
Ragnar Fahlin Strömberg

Vita jobb-modellen och offentlig
upphandling

2015 nr 3

UrT

SÄRTRYCK UR UPPHANDLINGSRÄTTSLIG TIDSKRIFT

Vita jobb-modellen och offentlig upphandling

Ragnar Fablin Strömberg*

1 Inledning

Få frågor inom svensk upphandlingsrätt har under de senaste åren varit lika omdebatterade som upphandlande myndighets möjligheter att ställa arbetsrättsliga krav vid kontraktstilldelningar.¹ Det faktum att området har varit särskilt angeläget att diskutera i Sverige måste ses mot bakgrund av det sätt på vilket arbetsvillkor regleras på den svenska arbetsmarknaden. Den svenska arbetsmarknadsmodellen utmärks av den centrala roll som tillkommer arbetstagarnas och arbetsgivarnas respektive organisationer. De skriftliga kollektivavtal som organisationerna ingår ges viktiga rättsverkningar enligt svensk lagstiftning, i synnerhet enligt lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet, *MBL*. Främst kan nämnas att individuella anställningsavtal inte får ingås i strid med tillämpligt kollektivavtal och att stora delar av den arbetsrättsliga lagstiftningen kan åsidosättas till arbetstagarens nackdel endast genom kollektivavtal (s.k. semi-dispositiva villkor). Organisationernas stora betydelse förklaras även av hög anslutningsgrad och centralisering.²

Sveriges arbetsmarknadsmodell har delvis kommit i konflikt med de *fyra grundläggande friheterna* som följer av Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt, *EUF-fördraget*. Härmed avses fri rörlighet för varor, tjänster, personer och kapital. Inom den fria rörligheten för tjänster ryms möjligheten för en arbetsgivare som är etablerad i en medlemsstat inom EU att utstationera arbetstagare för att tillfälligt utföra arbete i andra medlemsstater. Den fria rörligheten för tjänster begränsas visserligen av utstationeringsdirektivet som anger att utstationerade arbetstagare på ett antal uppräknade områden ska åtnjuta det minimiskydd som följer av *värdlandets* rättsordning.³ Utstationeringsdirektivets syfte är bl.a. att motverka s.k. *social dumping*, vilket t.ex. kan yttra sig i att villkoren för

* Jur. kand., Stockholms Universitet. Artikelns baseras på delar av författarens examensarbete vid Juridicum, Stockholms universitet 2015.

¹ I det föreliggande arbetet omfattar analyserna bestämmelserna i det nya upphandlingsdirektiv som antogs våren 2016 för den klassiska sektorn, direktiv 2014/24/EU.

² Se 26–27 §§ *MBL* avseende kollektivavtalets rättsverkningar. Se vidare Sigeman, Tore, *Arbetsrätten – en översikt*, 5 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 65 ff.

³ Utstationeringsdirektivet eller direktiv 96/71 används i artikeln som benämning på Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

arbetstagare försämras till följd av låglönekonkurrens genom utstationering från länder med sämre anställningsvillkor.⁴ Minimiskyddet ska härvidlag följa av lagstiftning eller andra författningar i värdlandet, alternativt av kollektivavtal som äger allmän giltighet.⁵ EU-domstolens domar *Laval* och *Rüffert* har emellertid klargjort att inte heller mer långtgående krav än det nämnda minimiskyddet får uppställas om villkoret inte stöds av ursprungslandets lagstiftning eller är överenskommet mellan parterna.⁶ Utstationeringsdirektivet har således tolkats som ett undantag med begränsad räckvidd från huvudprincipen om fri rörlighet för tjänster inom EU.

Mot nämnda bakgrund är en viktig fråga vilka möjligheter som myndigheter har att vid offentlig upphandling kräva att leverantören åtar sig att följa villkor i svenska kollektivavtal och i svensk lagstiftning. Den s.k. Vita jobb-modellen har utarbetats som ett antal riktlinjer för hur arbetsrättsliga hänsyn ska kunna tas inom ramarna för vad som är tillåtet enligt det upphandlingsrättsliga regelverket.⁷ Modellen tillämpas sedan år 2013 av Malmö kommun för ett stort antal tjänstupphandlingar och även Stockholms stad har förbundit sig att införa den. Flera andra kommuner har uttryckt intresse för att använda Vita jobb-modellen samtidigt som Svenskt Näringsliv våren 2015 anmälde modellen till Konkurrensverket. Svenskt Näringsliv menade att Vita jobb-modellen är olaglig. Under sommaren 2015 utredde undertecknad inom ramen för sin examensuppsats vid Stockholms universitet i vilken utsträckning som Vita jobb-modellen är förenlig med gällande rätt på det upphandlingsrättsliga området. Efter att examensarbetet färdigställdes har Utstationeringskommittén lämnat ett betänkande till den svenska regeringen om förändringar i den svenska utstationeringsrätten.⁸ I nedanstående framställning kommenteras kortfattat några av de förslag som ingår i betänkandet.

2 Tillämpliga delar av EU-rätten och det upphandlingsrättsliga regelverket

Såväl primärrätten som sekundärrätten har betydelse för att fastställa i vilken utsträckning som Vita jobb-modellen är förenlig med gällande rätt. Till primärrätten räknas fördragen, de allmänna rättprinciperna och rättighetsstadgan. Sekundärrätten innefattar i första hand de upphandlingsrättsliga direktiv som EU har antagit.

⁴ Jfr skäl 5 i direktiv 96/71.

⁵ Se vidare artikel 3.8 i direktiv 96/71 samt avsnitt 3 nedan.

⁶ Se dom *Laval un Partneri*, C-341/05, EU:C:2007:809 och dom *Rüffert*, C-346/06, EU:C:2008:189.

⁷ Eftersom Vita jobb-modellen är avsedd att användas vid offentlig upphandling inom den s.k. klassiska sektorn behandlas inte de bestämmelser inom sekundärrätten som ska tillämpas vid andra kontraktstilldelningar, t.ex. vid upphandling inom försörjningssektorerna.

⁸ Se SOU 2015:83 Översyn av lex Laval.

2.1 Primärrätten

Det har redan antytts att de grundläggande friheterna, och särskilt friheten att tillhandahålla tjänster inom EU, har stor betydelse för frågeställningen. Skälet är att ett kontrakt som tilldelas en arbetsgivare som är etablerad i en annan medlemsstat kan komma att utföras med hjälp av utstationerad arbetskraft. I en sådan situation föreligger ett gränsöverskridande tillhandahållande av tjänster.

Det finns även ett antal allmänna rättsprinciper inom primärrätten som har avgörande betydelse för det upphandlingsrättsliga området. Den roll som principerna fyller är att ge vägledning för rättstillämpningen då uttrycklig reglering saknas. Här bör nämnas *likabehandlingsprincipen*, *principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet*, *öppenhetsprincipen*, *proportionalitetsprincipen* och *principen om ömsesidigt erkännande*. Likabehandlingsprincipen innebär i korthet att leverantörer och anbudsgivare ska behandlas lika om inte sakliga skäl kan motivera någonting annat. Följaktligen medför likabehandlingsprincipen ett generellt förbud mot diskriminering under ett upphandlingsförfarande.⁹ En central form av diskriminering förbjuds särskilt genom principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet. Öppenhetsprincipen innebär ett krav på möjligheter till insyn under upphandlingsförfarandets samtliga delar. Som riktlinje gäller att en normalt informerad och rimligt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna förstå hur upphandlingsförfarandet kommer att genomföras.¹⁰ Proportionalitetsprincipen inbegriper att den upphandlande myndigheten inte får uppställa mer långtgående krav än vad som är nödvändigt med hänsyn till upphandlingens syfte. Ett krav vid upphandlingsförfarandet ska följaktligen vara både lämpligt och nödvändigt för att uppnå upphandlingens syfte, och dessutom ska den inskränkning som kravet medför vägas mot den nytta som därmed uppnås.¹¹ Slutligen innebär principen om ömsesidigt erkännande att intyg och dylikt från andra medlemsstater ska erkännas enligt samma grunder som tillämpas för intyg utfärdade i den aktuella medlemsstaten.

Det bör även erinras att EU-rätten åtnjuter *företräde framför nationell rätt* enligt principen om *effet utile*. Innebörden av principen är att en bestämmelse i svensk rätt inte ska tillämpas om den strider mot en tillämplig norm inom EU-rätten.¹² Vidare gäller att EU-rätten i stor utsträckning har *direkt effekt* i medlemsstaterna. Om en EU-rättslig bestämmelse har direkt effekt kan den åberopas

⁹ Se t.ex. dom Stora Bältbron, C-243/89, EU:C:1993:257, punkterna 32-33.

