bestämmelser om sådana krav i de nya kommande upphandlingslagarna, och
- föreslå hur sådana bestämmelser ska utformas.

Den närmare utformningen av bestämmelserna om krav på villkor enligt kollektivavtal

De nya upphandlingsdirektiven och EU-rätten i övrigt medger möjligheter att sätta villkor enligt kollektivavtal i förgrunden i flera olika bestämmelser i de kommande upphandlingslagarna. Som framgår av upphandlingsdirektiven kan sådana villkor aktualiseras som villkor för fullgörandet av ett kontrakt. Enligt upphandlingsdirektiven kan dock villkoren även aktualiseras i olika skeden under en upphandling, nämligen när ett anbud jämförs med uppställda krav, vid bedömningen av skäl för uteslutning, vid bedömningen av huruvida anbudet är onormalt lågt och när underleverantörer anlitas.

När det gäller nyss nämnda bestämmelser som hänvisar till direktivens bestämmelser om iakttagande av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter och som tar sikte på de olika upphandlingsskedena, finns det anledning att framhålla dessa bestämmelserns betydelse för att garantera att leverantörer, inklusive underleverantörer i ett eller flera led, följer skyldigheterna i fråga. En klar och tydlig koppling mellan dessa bestämmelser bidrar till att upphandlande myndigheter och enheter på ett effektivt sätt kan försäkra sig om att kontrakt inte tilldelas leverantörer som själva eller vars underleverantörer i ett eller flera led inte följer tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter. Bestämmelser i de nya kommande upphandlingslagarna som tydliggör en leverantörs ansvar i förhållande till de huvudleverantörer som anlitas är exempel på bestämmelser som bidrar till sådan klarhet och tydlighet (se artikel 71.4 i LOU-direktivet och artikel 88.4 i LUF-direktivet).

Sammantaget finns det sålunda goda förutsättningar att genom föreskrifter i lag uttryckligen hänvisa till villkor enligt kollektivavtal. Huruvida det är möjligt att i lag föreskriva att sådana villkor dessutom ska ställas vid upphandlingar kan emellertid vara avhängigt kontraktstypen och villkorens omfattning.

I fråga om de olika kontraktstyperna är förutsättningarna för att påvisa den relevanta kopplingen mellan villkor enligt kollektivavtal och kontraktsföremålet typiskt sett bättre när det gäller tjänstekontrakt, byggentreprenadkontrakt och koncessioner. För tillhandhållandet eller utförandet enligt sådana kontrakt torde det sällan möta något hinder att påvisa en relevant koppling mellan kontraktsföremålet och flera av villkoren för den eller de arbetstagare som utför arbetet.

När det gäller villkorens omfattning, är det av betydelse vad som enligt upphandlingsdirektiven avses med tillämpliga sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter som fastställs i bl.a. kollektivavtal. Den närmare innebörden av detta är dock oklar. Det framgår nämligen inte hur begreppet förhåller sig till centrala och lokala kollektivavtal och till att en och samma leverantör kan ha tecknat flera olika kollektivavtal för olika personalkategorier. I utredarens uppdrag ingår att klargöra detta.

En grundläggande förutsättning för att krav på villkor enligt kollektivavtal ska kunna ställas är vidare att det tydligt framgår vilka villkor som ska uppfyllas samt att det framgår klart hur en leverantör ska kunna visa att villkoren är uppfyllda. Det bör därvid noteras att behovet av tydlighet och klarhet ställer särskilt höga krav på kravställandet när kraven rör leverantörers underleverantörer i ett eller flera led. Kraven ska vidare framgå av upphandlingsdokumenten. En leverantör som varken har tecknat kollektivavtal eller hängavtal ska alltså både kunna bilda sig en uppfattning om huruvida dennes villkor är i nivå med villkoren enligt kraven och kunna ge in utredning som visar att kraven är uppfyllda. Detta behöver tydliggöras genom bestämmelser i de nya kommande upphandlingslagarna.

För utformningen av ett ovan antytt regelsystem är det av intresse att ta del av erfarenheterna på området från övriga nordiska länder. Av särskilt intresse är erfarenheterna från Danmark som i likhet med Sverige tillämpar kollektivavtal som inte är allmängiltigförklarade.

Sammanfattningsvis tycks sålunda upphandlingsdirektiven lämna utrymme för att i föreskrifter i lag ange att upphandlande myndigheter och enheter vid upphandling av vissa typer av kontrakt ska ställa krav på närmare angivna villkor som följer av kollektivavtal.

Utredaren ska därför

- analysera i vilka skeden av en upphandling det är lämpligt att ställa krav enligt kollektivavtal,
- analysera vad som krävs för att ett kollektivavtal ska anses tillämpligt och vilka villkor i ett sådant avtal som är lämpliga att ställa som krav samt föreslå metoder som upphandlande myndigheter och enheter kan använda sig av för att bedöma om ett kollektivavtal är tillämpligt och vilka villkor i avtalet som kan ställas som krav,

- analysera för vilka kontraktstyper krav på villkor enligt kollektivavtal kan göras obligatoriskt och vilka villkor som kan omfattas av ett sådant obligatorium för respektive kontraktstyp, och
- föreslå hur föreskrifterna ska närmare utformas i lag och vid behov kompletteras med föreskrifter i förordning.

