

LOS VÄLFÄRDSPROJEKT

Offentlig upphandling

Effektivisering eller social dumping?

av Kurt Junesjö



LOs VÄLFÄRDSPROJEKT

Offentlig upphandling

Effektivisering eller social dumping?

av Kurt Junesjö



Kurt Junesjö har tidigare utgivit eller medarbetat i:

Jakten på den perfekta arbetskraften. Om drogtest, gentest och andra medicinska undersökningar. Lars Åhnberg AB 1995

Arbetsrätten och det nya Europa tillsammans med Lise Bergh, Dan Holke och Erland Olauson. Rabén & Sjögren 1995.

En ny arbetsrätt. Tankar och förslag. LO 1995.

Strejk – en demokratisk rättighet för bättre arbetsförhållanden. LO 1998.

Distansarbete, datorer, integritet – handbok för anställda. LO 2000

© Kurt Junesjö 2000

Grafisk form: Stormdals Tryck- och Bokkonsult

Omslagsbild: Robert Nyberg

Tryck: EO-Print, Stockholm 2001

ISBN 91-566-1735-6

LO 01.01 3000

Innehållsförteckning

OFFENTLIG UPPHANDLING OUTNYTTJAT MEDEL FÖR FÖRBÄTTRINGAR AV SAMHÄLLET 9

Offentlig upphandling och privatisering ökar 9

Offentlig upphandling outnyttjat medel för förbättring av samhället 9

Social nedrustning i den offentliga upphandlingens spår 10

Nedrustning av avtalsvillkor 10, Nedrustning av sociala villkor 10, Nedrustning av medborgerlig kontroll 10, Nedrustning av skydd för facklig verksamhet 11, Nedrustning av demokratiska rättigheter för de anställda 11

Försämringar i stället för förbättringar! 11

LO anser 12

Debattbok 13

SAMMANFATTNING 15

Fackliga mål för offentlig upphandling och privatisering 15

Lagstiftning om offentlig upphandling och privatisering 15

Lagen om offentlig upphandling, LOU 16, Schematisk bild av upphandlingsgången 16, EG-rättens ställning i svensk rätt 17, EG-rätten, LOU och konkurrensrätten 17, EG-domstolen som maktfaktor 17

Social dumping och svensk rätt 17

Social dumping 18, Kammarrättsdom gillar social dumping 18, Sociala krav vid svensk offentlig upphandling 18

EG-rätten och sociala villkor vid offentlig upphandling 19

Vad innebär EG-rättens diskrimineringsförbud? 20, Vilka sociala krav får upphandlaren ställa upp enligt EG-rätten? 20, Utformning av kontraktsvillkor 22, Jämförelse mellan dansk och svensk översättning av EG:s upphandlingsregler 24, Upphandlingskommittén och sociala restriktioner vid upphandling 24

Skyddet för löne- och anställningsvillkor 25

Inledning 25, Skydd mot social dumping 25, Kollektivavtalet som skydd mot social dumping 26, EG:s överlåtelsedirektiv 27, Svensk rätt och överlåtelsedirektivet 27, ILO-konvention nr 94 om arbetsklausul i kontrakt där

- offentlig myndighet är part* 28
- Skyddet för sociala rättigheter 28
- Förslag till förändringar* 30
- Skyddet för fackliga rättigheter 30
- Inledning; facklig verksamhet* 30, *Skyddet för föreningsrätten* 30, *Diskriminering vid offentlig upphandling* 31, *Förslag till skydd för föreningsrätten* 31
- Skydd för demokrati och rättssäkerhet 32
- Vad är demokrati?* 32, *Yttrande- och tryckfrihet, församlings- och föreningsfrihet* 32, *Skillnader mellan offentlig och privat verksamhet* 34, *Offentlighetsprincipen* 34, *Offentlighetsprincipen och kommunala bolag* 35, *Förvaltningslagens rättsskydd* 35, *Offentliga granskningsorgan* 35, *Rättssäkerhet och insyn genom upphandlingsavtal* 35, *Medborgerliga rättigheter genom kollektivavtal* 36
- Förbättringar i upphandlingssystemet genom lagstiftning 36
- Förändrad lagstiftning den enda framkomliga vägen* 37, *Förändring av lagen om offentlig upphandling* 37, *Förändringar i medbestämmandelagen* 39, *Förändringar i anställningsskyddslagen* 39
- Förbättringar genom kollektivavtal 39
- Förbättringar genom medbestämmandeförhandlingar 40
- Förhandling enligt medbestämmandelagen hos den offentlige upphandlaren* 41

FACKLIGA MÅL FÖR OFFENTLIG UPPHANDLING OCH PRIVATISERING 45

- EG-rätten och social dumping 45
- Juridiken kan dölja försämringar för arbetstagarna 46
- Privat är fint 47
- Fackföreningarna goda administratörer, dåliga ideologer 48
- Fackliga mål mot social dumping vid offentlig upphandling 49
- Social dumping kan aldrig accepteras* 49, *Offentlig upphandling får inte försämra den demokratiska kontrollen över samhället* 50, *Offentlig upphandling får inte försämra medborgarnas rättssäkerhet* 50

LAGSTIFTNING OM OFFENTLIG UPPHANDLING 52

- Offentlig upphandling, ett mäktigt förändringsvapen 52
- Lagarna om offentlig upphandling 52
- Lagen om offentlig upphandling 54
- Upphandlingsdirektiven och lagen om offentlig upphandling* 54, *LOU:s uppbyggnad* 55, *Olika typer av upphandling* 55
- Schematisk bild av upphandlingsgången 56
- Kontraktsvillkor* 56, *Utvärderingskriterier* 57, *Förfrågningsunderlag* 58,

Prövning av anbudet 58, *Skadestånd* 58
EG-rättens ställning i svensk rätt 58
EG-rättens ställning vid tolkning av LOU 59
EG-domstolen som maktfaktor 61, *Konkurrensrätten och de fackliga rättigheterna* 61, *Albany* 63

SOCIAL DUMPING OCH SVENSK RÄTT 65

Social dumping 65
Social dumping i praktiken 67
Kammarrättsdom gillar social dumping 67
Sociala krav vid svensk offentlig upphandling 69

EG-RÄTTEN OCH SOCIALA VILLKOR VID OFFENTLIG UPPHANDLING 71

EG-rätten samordnar medlemsstaternas offentliga upphandling 71
Sociala krav får inte diskriminera 72
EG-rättens krav vid sociala villkor i offentlig upphandling 72
Förbud mot diskriminering och hinder för den fria rörligheten 73
Vad innebär EG-rättens diskrimineringsförbud? 73
Likabehandlingsprincipen 73, *Förhandlingsförbud* 73, *Effektivt rättsmedel* 74, *Transparens och öppenhet* 74, *Proportionalitet* 75, *Sammanfattning av diskrimineringsförbudet* 75
EG-rätten hindrar inte sociala krav 75
Fall C-31/87 Gebroeders Beentjes BV ./. Holland 76, *Fall C-225/98 Kommissionen mot Frankrike* 76, *Svensk rätt i belysning av rättsfallet Beentjes* 76, *Rush Portuguesa* 77, *Utstationeringsdirektivet* 78, *Sociala klausuler i upphandlingskontrakt* 79, *Lagligt stöd för sociala klausuler i EG-rätten* 80
Utformning av kontraktsvillkor 82
Upphandlingsgången och möjligheten att ställa sociala krav enligt EG-rätten 82
Kontraktsvillkor 83, *Uteslutningskriterier* 84, *Politiska villkor som tilldelningskriterium* 85
Jämförelse mellan dansk och svensk översättning av EG:s upphandlingsregler 86
Upphandlingskommittén och sociala restriktioner vid upphandling 87

SKYDDET FÖR LÖNE- OCH ANSTÄLLNINGSVILLKOR 93

Inledning 93
Vad händer vid upphandling och privatisering? 93, *Övergång av verksamhet från offentlig till privat huvudman* 93, *Verksamheten byter entre-*

prenör 94, Entreprenören lyckas behålla entreprenad 95
Kollektivavtalet och andra skydd mot social dumping 95
Vad är ett kollektivavtal? 97, Lönedumping när kollektivavtal gäller på den nya arbetsplatsen 98, Lönedumping vid övergång inom kollektiv-avtalsområdet 99, Övergång till arbetsgivare utan kollektivavtal 100
EG:s överlåtelsedirektiv som skydd mot social dumping 100
Överlåtelsedirektivet i svensk praxis 102, Swebus-fallet 102, Invandrarverksmålet 102
ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt som skydd mot social dumping 103
Förslag till åtgärder mot social dumping av löne- och anställningsvillkor 105

SKYDDET FÖR SOCIALA RÄTTIGHETER 108

Hur påverkar upphandling och privatisering arbetstagarens sociala skydd? 108
Verksamheten övergår från egen regi till entreprenad 109
Verksamheten övergår till en ny entreprenör 109
Den gamla entreprenören behåller entreprenaden 111
Förslag till förändringar 111
Lagförslag för att skydda arbetstagaren socialt 111, Avtalsförändringar för att skydda arbetstagaren socialt 111

SKYDDET FÖR FACKLIGA RÄTTIGHETER 113

Inledning; facklig verksamhet 113
Skyddet för föreningsrätten 114
Diskriminering vid offentlig upphandling 116
Förslag till skydd för föreningsrätten 117

SKYDD FÖR DEMOKRATI OCH RÄTTSSÄKERHET 120

Grundläggande kännetecken för en demokrati 120
Yttrande- och tryckfrihet, församlings- och föreningsfrihet 122
Skillnader mellan offentlig och privat verksamhet 123
Rättssäkerhetsgarantier som försvinner vid privatisering 124
Offentlighetsprincipen 125
Offentlighetsprincipen och kommunala bolag 126
Förvaltningslagens rättsskydd 127
Myndighets allmänna informationskyldighet till medborgare 127, Skyldighet att lämna tolkhjälp 128
Offentliga granskningsorgan 128
Rättssäkerhet och insyn genom upphandlingsavtal 128

Medborgerliga rättigheter genom kollektivavtal 129

FÖRBÄTTRINGAR I UPPHANDLINGSSYSTEMET GENOM LAGSTIFTNING 131

Inledning 131

Inriktning på det fackliga arbetet 134

Förändrad lagstiftning enda framkomliga vägen 136

Ändringar i lagen om offentlig upphandling (LOU) 137

Huvudregel om affärsmässighet 137, Ändringar i 1 kap. 4 § 137,

Ändringar i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ 138, Ändringar i

1 kap. 22 § 138, Ändringar i 1 kap. 18, 1 kap. 22 a 139

Ändringar i sekretesslagen 139

Ändringar i medbestämmandelagen 140

Ändringar i 1 § 140, Förändringar i 8 § medbestämmandelagen 140

Ändringar i anställningsskyddslagen 141

Textförslag till förändringar i anställningsskyddslagen 6 b § 142

FÖRBÄTTRINGAR I UPPHANDLINGSSYSTEMET GENOM KOLLEKTIVAVTAL 144

Inledning 144

Avtalslöst läge vid inrangeringsförhandlingar 145

Garantibestämmelser i kollektivavtal 146

Textförslag; överlåtargaranti 146, Textförslag; övergång mellan olika

entreprenörer – olika avtalsområden 146, Textförslag; övergång inom

kollektivavtalsområdet 147, Textförslag; övergång utan fredsplikt 147

Kollektivavtal med bibehållna fri- och rättigheter 147

FÖRBÄTTRINGAR GENOM MEDBESTÄMMANDE-FÖRHANDLINGAR 148

Bakgrund 148

Olika typer av förhandling vid offentlig upphandling 149

Förhandlingsstegen hos den offentlige upphandlaren 149

AD 1988 nr 47 150

Förhandling om entreprenad enligt medbestämmandelagen hos den offentlige upphandlaren 150

Sekretess 150

Entreprenadförhandlingar och veto 151

Vetorättens konstruktion 152

Begränsningar i vetorätten vid upphandling enligt LOU 154

När kan vetorätten utövas? 155

Vetots utformning 155

Skadestånd mot facket 156

Samverkan för facklig bevakning 156

Förhandling när arbetsgivaren redan har tillämpligt kollektivavtal 157

Förhandling hos anbudsgivaren 157

Sekretess hos anbudsgivaren 158

Anbudssekretess hos privat arbetsgivare 158, AD 1980 nr 4 159, AD 1981 nr 77 159

BILAGA – OFFENTLIGHETSSKYDD GENOM KOLLEKTIVAVTAL; SVENSKA KYRKAN 161

BILAGA – ILO-KONVENTION NR 94 OM ARBETSKLAUSULER I KONTRAKT DÄR OFFENTLIG MYNDIGHET ÄR PART. 162

Offentlig upphandling outnyttjat medel för förbättringar av samhället

Offentlig upphandling och privatisering ökar

Offentlig upphandling är ett sätt för samhället att skaffa sig varor och tjänster. Det ska ske på ett effektivt och bra sätt för samhället som helhet. Offentlig upphandling och privatisering har ökat mycket kraftigt under 1990-talet.

