



Cirkulär nr 4a-07

Justerad 2011-01-10

KONKURRENSUTSÄTTNING/UPPHANDLING AV VERKSAMHET – ARBETSRÄTTSLIGA REGLER

Detta cirkulär innehåller bl.a. följande:

Regler och riktlinjer för tillämpning av medbestämmandelagen /samverkansavtal vid konkurrensutsättning och upphandling i staden.

Ett avsnitt behandlar sekretessfrågor under upphandlingen och den sekretess som de fackliga företrädarna och skyddsombuden omfattas av under upphandlingsförfarandet. Sekretessdelen är utarbetad i samarbete med stadsledningskontorets juridiska avdelning.

Cirkuläret bör kunna tjäna till vägledning om konkurrensutsättning vid upphandling även vid stadens bolag och stiftelser vad gäller de arbetsrättsliga reglerna.

Förfrågningar angående cirkuläret kan ställas till personalstrategiska avdelningen och den juridiska avdelningen.

Irene Lundquist Svenonius
Stadsdirektör



Riktlinjer för tillämpning av medbestämmande- och arbetsmiljölagstiftning vid konkurrensutsättning och upphandling

Stadens förhandlingsskyldighet regleras i medbestämmandelagen (MBL), Arbetsmiljölagen (AML) och i det samverkansavtal som tecknats mellan staden och de fackliga organisationerna. Samverkansavtalet reglerar hur staden fullgör samverkan enligt AML och förhandlingsskyldigheten enligt MBL.

Medbestämmandelagen (MBL)

Förhandlingsskyldigheten framgår av 11 § MBL.

Staden (förvaltningen) är skyldig att förhandla med de arbetstagarorganisationer som staden har kollektivavtal med. Förhandlingsskyldighet föreligger dels när staden skall genomföra en viktigare förändring av sin verksamhet, dels när staden skall företa en viktigare förändring av arbets- och anställningsförhållanden för anställda som tillhör arbetstagarorganisationen.

Innebörden av 11 § MBL är att det skall vara fråga om en viktigare förändring som en arbetstagarorganisation typiskt sett har intresse att förhandla om.

Nämndens beslut om *verksamhets-/aktivitetsplan* och att *konkurrensutsätta en viss verksamhet* är sådana beslut.

Förvaltningen har därefter under upphandlingsprocessen en skyldighet att vid olika tillfällen förhandla med de fackliga organisationerna. Oavsett om förhandlingar sker enligt MBL eller enligt samverkansavtal skall förfrågningsunderlaget och förslag förhandlas med de fackliga organisationerna. Om en intraprenad (egenregianbud) vinner upphandlingen skall även detta förhandlas.

För att kunna utöva det inflytande som lagstiftaren avsett skall de fackliga företrädarna i god tid före förhandlingen beredas möjlighet att ta del av de handlingar som ligger till grund för beslut om aktivitetsplan, förfrågningsunderlag, tilldelningsbeslut och eventuellt tillträdet vid intraprenad.

Egenregianbud

Förhandling och/eller samverkan d.v.s. det fackliga inflytandet skall under upphandlingsförfarandet äga rum *på beställarsidan*. Det fackliga inflytandet skall således ske i samband med förhandling rörande förfrågningsunderlagets utformning, tilldelnings beslut samt eventuellt tillträdet för egenregin. Under den tid som anbudsläggaren färdigställer egenregianbudet finns således inte någon rätt till inflytande för de fackliga organisationerna.



Arbetsgivaren har under hela upphandlingsförfarandet också en skyldighet att jämlikt 19 § MBL hålla de fackliga organisationerna informerade om detsamma.

Förfrågningsunderlaget

En primär förhandlingsskyldighet enligt 11 § MBL föreligger gentemot de kollektivavtalsbärande fackliga organisationerna. I förhandlingarna skall kraven som ställs, anbuds-förfarandets uppläggning och genomförande samt utformningen av anbudsutvärderingen behandlas. I förfrågningsunderlaget bör också arbetsmiljöaspekter beaktas (se vidare under rubrik Arbetsmiljölagen).

De fackliga organisationerna skall i god tid före förhandlingen tillställas förslaget till förfrågningsunderlag.

Av underlaget skall framgå om förvaltningen avser att lägga ett egenregianbud eller inte. Om så är fallet skall förvaltningen vid förhandlingen klargöra sina roller av beställare respektive anbudsgivare. De personer som under anbudstiden skall agera beställare/anbudsgivare bör också för tydlighets skull namnges vid förhandlingstillfället.