¹⁰ Se dom Lianakis, C-532/06, EU:C:2008:40 och dom EVN Wienstrom, C-448/01, EU:C:2003:651, punkt 58. Jfr även dom SIAC Construction, C-19/00, EU:C:2001:553, punkt 42.

¹¹ Se t.ex. dom Gebhard, C-55/94, EU:C:1995:411, punkt 37. Jfr även NOU:s yttrande av den 11 maj 2005 (dnr 2005/0088-29).

¹² Se t.ex. Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, Europarättens grunder, 4 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 77 ff. Jfr även EU-domstolens rättspraxis på området, t.ex. dom Costa mot E.N.E.L., C-6/64, EU:C:1964:66.

inför domstolar och myndigheter i medlemsstaterna utan att något nationellt godkännande eller någon nationell åtgärd behöver vidtas. Förutsättningen för att en bestämmelse ska ha direkt effekt är att den har en klar och precis innebörd samt att kompletterande åtgärder inte är nödvändiga för att den ska kunna tillämpas.¹³ Det är lätt att inse att de två nu nämnda principerna sammantaget innebär att nationell rätt i hög utsträckning måste anpassas till EU-rätten.

2.2 Sekundärrätten

Det direktiv som reglerar upphandlingsförfarandet vid kontraktstilldelning inom den klassiska sektorn är direktiv 2014/24/EU, även benämnt *det nya klassiska direktivet*.¹⁴ Direktiv 2014/24 ska vara genomfört i svensk lagstiftning senast den 18 april 2016 och förtydligar i flera avseenden de möjligheter som myndigheter har att beakta sociala hänsyn inom ramen för kontraktstilldelningar. Både EU-domstolens praxis och doktrinen stödjer att upphandlingsdirektivets grundläggande syfte är att skydda de leverantörer som önskar delta i gränsöverskridande upphandlingar.¹⁵ Det nya klassiska direktivet befäster emellertid att offentlig upphandling dessutom både kan och bör användas för att säkerställa efterlevnaden av sociala, arbetsrättsliga och miljömässiga förpliktelser i enlighet med bl.a. nationell rätt och på orten tillämpligt kollektivavtal.¹⁶ Emellertid infinner sig då genast frågan i vilken utsträckning som sociala hänsyn kan tillåtas inskränka den fria rörligheten för bl.a. tjänster inom EU. I det nya klassiska direktivet stadgas uttryckligen att bestämmelser i nationell rätt och i kollektivavtal inte bör användas om de och deras tillämpning strider mot EU-rätten.¹⁷ Kommissionen har i ett tidigare tolkningsmeddelande uttalat att sociala hänsyn inte får uppställas vid offentlig upphandling på ett sätt som strider mot EU-rätten, i synnerhet inte om det medför en otillåten diskriminering gentemot leverantörer från andra medlemsstater.¹⁸ Av stor betydelse är att skäl 98 i det nya klassiska direktivet anger att särskilda kontraktsvillkor som en myndighet använder ska vara förenliga med utstationeringsdirektivets bestämmelser.

¹³ Se t.ex. Reichel, Jane, "EU-rättslig metod" i Korling, Fredric & Zamboni, Mauro (red.), Juridisk metodlära, 1:3 uppl., Studentlitteratur, Lund 2013, s. 109 ff.

¹⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG. Härfter det nya klassiska direktivet eller direktiv 2014/24.

¹⁵ Jfr dom University of Cambridge, C-380/98, EU:C:2000:529, punkterna 15 och 17. Se även Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – Primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak. avh.), Jure Förlag, Stockholm 2012, s. 60 ff.

¹⁶ Se särskilt artikel 18.2 i direktiv 2014/24.

¹⁷ Se t.ex. skäl 37 i direktiv 2014/24.

¹⁸ Se Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, KOM(2001) 566 slutlig, s. 5 ff.

Ytterligare vägledning för hur sociala hänsyn kan beaktas ges av det år 2014 antagna s.k. tillämpningsdirektivet som syftar till att säkerställa ett förbättrat genomförande av utstationeringsdirektivet.¹⁹ Som redan har antytts spelar dessutom svenska rättskällor på arbetsrättens område en avgörande roll när utstationeringsdirektivets närmare innebörd ska fastställas. Utstationeringsdirektivet innebär nämligen ingen materiell harmonisering av det minimiskydd som utstationerade arbetstagare åtnjuter. I stället följer minimiskyddet för svenskt vidkommande av de materiella reglerna i arbetsrättslig skyddslagstiftning samt i allmänt gällande kollektivavtal, varmed avses de s.k. riksavtalen.²⁰

Sammanfattningsvis framgår av gällande rätt att sociala hänsyn får beaktas vid offentlig upphandling, men att EU-rätten medför gränser för hur långtgående krav som därvidlag får uppställas. I följande avsnitt ges en redogörelse för vilka möjligheter som det generellt sett finns för att uppställa krav om sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Därefter kan modellens förenlighet med gällande rätt utvärderas.

3 Allmänt om hur krav om sociala hänsyn får utformas

3.1 Generella förutsättningar

EU-domstolens dom *Concordia Bus* är av stort principiellt intresse för att fastställa vilka sätt att beakta sociala hänsyn som är tillåtna.²¹ Av avgörandet framgår att sociala hänsyn får beaktas vid en kontraktstilldelning, men att ett tilldelningskriterium måste uppfylla fem kriterier. För det första måste det finnas ett samband mellan kriteriet och kontraktsföremålet, för det andra får kriteriet inte ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet, för det tredje måste kriteriet anges uttryckligen i antingen kontraktshandlingarna eller i annonsen om upphandlingen och det måste även vara mätbart. Slutligen måste kriteriet vara förenligt med de allmänna rättsprinciperna.²² Trots att avgörandet avsåg tilldelningskriterier är det sannolikt att EU-domstolens resonemang i hög utsträckning kan tillämpas även på särskilda kontraktsvillkor. Enligt Sundstrand följer det av dom *Concordia Bus* att ett särskilt kontraktsvillkor ska vara kopplat till fullgörandet av kontraktet, överensstämma med de allmänna rättsprinciperna samt vara kontrollerbart.²³ Kravet att ett särskilt kontraktsvillkor ska vara kontrollerbart

¹⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/67/EU 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

²⁰ Se prop. 2009/10:48, s. 95. Frågan diskuteras närmare i avsnitt 3.

²¹ Se dom *Concordia Bus*, C-513/99, EU:C:2002:495.

²² Se a.a., punkt 69.

²³ Se Sundstrand, Andrea, Kollektivavtal och kollektivavtalsenliga villkor i offentlig upphandling, Konkurrensverket uppdragsforskningsrapport 2015:2, s. 26.

framgår även av dom *EVN Wienstrom*.²⁴ Även det avgörandet behandlade ett tilldelningskriterium men i domskälen används benämningen ”upphandlingskriterium”, vilket antyder att de aktuella kriterierna även är tillämpliga avseende särskilda kontraktsvillkor.²⁵ EU-domstolen motiverade avgörandet med att möjligheten till kontroll i enlighet med öppenhetsprincipen är nödvändig för att säkerställa likabehandling av leverantörer och anbudsgivare.²⁶

De ovannämnda kraven som särskilda kontraktsvillkor ska uppfylla har härletts av EU-domstolen ur de allmänna rättsprinciperna. Av 1 kap. 9 § lag (2007:1091) om offentlig upphandling, *LOU*, följer att de allmänna rättsprinciperna gäller vid all offentlig upphandling i Sverige, och således oavsett om kontraktstilldelningen i det enskilda fallet har ett bestämt gränsöverskridande intresse. En rimlig slutsats är således att ovannämnda generella förutsättningar måste vara uppfyllda när villkor uppställs för att beakta sociala hänsyn vid en kontraktstilldelning.