I vissa borgerligt styrda kommuner privatiseras allt som är lagligt och möjligt att privatisera och en del därutöver. I Sverige ser man nästan enbart företagsekonomiskt till vad upphandlaren kortsiktigt tjänar. Men ekonomiskt för samhället är inte detsamma som för ett företag eller hushållet i en familj. För om det billigaste köpet samtidigt medför att det uppstår brister någon annanstans i samhället, så kan det billiga köpet vara samhällsekonomiskt dyrt. Vi ska granska offentlig upphandling från denna samhällseliga utgångspunkt.

Offentlig upphandling outnyttjat medel för förbättring av samhället

Stat, kommun, landsting och deras bolag köper varor och tjänster för mer än 400 miljarder (fyrahundratusen miljoner) kronor om året.¹ Denna omfattande offentliga upphandling omgärdas av detaljerade regler. Syftet med dessa regler är att det allmänna ska få valuta för sina pengar. Ingen enskild ska heller kunna sko sig på det allmännas bekostnad.

Det säger sig självt att en så stor konsument lätt kan påverka marknaden. Offentlig upphandling är ett mäktigt vapen för att förbättra förhållandena i samhället. Det har i Sverige använts för att få bort tusentals ton klor i pappersproduktionen och för att få miljöriktiga dataskärmar, bara för att ta två exempel. Det skulle också kunna användas för en bättre arbetsmiljö, jämställdhet mellan kvinnor och män, etnisk integrering osv.

Vi utnyttjar inte den potential till förbättring av samhället som finns i

offentlig upphandling. Tvärtom har den ökande offentliga upphandlingen i Sverige medfört en försämring av anställningsförhållandena och möjligheterna till demokratisk insyn. Den på EG-rätten uppbyggda lagen om offentlig upphandling sägs hindra att det allmänna tar sådana ”ovidkommande”² hänsyn.

Att EG-rätten skulle förhindra att man använder offentlig upphandling som ett medel för att förbättra jämställdhet, etnisk integrering och arbetsmiljö är inte sant. Danmark är också ett EU-land. Det har samma traditioner av kollektiv reglering av arbetsmarknaden som Sverige. Trots detta har de en lagstiftning som förhindrar social dumping och föreskriver att de upphandlande enheterna ska iaktta sociala mål som jämställdhet, miljöhänsyn etc. vid offentlig upphandling.

Social nedrustning i den offentliga upphandlingens spår

Den sociala nedrustning som sker i Sverige i den offentliga upphandlingens spår är därför en nationell skapelse. Några exempel ur verkliga livet visar hur denna sociala och demokratiska nedrustning fungerar.

Nedrustning av avtalsvillkor

Landstingen anser det olönsamt att driva tvätterier i egen regi med kommunala villkor. Landsting i olika delar Sverige överlåter därför tvätteriverksamhet till ett privat företag. Enligt LO:s organisationsprinciper övergår personalen från Kommunal till Industrifacket. I offentlig verksamhet har personalen bättre förmåner än semesterlagen. I samband med övergången träffas avtal om avtrappning av semesterrätten så att denna successivt endast utgår enligt semesterlagens regler.

Nedrustning av sociala villkor

Göteborg ska lägga ut vissa delar av den kommunala trafiken på entreprenad. I upphandlingen ställer kommunen som krav att det företag som övertar bussverksamheten också ska överta personalen. Entreprenörerna går till Länsrätten och klagar över detta villkor, som de anser strider mot lagen om offentlig upphandling. Länsrätten och Kammarrätten ger dem rätt och Regeringsrätten vägrar att pröva.³

Nedrustning av medborgerlig kontroll

Nacka kommun privatiserar en del av sin förskoleverksamhet. Kom-

munen handplockar företaget som ska överta verksamheten. Företaget får utan offentlig upphandling överta såväl driften som lokaler och inventarier. Kommunen påstår att det inte är de som överlåter verksamheten utan att denna är kundstyrd. Kommunen har nämligen delat ut lappar som de kallar för förskolecheckar som föräldrarna sägs betala verksamheten med. Det är alltså föräldrarna som är de verkliga uppdragsgivarna enligt kommunen. Det hela är naturligtvis rent nonsens vilket Länsrätten efter besvär konstaterar. Det är offentlig upphandling som pågår, men beslutet kan man inte ändra. Kommunmedborgarna har inte besvärsmätt över beslutet. Det är bara upphandlingskonkurrenterna som kan anföra besvär över detta. Nacka kommun privatiserar offentlig verksamhet i strid mot gällande lagstiftning utan att det finns några möjligheter för kommunmedborgarna att angripa detta.

Nedrustning av skydd för facklig verksamhet

När Buss i Väst tog över verksamheten från Swebus i Skaraborg var Gert-Åke sektionsordförande. Han fick inte ens svar på sin ansökan om nytt jobb hos Buss i Väst. Leif och fyra andra med fackliga uppdrag var de enda som inte fick jobb hos Dalabuss när företaget 1999 tog över efter det att Vasatrafik i Dalarna förlorat trafiken. Det här är alltså ingen enstaka företeelse. Fenomenet förekommer inom vissa delar av bussverksamheten i hela Sverige.⁴

Nedrustning av demokratiska rättigheter för de anställda

Sarah Wägnert slog larm. De gamla vanvårdades av det privata vårdföretag som fått åldringsvården på entreprenad i Solna. Hon kallade dit Rapport, som oannonserade kom och filmade. Det är uppenbart att hon som privatanställd varit illojal mot arbetsgivaren. Hennes handlande skulle ha kunnat vara en del av en saklig grund för uppsägning. Hon valde emellertid att själv sluta jobbet eftersom hon var provanställd och inte ville ha pricken på sig att arbetsgivaren sade upp henne från jobbet. Riksdagen kompletterade socialtjänstlagen⁵ med en bestämmelse som skulle skydda de gamla som vårdades av privata företag. Tyvärr medför denna lex Sarah en direkt konfirmering av Arbetsdomstolens dåliga praxis när det gäller yttrandefriheten för personal som är anställda i privat verksamhet.

Försämringar i stället för förbättringar!

Detta är fem exempel på negativa verkningar av offentlig upphandling

eller privatisering av offentlig verksamhet. För tvätterierna blir det billigare att driva dem privat på grund av social dumping. De redan lågavlönade tvätterskorna får ännu sämre anställningsförmåner när man rycker av dem de extra semesterförmånerna. För Göteborgs bussverksamhet urholkas anställningsskyddet. Exemplet Nacka kommun visar hur rätts-säkerheten och den offentliga insynen hotas genom att reglerna om offentlig upphandling i första hand är till för att skydda medkonkurren- ters rättssäkerhet, inte allmänhetens. För de kommunala bussförarna medför det ständiga bytet av arbetsgivare att den fackliga verksamheten hotas. Exemplet Sarah Wägnert visar att social omsorg blir en ekono- misk fråga om vinstintresse där yttrandefriheten för de anställda blir sämre.

Det här är inga nödvändiga effekter för att uppnå rättssäkerhet vid offentlig upphandling eller en följd av EG-rätten, som det ofta sägs.

Det gäller att öppna lagen om offentlig upphandling för sociala mål och föreskriva att de upphandlande enheterna ska vara skyldiga att utfor- ma upphandlingen så att det inte uppstår social dumping. För det krävs samverkan om gemensamma mål i den offentliga upphandlingen. I Sverige kommer vi inte att få någon förändring om inte lagstiftningen korrigeras kraftigt. Det krävs både lagstiftning och facklig och politisk aktivitet.

Även om lagstiftningen förbättras och de upphandlande enheterna samlas kring samhälleliga mål vid offentlig upphandling krävs det också vanligt fackligt arbete för att kunna förbättra och skydda arbetstagarnas villkor i denna situation.

LO anser efter beslut i styrelsen 2000-12-13 att

offentlig upphandling

- **ska kunna användas för att främja sociala mål;**
- **ska vara konkurrensneutral när det gäller möjligheten till demokratisk kontroll så att yttrandefrihet för de anställda, offentlighetsprincip för handlingar, rättssäkerhet och medborgarkontroll är densamma oavsett om verksamheten drivs av offentlig eller privat huvudman;**
- **ska bedrivas på ett sådant sätt att samhället bibehåller slutlig kontroll och bestämmande inflytande över den offentliga verksamheten;**
- **ska bedrivas så att upphandlande myndigheter alltid är skyl-**

diga att kontrollera att företag i upphandlad verksamhet betalar skatter och sociala avgifter;

- **ska bedrivas så att social dumping aldrig är ett konkurrensmedel.**

De krav på den offentlige upphandlaren som ILO-konvention nr 94 ställer, bl.a. att upphandlingen alltid sker med bibehållna kollektivavtalsenliga löner, ska vara en del av den offentliga upphandlingslagstiftningen.

Debattbok

Syftet med denna bok är att skapa debatt om offentlig upphandling. De ovan angivna målen ställer sig LO bakom, men övriga förslag och synpunkter är författarens.

Denna bok är tänkt att ge ett verktyg för

- att påverka lagstiftaren;
- att ge ett underlag för att få en offentlig upphandling att inriktas mot sociala mål;
- att ge ett förslag till facklig ideologi för att angripa avarterna inom offentlig upphandling.

Denna skrift ska försöka reda ut

- tänkbara fackliga mål för att skydda de anställdas rättigheter och förbättra samhället genom offentlig upphandling;
- upphandlingsreglernas uppbyggnad och syfte;
- EG-rätten och möjligheten att bygga in sociala mål vid offentlig upphandling;
- reglerna och maskineriet bakom den urholkning av anställningsförmåner och socialt skydd som i dag är en följd av offentlig upphandling;
- hur kan vi förändra reglerna kring offentlig upphandling så att vi skyddar demokratin och rättssäkerheten;
- hur vi ska kunna utforma en facklig strategi och praktisk facklig verksamhet för att uppnå en bättre upphandling.

Noter

1. Den sammanlagda upphandlingsvolymen som regleras i Lagen om offentlig motsvarar drygt 23 procent av värdet av den samlade produktionen av varor och tjänster i Sverige, dvs. bruttonationalprodukten (BNP). Denna uppgick till 1 739 miljarder år 1997. Uppgifter från Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139 sid. 56.
2. Det är detta uttryck den av regeringen tillsatta upphandlingskommittén använder när den ska beskriva denna styrning av upphandlingen. Se avsnittet Upphandlingskommittén och sociala restriktioner vid offentlig upphandling längre fram i boken.
3. Kammarrättens i Göteborg dom 1998-08-28 avd 1 mål nr 3696-1998 Trafiknämnden i Göteborg ./.. Buss i Väst AB och Swebus Sverige AB.
4. Kommunalarbetaren nr 2/2000.
5. Socialtjänstlag (1980:620) 71 a §.

Sammanfattning

Här följer en kort sammanfattning av skriften. Sammanfattningen är uppställd på samma sätt som boken. Den som söker svaret på en viss fråga kan se var i boken den utförliga texten finns eftersom huvudrubrikerna är desamma i sammanfattningen som i den huvudsakliga texten i boken.

Fackliga mål för offentlig upphandling och privatisering

Social dumping är konkurrens genom försämrade löne- och anställningsvillkor. Sådan konkurrens kan aldrig accepteras från facklig utgångspunkt. Social dumping vid övergång från offentlig till privat verksamhet för de anställda möjliggörs bl.a. av skillnader i avtalens konstruktion mellan offentliga och privata förbund. Sådana tekniska förhållanden får inte tillåtas resultera i social dumping.

Offentlig upphandling får inte försämra den demokratiska kontrollen över samhället. När offentlig verksamhet drivs i det allmännas regi är den regelstyrd. När verksamhet drivs i privat regi tillkommer vinstsyfte som mål. Det är ett mål som kan komma i konflikt med samhällliga mål. När verksamheten privatiseras minskar insyn och demokratisk kontroll. Det borde vara tvärtom.

Ett tredje mål är att offentlig upphandling inte får försämra medborgarnas rättssäkerhet. Att bevara offentlig verksamhet under demokratisk kontroll är ett fackligt mål som går in under LO-förbundens normalstadga att främja ett demokratiskt samhälle.

Lagstiftning om offentlig upphandling och privatisering

Offentlig upphandling omsätter mer än 400 miljarder kr varje år.⁶ Lagstiftningen som reglerar offentlig upphandling – lagen om offentlig upphandling, lag om otillbörligt beteende vid offentlig upphandling samt konkurrenslagen – har två syften.

Det ena syftet är att det ska finnas betryggande rättssäkerhet för att undvika att det allmännas pengar missbrukas vid hantering av så stora summor. Det andra syftet är att staten ska köpa varor och tjänster så ekonomiskt som möjligt.