ILO:s kärnkonventioner

I upphandlingsdirektivens bestämmelser om iakttagande av tillämpliga miljö-, social-, och arbetsrättsliga skyldigheter hänvisas till bilagorna till direktiven (bilaga X till LOU-direktivet, bilaga XIV till LUF-direktivet och bilaga X till LUK-direktivet). I bilagorna finns en förteckning över internationella sociala och miljörelaterade konventioner. I denna förteckning anges ILO:s åtta kärnkonventioner, nämligen nr 87 och 98 om föreningsfrihet och skydd för organisationsrätten och om tillämpning av principerna för organisationsrätten och den kollektiva förhandlingsrätten, nr 29 och 105 om tvångs- eller obligatoriskt arbete och om avskaffande av tvångsarbete, nr 100 och 111 om lika lön för män och kvinnor för arbete av lika värde och om diskriminering i fråga om anställning och yrkesutövning, nr 138 om minimiålder för tillträde till arbete, och nr 182 om avskaffande av de värsta formerna av barnarbete.

Frågan om krav hänförliga till ILO:s kärnkonventioner behandlades av Upphandlingsutredningen 2010 (se avsnitt 5 i SOU 2011:73 och avsnitt 8 i SOU 2013:12). Utredningen framhöll därvid en mängd åtgärder som kunde vidtas för att stödja upphandlande myndigheter och enheter att ställa sådana krav. För att ge ytterligare sådant stöd och för att säkerställa att kraven ställs enligt de nya kommande upphandlingslagarna måste betonas vikten av att varor produceras under sådana förhållanden att ILO:s kärnkonventioner i tillämpliga delar respekteras. Detta ska göras genom att krav hänförliga till ILO:s kärnkonventioner särskilt omnämns i de nya lagarna. I lagarna ska även särskilt nämnas krav på att leverantörer, för arbeten som inte utförs i Sverige, ska följa de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs och som är tillämpliga på arbetet.

Utredaren ska därför

- analysera hur krav kan föras in i de nya kommande upphandlingslagarna på att varor, tjänster och byggtreprenader ska produceras, tillhandahållas och utföras under sådana förhållanden att ILO:s kärnkonventioner i tillämpliga delar respekteras,
- analysera hur krav kan föras in i lagarna på att de arbetsrättsliga lagar och kollektivavtal som gäller där arbetet utförs ska följas, om arbetet inte utförs i Sverige, och som är tillämpliga på arbetet, och
- föreslå hur sådana bestämmelser ska utformas.

Begränsningar som följer av upphandlingsdirektiven och EU-rätten i övrigt

Som konstaterats finns det redan i dag möjligheter att vid upphandling ställa sådana krav som behandlats ovan. När kraven ställs, måste de dock utformas i enlighet med upphandlingsdirektiven och EU-rätten i övrigt. Detta har inte ändrats genom 2014 års upphandlingsdirektiv. De bestämmelser som utredaren ska föreslå måste alltså stå i överensstämmelse med direktiven och EU-rätten.

Krav på villkor enligt kollektivavtal vid upphandlingar är ett lämpligt och verksamt medel för att tillförsäkra arbetstagare socialt skydd. Upphandlingsdirektiven och EU-rätten i övrigt ställer dock stora krav på utformningen av kraven, detta gäller inte minst då kraven kan få betydelse för en leverantörs underleverantörer i ett eller flera led, för att de inte ska anses strida mot EU-rätten. En redogörelse av problematiken finns i Upphandlingsutredningen 2004:s slutbetänkande (se avsnitt 6 i SOU 2006:28) och Genomförandeutredningens delbetänkande (se avsnitt 3.2 i SOU 2014:51). Krav vid upphandlingar på att produktionen sker i enlighet med ILO:s kärnkonventioner är också ett lämpligt och verksamt medel som kan säkerställa att produktionen, tillhandahållandet och utförandet sker under drägliga förhållanden och med respekt för arbetstagares grundläggande rättigheter.

Utredaren ska därför

- föreslå en utformning av bestämmelserna som beaktar bl.a. principerna om likabehandling, proportionalitet och öppenhet och som håller sig inom det handlingsutrymme som följer av EU-rätten.

Avgränsningar av uppdraget och det fortsatta utredningsarbetet

Att genomföra 2014 års upphandlingsdirektiv är ett mycket omfattande arbete som är prioriterat. Direktiven ska vara genomförda i april 2016. Det är därför nödvändigt att i ett första skede begränsa uppdraget.

På grund av den korta tid som står till buds ingår i uppdragets inledande del inte att överväga en ordning i respektive lag med olika regler om krav på villkor enligt kollektivavtal på det direktivstyrda området och på det ej direktivstyrda området. Regeringen avser att återkomma med ytterligare direktiv till utredningen att analysera och lämna förslag som säkerställer att åtgärder vidtas så långt det är möjligt i enlighet med riksdagens tillkännagivanden angående ILO:s konvention nr 94 och arbetsmiljöhänsyn vid offentlig upphandling (bet. 2005/06:AU3 och rskr. 2005/06:174 samt bet. 2010/11:AU3 och rskr. 2010/11:187).

Konsekvensbeskrivningar

Utredaren ska enligt kommittéförordningen (1998:1474) analysera och lämna en redovisning av förväntade konsekvenser och kostnader till följd av utredarens förslag som uppkommer för företag, för upphandlande myndigheter och enheter samt för staten i övrigt.

