

2015-09-30

FÖRSLAG YTTRANDE
KFKS 2015/638-109

Finansdepartementet
Enheten för upphandlingsrätt
103 33 Stockholm

Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78)

Sammanfattning

Nacka kommun anser att det är viktigt att ställa miljö-, sociala, och arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingar. Kommunen ser dock både lagliga och praktiska svårigheter med förslagen.

Nacka kommun är frågande till om förslagen uppnår sitt syfte, detta mot bakgrund av svårigheten det innebär att ställa kraven samt svårigheten att följa upp och kontrollera huruvida kraven efterlevs. Förslagen kommer att ytterligare tynga upphandlingsprocessen och slå hårt mot små och medelstora företag. I stället bör det fortsatt vara frivilligt, för upphandlande myndigheter när de ser att det behövs, att ställa sådana krav.

Förslagen är inte förenliga med EU-rätten och det saknas en analys i denna del. Det är också tveksamt om det är förenligt med den kommunalrättsliga självstyrelsen att en statlig myndighet ska formulera krav som kommunerna ska använda och när de ska användas.

Det är tveksamt om Upphandlingsmyndigheten är den myndighet som bäst kan bedöma vilken bransch som bör omfattas av det obligatoriska kravet samt om Upphandlingsmyndigheten bäst kan fastställa villkoren som ska uppfyllas.

Nacka kommun anser i stället att systemet med ID 06 bör utvecklas och gälla fler branscher samt att riktlinjer tas fram om hur information till leverantörer och underleverantörer bör spridas för att genomförande av kontraktet sker i överensstämmelse med gällande lagar, förordningar och övriga villkor i förfrågningsunderlaget.

Allmänt

Nacka kommun vill inledningsvis anföra att kommunen arbetar och prioriterar frågor som rör både miljö- sociala- och arbetsrättsliga krav i upphandlingar. Bland annat arbetar Nacka kommun vid byggentreprenader med s.k. ID 06 som är ett verktyg för att minska svartarbete och ekonomisk brottslighet.



Som exempel kan nämnas att i byggentreprenader förekommer arbetstagare från ett flertal olika branscher, t.ex. måleri, transport- och varuleveranser samt elektriker alla med olika kompetensnivåer och därmed olika lönenivåer och förmåner. Därutöver anlitas underleverantörer som har anställda eller genomför uppdrag i egenskap av egenföretagare. Företagen kan vara både stora och små. Detta innebär att det kan vara svårt, att i t.ex. en byggentreprenadupphandling, fastställa rätt villkor samt följa upp och kontrollera dessa. Nacka kommun anser i stället att ID 06 som gäller för hela leverantörskedjan, även underleverantörer, bör användas. Platschefen är ansvarig för att samtliga arbetare på platsen bär ett ID kort synligt. Från och med årsskiftet gäller krav på att varje byggarbetsplats ska ha en elektronisk personalliggare i vilka de personer som arbetar på byggarbetsplatsen ska registrera sig. Elektroniska personalliggare ska finnas tillgängliga under två års tid och Skatteverket kan under den tiden göra stickprovskontroller. Skatteverket får därigenom information om vilka och hur många som arbetar på byggarbetsplatsen och kan se om antalet anställda stämmer överens med de arbetsgivaravgifter som betalats in. Systemet kan utökas till att tillämpas även inom andra branscher.

Riktlinjer skulle därutöver kunna tas fram för hur en upphandlande myndighet informerar vinnande leverantörer om vikten av att gällande lagar och förordningar samt krav följs under avtalstiden, innebörden av ID06 samt andra viktiga frågor inför avtalets start. Vad som informeras och hur informationen förmedlas vid ett kontraktsmöte kan då anpassas till den enskilda upphandlingen.

Även om stöd för genomförande av förslagen kommer att ges av Upphandlingsmyndigheten kommer förslagen att skapa merarbete för upphandlande myndigheter i och med att upphandlingsprocessen ytterligare tyngs och fler upphandlingar blir sannolikt överprövade. Därutöver kommer det åligga kommunen att kontrollera att kraven efterlevs vilket blir en betungande, nästintill omöjlig uppgift. Små och medelstora företag kommer att drabbas särskilt hårt vilket går emot tidigare politiska ambitioner.