Beslut om tilldelningsbeslut/vilken entreprenör som skall erhålla uppdraget

Innan beslut fattas om vem som fortsättningsvis skall bedriva verksamheten föreligger förhandlingsskyldighet för arbetsgivaren i första hand i förhållande till de allmänna reglerna i 11 § MBL men också - för det fall det arbete som arbetsgivaren vill lägga ut omfattas av ett kollektivavtal som arbetsgivaren är bunden av - av 38 § i MBL. Reglerna om primär förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL är till sin natur specialregler i förhållande till de allmänna reglerna i 11 §.

Regeln om förhandlingsskyldighet enligt 38 § MBL är kopplad till regler om facklig vetorätt i 39-40 §§ MBL. Innebörden av dessa är att arbetstagarparten, efter förhandling enligt 38 § MBL och under vissa i lagen närmare angivna förutsättningar, kan förbjuda arbetsgivaren att genomföra sina planer. Denna vetorätt kan utövas först efter det att central förhandling har ägt rum. Den fackliga vetorätten får användas endast under förutsättning att den av arbetsgivaren tilltänkta åtgärden kan antas medföra åsidosättande av lag eller kollektivavtal för arbetet eller att åtgärden strider mot vad som är allmänt godtagget inom parternas avtalsområden.

Den fackliga vetorätten är begränsad enligt LOU. Denna får således inte grunda sig på andra omständigheter än som anges i 10 kap. 2 § eller 15 kap. 13 § LOU. Av nämnda lagrum framgår när en leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandlingen. Grunder för detta är bland annat att denne är på obestånd, dömd för brott i yrkesutövningen, inte fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller lämnat in sitt anbud för sent.

FEL! INGEN TEXT MED ANGIVET FORMAT I DOKUMENTET.



Vetorrätten kan inte användas för att utestänga ett visst företag som arbetar under allmänt godtagbara former eller enbart därför att den fackliga organisationen anser det lämpligare att arbetet utförs av staden i "egen regi". Om den fackliga organisationen felaktigt använt sin vetorrätt kan organisationen bli skadeståndsskyldig.

Förhandlingsskyldigheten enligt 11 § MBL rörande tilldelningsbeslut har sin grund i att detta beslut direkt berör verksamheten och därmed också de anställdas framtida arbetsförhållanden.

Förslag till förhandlingsskyldighet vid gemensam upphandling

I upphandlingspolicyn definieras upphandlande enhet som nämnd. Flera nämnder kan gå samman i en gemensam upphandling.

Gemensam upphandling kan beskrivas som en upphandling där ett antal nämnder går samman för tillhandahållande av en vara eller tjänst och där förfrågningsunderlag och följaktligen även det anbud som slutligen antas blir identiska.

För att varje enskild förvaltning vid en gemensam upphandling inte ska behöva genomföra "en egen" medbestämmandeförhandling inför beslut om förfrågningsunderlag och slutligt anbud bör förhandlingsskyldigheten hanteras och uppfyllas på följande sätt:

Varje nämnd skriver en **bekräftelse** till den person inom "upphandlingsgruppen" som ska förhandla förfrågningsunderlag respektive tilldelningsbeslut. Bekräftelsen kan förslagsvis ha följande lydelse:

Förvaltningsgruppen på "X-förvaltning" **bekräftar** härmed att "Kalle Persson" på förvaltningen Y i medbestämmandeförhandling rörande upphandling av företräder "X- förvaltning".

Kalle Persson på Y-förvaltningen företräder i nämnda medbestämmandeförhandlingar i bifogade förteckning namngivna förvaltningar/ stadsdelar.

Bekräftelsen översänds sedan till Kalle Persson på "Y-förvaltningen" som erhållit uppdraget att MBL-förhandla samt till de kollektivavtalsbärande organisationerna och deras förhandlingsansvariga.

Då behörigheten att företräda den fackliga organisationen vanligtvis är knuten till den egna förvaltningen kan sannolikt inte den "ordinarie" fackliga företrädaren



sköta denna förhandling. Behörigheten att företräda organisationen överlämnas då till en annan facklig företrädare inom organisationen.

Den upphandlings-/förhandlingsansvarige (person på "Y-förvaltningen") bör i denna situation tillfråga de berörda organisationerna vilka personer de låter sig företrädas av, samt inför förhandlingen också kontrollera att vederbörande har fullmakt att förhandla för den fackliga organisationens räkning.

Förvaltningens skyldighet att före nämndbeslut avvakta den centrala förhandlingens slutförande enligt §§ 7 och 14 i KHA

På förekommen anledning vill staden som arbetsgivare understyrka vikten av att varje förvaltning som deltar i en gemensam upphandling avvaktar med sitt nämndbeslut

i första hand i sju dagar - efter den lokala förhandlingens slutförande - för att ge tillfälle konstatera om någon begäran om central förhandling kommit den upphandlings-/förhandlingsansvarige till del inom härför föreskriven tid
och

i andra hand - för det fall begäran om central förhandling kommer den upphandlings-/förhandlingsansvarige till del inom föreskriven tid - till dess den centrala förhandlingen avslutats.