Enligt 14 kap. 3 § regeringsformen bör en inskränkning av den kommunala självstyrelsen inte gå utöver vad som är nödvändigt med hänsyn till de ändamål som föranlett den, dvs. en proportionalitetsprövning ska göras under lagstiftningsprocessen. Om något av utredarens förslag påverkar den kommunala självstyrelsen, ska dess konsekvenser och de särskilda avvägningar som föranlett förslagen särskilt redovisas.

Uppdragets genomförande och redovisning

Utredaren ska samråda med Utredningen om nya utstationeringsregler (A 2014:04) och Utstationeringskommittén (A 2012:03).

Uppdraget ska redovisas senast den 1 september 2015.

(Socialdepartementet)

Kommittédirektiv 2015:90

Tilläggsdirektiv till Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal (S 2014:20)

Beslut vid regeringssammanträde den 20 augusti 2015

Ändring av och förlängd tid för uppdraget

Bakgrund

Regeringen beslutade den 22 december 2014 kommittédirektiv om upphandling och villkor enligt kollektivavtal (dir. 2014:162). Uppdraget skulle enligt direktiven redovisas senast den 1 september 2015. I direktiven angavs vidare att regeringen avsåg att återkomma med ytterligare direktiv till utredningen att analysera och lämna förslag som skulle säkerställa att åtgärder så långt det är möjligt vidtas i enlighet med riksdagens tillkännagivanden angående ILO:s konvention nr 94 och arbetsmiljöhänsyn vid offentlig upphandling (bet. 2005/06:AU3 och rskr. 2005/06:174 samt bet. 2010/11:AU3 och rskr. 2010/11:187).

Riksdagen har vid flera tillfällen behandlat frågan om ratifikation av ILO:s konvention nr 94 angående arbetsklausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part. Riksdagen har bl.a. tillkännagett för regeringen som sin mening att konventionen bör ratificeras (bet. 2005/06:AU3 och rskr. 2005/06:174 samt bet. 2010/11:AU10 och rskr. 2010/11:299).

Sociala och arbetsmarknadsrelaterade krav vid offentlig upphandling i andra länder

Regeringen avser att stärka den strategiska användningen av offentlig upphandling. Som ett led i detta arbete ska utredaren kartlägga och redovisa hur sociala och arbetsmarknadsrelaterade krav används i andra nordiska länder och EU-länder som i detta hänseende är jämförbara med Sverige.

ILO:s konvention nr 94

I ILO:s konvention nr 94 finns bestämmelser som bl.a. anger att kontrakt i vilka åtminstone en av parterna är en offentlig myndighet ska innefatta klausuler om villkor i enlighet med bl.a. kollektivavtal eller om skäliga arbetsvillkor i övrigt. Sverige har inte ratificerat konventionen (se prop. 1950:188 s. 9). Huruvida Sverige efter inträdet i EU kan ratificera konventionen är oklart. Utredaren ska därför analysera de unionsrättsliga förutsättningarna för Sverige att ratificera konventionen. Om konventionen bedöms kunna ratificeras av Sverige, ska utredaren även föreslå hur bestämmelserna i de nya kommande upphandlingslagarna ska anpassas till konventionen.

Enligt artikel 1.1 d i konventionen är den tillämplig på kontrakt som har ingåtts av en central myndighet. Av artikel 1.2 framgår att de stater som har ratificerat konventionen själva bestämmer om den ska tillämpas beträffande myndigheter som inte är centrala. Utredaren ska utgå ifrån att konventionen bör ges en så bred tillämpning som möjligt. I enlighet med sitt ursprungliga uppdrag ska dock utredaren samtidigt beakta den kommunala självstyrelsen.

Oavsett om Sverige kan ratificera konventionen ska utredaren analysera vilket unionsrättsligt utrymme det finns för att så långt som möjligt anpassa upphandlingslagarna till konventionen. Om det finns bestämmelser som inte är förenliga med konventionen ska utredaren analysera vilket utrymme det finns för att anpassa dessa till konventionen. Om analysen ger vid handen att anpassningar krävs i sådana bestämmelser som utgör ett led i genomförandet av upphandlingsdirektiven ska utredaren analysera i vilken utsträckning sådana anpassningar är möjliga med hänsyn till direktiven. Utredaren ska även beakta hur en anpassning av bestämmelserna förhåller sig

till EU-rätten och internationella åtaganden i övrigt samt den svenska arbetsmarknadsmodellen.

Utredaren ska således lämna förslag till möjliga anpassningar av bestämmelserna i upphandlingslagarna. Som framgår av det ursprungliga uppdraget måste utredarens förslag stå i överensstämmelse med upphandlingsdirektiven och EU-rätten i övrigt.

Vid genomförandet av uppdraget ska utredaren beakta relevanta erfarenheter från andra nordiska länder och EU-länder.

Förlängd tid för uppdraget

Utredningstiden förlängs. Uppdraget ska i stället redovisas senast den 1 mars 2016. Det ursprungliga uppdraget ska dock fortfarande redovisas senast den 1 september 2015.