Utredningen tar upp frågan om att den kommunala självstyrelsen påverkas eftersom det kan anses innebära en inskränkning i kommunernas bestämmanderätt då det tidigare har varit en möjlighet för kommunerna och inte någon skyldighet att ställa sådana krav. Nacka kommun menar att det är en otillåten inskränkning som inte uppvägs av vad bestämmelsen ska uppnå. Även om, som utredningen anger, förslagen har utformats på sådant sätt att det inte alltid är obligatoriskt, påverkas kommunerna genom att ytterligare resurser krävs för att genomföra och följa upp upphandlingarna och dessutom inskränks kommunens beslutanderätt. En statlig myndighet ska inte formulera de krav en kommun ska ställa i sina upphandlingar. Nacka kommun vill i sammanhanget betona att upphandlingsregelverket är och bör förbli ett regelverk som reglerar hur en upphandling formellt ska göras och den bör inte tyngas ytterligare med bestämmelser om vilka krav som upphandlande myndigheter ska ställa. Vad som ska upphandlas och vilka krav som ska uppfyllas i en upphandling måste vara upp till den upphandlande myndigheten att avgöra.

Förslagens förenlighet med EU-rätten bör analyseras särskilt hur förslagen påverkar den inre marknaden och den gränsöverskridande upphandlingen.

Nacka kommun väljer att kommentera följande förslag:

Förslagen gäller för alla tre upphandlingslagarna

Förslagen föreslås gälla i alla tre upphandlingslagarna. Lagen om koncessioner ska hållas mindre reglerat än övriga upphandlingslagar och denna ambition bör gälla även vad gäller dessa förslag.

Arbetsrättsliga hänsyn bör beaktas i upphandlingen

Nacka kommun tillstyrker förslaget om att en upphandlande myndighet bör beakta, förutom miljö- och sociala hänsyn, även arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling. Det införs således ett tillägg till nuvarande målsättningsstadgande att ”en upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala- och *arbetsrättsliga* hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta”.

Även om arbetsrättsliga hänsyn har kunnat beaktas tidigare, som en särskild form av sociala hänsyn, anges arbetsrättsliga hänsyn särskilt vilket ger en vikt till sådana hänsyn och tydliggör möjligheten att ta sådana hänsyn.

När ska arbetsrättsliga villkor ställas i en upphandling?

Enligt förslaget ska en myndighet ställa särskilda arbetsrättsliga villkor när det är behövligt med hänsyn till den bransch som upphandlingen avser och övriga omständigheter som kan medföra risk för oskäliga arbetsvillkor.

Nacka kommun anser, liksom utredningen, att det är i de s.k. särskilda kontraktsvillkoren det är lämpligast att ställa särskilda arbetsrättsliga krav eftersom kraven behöver vara uppfyllda först då kontraktet utförs.

Som utredningen tar upp kan det svenska systemet med kollektivavtal som inte är allmängiltiga vara svårt att kombinera med upphandlingsrättsliga bestämmelser om transparens och förutsebarhet, icke-diskriminering och likabehandling.

Nacka kommun anser att det fortsatt bör finnas en möjlighet, men inte en skyldighet, att ställa arbetsrättsliga krav i upphandlingar. De lagar och förordningar som gäller ska under alla omständigheter följas i alla upphandlingar, t.ex. jämställdhetslagen, antidiskrimineringslagen och andra arbetsrättsliga lagar.



Behovet att ställa arbetsrättsliga krav kan skilja sig åt beroende på vilken upphandling som görs och det bör därför vara upp till upphandlande myndigheter att avgöra när och om man vill ställa sådana villkor. Vidare uppkommer frågan om vilken rätt till insyn om löner m.m. som en upphandlande myndighet kan få. Vid en partneringupphandling finns full insyn, men detta gäller inte avseende andra upphandlingar.

Utredningen föreslår att Upphandlingsmyndigheten ska göra bedömningen av när det ska vara obligatoriskt för upphandlande myndigheter att ställa särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor. Det är dock tveksamt om Upphandlingsmyndigheten är den myndighet som kan eller bör avgöra detta bl.a. eftersom det inte ingår i Upphandlingsmyndighetens uppdrag. Kommunen ifrågasätter vidare hur Upphandlingsmyndigheten ska kunna bygga upp en erforderlig kompetens för att definiera villkor som ska fungera i alla skilda upphandlingar som kommuner gör, även om villkoren ska vara obligatoriska inom vissa branscher.