3.2 Särskilt om utstationeringsdirektivet

Socialt motiverade villkor vid offentlig upphandling ska även vara förenliga med bestämmelserna i utstationeringsdirektivet om direktivet är tillämpligt för de arbetstagare som ska utföra kontraktet. Som nämnts innebär utstationeringsdirektivet att vissa minimivillkor i nationell lagstiftning och i allmänt gällande kollektivavtal ska tillförsäkras arbetstagare som har utstationerats för att tillfälligt utföra arbete i annan medlemsstat än den där de vanligtvis arbetar. Begreppet allmänt gällande kollektivavtal kräver en närmare förklaring. Kollektivavtal kan för det första vara allmänt gällande om de av staten har förklarats gälla för en eller flera branscher, oavsett om parterna är anslutna till avtalet. Sverige saknar dock sådana s.k. allmängiltigförklarade kollektivavtal.²⁷ Emellertid tillhandahåller utstationeringsdirektivet alternativa definitioner av begreppet ”allmänt gällande kollektivavtal” som kan tillämpas av länder som saknar ett system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Av artikel 3.8, andra stycket, första strecksatsen utstationeringsdirektivet följer att minimiskyddet kan fastställas enligt kollektivavtal som ”gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området.” Den svenske lagstiftaren har bedömt att definitionen är tillämplig på de centrala kollektivavtal som den svenska arbetsmarknadens parter ingår för

²⁴ Se dom *EVN Wienstrom*, C-448/01, EU:C:2003:651.

²⁵ Se a.a., punkt 51.

²⁶ Att särskilda kontraktsvillkor ska vara kontrollerbara vinner även stöd av *LOU*:s förarbeten. Se prop. 2001/02:142, s. 44 och prop. 2006/07:128, s. 200.

²⁷ Se Sigeman Tore, *Arbetsrätten - en översikt*, 5 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 109 ff.

att reglera anställningsförhållanden inom en hel bransch eller inom delar av en bransch (de s.k. *riksavtalen*).²⁸ Det är således de kollektivavtalen som anses vara allmänt gällande i Sverige.

Utstationeringsdirektivet innebär ett avsteg från huvudprincipen i Rom I-förordningen avseende lagval, nämligen att lagstiftningen i det land där tjänsteleverantören har sin normala vistelseort är tillämplig på utstationerade arbetstagare (den s.k. *ursprungslandsprincipen*).²⁹ Enligt en uttrycklig bestämmelse i Rom I-förordningen äger utstationeringsdirektivet företräde framför förordningen.³⁰ De områden där de utstationerade arbetstagarna ska tillförsäkras arbetsvillkor i enlighet med värdlandets minimiskydd framgår av artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet. Områdena benämns ofta gemensamt som den *hårda kärnan* och innefattar:

- a. längsta arbetstid och kortaste vilotid,
- b. minsta antal betalda semesterdagar per år,
- c. minimilön, inklusive övertidsersättning,
- d. villkor för att ställa arbetstagare till förfogande, särskilt genom företag för uthyrning av arbetskraft,
- e. säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen,
- f. skyddsåtgärder avseende arbets- och anställningsvillkor till förmån för gravida kvinnor och kvinnor som nyligen har fött barn samt för barn och unga,
- g. likabehandling av kvinnor och män samt andra bestämmelser om icke-diskriminerande behandling.

Exempel på viktiga områden som inte omfattas av den s.k. hårda kärnan är anställningsskydd och arbetstagares medbestämmande på arbetsplatsen.³¹ Direktivet har av den svenske lagstiftaren genomförts i utstationeringslagen (1999:678). Lagens 5 § stadgar att arbetsgivare i förhållande till utstationerade arbetstagare ska tillämpa ett antal svenska författningar som reglerar majoriteten av de områden som ingår i den hårda kärnan.³² Sverige saknar dock lagstadgade

²⁸ Se prop. 2009/10:48, s. 95.

²⁹ Se artikel 4.b i Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 593/2008 av den 17 juni 2008 och tillämplig lag för avtalsförpliktelser (Rom I-förordningen).

³⁰ Se skäl 34 i Rom I-förordningen.

³¹ Jfr Nyström, Birgitta, EU och arbetsrätten, 3 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2002, s. 139 ff.

³² De lagar som 5 § utstationeringslagen hänvisar till är semesterlagen (1977:480), föräldralighetslagen (1995:584), lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, diskrimineringslagen (2008:567), arbetsmiljölagen (1977:1160), arbetstidslagen (1982:673), lagen (2005:395) om arbetstid vid visst vägtransportarbete, lagen (2005:426) om arbetstid m.m. för flygpersonal inom civilflyget, lagen (2008:475) om kör- och vilotid vid internationell järnvägstrafik och lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

minimilöner. I stället anges i 5 a § utstationeringslagen att fackförbund med stridsåtgärder får försöka genomdriva minimilöner och andra minimivillkor på de områden som omfattas av lagens 5 §.³³ Förutsättningen är att villkoren motsvarar bestämmelserna i ett allmänt gällande kollektivavtal (riksavtal), dvs. ett centralt kollektivavtal som tillämpas för motsvarande arbetstagare inom den ifrågavarande branschen i hela Sverige. Vidare förutsätter rätten till stridsåtgärder att de villkor som fackförbundet söker genomdriva är minst lika förmånliga för arbetstagarna som de villkor som annars gäller till följd av 5 § utstationeringslagen. Rätten till stridsåtgärder bortfaller dessutom om arbetsgivaren visar att arbetstagarnas redan gällande villkor ”i allt väsentligt” är minst lika förmånliga som de villkor som fackförbundet söker åstadkomma. Utstationeringskommittén har emellertid föreslagit att den sistnämnda regeln avskaffas, bl.a. eftersom den har ansetts föranleda tillämpningssvårigheter.³⁴

Sammanfattningsvis innebär utstationeringsdirektivet en förhållandevis långtgående reglering av vilka anställningsvillkor som ska gälla för utstationerade arbetstagare. EU-domstolen har i de två uppmärksammade domarna *Laval* och *Rüffert* uttalat att minimiskyddet som följer av utstationeringsdirektivet även utgör *ett tak* för den skyddsnivå som får krävas.³⁵ Domen *Laval*, som hade anknytning till Sverige, blev mycket uppmärksammas då den klargjorde att inte ens den grundlagsskyddade rätten till fackliga stridsåtgärder kan användas för att genomdriva anställningsvillkor som faller utanför den s.k. hårda kärnan i utstationeringsdirektivet.³⁶ Det bör dock betonas att villkor som inte avser skyddet av arbetstagare sannolikt får uppställas gentemot en leverantör som använder utstationerad arbetskraft även om villkoren inte omfattas av den hårda kärnan.³⁷ T.ex. bör ett förbud mot att utbetala svarta löner uppställas mot arbetsgivaren även om denne använder utstationerad arbetskraft. Villkoren måste dock kunna rättfärdigas på någon annan grund om de utgör hinder för de fyra friheterna.

Den fria rörligheten för tjänster och EU-domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet medför således inskränkningar i möjligheterna att ställa krav på sociala hänsyn vid en offentlig upphandling. Eftersom den grundlagsskyddade rättigheten till fackliga stridsåtgärder inte kan användas för att genomdriva mer

³³ För utstationerade uthyrda arbetstagare gäller enligt 5 b § utstationeringslagen särskilda regler som inte kommer att behandlas vidare i den fortsatta framställningen. Till skillnad från vad som gäller för övriga arbetstagare får stridsåtgärder här användas för att genomdriva villkor, dvs. inte enbart minimivillkor, på de områden som omfattas av 5 § utstationeringslagen.

³⁴ Se SOU 2015:83 Översyn av lex Laval, s. 213 ff. och s. 283.

³⁵ Se dom *Laval*, C-341/05, EU:C:2007:809, punkterna 80–81 och dom *Rüffert*, C-346/06, EU:C:2008:189, punkt 33.

³⁶ Se dom *Laval* C-341/05, EU:C:2007:809, punkterna 86–89.