(Finansdepartementet)

Konvention (nr 94) angående arbetsklausuler i kontrakt däri offentlig myndighet är part¹

Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens,
vilken av styrelsen för Internationella arbetsbyrå
sammankallats till Genève och där samlats den 8 juni 1949 till sitt
trettioandra sammanträde,
och beslutat antaga vissa förslag angående arbetsklausuler i
kontrakt,
däri offentlig myndighet är part, vilken fråga utgör den sjätte
punkten på sammanträdet dagordning,
samt beslutat, att dessa förslag skola taga form av en
internationell konvention,
antager denna den tjugonionde dagen i juni månad år
nittonhundrafyrtionio följande konvention, vilken skall benämnas
>>konvention angående arbetsklausuler (offentliga kontrakt),
1949>> [Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949].

Artikel 1.

1. Denna konvention äger tillämpning å kontrakt, som uppfylla följande villkor, nämligen

- a) att åtminstone en av parterna är offentlig myndighet;
- b) att fullgörandet av kontraktet innebär
 - i) ianspråktagande av allmänna medel från offentlig myndighets sida; och
 - ii) anlitande av arbetskraft från medkontrahentens sida;

¹ Se prop. 1950:188, s. 41 ff.

- c) att kontraktet avser
 - i) uppförande, ombyggnad, reparation eller rivning av offentlig anläggning;
 - ii) framställning, hopsättning, handhavande eller transport av material, förråd och utrustning; eller
 - iii) utförande eller tillhandahållande av tjänster; samt
- d) att kontraktet ingåtts av central myndighet i en till Internationella arbetsorganisationen ansluten medlemsstat, för vilken denna konvention är gällande.

2. Vederbörande myndighet skall föreskriva i vilken utsträckning och under vilka betingelser konventionen skall tillämpas å kontrakt, som ingåtts av annan myndighet än central sådan.

3. Denna konvention äger tillämpning å arbete, som utföres av underentreprenör eller den, å vilken kontrakt överlåtit; vederbörande myndighet skall vidtaga lämpliga åtgärder för att trygga sådan tillämpning.

4. Kontrakt, som icke innebär ianspråktagande av allmänna medel utöver ett av vederbörande myndighet efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, fastställt belopp, må kunna undantagas från tillämpningen av denna konvention.

5. Vederbörande myndighet må, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, från tillämpningen av denna konvention undantaga person i ledande ställning eller med tekniska eller vetenskapliga uppgifter, vars anställningsförhållanden icke regleras av nationell lagstiftning, kollektivavtal eller skiljedom och som i regel icke utför manuellt arbete.

Artikel 2.

1. Kontrakt, å vilka denna konvention äger tillämpning, skola innefatta klausuler, vilka tillförsäkra vederbörande arbetare lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor, som icke äro mindre gynnsamma än de som gälla för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i det område, där arbetet utföres,

- a) enligt kollektivavtal eller annat godtaget förhandlingssystem mellan de arbetsgivar- och arbetarorganisationer, som är representativa för en avsevärd del av arbetsgivarna respektive arbetarna inom vederbörande yrke eller näringsgren; eller
- b) enligt skiljedom; eller
- c) enligt den nationella lagstiftningen.

2. Därest i föregående moment nämnda arbetsvillkor icke regleras på sätt där angives i det område, där arbetet utföres, skola de klausuler, som intagas i kontraktet tillförsäkra vederbörande arbetare lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor, som icke är mindre gynnsamma än

- a) de som gälla enligt kollektivavtal eller annat godtaget förhandlingssystem, skiljedom eller nationell lagstiftning för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i närmaste, jämförbara område, eller
- b) den allmänna standard, som tillämpas av arbetsgivare tillhörande samma yrke eller näringsgren som medkontrahenten, och som utövar sin verksamhet under liknande förhållanden.

3. De klausuler, som skola intagas i kontraktet ävensom varje ändring i desamma, skola formuleras av vederbörande myndighet på sätt som må finnas bäst förenligt med de nationella förhållandena, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas.

4. Vederbörande myndighet skall vidtaga lämpliga åtgärder, såsom publicering av specificerade entreprenadhandlingar eller annorledes, för att anbudsgivare skall få kännedom om klausulernas innebörd.

Artikel 3.

Därest vederbörliga föreskrifter om arbetarskydd och välfärdsåtgärder beträffande arbetare, sysselsatta med fullgörandet av kontraktet, icke redan äga tillämpning i enlighet med den nationella lagstiftningen, kollektivavtal eller skiljedom, skall vederbörande myndighet vidtaga lämpliga åtgärder för att tillförsäkra berörda arbetare rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden.

Artikel 4.

Lagar, förordningar och andra föreskrifter, som förläna kraft och verkan åt bestämmelserna i denna konvention,

- a) skola
 - i) delgivas alla berörda personer;
 - ii) närmare angiva de personer, som äro ansvariga för bestämmelsernas efterlevnad; och
 - iii) föreskriva att anslag skola uppsättas på framträdande plats inom berörda anläggningar och arbetsställen i syfte att upplysa arbetarna om för dem gällande arbetsvillkor; samt
- b) skola, såframt icke andra åtgärder vidtagits för att garantera ett effektivt genomförande av berörda bestämmelser, föreskriva
 - i) att av vederbörande arbetare utförd arbetstid och till dem utbetalade avlöningar skola registreras på lämpligt sätt; och
 - ii) att ett lämpligt inspektionssystem skall upprätthållas för att trygga bestämmelsernas effektiva efterlevnad.