Den lag som gäller nu heter lagen om offentlig upphandling (LOU) och är från 1993. I den lag som föregick LOU, upphandlingsförordningen, fanns en bestämmelse om affärsmässighet. Den har ingen motsvarighet i EG-rätten.

Lagen om offentlig upphandling, LOU

LOU är uppbyggd kring fyra EG-direktiv. Direktiven behandlar upphandling av tjänster, varor, bygg- och försörjningsupphandling. Direktiven syftar till att skydda den fria rörligheten över gränserna inom EU:s inre marknad.

EG-direktiven gäller bara handel över vissa tröskelvärden. I Sverige har man ungefär samma bestämmelser även för handel under dessa tröskelvärden. Över tröskelvärdena ska upphandlingen annonseras. Under tröskelvärdena kan den ske i förenklad form.

Schematisk bild av upphandlingsgången

Upphandlingen inleds med annonsering. I den ska grundläggande information för upphandlingen finnas. Resten finns i det förfrågningsunderlag som skickas ut till dem som är intresserade.

I annonsen anges en sista dag före vilken anbudet ska lämnas. Då prövas anbudet. Det anbud ska antas som antingen är det mest ekonomiskt fördelaktiga eller har lägst anbudspris.

Under hela förloppet fram till den tidpunkt då avtal om upphandlingen sluts har de som är inblandade i upphandlingsförloppet som leverantörer eller anbudsgivare möjlighet att pröva upphandlingen hos Länsrätten. Om den upphandlande enheten gör fel kan den bli skyldig att betala skadestånd, som kan bli mycket högt.

Normalt har en kommunmedlem rätt att genom besvär få lagligheten av en kommuns beslut prövat i domstol. I LOU finns förbud för sådan prövning när annars besvär berättigad kommunmedborgare vill pröva ett kommunalt beslut.

EG-rättens ställning i svensk rätt

EG-rätten har tre typer av bindande föreskrifter, fördrag, förordning och direktiv. EG-rätt som innehåller tvingande bestämmelser gäller framför nationell lagstiftning, även grundlagarna. Fördrag och förordningar har direkt verkan, dvs. de gäller som lag även om de inte översätts i det nationella systemet. Direktiv översätts av landets parlament till nationell lag. Om direktiv inte översätts till nationell lag kan medlemsstat bli skyldig att betala skadestånd till EU-medborgare som lidit skada.

EG-rätten, LOU och konkurrensrätten

Vid tolkning av LOU ska EG-rättens intentioner uppfyllas. EG-domstolens domar har därför direkt betydelse för tolkning av LOU. Det sätt på vilket Sverige översatt upphandlingsdirektiven medför att det finns avvikelser mellan EG-rätt och svensk rätt.

EG:s konkurrensrätt är en grundläggande del av reglerna om offentlig upphandling. Konkurrensrätt och fackliga rättigheter står i ett naturligt motsatsförhållande till varandra. Konkurrensrätten syftar till att en vara eller en tjänst ska bli så billig som möjligt genom inbördes konkurrens. Kollektivavtalets syfte är att genom fasta minimiregler hålla upp lönenivån. Konkurrensrätten har i t.ex. USA utnyttjats för att dumpa löne- och anställningsvillkor.⁷ Även i Sverige har sådana försök gjorts. I stort har svenska fackföreningar lyckats hålla konkurrensrätten borta från kollektivavtalet. Även inom EG-rätten finns numera en klar rågång mellan kollektivavtalade rättigheter och konkurrensrätt.

EG-domstolen som maktfaktor

Juridiken är ett uttryck för maktfördelningen i samhället. Men när EU-länderna inte kommer riktigt överens om hur lagarna ska se ut och därför gör dem luddiga tolkar ofta domstolen lagarna så att EG:s sammanhållande makt ökar. Domstolen är politiskt känslig. I motsats till EG-kommissionen, där många av tjänstemännen är ”konkurrenshökar”, ger EG-domstolen sociala värderingar betydelse även vid offentlig upphandling.

Social dumping och svensk rätt

Får det allmänna ta icke-kommersiella hänsyn vid offentlig upphand-

ling? Det skulle t.ex. kunna gälla hänsyn till miljö, arbetsmiljö eller jämställdhet. I svensk rätt är svaret nej. Bestämmelsen i LOU att upphandlingen ska göras affärsmässigt hindrar enligt svenska domstolar upphandlaren från att ställa sådana krav vid offentlig upphandling.

Social dumping

Social dumping är inget väldefinierat begrepp. Det kan vara lågavlönade arbetstagare från andra länder som genom att konkurrera med sina lägre löner dumpar avlöningsförmånerna för svenska arbetare. Det kan vara att man i Sverige låter arbetarna i olika företag konkurrera mot varandra genom lönesänkningar, så att lön, och t.ex. arbetsmiljö i form av arbetsschema och liknande, försämras.

Det kan vara att man i upphandlingssituationen pressar de anställda att genomgå drogtest för att leverantören ska få jobbet.

Det kan vara att man kringgår det sociala skyddet som finns i anställningsskyddslagen och att arbetarna blir av med anställningen genom ständiga entreprenadbyten.

Sådan social dumping kan sänka priset för upphandlingen. Men den kan samtidigt medföra ökade kostnader för t.ex. a-kassa, sjukpensioner etc. Det bör vägas in när man tar hänsyn till den snävt ekonomiska vinsten vid offentlig upphandling.

Kammarrättsdom gillar social dumping

En kammarrättsdom⁸ förbjöd en statlig myndighet att ha kollektivavtal som villkor vid offentlig upphandling. Det framgår inte klart om domen är baserad på EG-rätt eller om det är svensk lagstiftning som styr denna avvisande ställning till kollektivavtalet vid offentlig upphandling. Inget i EG-rätten kan användas till stöd för att det ska vara förbjudet att begära kollektivavtal av anbudsgivare vid offentlig upphandling. Det svenska rättsläget är emellertid cementerat. Även riksdagen har ställt sig bakom kammarrättsdomen.⁹

Sociala krav vid svensk offentlig upphandling

1998 ändrades LOU så att man istället för lägsta pris som första alternativ satte det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet.¹⁰ Tanken var att man skulle väga in även andra alternativ än priset vid offentlig upphandling. Kraven skulle fortfarande vara affärsmässigt avvägda. Även krav på miljöpåverkan kunde då anges som relevanta. Sociala hänsyn

angavs inte som relevanta vid ändringen.

Upphandlingskommittén, som lägger sitt slutförslag under år 2001, ska ta ställning till om sociala krav ska få användas vid upphandling. Utredningen är skarpt delad i denna fråga, men även de som är för att använda sociala mål vid offentlig upphandling i utredningen är mycket återhållsamma och företagsanpassade.

EG-rätten medger sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Medlemsstaterna får gärna begränsa möjligheterna att ta sociala hänsyn i sin egen lagstiftning och det har Sverige gjort i lagen om offentlig upphandling. I varje fall tolkar svenska domstolar lagen så. Däremot kan man inte utvidga socialt hänsynstagande utöver de gränser som anges i EG:s lagstiftning och i EG-domstolens praxis. EG-rätten ger dock stora möjligheter att ta sociala hänsyn.

EG-rätten och sociala villkor vid offentlig upphandling

Syftet med EG-rätten vid offentlig upphandling är att samordna de nationella reglerna så att en effektiv konkurrens mellan medlemsländerna säkras. Men en leverantör ska inte godtyckligt kunna uteslutas från en upphandling.

En anbudsgivare kan uteslutas från upphandling. I LOU och direktiven finns en uppräknning av olika skäl som ger upphandlaren rätt att utesluta en leverantör från upphandlingen. Det är bl.a. om leverantören gått i konkurs eller gjort allvarligt fel i yrkesutövningen.

Svenska domstolar uppfattar uppräknningen i direktiven och LOU som fullständig. Man får inte utesluta upphandlare på andra grunder, t.ex. att han inte uppfyller krav på en hög nivå i jämställdhetsarbetet eller i verksamheten mot etnisk diskriminering. Den begränsning svenska domstolar här lagt på den upphandlande enheten går längre än vad EG-rätten kräver. Det finns rättsfall¹¹ i EG-domstolen som visar att man kan utesluta en anbudsgivare som inte vill anställa arbetslösa. EG-rättens utgångspunkt är endast att sociala krav inte får diskriminera leverantör från annan medlemsstat.

EG-rätten har vissa grundläggande krav på utformningen av offentlig upphandling. Villkor som den upphandlande enheten ställer upp ska vara sådana att upphandlarens beslut vid valet av leverantör är förutsebart. En leverantör får inte diskrimineras för att han kommer från ett annat land. Anbudsgivaren ska skyddas mot godtycklighet.

Enligt EG-domstolen är denna uppräknning i direktiven inte någon

fullständig lista. Kriterierna i direktivet är inte uttömmande när det gäller ekonomiska och finansiella kvalifikationer. Det är också tillåtet att ställa upp särskilda villkor, t.ex. att anbudsgivaren ska sysselsätta en viss andel långtidsarbetslösa. Det viktiga villkoret är att upphandlingskraven inte får diskriminera företag som kommer från andra EU-länder. Man får alltså inte kräva att enbart företag från hemlandet godtas.¹² Det är det allmänna diskrimineringsförbudet som alltid gäller vid upphandling enligt EG-rätten.

Vad innebär EG-rättens diskrimineringsförbud?

EG-rätten innehåller ett allmänt förbud mot att diskriminera på grund av nationalitet. Det är för att skydda den fria rörligheten över gränserna inom EU. För att upprätthålla diskrimineringsförbudet vid upphandling har EG-domstolen fastställt allmänna principer som

- *likabehandlingsprincipen*,
- *förbud att förhandla* med enskilda anbudsgivare,
- tillgång till en *effektiv rättsapparat* om den upphandlande enheten gör fel,
- *transparens* och *öppenhet* i beslutet,
- *proportionalitet*, dvs. den upphandlande enheten får inte ställa villkor som inte är proportionella med hänsyn till upphandlingens storlek och som då obefogat t.ex. utesluter små företag från en upphandling.

Lite förenklat kan man säga att alla dessa principer skall göra det svårt att dölja diskriminering under någon annan täckmantel. En leverantör ska inte kunna uteslutas på godtyckliga grunder så att man kan dölja diskriminering bakom ett annat skäl.

Däremot innehåller EG-rätten inga krav på affärsmässighet som i den svenska upphandlingslagen. Inget i EG-rätten hindrar att sociala krav uppställs, bara de kan uppfyllas såväl av inhemska som utländska leverantörer.

Vilka sociala krav får upphandlaren ställa upp enligt EG-rätten?

EG-domstolens domar, s.k. praxis, är av stor betydelse för tolkningen av den svenska upphandlingsrätten. Det viktigaste rättsfallet är Beentjes.¹³ Det gällde en anbudsgivare som inte fick en utannonserad entreprenad, bl.a. för att företaget inte kunde uppfylla ett sysselsättningsvillkor.

Arbetsstyrkan skulle till 70 % bestå av långtidsarbetslösa personer. Enligt EG-domstolen var ett sådant krav tillåtet så länge det inte diskriminerade anbudsgivare från andra medlemsstater.

Inget hindrar heller att en medlemsstat kräver att utifrån kommande företag ska tillämpa landets kollektivavtal som villkor för att få arbeta.¹⁴

Den svenska upphandlingslagen tillämpas huvudsakligen för konkurrens mellan svenska leverantörer. De inhemska leverantörerna skyddas normalt inte av EG-rätten. Den ska skydda den fria rörligheten mellan länderna. Det är därför endast utifrån kommande företag som direkt kan stödja sig på EG-rätten. Men den svenska lagstiftningen är utformad så att den tillämpar EG-rätten också på rent svenska upphandlingar. När man ska tolka dessa svenska bestämmelser måste man därför se hur EG-rätten behandlar skyddet för den fria rörligheten mellan EU-länderna.

Det finns EG-lagstiftning som är närbesläktad med upphandlingsrätten, t.ex. *utstationeringsdirektivet*.¹⁵ Det ska skydda anställda på företag som tillfälligt arbetar i ett annat EU-land från sämre förmåner än arbetslandets medborgare. Det gäller bl. a. arbetstid och lön. *Utstationeringsdirektivet* har inarbetats i svensk rätt genom lagen om utstationering av arbetstagare.¹⁶ Enligt lagen ska information om svenska kollektivavtal lämnas av berörda kollektivavtalsparter till företag som ska jobba i Sverige. Även upphandlingsdirektiven innehåller regler om att svenska upphandlare är skyldiga att upplysa om vilka förpliktelser som gäller under kontraktstiden för anställningsskydd och arbetsvillkor.¹⁷ Om sådan information lämnats är anbudsgivaren skyldig att upplysa om att man tagit hänsyn till dessa villkor.

Såväl EG-rätten som den svenska arbetsrätten inte bara tillåter utan förutsätter alltså att arbetslandet för utifrån kommande företag ska se till att de tillämpar arbetslandets arbetsvillkor.

