

Finansdepartementet
Enheten för offentlig upphandling
103 33 Stockholm

Stockholm

Vår referens

Dnr

2016-11-02

Ulrica Dyrke

Fi2016/00864/OU

Remissyttrande - Arbetsklausuler och sociala hänsyn i offentlig upphandling – ILO:s konvention nr 94 samt en internationell jämförelse (SOU 2016:15)

Företagarna har givits möjlighet att yttra sig över rubricerade slutbetänkande från Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal. Utredningen har haft i uppdrag att dels utreda förutsättningarna för en svensk ratifikation av Internationella arbetsorganisationens (ILO) konvention nr 94 (ILO 94), dels göra en internationell jämförelse av användningen av sociala villkor vid offentlig upphandling.

Företagarna vill lämna följande kommentarer.

ILO 94

Övergripande

Företagarna kan konstatera att frågan om en ratificering av ILO 94 har utretts tidigare. Upphandlingsutredningen 2004 drog i betänkandet SOU 2006:28 slutsatsen att det fick anses osäkert om en tillämpning av de krav konventionen ställer är förenliga med upphandlingsdirektiven och andra gemenskapsrättsliga regler. Den nu aktuella utredningen drar en annan slutsats, nämligen att ILO 94 kan genomföras på ett sådant sätt att det är förenligt med EU-rätten. Företagarna är dock långt ifrån övertygade om att en tillämpning av ILO 94 är förenlig med EU-rätten inklusive utstationeringsdirektivet.

Vi noterar även att utredningen själv anser att en ratificering av ILO 94 skulle ha begränsat mervärde.

Oproportionellt obligatorium

ILO 94 innebär en skyldighet för ratificerande stater att se till att det i statliga myndigheters offentliga upphandlingar ska anges s.k. arbetsklausuler i kontraktsvillkoren. Detta innebär att det skulle bli obligatoriskt att ställa krav på arbetsklausuler i alla statliga upphandlingar. Ur ett upphandlingsrättsligt

proportionalitetsperspektiv framstår detta synnerligen tveksamt. Obligatoriska krav medför att upphandlande myndigheter inte ges möjlighet att bedöma om det i det enskilda fallet kan anses motiverat att använda arbetsklausuler. Enligt de EU-rättsliga principer som gäller vid all offentlig upphandling gäller dock att alla de krav som ställs måste vara proportionerliga. Kraven måste med andra ord vara både nödvändiga och lämpliga för att uppnå syftet med upphandlingen. Obligatoriskt kravställande enligt ILO 94 skulle därmed med all sannolikhet strida mot den upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen. Det bör noteras att även utredningen konstaterar att detta obligatorium kan ifrågasättas i ljuset av den upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen (s. 102).

Utöver detta skulle obligatoriska krav om arbetsklausuler på ett oproportionerligt sätt komplicera den offentliga upphandlingen. Detta skulle belasta de statliga upphandlande myndigheterna. Även företag skulle påverkas negativt, i synnerhet de många små företag som inte är anslutna till kollektivavtal. Det bör understrykas att 60 procent av de små företagen (1-49 anställda) saknar kollektivavtal. De utmaningar som uppstår för små företag utan kollektivavtal med denna typ av krav har närmare behandlats i Företagarnas yttrande över utredningens betänkande "Upphandling och villkor enligt kollektivavtal" (SOU 2015:78) samt regeringens utkast till lagrådsremiss "Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling".

Transparensproblem

Enligt ILO 94 ska arbetsklausuler ange villkor som tillförsäkrar arbetstagare lön, inklusive olika slags tillägg, arbetstid och övriga villkor. Företagarna kan konstatera att det innebär en mycket stor utmaning att försöka skapa en upphandlingsrättslig ordning som i praktiken bygger på det svenska kollektivavtalssystemet. Anledningen är att upphandlingsreglerna ställer krav på bl.a. transparens, likabehandling och proportionalitet. De svenska kollektivavtalen är dock inte allmänt tillgängliga och ger sällan klara besked om uttolkningen. Den närmare uttolkningen är i stället en fråga för arbetsmarknadens parter (kollektivavtalens parter) att enas om.

I Sverige regleras lön genom överenskommelse mellan arbetsgivaren och arbetstagare eller genom ett kollektivavtal som är tillämpligt på uppgifterna. Kollektivavtalen kan innehålla både "lägstalöner" och mer "fasta löner" som arbetsgivare är skyldig att tillämpa under förutsättning att denne är bunden av kollektivavtalet. Olika kollektivavtal innehåller olika sätt att definiera lön, nivåer och ersättningar. Även arbetstider regleras i olika kollektivavtal och inte sällan görs det avsteg från arbetstidslagen i syfte att skapa flexibilitet. Detta kommer att sätta landets statliga upphandlande myndigheter i svåra situationer när de ska avgöra vilket kollektivavtalsinnehåll och vilka nivåer som är tillämpliga. Detta kommer i sin tur att påverka de företag som deltar i upphandlingarna och/eller som underleverantörer. Som nämnts ovan kommer särskilt små företag utan kollektivavtal att få svårigheter att förstå och tillämpa vad den enskilda upphandlande myndigheten har bestämt ska gälla i just den aktuella upphandlingen.