Artikel 5.

1. Lämpliga påföljder, exempelvis vederbörandes avstängning från kontrakt med offentlig myndighet, skola stadgas för underlåtenhet att iakttaga eller tillämpa i offentliga kontrakt intagna arbetsklausuler.

2. Lämpliga åtgärder skola vidtagas, genom innehållande av kontraktsenlig likvid eller annorledes, i syfte att sätta vederbörande arbetare i stånd att utfå den lön, som tillkommer honom.

Artikel 6.

De årliga redogörelser, som enligt artikel 22 av Internationella arbetsorganisationens stadga skola avgivas, skola lämna detaljerade upplysningar om de åtgärder, som vidtagits för att genomföra bestämmelserna i denna konvention.

Artikel 7.

1. Då medlems territorium omfattar stora områden, varest, på grund av gles befolkning eller området utvecklingsstadium, vederbörande myndighet anser det ogörligt att genomföra bestämmelserna i denna konvention, må myndigheten i fråga, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, utesluta dessa områden från tillämpning av konventionen, antingen helt eller beträffande de särskilda företag eller sysselsättningar, som den prövar erforderligt.

2. Medlem skall vid avgivandet av sin första årsredogörelse angående tillämpningen av denna konvention enligt artikel 22 av Internationella arbetsorganisationens stadga angiva de områden, i fråga om vilka medlemmen avser att tillämpa bestämmelserna i förevarande artikel ävensom skälen härför; ingen medlem må därefter med åberopande av bestämmelserna i denna artikel medgiva undantag i fråga om andra områden än de sålunda angivna.

3. Medlem, som tillämpar bestämmelserna i denna artikel, skall med regelbundna mellanrum, som icke må överstiga tre år, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, ompröva möjligheterna för en utsträckning av denna konventions tillämpning till att avse sådana områden som undantagits enligt mom. 1.

4. Medlem, som tillämpar bestämmelserna i förevarande artikel, skall i sina följande årliga rapporter lämna uppgift beträffande de områden, i fråga om vilka den avstår från rätten att tillämpa undantagsbestämmelserna, ävensom angående framsteg, som må ha gjorts med avseende å en efter hand utsträckt tillämpning av konventionen inom sådana områden.

Artikel 8.

Tillämpningen av bestämmelserna i denna konvention må temporärt upphävas av vederbörande myndighet efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, vid fall av *force majeure* eller i händelse av ett nödtillstånd, som sätter nationens välfärd eller trygghet i fara.

Artikel 9.

1. Denna konvention äger icke tillämpning på kontrakt, som avslutats innan konventionen trätt i kraft för vederbörande medlemsstat.

2. Uppsägning av denna konvention skall icke inverka på tillämpningen av dess bestämmelser å kontrakt, som avslutats under den tid, då konventionen var i kraft.

Artikel 10.

De officiella ratifikationerna av denna konvention skola delgivas Internationella arbetsbyråns generaldirektör och registreras av honom.

Artikel 11.

1. Denna konvention är bindande allenast för de medlemmar av Internationella arbetsorganisationen, vilkas ratifikationer registrerats av generaldirektören.

2. Den träder i kraft tolv månader efter det två medlemmars ratifikationer registrerats av generaldirektören.

3. Därefter träder denna konvention i kraft för varje medlem tolv månader efter den dag, då dess ratifikation registrerats.

Artikel 12.

1. Förklaringar, som delgivits Internationella arbetsbyråns generaldirektör i enlighet med mom. 2 av artikel 35 av Internationella arbetsorganisationens stadga, skola angiva

- a) de områden, med avseende å vilka vederbörande medlem förbinder sig att utan ändringar tillämpa bestämmelserna i konventionen;
- b) de områden, med avseende å vilka medlemmen förbinder sig att tillämpa konventionens bestämmelser med vissa jämkningar samt innebörden av dessa jämkningar;
- c) de områden, med avseende å vilka konventionen icke skall tillämpas samt skälen härför;
- d) de områden, med avseende å vilka medlemmen förbehåller sig att efter ytterligare överväganden framdeles fatta beslut.

2. De i mom. 1 a) och b) av denna artikel omnämnda förbindelserna skola anses såsom en integrerande del av ratifikationen och medföra med densamma identiska verkningar.

3. Medlem må genom förnyad förklaring helt eller delvis återkalla förbehåll, som inrymts i hans ursprungliga förklaring enligt mom. 1 b), c) eller d) av denna artikel.

4. Medlem må, under den tidrymd, då förevarande konvention enligt bestämmelserna i artikel 14 kan uppsägas, tillstålla generaldirektören ny förklaring, som i varje annat avseende ändrar lydelsen av tidigare avgiven förklaring och klargör läget med hänsyn till de avsedda områdena.

Artikel 13.

1. Förklaringar, som delgivits Internationella arbetsbyråns generaldirektör i enlighet med mom. 4 eller 5 av artikel 35 av Internationella arbetsorganisationens stadga, skola angiva huruvida konventionens bestämmelser skola tillämpas inom vederbörande område utan ändring eller med vissa jämkningar; därest i förklaringen angives, att konventionens bestämmelser skola tillämpas med vissa jämkningar, skall förklaringen innehålla närmare uppgifter rörande dessa.