I Sverige är kollektivavtalet den lönenorm som gäller för branschens löne- och anställningsvillkor. Allt talar därför för att EG-rätten inte förhindrar att man ställer krav på att en leverantör, som en förutsättning för att få ett jobb, ska tillämpa minst kollektivavtalsenliga villkor. Den domstolspraxis¹⁸ som finns i Sverige, som förbjuder den upphandlande enheten att kräva kollektivavtal av leverantören, har inte stöd i EG-rätten. Kollektivavtalsförbudet är i sin helhet en svensk domstolsuppfinnning.

Krav på kollektivavtal förhindrar social dumping och medverkar till att det blir en jämn lönenivå som de anställda kan livnära sig på även vid offentlig upphandling. Det är dessutom ett krav som är ekonomiskt,

eftersom oorganiserade företag kan blockeras, vilket kan medföra stora kostnader för huvudmannen, i det här fallet stat, kommun eller lands-ting.

Sverige verkar inom EU för att den nordiska modellen med kollektivavtal även ska tillämpas på EG-nivå. Att samtidigt tillämpa EG-rätten på svensk botten genom upphandlingslagen på ett sådant sätt att man förbjuder krav på kollektivavtal eller sociala villkor överhuvudtaget förefaller barockt.

Utformning av kontraktsvillkor

Gången vid upphandlingen är schematiskt denna:

1. Den upphandlande enheten tar fram anbudsunderlag till annons och förfrågningsunderlag.
2. Den upphandlande enheten fastställer kriterier för vilka anbudsgivare som kan uteslutas på grund av att de inte uppfyller uppställda villkor.
3. Den upphandlande enheten fastställer kriterier för tilldelning av anbud.

I samtliga dessa tre faser kan enligt EG-rätten sociala kriterier användas.

1. I kontraktsvillkoren och förfrågningsunderlag anger den upphandlande enheten vilka villkor man uppställer för entreprenaden. Här kan man då ställa sociala villkor. Om den upphandlande enheten t.ex. vill främja sysselsättningen för vissa etniska minoriteter vid ett bygg- och anläggningsarbete är det möjligt. Det avtal som erbjuds anger vad och hur det ska byggas, och att den som får anbudet är skyldig att sysselsätta ett antal från den utpekade etniska gruppen. EG-rättens villkor för sådana krav är endast att arbetslandets myndigheter inte får ställa krav som direkt eller indirekt diskriminerar upphandlare från andra medlemsländer.

Jämställdhet mellan kvinnor och män har skydd såväl i Romfördraget som i ett antal EG-direktiv. Att också främja detta mål när man uppställer kontraktsvillkor är en naturlig tolkning av EG-rätten.

Att sysselsätta långtidsarbetslösa, att ta hänsyn till miljömässiga och sociala aspekter eller till konsumentskydd är andra krav som går att ställa enligt EG-rätten. Även krav på produktionsprocess och pro-

duktionsmetoder för varor och tjänster kan ställas, t.ex. att miljöriktiga metoder ska användas vid tillverkningen. Ett sådant praktiskt exempel är att papper ska vara klorfritt.

2. Även när man väljer ut vilka anbudsgivare som är kvalificerade kan sociala kriterier användas. Det kan gälla att utesluta företag som inte har en godtagbar arbetsmiljö eller en personalpolitik som inte är godtagbar från etnisk synpunkt.

Ytterligare en grund för uteslutning skulle kunna vara bristande tekniskt kunnande. Även dålig extern miljö, dålig arbetsmiljö, dålig jämställdhetsprofil i etniskt eller könsmässigt hänseende, sociala hänsyn t.ex. när det gäller mänskorrätt eller att arbetsgivaren inte tillämpar kollektivavtalsenliga villkor, är sådana möjliga uteslutningskriterier. Det viktiga är att uteslutningskriterierna inte är sådana att de diskriminerar på grund av nationalitet och inte heller lägger hinder i vägen för den fria rörligheten eller bryter mot likabehandlingsprincipen. De måste också finnas klart angivna i upphandlingsunderlaget så att anbudsgivarna redan från början vet vad de har att rätta sig efter.

Svenska domstolar tolkar däremot lagen om offentlig upphandling så att man endast får utesluta en anbudsgivare på de grunder som är uppräknade i lagen.

3. Även vid tilldelning av vem som ska få en upphandling kan sociala kriterier användas enligt EG-rätten. EG-rättens kriterier och även LOU:s är att den anbudsgivare som lämnat det billigaste eller ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska tilldelas uppdraget. Det ekonomiskt mest fördelaktiga budet bestäms då från de specifika utvärderingskriterier som angivits i annonsen eller i förfrågningsunderlaget. Lagen om offentlig upphandling och upphandlingsdirektiven innehåller ett antal kriterier som entreprenören måste uppfylla. Det gäller t.ex. pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Uppräknningen är inte fullständig men det ska vara objektiva kriterier som kan användas på samma sätt på alla anbud. Alla de kriterier som en upphandlande enhet vill använda vid tilldelningen av anbudet ska finnas med i annonsen eller i förfrågningsunderlaget.

Detta är krav som möjliga att ställa enligt EG-rätten. Det är svårt att ange vilka restriktioner den svenska riksdagen ställt upp för att med upphandlingen som verktyg t.ex. söka understödja jämställdheten. I de svenska domstolarnas tolkning av upphandlingsrätten har den möjlighe-

ten i varje fall blivit en tumme, så liten att den inte syns i verkligheten.

Jämförelse mellan dansk och svensk översättning av EG:s upphandlingsregler

I Sverige har vi valt att skriva om EG-direktiven i en särskild lag där varje direktiv har fått sitt eget kapitel. Dessutom finns ett inledningskapitel med allmänna villkor och ett sjätte kapitel som gäller upphandling under tröskelvärdena. Denna teknik medför dels att Sverige får en upphandlingsrätt som inte till alla delar överensstämmer med EG-rätten, dels att Sverige uppenbarligen avstått från att använda upphandlingen som ett politiskt medel för att uppnå angelägna sociala mål.

Danmark har använt sig av en helt annan teknisk metod för att översätta upphandlingsdirektiven. Man har helt enkelt gjort en lag som hänvisar till lagtexten i EG-direktiven. Danmark har dessutom en särskild lagstiftning som ålägger myndigheter som handlar upp offentliga tjänster eller varor att visa miljöhänsyn, ta hänsyn till jämställdhet mellan könen och motverka etnisk diskriminering och endast anlita företag som har kollektivavtal.

EG-rätten ger alltså utrymme för olika tolkningar om den politiska viljan finns att använda upphandlingen som ett verktyg att uppnå förbättringar i samhället.

Upphandlingskommittén och sociala restriktioner vid upphandling

Upphandlingskommittén ska se över upphandlingslagstiftningen. Kommittén är parlamentariskt sammansatt men har till sig knutit ett stort antal experter. Näringslivet är rikt representerade med experter medan fackföreningsrörelsen helt saknar representation. Det framgår tydligt av utredningens resultat. Utredningen ser i princip sociala krav som ett sätt att göra godtyckliga bedömningar vid upphandling. Man anser att sådana inte får förekomma. Utredningen ska komma med ett slutbetänkande under år 2000.

Utredningens hittillsvarande resultat visar att ambitionen att använda offentlig upphandling som ett medel att påverka samhället i bättre riktning har svagt stöd i kommittén. Den synes huvudsakligen ta hänsyn till kommersiella faktorer.¹⁹

Skyddet för löne- och anställningsvillkor

Inledning

Offentlig upphandling har medfört en nedpressning av löne- och anställningsvillkor. Det har skett såväl vid verksamhetsövergång, s.k. contracting out, som vid entreprenadupphandling av offentlig verksamhet.

Vid contracting out finns det risk för att löne- och anställningsförmåner sänks genom att de offentliganställdas villkor anpassas till den privata marknadsens. De särskilda förmåner som de offentliganställda då haft, t.ex. i form av längre semester och lägre pensionsålder, förhandlas i regel bort över en viss tidsperiod. Nyanställda får oftast inte de bättre förmåner som fanns när verksamheten var offentligt driven. Redan här får vi alltså en social dumping, dvs. den private entreprenören får lägre lönekostnader genom anbudskonkurrensen. Definitivt fel från facklig synpunkt. Staten använder sig av social dumping för att sänka sina kostnader fast man inte låtsas om det.

Även vid verksamhet som redan ligger ute på entreprenad sker löne- nedpressning. De anställda får ofta spela med i spelet om lägre löner och anställningsvillkor för att få den nya entreprenaden.

Samma gäller i de fall entreprenören vid upphandling lyckas behålla entreprenaden. Inför anbudsgivningen pressas även deras lönevillkor för att de inte ska bli av med jobbet. De korta anbudstiderna, 2–5 år, medför att upphandlingen tillåter och till och med uppmuntrar lönekonkurrens. Det blir också mycket osäkra anställningsförhållanden med svårigheter för de anställda att göra långsiktiga åtaganden, t.ex. skaffa sig hus.

Nämnden för offentlig upphandling är den myndighet som för statens räkning ska granska upphandlingen. Den rekommenderar mycket kraftigt att anbudstiderna generellt förkortas, utan hänsyn till de ökade sociala kostnader detta medför för de anställda i entreprenadföretagen. Det visar om något att tillsynen i Sverige sker utifrån ett kortsiktigt kommersiellt perspektiv.

Skydd mot social dumping

Det finns olika skydd mot social dumping vid offentlig upphandling. Vi ska här gå igenom kollektivavtalet, EG:s överlåtelsedirektiv och ILO:s konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part.

Kollektivavtalet som skydd mot social dumping

Kollektivavtalet är ett formbundet avtal. I Sverige regleras hela arbetsmarknaden av riksomfattande kollektivavtal. Det gäller både tjänstemanna- och arbetarsidan. Kollektivavtalen skyddar löntagarna genom att förhindra lönekonkurrens. Avtalen gäller enligt den s.k. industriförbundsprincipen. Det innebär att arbetare i regel har samma avtal på en arbetsplats oavsett vad de arbetar med. Det är den huvudsakliga verksamheten på arbetsplatsen som styr vilket kollektivavtal som ska gälla. Det är LO:s styrelse som i sista hand bestämmer vilket förbund som har avtalsrätten.

Idag läggs en allt större andel av verksamheten inom industrier och offentlig verksamhet ut på underentreprenad. Städning, underhåll och till och med transporter inne på industrin läggs ut. I samband med entreprenadupphandling på det offentliga området sker ofta en övergång av avtalsrätten från ett offentligförbund, SEKO eller Kommunal, till förbund som organiserar privatanställda. Social dumping av löne- och anställningsvillkor kan då ske på tre sätt.

1. Sämre avtal.
2. Genom bytet av anställning tappar den anställde överlön som inte är garanterad i avtalets minimilönebestämmelser.
3. Arbetsgivaren saknar kollektivavtal.

Om offentlig verksamhet övergår till arbetsgivare som redan har avtal gäller den nye arbetsgivarens avtal automatiskt för de arbetstagare som går över.²⁰ Vid de inrangeringsförhandlingar som sker vid övergång till annat avtalsområde rensas i regel bättre pensions- och semesterlöneförmåner bort. Förhandlingarna sker under fredsplikt, vilket medför att den fackliga organisationen är i ett starkt underläge. Om överenskommelse ej träffas gäller det nya avtalets bestämmelser, såvida det inte är övergång av verksamhet. Vid övergång av verksamhet finns ett särskilt löneskydd som bygger på ett EG-direktiv, överlåtelsedirektivet.²¹

Även vid övergång inom samma kollektivavtalsområde träffas vid entreprenadövergång i regel överenskommelse om en ny anställning om det är en ny arbetsgivare. De överlöner på grund av överenskomna individuella löner i kollektivavtal eller på annat sätt, som fanns hos den tidigare arbetsgivaren, är då inte garanterade. Också på detta sätt kan det ske en löne- och villkorsdumping.

Då övergång sker till arbetsgivare utan kollektivavtal saknas helt

löneskydd för de anställda i de fall överlåtelsedirektivets regler inte skyddar. Den ökade verksamheten med uthyrningsföretag medför också att möjligheterna att bevaka att företag har kollektivavtal blir sämre. Idag är detta ett förhållandevis marginellt problem. Det kan emellertid växa till ett större problem med den utveckling som sker för närvarande inom vissa branscher.

EG:s överlåtelsedirektiv

Vid övergång av verksamhet utsätts de anställdas sociala förhållanden för stora påfrestningar. Deras arbete ska övergå till en ny huvudman och de är inte ens säkra på att få följa med. Om de får följa med ska ett nytt anställningsavtal träffas.

EG:s överlåtelsedirektiv är tänkt att delvis skydda arbetstagaren vid sådana övergångar. När verksamhet övergår från en myndighet till en privat arbetsgivare är det i regel fråga om en sådan övergång som skyddas av överlåtelsedirektivet.²² Däremot skyddas i regel inte anställningen vid byte av entreprenör. Det kan bedömas annorlunda om en stor andel av personalen anställs in i det nya företaget. Annars är det i regel inte företagsövergång i direktivets mening.