³⁷ Jfr t.ex. dom *Rüffert*, C-346/06, EU:C:2008:189, punkt 34, som klargör att det är ”den skyddsnivå som ska garanteras arbetstagare som utstationeras inom värdmedlemsstatens territorium” som inte får överskrida den hårda kärnan.

långtgående krav än de som återfinns i den hårda kärnan är det osannolikt att sådana krav kan uppställas som villkor vid en kontraktstilldelning. Då utstationeringsdirektivet är tillämpligt för de arbetstagare som utför ett upphandlat kontrakt torde den upphandlande myndigheten således inte kunna ställa krav avseende arbetstagarnas anställningsvillkor utöver minimiskyddet enligt nationell rätt på de områden som omfattas av den hårda kärnan. Resonemanget överensstämmer med de slutsatser som bl.a. Sundstrand har dragit.³⁸

Rättslig osäkerhet kvarstår emellertid på ett mycket viktigt område. Frågan är nämligen på vilka grunder som den upphandlande myndigheten på förhand ska kunna bedöma om ett kontrakt kommer att utföras av utstationerade arbetstagare? Normalt kommer inte den upphandlande myndigheten att veta vilken leverantör och därmed vilka arbetstagare som kommer att utföra kontraktet för rän villkoren som ska gälla vid kontraktstilldelningen har fastställts och anbudsinfordran har skett. Generellt sett är sannolikheten högre att utstationerad arbetskraft kommer att användas för att utföra kontraktet om det är av intresse för leverantörer etablerade utanför medlemsstaten där kontraktet upphandlas. Att ett kontrakt är intressant för leverantörer i andra medlemsstater brukar betecknas med formuleringen att kontraktet har ett *bestämt gränsöverskridande intresse*.³⁹ Omständigheter som kan beaktas vid bedömningen av om ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger är kontraktets värde och föremål, marknadens struktur och var kontraktet är avsett att utföras.⁴⁰ Om kontraktet ska utföras nära en statsgräns ökar det exempelvis sannolikheten för att kontraktet bedöms ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. Även att kontraktet har ett högre värde gör det naturligtvis mer troligt att ett gränsöverskridande intresse föreligger. De upphandlingar som till beloppet överstiger tillämpligt tröskelvärde och således regleras av förfarandedirektiven anses ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. Omständigheter som talar emot att ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger är således att kontraktet omfattar ett ringa ekonomiskt värde eller att det t.ex. ska utföras på ett visst språk som utstationerade arbetstagare sannolikt inte behärskar.⁴¹ Det är även tänkbart att utstationeringsdirektivet i vissa situationer inte är tillämpligt trots att kontraktet i och för sig har ett bestämt gränsöverskri-

³⁸ Se Sundstrand, Andrea, Kollektivavtal och kollektivavtalsenliga villkor i offentlig upphandling, Konkurrensverket uppdragsforskningsrapport 2015:2, s. 16 ff.

³⁹ Se t.ex. dom *An Post*, C-507/03, EU:C:2007:676, punkt 29.

⁴⁰ Jfr kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling (EUT C 179, 1.8.2006, s. 2.).

⁴¹ Se Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – Primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak. avh.), Jure Förlag, Stockholm 2012, s. 145 ff.

dande intresse, t.ex. om kontraktets utförande förutsätter en långsiktig närvaro varvid sannolikheten för att det utförs av utstationerad arbetskraft är låg.⁴²

För att undvika att hållas ansvariga för olagliga kontraktstilldelningar bör upphandlande myndigheter lämpligen *in dubio* utgå från att utstationeringsdirektivet kan komma att tillämpas vid kontraktstilldelningen. Rättsläget kan inte betecknas som fullständigt tillfredsställande och det hade legat i förutsebarhetens intresse om det uttryckligen hade reglerats när en upphandlande myndighet kan bortse från utstationeringsdirektivets bestämmelser.

Sammanfattningsvis följer ett antal generella begränsningar för hur sociala hänsyn får beaktas av de allmänna rättsprinciperna. Begränsningar torde gälla vid all offentlig upphandling som genomförs i Sverige. Då kontraktet utförs av utstationerade arbetstagare följer ytterligare begränsningar: den upphandlande myndigheten kan inte ställa högre krav på de utstationerade arbetstagarnas anställningsvillkor än vad som stöds av skyddsregler i svensk lag och i tillämpligt riksavtal. Det är sannolikt inte möjligt för en upphandlande myndighet att kräva att leverantören tecknar ett vanligt svenskt kollektivavtal som villkor för att tilldelas kontraktet. För det första kan arbetstagarnas intressen tillgodoses med mindre ingripande åtgärder och att krav om anslutning till kollektivavtal kan missgynna utländska leverantörer.⁴³ Syftet att säkerställa efterlevnaden av vissa arbetsrättsliga skyldigheter kan uppnås genom krav om tillämpning av kollektivavtalsenliga villkor. Därför är ett krav om kollektivavtalsanslutning mer långtgående än vad som är nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och således inte proportionerligt. För det andra torde ett krav om anslutning till kollektivavtal delvis sakna koppling till kontraktets föremål i de fall då kollektivavtalet blir tillämpligt på andra arbetstagare än de som utför det upphandlade kontraktet eller då det finns villkor i kollektivavtalet som inte direkt berör arbets- och anställningsförhållanden.⁴⁴ Villkor om kollektivavtalsanslutning har underkänts i svensk kammarrättspraxis och inga kända avgöranden ger stöd för att sådana villkor skulle vara tillåtna.⁴⁵

I Utstationeringskommitténs betänkande föreslås dock att arbetstagarorganisationer ska *få vidta stridsåtgärder* för att förmå arbetsgivaren att teckna ett särskilt s.k. *utstationeringskollektivavtal* där arbetsgivaren förbinder sig att tillämpa villkoren som följer av den s.k. hårda kärnan. Det som lagstiftaren där-

⁴² Se Konkurrensverket, Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, Konkurrensverkets rapportserie 2015:6, s. 62 ff.

⁴³ Se Sundstrand, Andrea, Kollektivavtal och kollektivavtalsenliga villkor i offentlig upphandling, Konkurrensverket uppdragsforskningsrapport 2015:2, s. 16 ff. Jfr proportionalitets- och likabehandlingsprincipen samt principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet.

⁴⁴ Jfr diskussionen avseende dom Concordia Bus, C-513/99, EU:C:2002:495 ovan och även Konkurrensverket, Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, Konkurrensverkets rapportserie 2015:6, s. 48 ff.

⁴⁵ Se KRNS, dom av den 28 mars 1995 (mål nr 1713-1995).

med önskar uppnå är att MBL:s regler om påföljder vid kollektivavtalsbrott ska kunna tillämpas samt att representanter från fackförbund ska få möjlighet att kontrollera att minimivillkoren efterlevs.⁴⁶ Det kan diskuteras om det är förenligt med EU-rätten att använda stridsåtgärder för att förmå arbetsgivaren att teckna sådana begränsade kollektivavtal.⁴⁷ Även om det skulle anses vara fallet följer det inte per automatik att ett villkor om att teckna ett utstationeringskollektivavtal kan användas vid en offentlig upphandling. Åtminstone om utstationeringskollektivavtalet kommer att gälla i andra situationer än vid utförandet av det upphandlade kontraktet skulle ett sådant villkor vid upphandlingen kunna anses vara oproportionerligt.

Ovanstående ger en övergripande bild av utrymmet för att uppställa krav om sociala hänsyn vid offentlig upphandling. I avsnitt 4-6 nedan kommer Vita jobb-modellens innehåll att redovisas tillsammans med en bedömning av huruvida modellens riktlinjer är förenliga med gällande rätt.

4 Vita jobb- modellen

Vita jobb-modellen utarbetades ursprungligen av sex svenska fackförbund i samarbete med Stockholms stad. Den består av ett antal riktlinjer för hur upphandlande myndigheter vid offentliga upphandlingar kan beakta kollektivavtalsvillkor och svensk skyddslagstiftning. Modellens utgångspunkt är att den upphandlande myndigheten uppställer ett antal s.k. *särskilda kontraktsvillkor* som den leverantör som vinner upphandlingen måste godta för att tilldelas kontraktet.⁴⁸ För att fastställa Vita jobb-modellens närmare innehåll används nedan en handbok från år 2009, *Vita jobb – Verktyg mot svartarbete och social dumpning vid offentlig upphandling*.⁴⁹ Handboken innehåller bl.a. ett exempelkontrakt avseende upphandling av städtjänster som illustrerar hur sociala hänsyn avses beaktas genom särskilda kontraktsvillkor.

Vita jobb-modellen består av två huvudsakliga delar. Den första delen innehåller materiella villkor som anställningsvillkor för de arbetstagare som utför kontraktet och vilka underleverantörer som får anlitas och möjliga sanktioner om kontraktsvillkoren åsidosätts. Anställningsvillkoren i exempelkontraktet motsvarar bestämmelser i svensk lagstiftning samt bestämmelser i kollektivavtal som tillämpas generellt för den förevarande branschen. För det andra innefattar Vita jobb-modellen även att den upphandlade leverantören förbinder sig att godta

⁴⁶ Se SOU 2015:83 Översyn av lex Laval, s. 17 ff.

⁴⁷ Se a.a., s. 272 ff.

⁴⁸ Se 6 kap. 13 § LOU.