2. Vederbörande medlem, medlemmar eller internationella myndighet må genom senare förklaring helt eller delvis avstå från rätten att åberopa varje i en tidigare förklaring angiven jämkning.

3. Vederbörande medlem, medlemmar eller internationella myndighet må, under den tidrymd, då denna konvention enligt bestämmelserna i artikel 14 kan uppsägas, tillstålla Internationella arbetsbyråns generaldirektör förklaring, som i varje annat avseende ändrar lydelsen av tidigare avgiven förklaring och klargör läget med hänsyn till ifrågavarande konventions tillämpning.

Artikel 14.

1. Medlem, som ratificerat denna konvention, kan, sedan tio år förflutit från den tidpunkt, då konventionen först trädde i kraft, uppsäga densamma genom skrivelse, som delgives Internationella arbetsbyråns generaldirektör för registrering. Uppsägningen träder icke i kraft förrän ett år efter det den registrerats.

2. Medlem, som ratificerat denna konvention och icke inom ett år efter utgången av den i föregående moment nämnda tioårsperioden gör bruk av den i denna artikel stadgade uppsägningsrätten, skall vara bunden för en ny period av tio år och kan därefter, med iakttagande av de i denna artikel föreskrivna villkoren, uppsäga konventionen vid utgången av varje följande tioårsperiod.

Artikel 15.

1. Internationella arbetsbyråns generaldirektör skall underrätta samtliga medlemmar av Internationella arbetsorganisationen om registreringen av alla ratifikationer, förklaringar och uppsägningar, som delgivits honom av organisationens medlemmar.

2. Då generaldirektören underrättar organisationens medlemmar om registreringen av den andra ratifikationen i ordningen, som delgivits honom, har han att fästa medlemmarnas uppmärksamhet på den dag, då konventionen träder i kraft.

Artikel 16.

Internationella arbetsbyråns generaldirektör skall, för registrering jämlikt artikel 102 av Förenta Nationernas stadga, lämna Förenta Nationernas generalsekreterare fullständiga upplysningar om varje ratifikation, förklaring och uppsägning, som av honom registrerats i enlighet med bestämmelserna i föregående artiklar.

Artikel 17.

Vid utgången av varje tidrymd av tio år, räknat från denna konventions ikraftträdande, skall Internationella arbetsbyråns styrelse förelägga Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens en redogörelse för konventionens tillämpning och taga under övervägande, huruvida anledning föreligger att på konferensens dagordning uppföra frågan om dess revision, helt eller delvis.

Artikel 18.

1. Därest konferensen skulle antaga en ny konvention, innebärande revision, helt eller delvis, av förevarande konvention, och den nya konventionen icke föreskriver annat,

- a) skall en medlems ratifikation av den nya, reviderade konventionen, för såvitt denna trätt i kraft *ipso jure* medföra omedelbar uppsägning av förevarande konvention, utan hinder av vad i artikel 14 här ovan stadgas;
- b) skall från den dag, då den nya, reviderade konventionen träder i kraft, förevarande konvention icke längre kunna ratificeras av medlemmarna.

2. Förevarande konvention skall likväl förbliva gällande till form och innehåll för de medlemmar, som ratificerat densamma och icke ratificera den nya, reviderade konventionen.

Artikel 19.

De engelska och franska texterna till denna konvention skola äga lika vitsord.

C094 – Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94)

The General Conference of the International Labour Organisation,
having been convened at Geneva by the Governing Body of the
International Labour Office, and having met in its Thirty-second
Session on 8 June 1949, and

having decided upon the adoption of certain proposals
concerning labour clauses in public contracts, which is the sixth
item on the agenda of the session, and

having determined that these proposals shall take the form of an
international Convention,
adopts this twenty-ninth day of June of the year one thousand nine
hundred and forty-nine the following Convention, which may be
cited as the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949.

Article 1.

1. This Convention applies to contracts which fulfil the
following conditions

1. that one at least of the parties to the contract is a public
authority;
2. that the execution of the contract involves
 - i) the expenditure of funds by a public authority; and
 - ii) the employment of workers by the other party to the
contract;

3. that the contract is a contract for
 - i) the construction, alteration, repair or demolition of public works;
 - ii) the manufacture, assembly, handling or shipment of materials, supplies or equipment; or
 - iii) the performance or supply of services; and
4. that the contract is awarded by a central authority of a Member of the International Labour Organisation for which the Convention is in force.

2. The competent authority shall determine the extent to which and the manner in which the Convention shall be applied to contracts awarded by authorities other than central authorities.

3. This Convention applies to work carried out by subcontractors or assignees of contracts; appropriate measures shall be taken by the competent authority to ensure such application.

4. Contracts involving the expenditure of public funds of an amount not exceeding a limit fixed by the competent authority after consultation with the organisations of employers and workers concerned, where such exist, may be exempted from the application of this Convention.

5. The competent authority may, after consultation with the organisations of employers and workers concerned, where such exist, exclude from the application of this Convention persons occupying positions of management or of a technical, professional or scientific character, whose conditions of employment are not regulated by national laws or regulations, collective agreement or arbitration award and who do not ordinarily perform manual work.

Article 2.