Huruvida det är fråga om sådan företagsövergång där anställningen skyddas avgörs genom en helhetsbedömning av övergången. Huvudkravet är att det finns identitet mellan verksamheten före och efter övergången.

Om direktivet gäller har den anställde rätt att följa med och arbetstagarens anställningsvillkor skyddas under ett år efter övergången eller till den tidigare tidpunkt då kollektivavtalet som skulle ha gällt hos den tidigare arbetsgivaren upphör.

Svensk rätt och överlåtelsedirektivet

Arbetsdomstolen och EG-domstolen har i flera fall tagit ställning till om privatisering eller entreprenadupphandling anses som övergång av verksamhet som särskilt skyddas av överlåtelsedirektivet. Något förenklat kan man säga att vid contracting out, dvs. när en myndighet första gången överlåter verksamheten på entreprenad, är det ofta en sådan överenskommelse mellan två parter att identitet anses föreligga. Överlåtelsedirektivet gäller därför.

När det däremot gäller upphandling av verksamhet som redan är utlagd på entreprenad övertar ofta den nye entreprenören vare sig per-

sonal eller materiella tillgångar från den som tidigare haft entreprenaden. Det medför att det inte finns sådan identitet mellan verksamheterna att överlåtelsedirektivet gäller.

ILO-konvention nr 94 om arbetsklausul i kontrakt där offentlig myndighet är part

ILO-konventioner sätter den lägsta nivån som stater bör ha i sin arbetsrättslagstiftning. En konvention gäller endast om staten har godkänt den. ILO-konvention nr 94²³ ratificerades inte av Sverige. Både SAF och LO tyckte det var onödigt, eftersom man hade så goda samarbetsförhållanden och kollektivavtalen täckte hela arbetsmarknaden.²⁴ Så är inte läget nu, men SAF vägrar nu att ställa upp på ratificering.

ILO-konvention nr 94 har till syfte att undvika social dumping vid offentlig upphandling. Bl.a. ska därför den upphandlande enheten i upphandlingsvillkoren föreskriva att entreprenören iakttar löne- och anställningsvillkor som följer av branschens kollektivavtal.

Flerparten av EU:s medlemmar har ratificerat ILO-konvention nr 94. Vissa av EG-kommissionens tjänstemän, de s.k. konkurrenshökarna, har på förfrågan av nämnden för offentlig upphandling hävdat att konvention nr 94 strider mot EG-rättens upphandlingsregler. Det är även SAF:s inställning – sannolikt felaktig. Inte kan en konvention som avser att tillvarata arbetstagarnas rättigheter i minimihänseende anses strida mot EG-rätten.

Skyddet för sociala rättigheter

LO-facken bör ena sig om gemensamma riktlinjer. Häri kan t.ex. ingå

- att sänkning av löne- och anställningsvillkor i offentlig upphandling inte är godtagbart från facklig synpunkt vare sig för personal som övergår eller som nyanställs därefter,
- att löneavtalen ändras så att inrangeringsförhandlingar inte sker under fredsplikt, eller
- att man i riksavtalen tar in bestämmelser som medför att förmånligare villkor vid övergång av verksamhet i samband med offentlig upphandling alltid ska behållas,
- att Sverige ratificerar ILO-konvention nr 94²⁵ och
- att lagen om offentlig upphandling kompletteras med regler som

innebär att den upphandlande enheten alltid är skyldig att se till att entreprenören tillämpar kollektivavtalsenliga villkor.

Sämre pension, sämre anställningstrygghet, ökat antal deltidsanställningar och ökad osäkerhet i anställningen på grund av upphandlingstidens längd är sociala försämringar som inte sällan följer med offentlig upphandling. Det är en kostnad som får bäras av de anställda, men den kostar också samhället pengar genom att äldre, handikappade och mindre kvalificerad arbetskraft slås ut. Det blir då ökade kostnader för socialbidrag, sjukbidrag, förtidspensioner och a-kassa. Handplockningen av arbetskraft vid övergång mellan olika arbetsgivare ger svaga grupper ett sämre skydd, t.ex. kvinnor med minderåriga barn.

Vid upphandling och privatisering finns det ett antal typsituationer där de sociala villkoren påverkas på olika sätt. Den första är s.k. contracting out. Även om överlåtelsedirektivet²⁶ skyddar anställningsvillkoren gäller detta inte pensionen. Den är oskyddad. På det statliga området har det medfört en höjning av pensionen för arbetare från 60 till 65 år.

När en ny entreprenör vinner upphandlingen får detta stora sociala konsekvenser för det företag som förlorar entreprenaden. Den anställde kan bli arbetslös. Också andra sociala effekter kan uppkomma. Om man får jobb hos den nya entreprenören kan det vara sämre arbetstidsreglering, heltidsarbete blir deltidsarbete, sämre arbetstidsförläggning och krav på större flexibilitet. En tillsvidareanställning kan bli en tidsbegränsad anställning.

Vid entreprenadövergång gäller i regel inte lagens företrädesrättsregler, om arbetsgivaren inte övertar en större del av personalen. Det uppstår då en gallringsmekanism genom att icke lönsamma arbetstagare slås ut. De ekonomiska vinster som det offentliga gör genom att kanske få lägre priser äts också här ofta upp av ökade sociala utgifter för samhället. Även från jämställdhetssynpunkt uppstår negativa effekter. Det kan gälla kvinnor som är barnlediga när verksamheten övergår till annan entreprenör och på så sätt blir av med jobbet. Det kan också vara kvinnor med små barn som överhuvudtaget inte får nytt arbete eftersom de när arbetsgivaren har fritt val ses som ”sekunda arbetskraft”.

Även i de fall då entreprenören lyckas behålla entreprenaden uppstår negativa effekter i samband med upphandlingen. Den sociala otrygghet som det innebär att en gång vart tredje eller fjärde år få veta att ens anställning sätts i fråga är både pressande och medför svårigheter att

planera ekonomin långsiktigt. Det sker efter en nedpressning av anställning och lönevillkor som sker inför upphandlingen då man ska göra företaget så ekonomiskt attraktivt som möjligt. Även här går samhällets s.k. besparingar ut över enskilda anställda.

Förslag till förändringar

Offentlig upphandling får inte medföra sämre socialt skydd för de anställda. För att få en ändring till stånd krävs såväl ändringar i lagar och avtal som i det fackliga arbetet. Anställningsskyddslagen kan t.ex. kompletteras så att samma skydd som enligt överlåtelsedirektivet gäller, så snart arbetsuppgifter överförs från en arbetsgivare till en annan.

Avtalen kan konstrueras så att det inte råder fredsplikt utan blir möjligt att vidta stridsåtgärder om man inte blir överens. En annan möjlighet är att man de vanliga riksavtalen såväl på den privata som på den offentliga sidan inför garantier med skydd för anställningen och dess villkor även när verksamheten övergår i samband med entreprenadövergång. Personalen ska då alltid ha rätt att övergå på oförändrade löne- och anställningsvillkor till den nya arbetsgivaren.

Skyddet för fackliga rättigheter

Inledning; facklig verksamhet

Inom nytillkommande avtalsområden, t.ex. databranschen, finns en sjunkande facklig organisationsgrad. Det gäller också vissa andra områden, t.ex. handeln.

Den fackliga verksamheten bygger på medlemmarnas inbördes solidaritet. Facket fungerar som en utbudskartell. Under en viss nivå på villkoren får arbetsgivaren inget arbete utfört. Men finns det ingen lokal facklig aktivitet som omsätter kollektivavtalen i praktisk verksamhet så fungerar de inte. Idag är det på många områden svårt att genom lokal facklig verksamhet bevaka avtalstillämpningen.

Skyddet för föreningsrätten

Föreningsrätten i Sverige skyddas dels genom 1906 års s.k. decemberkompromiss mellan SAF och LO, dels genom bestämmelser om skydd för föreningsrätten i medbestämmandelagen.²⁷ Men föreningsrätten är inte skyddad för arbetstagare som nyanställs. Arbetsgivare har rätt att

fritt plocka undan sådana arbetstagare som är fackligt organiserade vid nyanställning. Däremot får inte facket skriva avtal som innebär att arbetsgivaren endast får anställa arbetstagare som är med i ett visst fack, s.k. organisationsklausuler. Det har Europadomstolen förbjudit i ett antal mål eftersom det anses som kränkning av den s.k. negativa föreningsfriheten.²⁸

Diskriminering vid offentlig upphandling

Vid offentlig upphandling där överlåtelsedirektivet²⁹ inte gäller kan den nye arbetsgivaren om han nyanställer från den gamle entreprenören välja bort sådana som han inte anser önskvärda. Om han plockar över för många kan emellertid överlåtelsedirektivet slå till, eftersom det genom personalövergång blir fråga om identitet mellan de båda verksamheterna. Detta ger den något barocka konsekvensen att det är oförmånligt för arbetsgivaren att ta över vissa anställda, eftersom han då riskerar att få ta även den arbetskraft han inte vill ha. Inom vissa områden, bl.a. Kommunals bussverksamhet, har det emellertid förekommit att fackligt aktiva inte får anställning medan övriga anställda får sådan.

Den facklige förtroendemannen får vid offentlig upphandling en mycket otacksam roll. Den som ger lägst anbud får i regel upphandlingen. Lönen är en stor kostnad. Genom att pressa ned lönenivån kan entreprenören minska kostnaden och vinna entreprenaden. Samtidigt är det den facklige förtroendemannens uppgift att bevaka avtalet. Här finns en naturlig konfliktsituation.

På lång sikt är detta ett mycket allvarligt problem. Det har knappast alls uppmärksammats. Om facken inte stenhårt driver dessa frågor kommer det att ge mycket tydliga signaler bland de fackliga företrädarna. Det är farligt med facklig verksamhet. Åker man dit får man idag ofta svagt stöd ifrån sin egen fackliga organisation.

Förslag till skydd för föreningsrätten

Skyddet för föreningsrätten gäller idag inte för arbetssökande. Även frågan om organisationsklausul bör övervägas. Överlåtelsedirektivets skydd bör utvidgas för att skydda facklig verksamhet. Så snart arbetsuppgifter överförs från en arbetsgivare till en annan ska kravet finnas med oberoende av om det anses som övergång i anställningsskyddslagens mening eller inte. Alla berörda anställda ska ha rätt att följa med. Fördelen med ett sådant system är att arbetsgivaren måste ta emot alla

anställda som fanns i den tidigare entreprenaden. Då följer även de fackligt aktiva automatiskt med.

En annan möjlighet är att bestämmelserna i medbestämmandelagen om föreningsrätt ändras så att skyddet även avser anställningssituationen. Det bör även vara förbjudet att utreda facklig tillhörighet vid nyanställning.

De omfattande möjligheter till tidsbegränsade anställningar som idag finns gör att en fackligt aktiv kan bli av med anställningen utan att det går att bevisa att det är en föreningsrättskränkning. Man kommer knappast runt detta problem utan att förstärka anställningsskyddslagen.

På kort sikt måste de fackliga organisationerna stenhårt stötta fackliga förtroendemän som råkar illa ut. Ofta är det bråkiga fackliga förtroendemän med samarbetsproblem som råkar värst ut. Men om inte även dessa stötts ger det tydliga signaler till andra som jobbar fackligt. Det går inte att acceptera att en facklig förtroendemän inte får jobb när hans arbetskamrater får det, om man kan se att detta beror på hans fackliga verksamhet. Mål som luktar föreningsrättskränkning måste alltså drivas enbart på misstanke.

Kollektivavtalet bör förbjuda arbetsgivare att diskriminera i nyanställningssituationen på grund av facklig tillhörighet. Även frågan om organisationsklausul bör övervägas.

Skydd för demokrati och rättssäkerhet

Vad är demokrati?

Den yttre ramen för representativ demokrati är när folket styr enligt majoritetsprincipen genom vald församling där valet sker med allmän, lika och hemlig rösträtt. Folkets uppfattning ska bestämma statens styrelse. För att detta ska fungera krävs att politisk opinionsbildning ska kunna ske fritt. Demokrati kräver därför yttrande-, tryck-, församlings- och föreningsfrihet.

I Sverige är också offentlighetsprincipen en viktig del av den demokratiska kontrollen. Rätten för tidningar och andra granskande organ att få information och upplysningar från offentliganställda är en annan viktig del av tryckfriheten och yttrandefriheten. I Sverige är meddelarfriheten så stor att de offentliganställda utan risk för straff till och med kan lämna ut handlingar som inte är belagda med kvalificerad sekretess för publicering i tidning, radio eller TV.

En viktig hörnpelare i det materiella demokratibegreppet – alltså att man inte bara har en formell demokrati utan att den också fungerar i praktiken – är rättssäkerheten. Rättssäkerheten är i praktiken en förutsättning för att de övriga demokratiska rättigheterna ska fungera.