⁴⁹ Junesjö, Kurt, *Vita Jobb – Verktyg mot svartarbete och social dumpning vid offentlig upphandling*, 2 uppl., 2009.

att konsulter verksamma inom ett lokalt fackförbund kontrollerar att villkoren som nämns i första delen fullgörs.

Det ovannämnda exempelkontraktet läggs i den fortsatta framställningen till grund för att definiera vad Vita jobb-modellen innebär. De två huvudsakliga delarna kommer att behandlas i avsnitt 5 och 6.

5 Vita jobb-modellens olika villkor

5.1 Anställningsvillkor

Vita jobb-modellen innebär bl.a. att leverantören för att tilldelas ett kontrakt måste förbinda sig att tillämpa ett antal angivna arbetsvillkor under och inom ramen för kontraktets utförande. I punkten SF3.3 i Vita jobb-modellens exempelkontrakt återfinns antal exempel på villkor som kan uppställas. De angivna arbetsvillkoren motsvarar dels kollektivavtalsbestämmelser i Städentreprenadavtalet, dels lagstadgade regler på arbetsrättens område. Städentreprenadavtalet är det kollektivavtal som skulle ha varit tillämpligt för de arbetstagare som ska utföra kontraktet om leverantören hade varit medlem i en kollektivavtalsansluten arbetsgivarorganisation.⁵⁰

I punkten SF3.3 anges att lägsta avtalsenliga lön och övertidsersättning ska utbetalas enligt Städentreprenadavtalet. Kollektivavtalsvillkoren ska även gälla avseende ersättning för restid och förflyttningstid, traktamente, särskild ersättning för arbete på annan ort och permission.⁵¹ Enligt de kollektivavtalsvillkor som kontraktshandlingarna hänvisar till ska arbetsgivaren tillhandahålla arbetstagarna viss utrustning såsom verktyg, maskiner, skyddskläder, förvarings- och personalutrymmen med låsbara skåp enligt arbetsmiljöverkets föreskrifter samt arbetskläder. SF3.3 hänvisar utöver kollektivavtalsbestämmelserna till ett antal lagbestämmelser som ska gälla för de arbetstagare som utför kontraktet. De återfinns i arbetstidslagen (1982:673), semesterlagen (1977:480), föräldraledighetslagen (1995:584), diskrimineringslagen (2008:567) samt i lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning. Genomgående hänvisar punkten SF3.3 till särskilda paragrafer i kollektivavtalet respektive till särskilda lagrum men bestämmelsernas exakta innehåll framgår inte av exempelkontraktet. Det kan även nämnas att punkten SF3.3 innebär att leverantören åtar sig att inte anlita

⁵⁰ Städentreprenadavtalet har sedermera bytt namn till Servicecentreprenadavtalet.

⁵¹ Begreppen definieras inte närmare i kontraktshandlingarna. Traktamente innebär normalt ersättning för ökade levnadskostnader vid tjänsteresa, medan permission avser kort, avlönad ledighet för personliga angelägenheter såsom begravning. Se vidare Sigeman, Tore, Arbetsrätten - en översikt, 5 uppl., Nordstedts Juridik, Stockholm 2010, s. 193.

svart arbetskraft, vilket definieras som arbetare för vilka källskatt eller arbetsgivaravgift inte erläggs.⁵²

För att bedöma huruvida de återgivna kontraktsvillkoren kan användas vid en offentlig upphandling krävs en analys utifrån det generella utrymme som finns för att kräva sociala hänsyn enligt avsnitt 3 ovan. För det första finns det anledning att fråga sig om något av villkoren strider mot de allmänna rättsprinciperna. Det faktum att kontraktshandlingarna enbart hänvisar till särskilda paragrafer och lagrum är problematiskt mot bakgrund av öppenhetsprincipen. Sundstrand menar att kollektivavtalsvillkor generellt sett måste vara tillräckligt tydligt angivna för att en anbudsgivare utan att söka vidare information ska kunna använda kontraktshandlingarna som underlag för anbud vid upphandlingen.⁵³ Synpunkten har större tyngd avseende kollektivavtalsvillkor än avseende lagrum eftersom det normalt sett är lättare för leverantören att på egen hand sätta sig in i lagstiftningens innehåll än att ta del av bestämmelserna i kollektivavtal som kanske inte är offentligt tillgängliga. Det får anses vara mest förenligt med öppenhetsprincipen om de särskilda villkor som ska gälla vid kontraktets utförande intas i själva kontraktshandlingarna.

Om kontraktsvillkoren ska tillämpas gentemot utstationerade arbetstagare finns det även anledning att utreda om kontraktsvillkoren är förenliga med utstationeringsdirektivets bestämmelser. Städentreprenadavtalet torde vara ett sådant kollektivavtal som är allmänt gällande och vars villkor därför kan tillämpas gentemot utstationerade arbetstagare, förutsatt att villkoren ryms inom den s.k. hårda kärnan.⁵⁴ Vad avser lön och övertidsersättning anges det att den upphandlande myndigheten ska kräva ”lägsta avtalsenliga lön”, vilket sannolikt motsvarar *minimilön* enligt artikel 3.1 c) utstationeringsdirektivet. Det följer av direktivet att övertidsersättning ska anses som en del av minimilönen. Även andra ersättningar under utstationeringen betraktas som en del av minimilönen om ersättningen inte gäller kostnader för ”resa, kost eller logi” till följd av utstationeringen.⁵⁵ Det är därför lämpligt att den upphandlande myndigheten anger att sistnämnda kostnader inte innefattas i begreppet *minimilön*.

De villkor som avser arbetsmiljön under kontraktets utförande kan sannolikt anses falla under punkten ”säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen” och såle-

⁵² SF3.3 innehåller även ett antal villkor som syftar till att underlätta kontrollen av att fullgörandevillkoren efterlevs. Dessa villkor behandlas inte i förevarande artikel. För en närmare analys, se Fahlin Strömberg, Ragnar, Sociala hänsyn enligt Vita jobb-modellen vid offentlig upphandling – Möjligheter och begränsningar, Stockholms Universitet 2015.

⁵³ Se Sundstrand, Andrea, Kollektivavtal och kollektivavtalsenliga villkor i offentlig upphandling, Konkurrensverket uppdragsforskningsrapport 2015:2, s. 24 ff. Jfr även Konkurrensverket, Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, Konkurrensverkets rapportserie 2015:6, s. 73 ff.

⁵⁴ Jfr prop. 2009/10:48, s. 95 ff.

⁵⁵ Se artikel 3.7 i direktiv 96/71.

des ingå i den s.k. hårda kärnan. Vad gäller skyddskläder och annan skyddsutrustning stadgar den för utstationerade arbetstagare tillämpliga arbetsmiljölagen uttryckligen att arbetsgivaren vid behov ska tillhandahålla personlig skyddsutrustning.⁵⁶ Däremot kan det kanske ifrågasättas om arbetsgivarens skyldighet att tillhandahålla sådant som arbetskläder, låsbara skåp och personalutrymmen rymms inom den s.k. hårda kärnan.

Det förtjänar att betonas att det med stöd i ett allmänt gällande kollektivavtal är möjligt att till arbetstagarnas fördel uppställa mer långtgående krav än vad som följer av den svenska lagstiftning som 5 § utstationeringslagen hänvisar till. Förutsättningen är att kraven avser minimivillkor på ett område som rymms inom den s.k. hårda kärnan.

Avslutningsvis finns det anledning att särskilt kommentera förbudet mot att betala ut svarta löner. Ett förbud att betala svarta löner är uppställt i samhällets intresse snarare än för att skydda arbetstagarkollektivet. Enligt EU-rätten kan utbetalning av svarta löner ligga till grund för uteslutning från ett upphandlingsförfarande.⁵⁷ Följaktligen föreligger knappast något hinder mot att kräva att leverantören förbinder sig att inte utbetala svarta löner.

5.2 Villkor avseende underleverantörer

I punkten SF2.532 i exempelkontraktet i Vita jobb-modellens handbok anges att underleverantörer endast undantagsvis ska anlitas av den upphandlade leverantören för att utföra kontraktet. Vidare krävs det att eventuella underleverantörer har fullgjort sitt samhällsansvar genom att betala ”skatt, arbetsgivaravgift, mervärdesskatt, etc.” Huvudleverantören ska garantera att underleverantören i förhållande till sina anställda uppfyller de krav som nämnts i avsnitt 5.1.

Det anställningsvillkor som Vita jobb-modellen innehåller måste även gälla för eventuella underleverantör om deras effektiva genomslag ska kunna garanteras. Villkor i enlighet med punkten SF2.532 får naturligtvis särskilt stor betydelse inom branscher där det är allmänt förekommande att underleverantörer anlitas.