Som förslagen är uppbyggda i dag är de rättsliga förutsättningarna för hur sådana villkor kan ställas oklara. Det är bl.a. tveksamt om förslagen är förenliga med likabehandlingsprincipen eftersom man därutöver föreslår att anbudsgivare behandlas olika beroende på om de omfattas av utstationeringslagen eller svensk rätt. Därutöver behöver det klargöras i förslaget hur och vem som kontrollerar att kraven efterlevs.

Vilka villkor ska ställas i offentlig upphandling?

Enligt förslaget ska den upphandlande myndigheten ange lön, semester och arbetstid som sådana villkor.

Den upphandlande myndigheten får även ställa andra arbetsrättsliga villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Det är den upphandlande myndigheten som ansvarar för att formulera de särskilda kontraktsvillkoren så att det tydligt framgår vad som avses. Vad gäller övriga villkor, då det inte är behövligt att ställa villkor och/eller avseende andra villkor än lön, arbetstid och semester är det den upphandlande myndigheten som själv bestämmer de särskilda kontraktsvillkoren. Villkoren ska även gälla underleverantörer.

Det är den upphandlande myndigheten själv som vid varje upphandling bäst bedömer vilka krav som bör ställas och det är inte säkert att det alltid är lön, semester och arbetstid som är lämpligast att ställa i en viss upphandling. Mot bakgrund av den svenska arbetsmarknadsmodellen är det dessutom svårt att ta reda på t.ex. gällande minimilöner.

Vidare återkommer kommunen till möjligheterna att följa upp ställda krav. Hur kan en upphandlande myndighet se att anställda eller underentreprenörer faktiskt får ut angiven minimilön eller rätt antal semesterdagar. Om kontroller dessutom ska göras i andra länder där svensk rätt inte är tillämplig krävs resurser, som mindre kommuner inte har.



Villkorens nivå och hur de bestäms

De särskilda arbetsrättsliga villkoren för fullgörande av kontraktet som ställs bör motsvara den lägsta nivå av förmåner som gäller enligt lag eller kollektivavtal. Kontraktsvillkoren fastställs utifrån om det är mer förmånligt för arbetstagarna enligt lag eller centralt kollektivavtal. I de fall villkoren fastställs ut ett kollektivavtal ska samråd äga rum med de parter som slutit kollektivavtalet. Utredningen föreslår att Upphandlingsmyndigheten ska föreslå vilken nivå som ska gälla för dessa villkor.

Villkor som omfattas av utstationeringslagen ska bestämmas till miniminivån enligt den lagen.

Vidare föreslår utredningen, om det inte är uppenbart obehövt, ska den upphandlande myndigheten i de särskilda arbetsrättsliga villkoren för hur ett kontrakt ska fullgöras ange vilka villkor som gäller när arbetet som avses i upphandlingskontraktet utförs under sådana förhållanden att svensk rätt inte är tillämplig.

Nacka kommun är i och för sig positiv till att utredningen lägger på annan myndighet än upphandlande myndigheter att göra bedömningen om vilken nivå som ska gälla för villkoren. Men fråga är om det är Upphandlingsmyndigheten som bäst kan avgöra denna nivå eftersom det inte ingår i Upphandlingsmyndighetens uppdrag.

Det tycks oklart och praktiskt svårt att avgöra när lag eller kollektivavtal ska tillämpas för att fastställa miniminivåerna, även om det är Upphandlingsmyndigheten som föreslås få ansvar för detta. Nivåerna bör kunna fastställas på ett mer transparent sätt.

Alternativa kontraktsvillkor

Utredningen föreslår att det ska vara möjligt att kontraktet i stället kan fullgöras enligt motsvarande villkor i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.

Nacka kommun anser att en mer grundlig analys om förslagets förenlighet med EU-rätten bör göras och även en utförligare redogörelse om hur förslaget är tänkt att tillämpas praktiskt.

Ansvar för underleverantörer

Nacka kommun anser att de krav som läggs på leverantörerna även bör läggas på dess underleverantörer. I annat fall blir de skyldigheter som påläggs leverantörerna verkningslösa.

Nacka dag som ovan

Mats Gerdau
Kommunstyrelsen ordförande

Lena Dahlstedt
Stadsdirektör