Sverige har en hög grad av rättssäkerhet. Vi har oberoende tjänstemän med självständig beslutanderätt i sådana frågor som delegerats till dem. Överordnad chef kan inte beordra en tjänsteman hur han eller hon ska besluta i det enskilda fallet om beslutanderätten är delegerad till tjänstemannen.

En annan del av rättssäkerheten är att part i förvaltningsärende alltid har rätt att få insyn och del av alla handlingar i ärendet.

Den tredje rättssäkerhetsgarantin är att medborgarna kan få avgöranden som berör deras rättigheter prövade i domstol. I Sverige är huvudprincipen att man har besvärsmätt över alla förvaltningsbeslut där ens rätt berörs.

En demokratisk stat vilar på principen om alla människors lika värde.

Alla dessa demokratiska garantier utom rösträtten påverkas av offentlig upphandling och privatisering.

Yttrande- och tryckfrihet, församlings- och föreningsfrihet

Yttrande- och tryckfriheten är skyddad i grundlag: tryckfrihetsförordningen, regeringsformen och yttrandefrihetsgrundlagen.

En grundlag gäller bara mot det allmänna, dvs. mellan staten, kommunen, landstinget och medborgarna. En offentliganställd är också medborgare. För denne arbetstagare ger regeringsformen och tryckfrihetsförordningen ett direkt skydd. Stat, landsting och kommun får därför inte hindra sina anställda från att framföra sina åsikter.

När verksamhet övergår till privat regi gäller helt andra regler. Privatanställda får samma tystnads- och lojalitetsplikt som andra privatanställda, trots att verksamheten fortfarande betalas med skattepengar. Skyddet för yttrande- och tryckfrihet, församlings- och föreningsfrihet omvandlas automatiskt till en tystnadsplikt med skyldighet att i varje läge sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget.

Även den offentlige tjänstemannens rätt att själv fatta beslut under lagarna förändras. Som privatanställd har man en sedvanlig lydndsplikt mot sin arbetsgivare och är alltså skyldig att följa arbetsgivarens order om hur man ska besluta så länge ordern inte strider mot lag och goda seder.

Skillnader mellan offentlig och privat verksamhet

Verksamheten hos det allmänna, dvs. stat, kommun och landsting, är huvudsakligen författningsstyrd. Det privata företagens viktigaste styrmedel är avtalet. För det allmänna gäller pliktuppfyllelse under lagarna som mål där de ansvariga straffas om de gör fel. För det privata är drivkraften vinst. Vid avtalsbrott är sanktionen inget nytt avtal eller vid grovt avtalsbrott hävning och skadestånd.

Vid mjuk ”social” verksamhet, som vård av i synnerhet svaga grupper som utvecklingsstörda, psykiskt sjuka och åldringar, är det svårt att mäta verksamheten i objektiva termer. Här får då de olika systemen betydelse. I det avtals- och vinstdrivna privata systemet utgör vinsten som överordnat mål ett hot mot dessa svaga grupper. Det finns ett incitament till att göra vården billig och öka vinsten. Det är inget fullt i det; ett privat företag som inte ger vinst, överlever inte. För att kompensera detta skulle det behövas bättre insyn och kontroll i privat driven offentlig verksamhet än i offentlighetsrättsligt driven. Nu är det tvärtom.

Den vårdade parten i offentlig verksamhet har besvär rätt, klagorätt till JO och JK och automatisk insyn i alla handlingar. Något motsvarande skydd i privat verksamhet finns inte. Skyldigheten enligt förvaltningslagen att lämna vägledning och ta emot besök eller telefonsamtal, rätten till tolk, rätten att använda ombud, hur handlingar ska diarieföras och arkiveras samt rätten att anföra besvär över beslut faller bort när verksamheten övergår i privata händer. Skyldigheten att behandla lika ärenden lika enligt regeringsformen bortfaller. Även arbetsgivarens skyldighet att vid anställning och befordran endast iakttä saktlighet och opartiskhet vid tillsättning av tjänster enligt regeringsformen försvinner.

Offentlighetsprincipen

Allmänna handlingar som inkommit till eller upprättats hos myndighet är offentliga om de inte enligt en särskild bestämmelse i sekretesslagen omfattas av sekretess. En myndighet är skyldig att genast och utan kostnad hålla en offentlig handling tillgänglig för allmänheten. Vid vägran kan medborgarna anföra besvär.

I en privaträttslig organisation, t.ex. ett aktieföretag, saknar allmänheten varje insyn. Det är alltså en grundläggande skillnad mellan en offentlig myndighets skyldighet att tillhandahålla handlingar och ett privaträttsligt subjekts skyldigheter.

Offentlighetsprincipen och kommunala bolag

I kommunala bolag gäller i princip samma regler om allmänna handlingar som hos myndighet. Även om handlingarna är offentliga har personalen inte yttrandefrihet över uppgifter som finns i handlingarna. För anställd i kommunalt bolag gäller samma lojalitets- och tystnadsplikt som för anställd i privata företag.

Förvaltningslagens rättsskydd

I vissa fall då förvaltningsuppdrag överlämnas till privat organ är handlingar offentliga på samma sätt som om verksamheten fortfarande var driven av det allmänna. I inget fall av rent kommunal verksamhet, som t.ex. vid privatisering av sjukhus, åldringsvård eller förskolor, har denna möjlighet till ökad insyn använts. Den kontroll av att offentlighetsprincipen följs som sker genom Justitieombudsmannens och Justitiekanslerns löpande tillsyn gäller inte heller för dessa privata rättsobjekt som tilldelas myndighetsutövning.

Det innebär att myndighetens allmänna informationsskyldighet till medborgare, skyldighet att lämna tolkhjälp etc. inte heller finns hos sådana privata organ som har fått sig myndighetsuppgifter anförtrodda.

Offentliga granskningsorgan

Statliga myndigheter granskas av Justitieombudsmannen, Justitiekanslern och Riksrevisionsverket. Kommunala organ granskas av Justitieombudsmannen. Denna granskning av offentlig myndighet bortfaller när verksamheten övergår i privat regi.

Justitiekanslerns, Justitieombudsmannens och Riksrevisionsverkets tillsynsansvar är begränsat till myndighetsfären.

Rättssäkerhet och insyn genom upphandlingsavtal

Vissa kommuner skriver i upphandlingsavtalen in särskilda rättssäkerhetsgarantier. Det har förekommit att man i upphandlingsavtalen skriver in som villkor att personalen ska ha samma yttrande- och tryckfrihet som om de varit offentliganställda.

Det är bra. Men eftersom bestämmelsen finns i avtal mellan myndigheten och entreprenören kan den enskilde anställda inte stödja sig på ett sådant villkor för att hävda sin rätt. Det är avtalsparternas rättigheter och den anställda är inte avtalspart. Inte heller journalister eller andra med-

borgare kan formellt sett utnyttja denna rättighet.

Det är alltså svårt att i efterhand minska det demokratiska underskott som uppstår genom att verksamhet privatiseras.

Medborgarliga rättigheter genom kollektivavtal

När verksamhet privatiseras träffar de inblandade facken ett inrangeringsavtal med den nye arbetsgivaren. En möjlighet att skydda yttrandefriheten i verksamhet som privatiseras är att i kollektivavtalet lyfta in bestämmelser om att de anställda ska ha samma yttrandefrihet som om de fortfarande var offentliganställda. Vid kyrkans privatisering den 1 januari år 2000 träffades ett sådant avtal.³⁰

Förbättringar i upphandlingssystemet genom lagstiftning

Offentlig upphandling och privatisering är ett sätt att få den offentliga verksamheten billigare och effektivare. När verksamheten väl effektiviserats genom att onödiga byråkrati tagits bort, enklare rutiner skapats etc. återstår i arbetsintensiv verksamhet inget annat att spara på än personalen.

Verksamheten kan då bli billigare genom att folk jobbar mer, tar kortare raster, eller får sämre anställningsförmåner. En av orsakerna bakom de ökade långtidssjukskrivningarna idag kan därför vara det ökade trycket framförallt på offentlig verksamhet att rationalisera på grund av den offentliga upphandlingen. Sådana företagsekonomiska kostnadsbesparingar är inte självklart samtidigt samhällsekonomiska besparingar. Man flyttar kostnaderna från företaget eller den lokala nivån till det sociala systemet, a-kassa, kostnaden för sjukpenning, förtidspensioner etc.

Den socialdemokratiska regeringen söker nu av andra anledningar begränsa privatiseringar när det gäller angelägen social verksamhet, t.ex. akutsjukvård.³¹ Bakgrunden är då att man inte anser sådan verksamhet lämplig att driva i privat regi.

Medborgarnas möjlighet att kontrollera offentlig verksamhet som privatiseras har alltså blivit mycket mer begränsad genom den offentliga upphandlingen. Kommunmedborgaren har överhuvudtaget ingen möjlighet idag att få offentlig upphandling besvärspövd genom det kommunala besvärsinstitutet, laglighetsprövning. Några borgerliga kommuner utnyttjar denna lucka och privatiserar avsiktligt verksamhet på ett olagligt sätt, eftersom det endast är medkonkurrenter, men inte medbor-

gare, som kan komma åt det med rättsliga medel. Den offentliga upphandlingen ses av lagstiftaren som en angelägenhet för anbudsgivare och upphandlande enhet. Den försämrade medborgarkontrollen av offentlig upphandling har bidragit till en rättsosäkrare situation.

Upphandlingskommittén föreslår i sitt betänkande SOU 1999:139 att ett särskilt verk, Konkurrens- och upphandlingsverket, ska inrättas för att övervaka att reglerna i lagen om offentlig upphandling följs. Såväl Konkurrensverket som Nämnden för offentlig upphandling, som skulle ingå i det nya verket, har visat sig utomordentligt marknadsorienterade. Den tillsyn som kommer att ske av upphandlingslagstiftningen kommer knappast att medföra någon typ av medborgerlig kontroll eller social styrning. Det kommer snarare att vrida verksamheten än mer åt det marknadsorienterade hållet.

Förändrad lagstiftning den enda framkomliga vägen

Att idag utan ändring av lagstiftning uppnå en förändring av möjligheterna att använda sig av sociala klausuler i upphandlingsavtal, är en mycket lång och osäker väg. Vid denna översyn är det därför lämpligt att se till att det blir möjligt att ta sociala hänsyn i upphandlingen och öka möjligheterna till demokratisk kontroll och insyn.

Mycket kan också göras genom att fackföreningarna skaffar sig en medveten strategi. De fackliga organisationerna kan påverka framtiden såväl genom att kräva förändringar i kollektivavtal, vid medverkan i medbestämmandeförhandlingar om offentlig upphandling och genom politiskt arbete. Huvudmålet för detta fackliga arbete är mycket lätt att fastställa. *I offentlig upphandling får social dumping aldrig vara ett konkurrensmedel.*

Förändring av lagen om offentlig upphandling

Vid urval av anbud kan man antingen välja det anbud som har lägst anbudspris eller det som är ekonomiskt mest fördelaktigt. I lagtexten har ordningen mellan dessa ändrats så att det ekonomiskt mest fördelaktiga har lyfts fram som första alternativ. Det ger emellertid en mycket begränsad effekt.

Huvudregeln om affärsmässighet i lagen om offentlig upphandling³² har ansetts utgöra hinder för att man vid upphandlingen ställer sociala krav. Denna regel om affärsmässighet har av domstolarna kombinerats med de i lagtexten³³ uppräknade krav som får ställas på leverantören. Det

har medfört att domstolarna i stort ansett det uteslutet att ytterligare krav får ställas.

Sverige har härigenom ensidigt begränsat möjligheterna att ställa sociala villkor vid offentlig upphandling. Det medför att det ur samhälls- och synpunkt mest förmånliga alternativet inte alltid kan utnyttjas. Det är inte bra. Regeln om affärsmässighet bör därför tas bort. Så som den tolkats av domstolarna medför den att andra viktiga samhälls- och hänsyn inte beaktas vid offentlig upphandling.

ILO-konvention nr 94³⁴ om sociala klausuler tillkom för att undvika social dumping vid offentlig upphandling. I Sverige motsätter sig SAF numera varje ratificering av ILO-konventioner. Möjligheterna att få denna konvention ratificerad är därför liten. Men man kan uppnå samma effekt genom att i lagen om offentlig upphandling föra in regler som är en del av regelverket i ILO-konventionen. Under bestämmelserna om vilken leverantör som kan uteslutas³⁵ kan man föra in ytterligare regler som anknyter till konventionen. Leverantör som inte uppfyller konventionens krav skulle då också kunna uteslutas.

Lagen om offentlig upphandling ger exempel på vad den upphandlande enheten kan använda för kriterier när man bestämmer vad som från ekonomisk synpunkt är mest fördelaktigt.³⁶ Till dessa exempel skulle man kunna lägga uppfyllande av krav i lagstiftning avseende etnisk tillhörighet, könsdiskriminering och särskilda sociala krav.