Ovanstående föranleder två rättsliga frågeställningar. För det första är frågan i vilken utsträckning som upphandlande myndighet får ställa villkor avseende vilka underleverantörer som ska anlitas för att utföra kontraktet. För det andra är frågan om den upphandlande myndigheten kan kräva att underleverantören ska uppfylla de villkor avseende sociala hänsyn som uppställs gentemot huvudleverantören.

Vad gäller den första frågan anses utgångspunkten inom upphandlingsrätten vara att den upphandlande myndigheten inte får råda över vilka underleverantörer

⁵⁶ Se 2 kap. 7 § arbetsmiljölagen.

⁵⁷ Se vidare artikel 57 i direktiv 2014/24.

som leverantören anlitar.⁵⁸ Artikel 71.6.b i det nya klassiska direktivet klargör att den upphandlande myndigheten i ett antal uppräknade fall kan kräva att underleverantören byts ut. Fallen kännetecknas av att det föreligger fakultativ grund för uteslutning. Sådan fakultativ grund för uteslutning föreligger enligt artikel 57.2 i det nya klassiska direktivet om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt kan visa att leverantören har åsidosatt sina förpliktelser att betala skatt eller socialförsäkringsavgifter. Vidare får uteslutning ske om den upphandlande myndigheten på lämpligt sätt kan visa bl.a. att leverantören har åsidosatt social- eller arbetsrättsliga skyldigheter enligt nationell lag eller kollektivavtal. Om obligatorisk grund för uteslutning föreligger gäller att upphandlande myndighet är skyldig att begära att underleverantören byts ut. Obligatorisk grund för uteslutning är för handen bl.a. om det genom ”domstolsavgörande eller ett administrativt beslut med slutlig och bindande verkan” har fastställts att leverantören inte har fullgjort sina skyldigheter att betala skatt eller socialförsäkringsavgifter. Domstolsavgörandet eller det administrativa beslutet ska ha vunnit laga kraft i enlighet med rättsordningen i antingen landet där leverantören är etablerad eller i landet där den upphandlande myndigheten finns.⁵⁹

Det följer av ovanstående att den upphandlande myndigheten med stöd av gällande rätt bör kunna kräva att en underleverantör som har brustit i sin skyldighet att betala skatt, arbetsgivaravgift eller mervärdesskatt byts ut. Följaktligen måste den upphandlande myndigheten i sådana fall även rimligen kunna förbjuda att en sådan underleverantör anlitas. Det är viktigt att hålla i minnet att den upphandlande myndigheten bär bevisbördan för att en uteslutningsgrund föreligger. Dessutom innebär proportionalitetsprincipen att ett inträffat missförhållande inte får läggas till grund för uteslutning under obegränsad tid efter att det inträffat. Det anges i artikel 57.6 i det nya klassiska direktivet att uteslutning inte får ske om leverantören kan bevisa sin tillförlitlighet med åtgärder som är tillräckliga mot bakgrund av felets svårighetsgrad (s.k. *self-cleaning*). Vidare åläggs medlemsstaterna i artikel 57.7 i det nya klassiska direktivet att fastställa en yttersta tidsgräns bortom vilken en inträffad omständighet inte får åberopas som grund för uteslutning. Redan tidigare begränsades rätten till uteslutning av proportionalitetsprincipen men den närmare innebörden av proportionalitetsprincipen har i det här hänseendet klargjorts genom antagandet av det nya klassiska direktivet. Svaret på den första frågeställningen är således att en upphandlande myndighet inom nämnda begränsningar sannolikt kan följa de riktlinjer som anges i Vita jobb-modellens exempelkontrakt.

Vad gäller den andra frågeställningen antyder det nya klassiska direktivet

⁵⁸ Se Sundstrand, Andrea, Offentlig upphandling – Primärrättens reglering av offentliga kontrakt (ak. avh.), Jure Förlag, Stockholm 2012, s. 292.

⁵⁹ Se artikel 57.2 i direktiv 2014/24.

att upphandlande myndighet har rätt att kräva att eventuella underleverantörer uppfyller de förpliktelser som åläggs huvudleverantören. Artikel 71.1 i direktivet stadgar att den upphandlande myndigheten ska använda ”lämpliga åtgärder” för att säkerställa att underleverantören följer de skyldigheter som anges i artikel 18.2 i direktivet, t.ex. arbetsrättsliga skyldigheter enligt kollektivavtal.⁶⁰ Det lämpligaste sättet att uppnå nämnda resultat är att kräva att underleverantören uppfyller de fullgörandevillkor avseende sociala hänsyn som gäller för huvudleverantören. Således är en rimlig slutsats att Vita jobb-modellens villkor om underleverantörens förpliktelser i nämnda hänseende är förenliga med gällande rätt.

5.3 Möjliga sanktioner vid avvikelser från ställda krav

I Vita jobb-modellens handbok anger exempelkontraktet de sanktioner som inträder om leverantören i olika hänseenden avviker från kontraktets bestämmelser (SF8 och SF10).⁶¹ Det framgår att den upphandlande myndigheten i ett stort antal fall får häva kontraktet med omedelbar verkan. Det gäller om städuppdrag inte utförs i rätt tid, om städuppdrag inte utförs på rätt sätt och om leverantören inte omedelbart på egen bekostnad avhjälpes bristen för den upphandlande myndigheten. Om städuppdrag inte utförs på rätt sätt vid upprepade tillfällen kan den upphandlande myndigheten häva kontraktet även om rättelse har skett. Detsamma gäller om leverantören har överlåtit kontraktet utan tillåtelse, om leverantören har försatts i konkurs eller är på obestånd med följden att han inte kan förväntas fullgöra sina åligganden eller om leverantören annars brister i sina åtaganden enligt kontraktet, ramavtal eller enskilda städuppdrag. Vidare gäller att den upphandlande myndigheten har rätt att häva kontraktet om företrädare för eller anställda hos leverantören under avtalstiden och i samband med sin verksamhet hos leverantören blir dömd för olaga diskriminering, alternativt om leverantören döms till att betala ut böter enligt diskrimineringslagen. Slutligen föreligger hävningsrätt om leverantören brister i sina skyldigheter enligt kontraktet avseende val av underleverantörer eller avseende arbetstagarnas anställningsvillkor.

Den hävningsrätt som således tillkommer den upphandlande myndigheten får anses var långtgående och sträng mot leverantören. Enligt kontraktets lydelse ger redan marginella avvikelser den upphandlande myndigheten rätt att häva kontraktet. En sådan reglering skulle kunna strida mot proportionalitetsprincipen. Konkursverket har även gjort den generella bedömningen att rättelse i första hand bör eftersträvas vid kontraktsbrott och att uppsägning bör tillämpas

⁶⁰ Se även skäl 105 i direktiv 2014/24.

⁶¹ Se Junesjö, Kurt, Vita Jobb – Verktyg mot svartarbete och social dumping vid offentlig upphandling, 2 uppl., 2009, s. 52-53.

endast i sista hand till följd av det allmänna kravet på proportionalitet.⁶² En rimlig slutsats är således att de sanktioner som inträder vid bristande uppfyllelse av kontraktet bör utformas på ett annorlunda sätt än i exempelkontraktet. Rättelse, vite, skadestånd och hävning kan användas i olika situationer och påföljden bör alltid vara proportionerlig i förhållande till överträdelsen.

6 Kontroll avseende särskilda villkor

En central fråga när den upphandlande myndigheten använder särskilda kontraktsvillkor i enlighet med vad som har diskuterats i avsnitt 5 är hur efterlevnaden av villkoren i praktiken ska kontrolleras. Om ett effektivt kontrollsystem saknas blir det naturligtvis mycket svårt att sanktionera avvikelser. I ingressen till det nya klassiska direktivet betonas att efterlevnaden av bl.a. sociala och arbetsrättsliga hänsyn bör kontrolleras.⁶³ Vid de upphandlingar då utstationeringsdirektivet är tillämpligt gäller dessutom enligt tillämpningsdirektivet att medlemsstaterna ska säkerställa genomförandet av effektiva inspektioner för att säkerställa utstationeringsdirektivets korrekta tillämpning.⁶⁴

Vita jobb-modellens handbok rekommenderar att fackliga konsulter anlitas för att kontrollera utförandet av det upphandlade kontraktet. I handboken ingår ett exempelavtal mellan en upphandlade myndighet och ett fackförbund avseende leverantörskontroll.⁶⁵ Avtalet innebär att fackförbundet åtar sig att kontrollera leverantören och eventuella underleverantörer. Det specificerar vilka delar av verksamheten som fackförbundet åtar sig att granska. Exempelavtalet innehåller dessutom ett antal förpliktelser för fackförbundet som har uppställts till skydd för leverantören. Således gäller sekretess för de fackliga konsulterna avseende information som de inhämtar under uppdraget. Fackförbundet förbjuds även att använda sådan information för andra syften än som rapporteringsunderlag inom ramen för uppdraget. Frågan i förevarande avsnitt är således i vilken utsträckning som den upphandlande myndigheten kan ställa som villkor att den upphandlade leverantören accepterar sådan facklig granskning som beskrivits ovan.