1. Contracts to which this Convention applies shall include clauses ensuring to the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned in the district where the work is carried on

5. by collective agreement or other recognised machinery of negotiation between organisations of employers and workers representative respectively of substantial proportions of the employers and workers in the trade or industry concerned; or
6. by arbitration award; or
7. by national laws or regulations.

2. Where the conditions of labour referred to in the preceding paragraph are not regulated in a manner referred to therein in the district where the work is carried on, the clauses to be included in contracts shall ensure to the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than

1. those established by collective agreement or other recognised machinery of negotiation, by arbitration, or by national laws or regulations, for work of the same character in the trade or industry concerned in the nearest appropriate district; or
2. the general level observed in the trade or industry in which the contractor is engaged by employers whose general circumstances are similar.

3. The terms of the clauses to be included in contracts and any variations thereof shall be determined by the competent authority, in the manner considered most appropriate to the national conditions, after consultation with the organisations of employers and workers concerned, where such exist.

4. Appropriate measures shall be taken by the competent authority, by advertising specifications or otherwise, to ensure that persons tendering for contracts are aware of the terms of the clauses.

Article 3.

Where appropriate provisions relating to the health, safety and welfare of workers engaged in the execution of contracts are not already applicable in virtue of national laws or regulations, collective agreement or arbitration award, the competent authority shall take adequate measures to ensure fair and reasonable conditions of health, safety and welfare for the workers concerned.

Article 4.

The laws, regulations or other instrument giving effect to the provisions of this Convention

1. shall
 - i) be brought to the notice of all persons concerned;
 - ii) define the persons responsible for compliance therewith; and
 - iii) require the posting of notices in conspicuous places at the establishments and workplaces concerned with a view to informing the workers of their conditions of work; and
2. shall, except where other arrangements are operating to ensure effective enforcement, provide for the maintenance of
 - i) adequate records of the time worked by, and the wages paid to, the workers concerned; and
 - ii) a system of inspection adequate to ensure effective enforcement.

Article 5.

1. Adequate sanctions shall be applied, by the withholding of contracts or otherwise, for failure to observe and apply the provisions of labour clauses in public contracts.

2. Appropriate measures shall be taken, by the withholding of payments under the contract or otherwise, for the purpose of enabling the workers concerned to obtain the wages to which they are entitled.

Article 6.

There shall be included in the annual reports to be submitted under Article 22 of the Constitution of the International Labour Organisation full information concerning the measures by which effect is given to the provisions of this Convention.

Article 7.

1. In the case of a Member the territory of which includes large areas where, by reason of the sparseness of the population or the stage of development of the area, the competent authority considers it impracticable to enforce the provisions of this Convention, the authority may, after consultation with the organisations of employers and workers concerned, where such exist, exempt such areas from the application of this Convention either generally or with such exceptions in respect of particular undertakings or occupations as it thinks fit.

2. Each Member shall indicate in its first annual report upon the application of this Convention submitted under Article 22 of the Constitution of the International Labour Organisation any areas in respect of which it proposes to have recourse to the provisions of the present Article and shall give the reasons for which it proposes to have recourse thereto; no Member shall, after the date of its first annual report, have recourse to the provisions of the present Article except in respect of areas so indicated.

3. Each Member having recourse to the provisions of this Article shall, at intervals not exceeding three years, reconsider in consultation with the organisations of employers and workers concerned, where such exist, the practicability of extending the application of the Convention to areas exempted in virtue of paragraph 1.

4. Each Member having recourse to the provisions of this Article shall indicate in subsequent annual reports any areas in respect of which it renounces the right to have recourse to the provisions of this Article and any progress which may have been made with a view to the progressive application of the Convention in such areas.

Article 8.

The operation of the provisions of this Convention may be temporarily suspended by the competent authority, after consultation with the organisations of employers and workers concerned, where such exist, in cases of force majeure or in the event of emergency endangering the national welfare or safety.

Article 9.

1. This Convention does not apply to contracts entered into before the coming into force of the Convention for the Member concerned.

2. The denunciation of this Convention shall not affect the application thereof in respect of contracts entered into while the Convention was in force.

Article 10.

The formal ratifications of this Convention shall be communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration.

Article 11.

1. This Convention shall be binding only upon those Members of the International Labour Organisation whose ratifications have been registered with the Director-General.

2. It shall come into force twelve months after the date on which the ratifications of two Members have been registered with the Director-General.

3. Thereafter, this Convention shall come into force for any Member twelve months after the date on which its ratification has been registered.

Article 12.

1. Declarations communicated to the Director-General of the International Labour Office in accordance with paragraph 2 of Article 35 of the Constitution of the International Labour Organisation shall indicate

- a) the territories in respect of which the Member concerned undertakes that the provisions of the Convention shall be applied without modification;

- b) the territories in respect of which it undertakes that the provisions of the Convention shall be applied subject to modifications, together with details of the said modifications;
- c) the territories in respect of which the Convention is inapplicable and in such cases the grounds on which it is inapplicable;
- d) the territories in respect of which it reserves its decision pending further consideration of the position.

2. The undertakings referred to in subparagraphs (a) and (b) of paragraph 1 of this Article shall be deemed to be an integral part of the ratification and shall have the force of ratification.

3. Any Member may at any time by a subsequent declaration cancel in whole or in part any reservation made in its original declaration in virtue of subparagraph (b), (c) or (d) of paragraph 1 of this Article.