Utredningen har bedömt att "övriga villkor" avser de villkor som anses centrala i respektive land utifrån hur arbetsmarknaden i landet är reglerad. Innebörden av vad detta kan komma att faktiskt betyda är svår att bedöma, vilket är problematiskt. Företagarna vill understryka risken för bristande transparens och förutsebarhet i detta avseende.

Vilken nivå på villkoren?

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.

Företagarna är ingen part på arbetsmarknaden och saknar tillräcklig inblick i ILO-systemet för att ha någon tydlig uppfattning i fråga om vilken lönenivå som följer av ILO 94. Utredningen har landat i att det handlar om en miniminivå. Samtidigt kan vi konstatera att rättsläget inte förefaller klart och att det föreligger olika uppfattningar i frågan. Svenskt näringsliv har bland annat pekat på att det finns rekommenderande ILO-skrivningar vilka tyder på att det skulle kunna handla om en normalnivå. Om så skulle visa sig vara fallet uppstår en uppenbar konflikt med EU:s utstationeringsdirektiv, vilket stipulerar miniminivåer.

Arbetskadeförsäkring

Utredningen gör bedömningen att arbetskadeförsäkring ska ställas som villkor.

Inledningsvis måste beaktas den viktiga och helt grundläggande begränsningen som ligger endast sådana villkor som omfattas av den s.k. hårda kärnan i EU:s utstationeringsdirektiv artikel 3.1 får ställas i offentliga upphandlingar. Utredningen framför ingen egen tydlig uppfattning i fråga om arbetskadeförsäkring ingår i den hårda kärnan, utan öppnar för närmare analys av denna fråga. Utredningen konstaterar dock även att Utstationeringskommittén funnit att den kollektivavtalade arbetskadeförsäkringen bör kunna anses innefattas i den hårda kärnan. Företagarna vill understryka att vi inte delar Utstationeringskommitténs bedömning (se vårt remissyttrande över SOU 2015:83). Företagarna gör bedömningen att varken arbetskadeförsäkringar eller andra typer av försäkringar och tjänstepension omfattas av utstationeringsdirektivets hårda kärna.

Som Företagarna har framfört i sitt remissyttrande över regeringens utkast till lagrådsremiss om arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling (maj 2016) finns stora problem med att ställa upphandlingskrav på försäkringar enligt kollektivavtal. Sådant kravställande kan innebära stora utmaningar särskilt för kollektivavtalslösa företag. Det måste beaktas att försäkringslösningarna inom kollektivavtalsområdet utgör ett icke delbart paket som består av flera komponenter och där olika delarna är inte möjliga att bryta ut. Det medför att de enskilda delarna ofta är mycket svåra att matcha för enskilda företag som inte är anslutna till kollektivavtal. Det finns inga lagkrav på att företag utan kollektivavtal ska teckna arbetskadeförsäkring. Villkoren får sammantaget utestängande effekter.

Utöver detta uppkommer viktiga frågor om kravställandet kopplat till försäkringar uppfyller EU-rättens krav på proportionalitet. Företagarna vill understryka att de krav och villkor som ställs i en upphandling måste avse och begränsas till det specifika kontraktet. Av stor betydelse för en sådan proportionalitetsbedömning blir om det är möjligt att teckna en försäkring för den specifika tidsperiod som avtalet omfattar (exempelvis åtta månader), eller om det i praktiken krävs att företaget ingår sådant avtal för längre tidsperiod, (exempelvis ett år). Mycket talar för att det sist nämnda är fallet i fråga om arbetskadeförsäkringarna, vilket kan ifrågasättas ur proportionalitetssynvinkel. En annan viktig proportionalitetsaspekt är om det är praktiskt möjligt att teckna försäkring för enbart de enskilda arbetstagare som berörs av kontraktet, eller om arbetsgivaren måste teckna försäkringen för samtliga arbetstagare. Även i detta fall torde det sist nämnda vara fallet, vilket framstår svårförenligt med proportionalitetsprincipen.

Mot denna bakgrund ser vi uppenbara risker för upphandlingsrättsligt oproportionerligt kravställande med utestängande effekter för företag utan kollektivavtal i fråga om krav på arbetsskadeförsäkringar enligt kollektivavtal.

Underleverantörer

ILO 94 innebär att arbetsklausulerna även ska omfatta underleverantörer. Även om det EU-rättsliga LOU-direktivet i artikel 71 skapar öppningar för att säkerställa att underleverantörerna iakttar arbetsrättsliga skyldigheter, finns mycket stora praktiska utmaningar med ett sådant system. Det krävs omfattande resurser från leverantörernas sida för att genomföra sådan kontroll. Vidare riskerar små företag utan kollektivavtal som verkar som underleverantörer i olika upphandlade kontrakt där arbetsklausuler baserade på olika kollektivavtal använts att hamna i praktiskt mycket svårhanterade situationer. Det kommer sammantaget att innebära en betydligt mer komplex vardag för små företag, både i egenskap av leverantörer och underleverantörer. Företagarna motsätter sig därför förslaget i denna del.