Tillträdet för egenregin

Om egenregianbudet erhåller entreprenaden sker ingen förhandling enligt 38 § MBL. Däremot skall genomförandefasen/tillträdet förhandlas enligt 11 § MBL.

Arbetsmiljölagen (AML)

Arbetsgivaren har en allmän skyldighet att samverka med medarbetarna utifrån 3 kap 1a § AML. I sin egenskap av beställare vid upphandling bör förvaltningen beakta arbetsmiljömässiga aspekter och konsekvenser redan i aktivitetsplan och förfrågningsunderlag. Beställarens ansvar är också att vid anbudsutvärderingen bedöma huruvida den presumtiva utförarens verksamhet är utformad på ett sådant sätt att lagens ändamål enligt 1 kap 1 § AML att förebygga ohälsa och olycksfall samt att i övrigt uppnå en god arbetsmiljö kan upprätthållas.

Insyn för skyddsombuden

Skyddsombuden företräder de anställda i arbetsmiljöfrågor. Detta innebär bl.a. att skyddsombuden enligt 6 kap 4 § AML skall delta vid planering av nya eller ändrade lokaler, anordningar, arbetsprocesser och arbetsmetoder eller ny arbetsorganisation. Skyddsombuden ska enligt nämnda lagrum också av arbetsgivaren underrättas om viktiga förändringar i arbetsmiljön.



Ett beslut av nämnden att konkurrensutsätta en viss verksamhet, skall skyddsombuden således informeras om. I den situation upphandlingen rör konkurrensutsättning av verksamhet där skyddsombuden ur arbetsmiljösynpunkt kan sägas ha ett särskilt intresse av att för de anställdas räkning bevaka en viss fråga skall skyddsombuden ha möjlighet att inkomma med synpunkter på förfrågningsunderlaget.

Skyddskommitténs roll

Den partssammansatta förvaltningsövergripande skyddskommittén - som i enlighet med stadens samverkansavtal är att likställa med förvaltningsgrupp - skall vara pådrivande och policyskapande i övergripande arbetsmiljöfrågor. Skyddskommittén/förvaltningsgruppen skall delta i planering, kontroll och uppföljning av arbetsmiljöarbetet. Skyddskommittén/förvaltningsgruppen skall enligt 6 kap 9 § punkt 3 AML, delta i planering av nya och ändrade lokaler, anordningar, arbetsprocesser, arbetsmetoder och ny arbetsorganisation.

Egenregianbud

Skyddsombuden och skyddskommittén/förvaltningsgruppen har inte någon generell rätt till insyn i det anbud som förvaltningen lägger. Inflytande enligt AML skall skyddsombuden och skyddskommittén/förvaltningsgruppen bevaka på beställarsidan bl.a. i samband med samverkan/förhandling angående förfrågningsunderlagets utformning.

Samverkansavtalet

Stadens samverkansavtal är uppbyggt på tre fora för samverkan, d.v.s. arbetsplatsträff, samverkans- och förvaltningsgrupp. Arbetsplatsträffen skall aldrig hantera frågor rörande upphandling eftersom denna inte utgör ett formellt forum för partssamverkan. Samverkansgruppen är partssammansatt och kan enligt vissa förvaltningslokala samverkansavtal hantera vissa upphandlingsfrågor, dock inte förvaltningsövergripande frågor som upphandling av verksamhet. Enligt stadens ramavtal är förvaltningsgruppen det samverkansforum som utgör skyddskommitté avseende förvaltningsövergripande frågor och som också fullgör förhandlingsskyldigheten enligt 38 § MBL. Av detta följer att det är förvaltningsgruppen som ska hantera informations- och samverkansfrågorna i samband med konkurrensutsättning och upphandling av verksamhet inom förvaltningen.

Samverkan eller förhandling

Ramavtalet om samverkan innebär att när en fråga varit föremål för samverkan och oenighet konstaterats så tar lagstiftningens regler vid. Vad det innebär i praktiken framgår av den enskilda förvaltningens samverkansavtal. Ramavtalet om samverkan reglerar de lokala samverkansavtalens utformning. De sistnämnda ska



vara utformade så att de alltid lämnar en möjlighet för endera parten att kräva att en viss fråga hanteras enligt lagstiftningen i stället för enligt samverkansavtalet.