4. Any Member may, at any time at which the Convention is subject to denunciation in accordance with the provisions of Article 14, communicate to the Director-General a declaration modifying in any other respect the terms of any former declaration and stating the present position in respect of such territories as it may specify.

Article 13.

1. Declarations communicated to the Director-General of the International Labour Office in accordance with paragraph 4 or 5 of Article 35 of the Constitution of the International Labour Organisation shall indicate whether the provisions of the Convention will be applied in the territory concerned without modification or subject to modifications; when the declaration indicates that the provisions of the Convention will be applied subject to modifications, it shall give details of the said modifications.

2. The Member, Members or international authority concerned may at any time by a subsequent declaration renounce in whole or in part the right to have recourse to any modification indicated in any former declaration.

3. The Member, Members or international authority concerned may, at any time at which the Convention is subject to denunciation in accordance with the provisions of Article 14, communicate to the Director-General a declaration modifying in any other respect the terms of any former declaration and stating the present position in respect of the application of the Convention.

Article 14.

1. A Member which has ratified this Convention may denounce it after the expiration of ten years from the date on which the Convention first comes into force, by an act communicated to the Director-General of the International Labour Office for registration. Such denunciation shall not take effect until one year after the date on which it is registered.

2. Each Member which has ratified this Convention and which does not, within the year following the expiration of the period of ten years mentioned in the preceding paragraph, exercise the right of denunciation provided for in this Article, will be bound for another period of ten years and, thereafter, may denounce this Convention at the expiration of each period of ten years under the terms provided for in this Article.

Article 15.

1. The Director-General of the International Labour Office shall notify all Members of the International Labour Organisation of the registration of all ratifications, declarations and denunciations communicated to him by the Members of the Organisation.

2. When notifying the Members of the Organisation of the registration of the second ratification communicated to him, the Director-General shall draw the attention of the Members of the Organisation to the date upon which the Convention will come into force.

Article 16.

The Director-General of the International Labour Office shall communicate to the Secretary-General of the United Nations for registration in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations full particulars of all ratifications, declarations and acts of denunciation registered by him in accordance with the provisions of the preceding articles.

Article 17.

At such times as it may consider necessary the Governing Body of the International Labour Office shall present to the General Conference a report on the working of this Convention and shall examine the desirability of placing on the agenda of the Conference the question of its revision in whole or in part.

Article 18.

1. Should the Conference adopt a new Convention revising this Convention in whole or in part, then, unless the new Convention otherwise provides

- a) the ratification by a Member of the new revising Convention shall ipso jure involve the immediate denunciation of this Convention, notwithstanding the provisions of Article 14 above, if and when the new revising Convention shall have come into force;
- b) as from the date when the new revising Convention comes into force this Convention shall cease to be open to ratification by the Members.

2. This Convention shall in any case remain in force in its actual form and content for those Members which have ratified it but have not ratified the revising Convention.

Article 19.

The English and French versions of the text of this Convention are equally authoritative.

Statens offentliga utredningar 2016

Kronologisk förteckning

1. Statens bredbandsinfrastruktur som resurs. N.
2. Effektiv vård. S.
3. Höghastighetsjärnvägens finansiering och kommersiella förutsättningar. N.
4. Politisk information i skolan – ett led i demokratiuppdraget. U.
5. Låt fler forma framtiden!
Del A + B. Ku.
6. Framtid sökes –
Slutredovisning från
den nationella samordnaren
för utsatta EU-medborgare. S.
7. Integritet och straffskydd. Ju.
8. Ytterligare åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism. Fjärde penningtvättsdirektivet – samordning – ny penningtvättslag – m.m.
Del 1 + 2. Fi.
9. Plats för nyanlända i fler skolor. U.
10. EU på hemmaplan. Ku.
11. Olika vägar till föräldraskap. Ju.
12. Ökade möjligheter till modersmålsundervisning och studiehandledning på modersmål. U.
13. Palett för ett stärkt civillsamhälle. Ku.
14. En översyn av tobakslagen. Nya steg mot ett minskat tobaksbruk. S.
15. Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling – ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse. Fi.

Statens offentliga utredningar 2016

Systematisk förteckning

Finansdepartementet

Ytterligare åtgärder mot penningtvätt och finansiering av terrorism. Fjärde penningtvättsdirektivet – samordning – ny penningtvättslag – m.m. Del 1 + 2. [8]

Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling – ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse. [15]

Justitiedepartementet

Integritet och straffskydd. [7]

Olika vägar till föräldraskap. [11]

Kulturdepartementet

Låt fler forma framtiden! Del A + B. [5]

EU på hemmaplan. [10]

Palett för ett stärkt civilsamhälle. [13]

Näringsdepartementet

Statens bredbandsinfrastruktur som resurs. [1]

Höghastighetsjärnvägens finansiering och kommersiella förutsättningar. [3]

Socialdepartementet

Effektiv vård. [2]

Framtid sökes – Slutredovisning från den nationella samordnaren för utsatta EU-medborgare. [6]

En översyn av tobakslagen. Nya steg mot ett minskat tobaksbruk. [14]

Utbildningsdepartementet

Politisk information i skolan – ett led i demokratiuppdraget. [4]

Plats för nyanlända i fler skolor. [9]

Ökade möjligheter till modersmålsundervisning och studiehandledning på modersmål. [12]