

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

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 juris doktorn 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 arbetsskada.

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 Rüffert, 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.