Sekretess under upphandlingsförfarandet

Ett utkast till förfrågningsunderlag är ett internt arbetsmaterial fram till dess att det hålls tillgängligt för intresserade anbudsgivare eller avsänts.

Förfrågningsunderlaget är först då att betrakta som allmän handling. Om förslag till förfrågningsunderlaget behandlas i nämnden är det viktigt att se till att förslaget endast skickas till nämndens ledamöter och inte expedieras till utomstående såsom exempelvis massmedia. Nämndens behandling av förslaget till förfrågningsunderlaget är en del av beredningen i upphandlingsärendet och innebär inte att handlingen blir en allmän handling.

Lagen om offentlig upphandling föreskriver att alla presumtiva anbudsgivare skall behandlas lika och att affärsmässighet alltid skall iakttas. Det är av nämnda skäl inte förenligt med lagen att låta uppgifter i ett förslag till förfrågningsunderlag komma ut i förtid. Vidare kan, om sådana uppgifter lämnas ut, stadens trovärdighet som seriös aktör på marknaden ifrågasättas samt möjligheten att genomföra framtida upphandlingar försvåras. I allmänhet kan det därför antas att nämnden lider skada om uppgifter som finns i förslag till förfrågningsunderlag röjs i förtid. Uppgifterna omfattas då av sekretess enligt offentlighets- och sekretesslagen (OSL) 19 kap 1 §. En skadeprovning måste dock göras i varje enskilt fall.

I och med att förfrågningsunderlaget hålls tillgängligt för intresserade anbudsgivare eller avsänts är detta en offentlig handling, d.v.s. omfattas inte av någon sekretessbestämmelse.

Enligt 19 kap 3 § OSL gäller *absolut sekretess* för uppgifter som rör anbud fram till dess alla anbud offentliggörs (normalt endast vid arkitekttävlingar), eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet på annat sätt slutförts t.ex. genom att upphandlingen avbryts och ett internt anbud antas.

Den absoluta sekretessen omfattar även egenregianbud.

Den absoluta sekretessen innebär att uppgift som rör anbud inte i något fall får lämnas ut till annan än den som avgett anbudet. Alla uppgifter som rör anbud är helt enkelt hemliga. Sekretessen omfattar också uppgift om att ett visst anbud har infordrats eller avgetts. Således får inte några upplysningar lämnas om sändlistor, hur många som begärt att få förfrågningsunderlaget, vilka som kommit in med anbud eller hur många anbud som har kommit in. Arbetspromemorior hos



förvaltningen, tjänsteutlåtanden med sammanställning av anbud och liknande är därför hemliga under den tid den absoluta sekretessen gäller.

För tiden efter det att den absoluta sekretessen för uppgift som rör anbud upphört kan det bli aktuellt att uppgifter som hänför sig till upphandlingen hemlighålls till skydd för kommunen (19 kap 1 § OSL) eller extern anbudsgivare (31 kap 16 § OSL). En skadeprövning måste göras i varje enskilt fall.

Skyldighet föreligger att lämna information enligt lag

Om det föreligger skyldighet enligt lag att lämna ut uppgifter till fackliga företrädare och skyddsombud hindrar inte reglerna i sekretesslagen att nämnden fullgör sin lagliga skyldighet att lämna ut informationen. Fackliga företrädare och skyddsombud som tillhör myndigheten och som på så sätt får del av sekretessbelagda uppgifter omfattas av sekretessen enligt 10 kap 12 § OSL. Utan hinder av sekretessen får dock denne lämna uppgift vidare till ledamot i arbetstagarorganisations styrelse under förutsättning att mottagaren underrättas om sekretessen. Förbudet att röja uppgiften gäller då också för mottagaren.

Om den fackliga företrädaren och skyddsombudet inte tillhör myndigheten (förvaltningen) måste ett förbehåll enligt 10 kap 13 § OSL uppställas om uppgiften skall lämnas ut. Uppgiften omfattas då av sekretessen.

Skyldighet att lämna information enligt lag föreligger inte

Om skyldighet att lämna information till fackliga företrädare och skyddsombud inte föreligger enligt lag och uppgifterna omfattas av sekretess kan som huvudregel informationen inte lämnas ut. Dock finns en möjlighet enligt 10 kap 14 § OSL att i vissa fall, efter skadeprövning, lämna ut uppgiften om risken för skada m.m. kan undanröjas genom att förbehåll uppställs vid utlämnandet av uppgiften. Detta torde emellertid vara en relativt ovanlig situation. Med sekretess avses ett förbud att röja en uppgift. Förbudet avser både att göra det muntligt, *tystnadsplikt*, och att lämna ut handling där uppgiften finns, oavsett om handlingen är allmän eller inte, s.k. *handlingssekretess*.