Idag kan den upphandlande enheten begära att anbudsgivare anger vilka underleverantörer han ska utnyttja. Däremot framgår det inte av lagen att en leverantör kan uteslutas på grund av att underleverantören inte uppfyller kraven i lagen om offentlig upphandling. Lagen bör kompletteras med sådana regler.

Även när det gäller offentlighet kan man genom lagstiftning uppnå förbättringar. Sekretesslagen 1 kap. 9 § innehåller bestämmelser om att handlingar hos kommunalt bolag är allmänna och offentliga på samma sätt som hos myndighet. Den bestämmelsen kan kompletteras med att samma krav gäller vid offentlig upphandling som till minst 50 % finansieras med offentliga medel. Det ska då anges i förfrågningsunderlaget så att den som lägger anbud är medveten om att offentlighet gäller i verksamheten.

Förändringar i medbestämmandelagen

I verksamhet som har upphandlats enligt lagen om offentlig upphandling och som finansieras till mer än 50 % med offentliga medel ska arbetstagaren ha samma skydd för sina medborgerliga fri- och rättigheter som om han eller hon varit offentliganställd. Medbestämmandelagen bör kompletteras med en sådan bestämmelse. Detta kan vara ett första steg. Inget hindrar att man går vidare med offentligheten t.ex. till friskolor och sjukvårdsverksamhet som finansieras med offentliga medel på annat sätt än genom upphandling.

Bestämmelserna i 8 § medbestämmandelagen om föreningsrätt ska kompletteras så att det anses som en kränkning av föreningsrätten om arbetsgivare vid anställning diskriminerar någon på grund av hans föreningsstillhörighet.

Förändringar i anställningsskyddslagen

Anställningsskyddslagen ändras så att reglerna i 6 b § även omfattar tillfällena när arbetsuppgifter i samband med upphandling enligt lag om offentlig upphandling övergår till annan arbetsgivare. Detta ska gälla även om förutsättningar i övrigt för övergång av ett företag, en verksamhet eller del av verksamhet från en arbetsgivare till en annan inte är uppfyllda.

Förbättringar genom kollektivavtal

Formerna för kollektivavtalsreglering idag underlättar social dumping. Sådana bättre förmåner som lägre pension, bättre semester och ledighetsbestämmelser försvinner automatiskt om det i privat verksamhet gällande avtalet inte skyddar dessa. Det gör det i regel inte.

I de inrangeringsförhandlingar som normalt sker brukar dessa förmåner regleras men i regel trappas av efter en viss övergångstid. För de som nyanställs gäller det nya sämre avtalet i regel rakt av.

Detta passiva sätt att avskaffa anställningsförmåner innebär egentligen att social dumping premieras. Det blir billigare att driva verksamheten under det nya avtalet vilket medför att de anställda genom en försämring av sina anställningsförmåner finansierar en kostnadsänkning för stat och kommun. Den sociala dumpingen får även smitteeffekter på de offentliganställdas avtal. I konkurrensutsatt verksamhet blir det jämförelsevis dyrare att ha egen personal anställd. Effekten blir att även de offentliganställda måste sänka sina löner för att klara de nya kostnads-

kraven.

I regel är den fackliga organisationen bunden av fredsplikt i dessa inrangeringsförhandlingar. Det är ingen bra eller nödvändig ordning. Avtalsförhållandet ska genom bestämmelse i avtalet bringas att upphöra i samband med att verksamhet övergår till annan huvudman. Det är den ena möjligheten att garantera förmånerna vid övergång.

Den andra möjligheten är att i det vanliga riksavtalet som gäller i den privata verksamheten införa en garantibestämmelse som skyddar de förmåner som övergående arbetstagare har. I det avtalet bestäms vidare att överenskommelse i inrangeringsförhandlingar kan ske om anpassning av dessa bestämmelser. En sådan reglering fungerar så att den tvingar fram överenskommelser där den fackliga organisationen sitter i en bättre förhandlingsposition än vad den gör idag. Blir man inte överens gäller den gamla förmånliga regleringen, mot i dag tvärtom.

För övergång mellan olika entreprenörer som tillhör olika avtalsområden bör avtalet innehålla garantier om minst oförändrade anställningsförmåner och att anställda som sysselsatts i den tidigare verksamheten har rätt att gå över till den nya huvudmannen.

När övergång sker inom kollektivavtalsområdet ska man tillförsäkra de anställda minst samma förmåner som de hade i sin tidigare anställning.

Kollektivavtalen kan också kompletteras med en bestämmelse om att anställda ska ha samma skydd för sin yttrande- och meddelarfrihet som skulle ha tillkommit dem om de varit offentliganställda i verksamhet eller del av verksamhet som till minst 50 % finansieras genom offentliga medel.

Förbättringar genom medbestämmandeförhandlingar

Arbetsgivare som ska lägga ut sin verksamhet på entreprenad är i regel skyldig att förhandla före beslutet. Hos den arbetsgivare som ska lägga anbud på entreprenaden kan det finnas en motsvarande förhandlingskyldighet. Båda dessa typer av medbestämmandeförhandlingar är ett bra medel att påverka utformningen av upphandlingen.

Vid förhandling hos den offentlige upphandlaren är verksamheten en del i arbetsgivarens beredning av upphandlingen. Det medför att de fackliga företrädarna omfattas av samma sekretess som gäller för den upphandlande enheten. Sekretessen gäller dock inte mot facklig företrädare när anbudsgivaren är skyldig att lämna information enligt medbe-

stämmandelagen eller arbetsmiljölagen. Den facklige företrädaren får utan hinder av tystnadsplikt lämna uppgiften vidare till ledamot i fackets styrelse. Han får också utnyttja uppgiften på sätt som krävs i hans uppdrag. För uppgift i offentlig upphandling gäller meddelarskydd. Det innebär att om uppgiften kommer ut till pressen får arbetsgivaren inte efterforska vem det är som har lämnat uppgiften.

När en entreprenör utarbetar anbudshandlingar finns det ett väl motiverat behov av sekretess. När information lämnas enligt 19 § medbestämmandelagen har arbetstagarorganisationen inte rätt att ta del av anbudsunderlaget förrän beslutet i anbudet är klart. Rätten till insyn vid medbestämmandeförhandling enligt 11 och 38 §§ medbestämmandelagen är dock sannolikt starkare än informationsskyldigheten enligt 19 §.

Förhandling enligt medbestämmandelagen hos den offentlige upphandlaren

Ett beslut om att verksamhet ska drivas på entreprenadbasis sker i flera steg:

- principbeslut i budgetberedning,
- utredning om verksamheten ska drivas i egen regi eller på entreprenad,
- principbeslut om entreprenad och närmare utformning av hur denna ska arrangeras och slutligen,
- beslut om vilken entreprenör som ska anlitas.

De två första stadierna är sådana att den fackliga organisationen har ett naturligt intresse av att delta i beslutsberedningen. De privatiseringar som skett under de senaste åren har varit så politiskt styrda att de inte ens behandlats i budgetprocessen. Även om så är fallet har den fackliga organisationen rätt till förhandlingar under den inledande fasen.

Den fackliga organisationen kan motverka social dumping vid upphandlingen. Det gäller sådana villkor som personaltäthet, kvalitetsvillkor, skyldighet att ta över personal etc. Förhandlingen ska ske redan när frågan bereds i fackorganen.

Innan en arbetsgivare sedan beslutar att låta någon utföra visst arbete för hans räkning är han skyldig att förhandla (enligt 38 § medbestämmandelagen). Medbestämmandelagen ger arbetstagarorganisationen en mycket stark förhandlingsposition när det gäller att utreda en tilltänkt entreprenörs förhållanden. Möjligheten att lägga veto, dvs. förbjuda

arbetsgivaren att använda sig av en viss entreprenör, är emellertid begränsad vid offentlig upphandling. Då får endast i upphandlingslagen angivna förhållanden hos anbudsgivaren användas som grund för veto, t.ex. konkurs, näringsförbud, brottslig verksamhet, obetalda skatter etc. En viktig del i medbestämmandeförhandlingarna är att se till att dessa uppgifter blir ordentligt belysta. Om arbetsgivaren inte lämnar de begärda uppgifterna ska facket begära ajournering av medbestämmandeförhandlingarna så att man själv kan kontrollera dem. Det är den centrala fackliga organisationen som kan lägga veto.

I dessa förhandlingar är samverkan för facklig bevakning ett viktigt moment. I de fall entreprenören saknar kollektivavtal ska kontakt ske med den organisation som normalt organiserar de anställda i sådan verksamhet. Bevakning av att det endast är kollektivavtalsbundna företag som anlitas blir i stor utsträckning en lokalt viktig fråga för de fackliga organisationerna på de upphandlande enheterna.

Om icke kollektivavtalsbunden arbetsgivare anlitas ska den organisation som normalt organiserar sådan verksamhet ställa krav på kollektivavtal. För att genomdriva sådana krav kan sympatiåtgärder ske hos den upphandlande enheten.³⁷ När väl sådana sympatiåtgärder genomförs någon gång kommer arbetsgivaren i fortsättningen att vara ganska noggrann med att kontrollera att anbudsgivaren verkligen har kollektivavtal.

Noter

6. Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139 sid. 56.

7. Svante Nycander, *Kriget mot fackföreningarna – en studie av den amerikanska modellen*; SNS Förlag 1998. Läs gärna denna bok, den innehåller en suverän beskrivning av vad som händer när man släpper jurister lösa för att bestämma ett lands framtid. Resultatet är verkligen avskräckande.

8. Kammarrättens i Stockholm dom 1995-03-28, mål nr 1713-1995 Eva Geidenmark med firma Scan Mobil.

9. Finansutskottets betänkande 1997/98: FiU 7.

10. Ändring av 1 kap. 22 § LOU proposition 1996/97:153.

11. Mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV ./.. Holland 1988 ECR 4635 och mål C-225/98 Kommissionen mot Frankrike.

12. Danmark fälldes av EG-domstolen vid bygget Stora bältbron för ett sådant villkor, mål C234/89 Kommissionen ./.. Danmark 1993 ECR I-3353.

13. Mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV./.. Holland 1988 ECR 4635.

14. Rush Portuguesa C-113/89 (1990 ECR I-1417).
15. Utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, 96/71/EG.
16. SFS 1999:678.
17. Bestämmelserna finns i den svenska lagstiftningen LOU 3 kap. 24 § och 4 kap. 31 §.
18. Kammarrättens i Stockholm dom 1995-03-28, mål nr 1713-1995 Eva Geidenmark med firma Scan Mobil.
19. Effektivare offentlig upphandling, SOU 1999:139.
20. Enligt 28 § MBL.
21. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter intaget i 6 b anställningsskyddslagen och 28 § MBL.
22. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.
23. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.
24. Proposition 1950 nr 188 sid. 7 o f.
25. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.
26. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.
27. 7–9 §§ medbestämmandelagen.
28. Jfr Gustafssonmålet.
29. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.
30. Se bilaga i slutet av rapporten.
31. Propositionen Sjukhus med vinstsyfte som regeringen överlämnat till riksdagen.
32. Lagen om offentlig upphandling 1 kap. 4 §.
33. 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ LOU
34. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.

35. 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§.

36. I 1 kap. 22 § lag om offentlig upphandling.

37. Observera att lagen om offentlig anställning förbjuder sympatiåtgärder vid myndighetsutövning eller sådan verksamhet som är oundgängligen nödvändig för myndighetsutövning. Lag (1994:460) om offentlig anställning 23 §.

Fackliga mål för offentlig upphandling och privatisering

1990-talet blev ett förlorat årtionde från arbetstagarnas synpunkt. Det gäller inte bara de svenska arbetstagarna utan arbetstagarna i hela den industrialiserade delen av världen. Anställningsförmåner och socialt skydd har försämrats samtidigt som inkomstspridningen har ökat. Det har skett en stor förmögenhetsöverföring till banker, kapitalförvaltare och enskilda kapital- och aktieägare. De bakomliggande grunderna till denna förändring av maktrelationen arbete/kapital är inget ämne för denna skrift. Däremot har såväl offentlig upphandling som privatisering hjälpt till att försämma arbetstagarnas positioner.

Dessa angrepp på arbetstagarnas förmåner och rättigheter är knappast någon slump. Det beror på de bakomliggande ideologier som styrt offentlig upphandling och privatisering. Det är många olika faktorer som medverkat här till. Vi ska granska några.

EG-rätten och social dumping

EG-rätten kan långsiktigt bli ett mäktigt vapen mot fackliga mål. Men så är det inte nu. Tvärtom har EG-rätten i vissa fall förstärkt arbetstagarnas positioner, i synnerhet i länder med svagt skydd för arbetstagarnas rättigheter, t.ex. England.