Inledningsvis måste det påpekas att granskning av kontraktets efterlevnad principiellt sett är en tjänst som den upphandlande myndigheten har att upphandla enligt LOU.⁶⁶ Följaktligen kan den upphandlande myndigheten sannolikt inte direkt ingå ett avtal med fackförbundet utan måste först konkurrensutsätta

⁶² Se Konkurrensverket, Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling, Konkurrensverkets rapportserie 2015:6, s. 95 ff.

⁶³ Se skäl 40 i direktiv 2014/24.

⁶⁴ Se artikel 10 och skäl 26 i direktiv 2014/67.

⁶⁵ Se ”Uppdragsavtal avseende kontroll enligt Vita jobb-modellen” i Junesjö, Kurt, Vita Jobb – Verktyg mot svartarbete och social dumping vid offentlig upphandling, 2 uppl., 2009., s. 57 ff.

⁶⁶ Se 15 kap. 3 § LOU avseende vad som gäller för direktupphandling.

tjänsten. En annan sak är att fackförbund normalt sett torde ha goda förutsättningar att vinna en sådan upphandling eftersom de sannolikt har resurser för att genomföra granskningen och kan åta sig uppdraget till en låg kostnad. Om det finns en annan anbudsgivare som bättre kan uppfylla de krav som den upphandlande myndigheten ställer på granskningen ska emellertid den aktören tilldelas kontraktet.

Även om fackförbundet har tilldelats uppdraget att granska leverantören efter att ha vunnit en kontraktstilldelning kvarstår emellertid flera problem. Det finns här anledning att hänvisa till de generella förutsättningar som ett särskilt kontraktsvillkor måste uppfylla till följd av de allmänna rättsprinciperna om likabehandling, proportionalitet och öppenhet.⁶⁷ Det nya klassiska direktivet betonar att upphandlande myndigheter i syfte att uppnå likabehandling bör använda lämpliga åtgärder för att förebygga och avhjälpa intressekonflikter under tilldelningsförfarandet.⁶⁸ Bl.a. kan en intressekonflikt i direktivets mening föreligga om den som agerar å den upphandlande myndighetens vägnar har ett ”finansiellt, ekonomiskt eller annat personligt intresse” som kan rubba förtroendet för vederbörandes opartiska agerande. I den meningen torde det normalt föreligga en intressekonflikt mellan fackförbundet och leverantören eftersom de åtminstone potentiellt sett är motparter på arbetsmarknaden. I de fall konkreta omständigheter indikerar att en tydlig intressekonflikt föreligger kan det sannolikt strida mot likabehandlingsprincipen att den upphandlande myndigheten anlitar fackliga konsulter för att utföra granskningen.

De fackliga konsulternas medverkan kan också ifrågasättas utifrån proportionalitetsprincipen. Även om ingen konkret konflikt med fackförbundet föreligger kan det finnas en risk för att de fackliga konsulterna får insikt i leverantörens förhållanden på ett sätt som är ägnat att skada denne vid en eventuell framtida arbetsmarknadskonflikt. Det finns normalt sett inga skäl att betvivla att de fackliga konsulterna har den kompetens som krävs för att kontrollera om kollektivavtalsvillkor följs. Sannolikt kan fackliga representanter i de flesta fall tillföra kunskap om kollektivavtalet och branschen som den upphandlande myndigheten saknar. Annorlunda uttryckt torde det normalt sett vara möjligt att på objektiva grunder motivera ett krav om att leverantören godtar de fackliga konsulternas granskning. Vidare kan fackförbund sannolikt åta sig uppdraget till låg eller ingen ersättning.⁶⁹

För att ett villkor till leverantörens nackdel ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen krävs emellertid även att villkoret är nödvändigt för att uppnå

⁶⁷ Jfr särskilt diskussionen om dom *Concordia Bus*, C-513/99, EU:C:2002:495, i avsnitt 3.

⁶⁸ Se artikel 24 i direktiv 2014/24.

⁶⁹ I det exempelavtal som ingår i handboken stadgas uttryckligen att ingen ersättning ska utgå (se Junesjö, Kurt, *Vita Jobb – Verktyg mot svartarbete och social dumping vid offentlig upphandling*, 2 uppl., 2009, s. 58).

det avsedda resultatet och att den nytta som villkoret medför uppväger den inskränkning som det medför. Det kan ifrågasättas om de fackliga konsulternas medverkan är nödvändig för en effektiv kontroll av villkoren i den mening att inget mindre restriktivt villkor skulle kunna användas för att uppnå samma resultat. Det är än mindre säkert att inskränkningen för leverantören uppvägs av de fördelar som den fackliga kontrollen innebär. Sannolikt behöver den upphandlande myndigheten i det enskilda fallet undersöka vilken kompetens som behövs för att utföra granskningen. I den utsträckning som det finns möjlighet att anlita kontrollanter som leverantören inte har lika tungt vägande skäl att motsätta sig, t.ex. opartiska arbetsjurister, behöver en strukturerad avvägning göras. Inte sällan måste i sådana fall högre kostnader i samband med att arbetsrättsjurister anlitas vägas mot den fördel som det innebär för leverantören att granskningen utförs av en neutral part. I den avvägningen ska leverantörens intressen väga tyngre, eftersom upphandlingslagstiftningen utgör en skyddslagstiftning för leverantörernas berättigade intressen.⁷⁰

Proportionalitetsprincipen har inte enbart betydelse för frågan om det överhuvudtaget är tillåtet att uppställa som villkor att fackliga konsulter utför kontrollen. Därutöver påverkar proportionalitetsprincipen hur granskningen bör genomföras. Kontrollen av leverantören får inte vara mer långtgående än vad som är nödvändigt för att säkerställa att de särskilda kontraktsvillkoren följs. Granskningen bör därför alltid begränsas till kontraktsföremålet och får t.ex. inte avse företagsdokumentation som saknar ett direkt samband med kontraktet som leverantören ska utföra. Även öppenhetsprincipen har betydelse för hur granskningen får utformas. Leverantören måste kunna förstå innebörden av de åtaganden som det tilldelade kontraktet medför. Det måste således redan när kontraktet upphandlas anges vad kontrollen kommer att omfatta och sannolikt även vem som kommer att utföra den. I annat fall blir det orimligt svårt för leverantören att förutse vad den avtalade granskningen egentligen innebär. Följaktligen behöver den upphandlande myndigheten upphandla en tjänstleverantör som ska utföra granskningen innan kontraktet som ska granskas upphandlas.

Slutligen bör även något sägas om det nyligen antagna tillämpningsdirektivet. Det stadgas i nämnda direktiv att medlemsstaterna ska införa ”lämpliga och effektiva kontrollsystem” för att bl.a. säkerställa att utstationeringsdirektivets bestämmelser följs. Arbetsmarknadens parter får även delta i övervakningen av utstationerade arbetstagares villkor under förutsättning att de enligt nationell rätt fastställer anställningsvillkoren inom de områden som omfattas av den s.k. hårda kärnan.⁷¹ Som har framgått ovan har arbetsmarknadens parter den rollen i Sverige och således är det principiellt tillåtet att de medverkar vid inspektioner

⁷⁰ Se dom *University of Cambridge*, C-380/98, EU:C:2000:529, punkterna 16 och 17.