Företagarna vill även betona att det måste beaktas att krav som ställs i offentlig upphandling måste kunna följas upp, för att vara förenliga med EU:s upphandlingsrätt. Detta följer av EU-domstolens dom i Wienstrom, C-448/01.

Regio Post-domen

Utredningen drar på s. 66 ff. slutsatser för svenskt vidkommande av EU-domstolens dom i mål C-115/14 Regio Post. Företagarna vill dock peka på att denna dom avsåg lagreglerad minimilön. Domen avsåg inte frågan om villkor som följer av icke allmängiltigförklarade kollektivavtal kan tillämpas i offentlig upphandling. Något klagande från EU-domstolen som kan appliceras på rådande svenska förhållanden finns alltså inte.

Hänvisning till vad som tidigare framförts

I fråga om problematiken med upphandling och villkor enligt kollektivavtal vill Företagarna i övrigt hänvisa till sina yttranden över betänkandet "Upphandling och villkor enligt kollektivavtal" (SOU 2015:78) samt regeringens utkast till lagrådsremiss "Miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn vid upphandling".

EU-kommissionen måste kontaktas vid eventuella ratificeringsinitiativ

Som framgått ovan motsätter sig Företagarna en ratificering av ILO 94. Om initiativ ändå skulle tas från svensk sida i syfte att genomföra en ratificering anser Företagarna att det är av största vikt att EU-kommissionen involveras för avstämning angående förenligheten med EU-rätten.

Utredningens kartläggning avseende arbetsmarknadsrelaterade hänsyn

Utredningen har kartlagt olika länders användning av arbetsmarknadsrelaterade hänsyn i offentlig upphandling. Sådana hänsyn kan exempelvis avse krav på att leverantören ska sysselsätta personer som står långt från arbetsmarknaden, t.ex. långtidsarbetslösa eller personer med funktionsnedsättning.

Företagarna anser att kartläggningen kan fylla en funktion för att ge deskriptiv bild av hur dessa krav ställs i olika länder. Vi vill dock understryka att alla enskilda länder har sina specifika ramverk och förutsättningar. Bara för att en modell har förekommit i ett land behöver det inte vara applicerbart på svenska förhållanden.

Viktigt att understryka i sammanhanget är att Företagarnas rapport "Offentlig upphandling och små företag – krångla inte bort potentialen" (okt 2016) visar att många

små företag med begränsade resurser avskräcks av denna typ av kravställande i offentlig upphandling. Hela 63 procent av de små företagen har i undersökningen svarat att de kommer att delta i mindre utsträckning om denna typ av ”sysselsättningskrav” ställs i offentliga upphandlingar. Företagen upplever risk för ökade kostnader i samband med bland annat utbildning och handledning. De ser även risker för att personen i fråga inte kommer ha rätt kompetens och därmed inte kommer kunna bidra till god kvalitet i arbetet.

Om sådana krav skulle börja ställas på bred front i offentliga upphandlingar skulle allvarliga, negativa effekter kunna uppstå. Stora risker finns inte minst för undanträngningseffekter och snedvriden konkurrens.

Företagarna vill mot denna bakgrund understryka att upphandlingskrav på att leverantörerna ska sysselsätta personer som står långt från arbetsmarknaden innebär stora utmaningar och måste ställas med stor försiktighet. Det finns vissa möjligheter att ställa sådana krav, men detta får inte ses som någon huvudlinje i jobbpolitiken. Om denna typ av krav ska ställas, så måste det ske med omdöme och eftertanke.

Företagarna vill även understryka vikten av att en samhällspolitisk utvärdering sker av denna typ av kravställande. Analyser måste göras av hur kravställandet påverkar konkurrensförutsättningarna i upphandlingarna. Hur påverkas de små företagens möjligheter och hur påverkas utländska aktörers möjlighet att vara med och tävla om kontrakten? Det vore även intressant att se på vilken nivå i leverantörskedjan som uppfyllandet av sysselsättningskraven i praktiken uppfylls. Uppfyller de större huvudleverantörerna själva dessa åtaganden, eller förs åtagandena i stället över till de mer småskaliga underleverantörerna? Vidare framstår det angeläget med en uppföljning från arbetsmarknadspolitisk synvinkel. Uppstår önskade sysselsättningseffekter, eller uppstår undanträngning av annan befintlig personal och/eller andra kategorier av personer på arbetsmarknaden?

Denna typ av klagoranden behövs för att få en bild av de samhällspolitiska effekterna av att ställa sysselsättningsskapande krav inom ramen för offentlig upphandling.

Företagarna

Patrik Nilsson

Chef Analys & Opinion

Ulrica Dyrke

Upphandlingsexpert