⁷¹ Se artikel 10.4 i direktiv 2014/67. Jfr även skäl 30-31 i direktivet.

avseende utstationerade arbetstagare. Emellertid anger tillämpningsdirektivet även att de åsyftade inspektionerna måste utföras i enlighet med icke-diskrimineringsprincipen och proportionalitetsprincipen.⁷² Det finns heller inget uttryckligt stöd för att det är lagligt att uppställa villkor om facklig granskning vid offentlig upphandling. Utstationeringskommittén har nu emellertid föreslagit att en arbetsgivare som är bunden av ett s.k. utstationeringskollektivavtal ska vara skyldig att möjliggöra för avtalsbunden arbetstagarorganisation att kontrollera att minimivillkoren enligt utstationeringsdirektivet följs.⁷³ Om det förslaget genomförs och anses vara förenligt med EU-rätten skulle det i stor utsträckning lösa problemet eftersom arbetsgivare som utstationerar arbetstagare i Sverige skulle kunna förmås att ingå s.k. utstationeringskollektivavtal genom stridsåtgärder.⁷⁴

Sammanfattningsvis får det betecknas som osäkert om det är förenligt det upphandlingsrättsliga regelverket att den upphandlande myndigheten kräver att leverantören godtar facklig granskning av kontraktets efterlevnad. Det grundläggande problemet är den potentiella intressekonflikt som föreligger mellan fackförbundet och leverantören som motparter på arbetsmarknaden. Till följd av de allmänna rättsprinciper som gäller vid all offentlig upphandling i Sverige riskerar därför ett sådant villkor att strida mot gällande rätt. I avsaknad av ett förtydligade av rättsläget bör upphandlande myndighet använda villkor om facklig granskning med stor försiktighet. I den utsträckning som sådana villkor alls uppställs bör de vad gäller sekretess m.m. enligt ovan utformas med vederbörlig hänsyn till leverantörens intressen.

7 Sammanfattning

Det nya klassiska direktivet anger uttryckligen att upphandlande myndigheter kan och bör beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, vilket även framgår av EU-domstolens praxis. Vita jobb-modellen är ett antal riktlinjer för hur social dumpning och svartarbete ska kunna motverkas. Det ska ske genom att svenska myndigheter kräver att den upphandlade leverantören förbinder sig att följa anställningsvillkor i svenska kollektivavtal och i svensk nationell lagstiftning avseende de arbetstagare som utför det tilldelade kontraktet. Viktiga delar av modellen är även de villkor som uppställs avseende vilka underleverantörer som den upphandlade leverantören får anlita, de möjligheter som den upphandlande myndigheten har att häva kontraktet samt fackliga konsulter rätt att på den

⁷² Se artikel 10.2 i direktiv 2014/67.

⁷³ Se SOU 2015:83 Översyn av lex Laval, s. 299 ff.

⁷⁴ Det gäller naturligtvis i ännu högre utsträckning om det vid en kontraktstilldelning kan krävas att leverantören tecknar ett s.k. utstationeringskollektivavtal för att tilldelas kontraktet.

upphandlande myndighetens vägnar kontrollera fullgörandet av de nämnda villkoren.

Framställningen har visat att det finns flera begränsningar avseende hur sådana socialt motiverade krav får utformas. EU-domstolens rättspraxis i främst dom *Concordia Bus* fastställer att de allmänna rättsprinciperna innebär att ett särskilt kontraktsvillkor:

- a. måste vara kopplat till kontraktets utförande,
- b. inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet,
- c. måste anges uttryckligen i kontraktshandlingarna,
- d. måste vara mätbara och
- e. måste vara förenligt med de allmänna rättsprinciperna.

Eftersom de allmänna rättsprinciperna enligt 1 kap. 9 § LOU gäller vid all offentlig upphandling i Sverige är det sannolikt att ett särskilt kontraktsvillkor alltid måste vara förenligt med de ovanstående fem punkterna, oavsett hur kontraktstilldelningen klassificeras upphandlingsrättsligt. I de fall då utstationeringsdirektivet är tillämpligt följer därutöver betydligt mer ingripande begränsningar i den upphandlande myndighetens frihet att utforma kontraktsvillkoren. Vid sådana kontraktstilldelningar får krav avseende utstationerade arbetstagares anställningsvillkor endast uppställas på de områden som ingår i den s.k. hårda kärnan. Nämnda krav måste dessutom motsvara minimivillkor enligt nationell lagstiftning eller enligt ett kollektivavtal som i hela Sverige är tillämpligt för motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Det kan härvidlag diskuteras hur de kontraktstilldelningar där utstationeringsdirektivet är tillämpligt lämpligen kan avgränsas. Det är visserligen tydligt att direktivet blir tillämpligt när utstationerade arbetstagare används för att utföra det upphandlade kontraktet. Svårigheten ligger i stället i att *a priori* bedöma om utstationerade arbetstagare kan komma att utföra kontraktet. Den upphandlande myndigheten måste normalt ta ställning till hur kraven ska utformas innan anbudsinfördran sker. De kriterier som enligt fast rättspraxis från främst EU-domstolen har ansetts indikera att ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger ger en viss vägledning eftersom sannolikheten att utstationerad arbetskraft kommer att användas är större om kontraktstilldelningen har ett bestämt gränsöverskridande intresse. Med beaktande av risken för att upphandlingen blir överklagad och anses rättsstridig är det *in dubio* lämpligt att utgå från att utstationeringsdirektivet är tillämpligt och att mer långtgående krav än de som följer av direktivets hårda kärna inte får uppställas.

Utifrån de nu anförda premisserna har framställningen visat att Vita jobbmodellens riktlinjer huvudsakligen är förenliga med gällande rätt i den mån som de avser vilka anställningsvillkor som får krävas vid utförandet ett offentligt

kontrakt. Den kritik som kan riktas mot modellens handbok vad gäller anställningsvillkoren är i princip följande. För det första bör kollektivavtalsbestämmelser och lagbestämmelser som den upphandlande myndigheten använder som särskilda kontraktsvillkor intas i kontraktshandlingarna. Enbart hänvisningar till villkoren strider sannolikt mot öppenhetsprincipen, i synnerhet i den mån som villkoren återfinns i icke-offentliga kollektivavtal. För det andra bör i enlighet med proportionalitetsprincipen en mindre ingripande påföljd än hävning användas vid mindre allvarliga avvikelser från det upphandlade kontraktet. För det tredje bör den upphandlande myndigheten p.g.a. de orsaker som har betonats ovan vara mycket försiktig med att uppställa anställningsvillkor som avser ett område utanför utstationeringsdirektivets s.k. hårda kärna.

Mer långtgående krav än vad som följer av Vita jobb-modellens handbok kan uppställas i två avseenden. För det första kan upphandlande myndigheter bortse från utstationeringsdirektivets bestämmelser om kontraktet inte kan komma att utföras av utstationerade arbetstagare. För det andra kan den upphandlande myndigheten inom den s.k. hårda kärnan vid kontraktstilldelningar där utstationeringsdirektivet är tillämpligt uppställa krav som är mer långtgående än minimiskyddet enligt svensk lagstiftning. Förutsättningen är att villkoren är förenliga med minimiskyddet i ett sådant allmänt gällande kollektivavtal som avses i 5 a–5 b §§ utstationeringslagen. Exempelvis skulle den upphandlande myndigheten med stöd av ett sådant avtal sannolikt kunna kräva ett högre antal dagar betald semester för de utstationerade arbetstagarna än vad som följer av semesterlagen.

Slutligen har framställningen belyst det dilemma som föreligger avseende hur efterlevnaden av särskilda kontraktsvillkor ska kunna kontrolleras. Fackförbundens motpartsförhållande gentemot leverantören på arbetsmarknaden gör att villkor om att fackliga konsulter ska ges rätt att kontrollera utförandet av kontraktet riskerar att strida mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Vidare får granskningen med beaktande av proportionalitetsprincipen inte vara mer långtgående än vad som är lämpligt och nödvändigt och heller inte vara mer ingripande än vad nyttan av granskningen motiverar. Den upphandlande myndigheten bör även av samma skäl söka begränsa leverantörens olägenhet till följd av granskningen genom att t.ex. ålägga de fackliga konsulterna tystnadsplikt avseende det de får kännedom om under uppdraget. Sådana förpliktelser bör vara skadeståndssanktionerade till leverantörens förmån.

Framställningen har således i viss utsträckning klargjort Vita jobb-modellens överensstämmelse med gällande rätt. Emellertid visar den även på en betydande rättslig osäkerhet i viktiga avseenden. Det hade sannolikt legat i förutsebarhetens intresse att lagstiftaren uttryckligen skulle reglera vid vilka kontraktstilldelningar som upphandlande myndigheter kan bortse från utstationeringsdirektivets bestämmelser samt vilka former av kontroll avseende efterlevnaden av fullgörandevillkor som är förenliga med EU-rätten.