Men reglerna för offentlig upphandling, som styrs av EG-rätten, har övergripande mål som är rent ekonomiska. Dessa mål återfinns i EG-rättens grundfördrag, Romfördraget. De är:

- fri rörlighet för kapital,
- fri rörlighet för företag,
- fri rörlighet för arbetskraft, och
- fri rörlighet för varor över EG-staternas gränser.

Det sociala skyddet är ingen viktig del av grundfördraget. Det är i

huvudsak påhängt i efterhand. EG-kommissionens tidigare ordförande Jacques Delors uttryckte detta bristande sociala innehåll målande med den provokativa frågan: ”Vem kan bli förälskad i en inre marknad?”³⁸ Konkurrensrätten, som har nära samband med upphandlingsrätten, är det allra mäktigaste instrumentet inom EG-rätten.

Men i dag ger EG-rätten inget stöd för den sociala nedrustning som följer i spåren på den offentliga upphandlingen i Sverige. Det är en följd av en politisk styrning där man utnyttjat EG-rätten som ett kamouflage för att försämra villkoren för anställda inom såväl den offentliga som den privata sektorn.

Juridiken kan dölja försämringar för arbetstagarna

Juridiken är det viktigaste uttrycket för maktrelationerna i ett samhälle. Ända sedan landskapslagarnas tid har den dessutom varit ett av medlen i den ständiga kampen mellan fattig och rik eller lön och kapital. Intresseförskjutningar mellan arbetsgivare och arbetstagare är politiskt känsliga. Ingen politiker vill gå ut och säga: ”Vi vill göra det bättre för arbetsgivarna men det medför samtidigt att det blir sämre för arbetstagarna.” Försämringar genom lagstiftning döljs därför ofta bakom andra beteckningar som flexibilitet, den nödvändiga anpassningen till marknaden, de tvingande kapitalrörelserna etc.

Men det går också kamouflera försämringar under en juridisk dräkt. EG-rätten styr offentlig upphandling. Den är luddig och ger stort utrymme för politiska värderingar. Om en kunnig jurist säger att EG-rätten kräver det ena och det andra är det få som kan säga emot.

De flesta jurister är dessutom konservativa och samhällsbevarande. När rättsläget är oklart kan juristen då tolka rätten på ett sätt som kan bli oförmånligt för arbetstagarna. Man kan inte frigöra sig från intrycket att denna möjlighet användes i stor utsträckning när EG-rättens nya upphandlingssystem planterades in i den svenska miljön.

Ett exempel: 1976 års stora arbetsrättsreform, medbestämmandelagen, medförde att facket fick rätten att avvisa en skum entreprenör. Rätten att förbjuda arbetsgivaren att använda sig av en skum entreprenör genom s.k. fackligt veto³⁹ var ett mycket stort ideologiskt genombrott. Det är det enda exemplet där arbetstagarna genom lag fick rätt att besluta i en företagsledningsfråga. I övrigt medförde medbestämmandelagen – om man bortser från reglerna om fackets tolkningsföreträde – mest kosmetiska förändringar.⁴⁰

SAF blev rosenrasande. Arbetsledningsrätten och företagsledningsrätten var heliga. När därför den borgerliga regeringen trädde till 1991 hade SAF ett helt färdigt program för hur man ville ”reformera” arbetsrätten. Den borgerliga regeringen avskaffade bl.a. facketes vetorätt.

När den socialdemokratiska regeringen åter kom till makten 1994 lade arbetsmarknadsminister Leif Blomberg sina återställare på riksdagens bord. I propositionen hade vetorättsbestämmelsen samma lydelse som den haft innan den borgerliga regeringen tog bort dem. Under riksdagsbehandlingen föreslog lagrådet justeringar av vetorätten. På det offentliga området fick de fackliga organisationerna bara lägga veto som överensstämde med de regler som fanns i lagen om offentlig upphandling pga. EG-rätten. Förändringarna accepterades av riksdagen. Den från facklig synpunkt vassaste bestämmelsen i hela medbestämmandelagen avväpnades därigenom på hela det offentliga området. Kan det vara en slump?

Nej, det finns i EG-rätten inget som förhindrar att fackliga aspekter beaktas vid upphandling. Exemplet visar hur konservativa jurister genom att tolka EG-rätten på ett för arbetstagarna oförmånligt sätt kan förskjuta maktbalansen.

Problemet med denna hjälpande hand är att juridiken är ett sätt att dölja motsättningar. När lagrådet objektivt och fint formulerade att vetorätten kom i konflikt med EG-rätten var det ingen som opponerade sig mot detta. Man trodde det var en nödvändig följd av EG-rätten, som är överordnad till och med den svenska grundlagen. Inte ens Vänsterpartiet, som man tycker borde ha reagerat med ryggmärgen, protesterade.

Självklart gjorde inte juristerna i lagrådet detta av illvilja. De var sannolikt övertygade om att de gjort en korrekt tolkning av EG-rätten. Men det förändrar inte läget. Det är en politisk värdering som ligger bakom försämringarna i vetorätten. Departementets lika skickliga jurister kom ju t.ex. fram till en motsatt ståndpunkt när de skrev propositionen.

Privat är fint

Under 1990-talet skedde det en stor förändring av det ideologiska klimatet. I Sverige gick den över hela partiskalan, från Moderaterna till Vänsterpartiet. Idén om folkhemmet och samförståndslösningar mellan arbetsmarknadens parter hade under 40-, 50- och 60-talen i princip omfattats av hela skalan av partier ända ut till Folkpartiet. Nu vände

utvecklingen. Det privata initiativet var den viktigaste drivkraften för att förbättra samhället. Privatisering har blivit ett mål i sig även vid sidan av att uppnå en effektivare förvaltning eller vård. Det har till och med gått så långt att de borgerliga partierna i ett trettio-tal kommuner i Sverige av ideologiska skäl vill privatisera socialbidragsverksamheten.

Motsatsen, att gå samman för att uppnå någonting gemensamt, har blivit något fult. Kollektivavtalet, som är ett av de mest grundläggande uttrycken för solidariskt gemensamt agerande för att uppnå mål mot en stark motpart, påstås förhindra individens utveckling.⁴¹

Fackföreningarna goda administratörer, dåliga ideologer

De fackliga organisationerna i Sverige kan inte svära sig fria från ansvar i processen. Fackförbunden är skickliga och effektiva förvaltningsapparater för att tillvarata medlemmarnas rättigheter. Men den ideologiska inriktningen går numera mest på ryggmärgsinstinkter från ”gamla dar”.

Med några få undantag har ingen av de fackliga organisationerna ställt upp mål för hur man vill forma framtidens samhälle för sina medlemmar. SAF:s skickliga propagandaapparat har därför fått mycket större genomslag än vad som hade varit nödvändigt, om de fackliga organisationerna själva formulerat sådana mål.

Trots den fackliga styrkan (i Sverige över 80 % organisationsgrad) har vi därför fått kraftiga försämringar för arbetstagarna och de fackliga organisationernas möjlighet att verka för de enskilda arbetstagarnas ställning på arbetsplatsen.

Några exempel:

- Uthyrning av arbetskraft blir tillåten efter att ha varit förbjuden sedan 30-talet. Det medför en kraftig urholkning av det skydd för anställningen och fackets möjligheter att tillvarata deras rättigheter som ligger i själva arbetstagarbegreppet.
- Företagshemlighetslagen, eller Munkorgslagen som den kallas med ett bättre namn, kommer 1991. Den medför en förstärkning av den redan omfattande tystnadsplikt som Arbetsdomstolen fastlagt genom utformningen av det s.k. lojalitetsbegreppet.
- Anställningsskyddet minskar alltmer genom upprepade försämringar av anställningsskyddslagen. Det sker bl.a. genom ökade möjligheter för arbetsgivaren att använda osäkra anställningar. Antalet varianter av tidsbegränsad anställning har ökat från 3 när

LAS kom 1974 till 11. Den sista varianten kom 1997 och har det förledande namnet överenskommen visstidsanställning. 50 % av LO:s unga kvinnor är nu tidsbegränsat anställda.

- Löneskyddet vid konkurs skars ner med 75 %.
- Regeringen har från den 1 juli år 2000 skärpt reglerna för konflikträtten i helt oträngt läge.

Dessa försämringar har genomförts av såväl socialdemokratiska som borgerliga regeringar under de sista tio åren. Frånsett försämringarna i anställningsskyddslagen har facket i stort hållit sig tyst.

På det rent fackliga planet har det skett en kraftig ökning av individuella löner såväl på LO-sidan som på tjänstemannasidan. Det försvårar solidariskt arbete på arbetsplatserna. Det har till och med gått så långt att LO-arbetare på storföretag i Sverige (ABB) har hemliga löner.

Det är nödvändigt att fackföreningsrörelsen formulerar mål både för den övergripande verksamheten och för enskilda företeeser i samhället. I fortsättningen ska vi här försöka skissa på mål när det gäller facklig verksamhet i samband med offentlig upphandling och privatisering.

Fackliga mål mot social dumping vid offentlig upphandling

Social dumping är när företagen konkurrerar med försämrade anställningsvillkor som medel. Sådan konkurrens har inte bara möjliggjorts genom offentlig upphandling, utan rättsutvecklingen har aktivt förhindrat spärrar mot social dumping av anställningsvillkoren.

Social dumping kan aldrig accepteras

Från facklig synpunkt kan social dumping aldrig accepteras som ett medel att få offentlig verksamhet billigare. Det kan tyckas vara ett självklart mål, men att s.k. besparingar vid offentlig upphandling sker genom försämrade anställningsförmåner är vanligt. Det kan gälla sämre pensionsvillkor, sämre semesterbestämmelser och sämre reglering av de anställdas arbetstid och övriga förmåner.

Att undvika social dumping vid övergång från offentlig till privat verksamhet är svårt. De anställda byter ofta såväl fackförbund som kollektivavtal. Den privata arbetsgivaren är då oftast redan bunden av ett avtal för den privata marknaden som automatiskt ger försämringen av anställningsförmåner. Men ett så självklart fackligt mål som att social dumping aldrig får vara ett medel att förbilliga offentlig verksamhet kan och får inte stupa på tekniska frågor.

Offentlig upphandling får inte försämra den demokratiska kontrollen över samhället

Syftet med att överföra offentlig verksamhet i privata händer är från samhällets synpunkt att få den billigare och effektivare. Från anbudsgivarens utgångspunkt är det att tjäna pengar. När offentlig verksamhet ska drivas för att ge vinst är vinstsyftet ytterligare ett mål utöver de krav som det allmänna ställer upp. Detta mål kan komma i konflikt med samhälleliga mål, t.ex. vikten av att åldringar vårdas under ett socialt omhändertagande som är försvarligt. God social omsorg kostar pengar. Vinstintresset kommer ofta i konflikt med sådana sociala mål.

När social verksamhet drivs i offentlig regi finns det regler som ger god möjlighet till offentlighet och annan demokratisk kontroll. Om man inför vinstintresse som ett konkurrerande mål med de samhälleliga målen, talar det för att den demokratiska kontrollen måste öka. Så är emellertid inte fallet när verksamhet privatiseras idag. Den demokratiska kontrollen vid överföring av verksamhet från offentlig till privat regi försämras. Det lagliga skyddet för de anställdas demokratiska rättigheter på arbetsplatsen som yttrandefrihet, föreningsfrihet etc. försvinner. Offentliga handlingar blir privata handlingar.

Den fackliga inriktningen bör därför vara att den demokratiska kontrollen ökar när vinstintresset tillkommit som mål. I varje fall bör den demokratiska kontrollen och skyddet för de anställdas fri- och rättigheter behållas oförändrade.

Offentlig upphandling får inte försämra medborgarnas rättssäkerhet

Rättssäkerheten i offentlig förvaltning är hög. Den är viktig för att tillgodose en rättvis och god offentlig service. Rättssäkerheten och den sociala omsorgen för den som använder offentlig verksamhet, t.ex. vård, skola och omsorg, ska vara likvärdig oavsett om verksamheten drivs i privat eller offentlig regi. Så är det inte idag.

Den enskilde medborgarens kontrollmedel i form av insyn, besvärsmått och kontroll av offentliga myndigheter som JO och JK genomför förutsätter att verksamheten drivs i offentlig regi. Vid privatisering försvinner större delen av detta skydd.

Att bevara offentlig verksamhet under demokratisk kontroll är ett fackligt mål som går in under 1 § i LO-förbundens normalstadga, att främja ett demokratiskt samhälle.

Noter

38. SvD 2000-07-09.

39. 38–40 §§ MBL.

40. Närmare om dessa regler i upphandlingssammanhang se avsnitt Entreprenadförhandlingar och veto, sid. 151.

41. Till och med i Postens tidning annonserar Näringslivets serviceorganisation om samförstånd istället för kollektivavtal. (Du & Co. 2000 nr 3.)

Lagstiftning om offentlig upphandling

Offentlig upphandling, ett mäktigt förändringsvapen

Under hela 1900-talet har det i Sverige funnits regler för att tillgodose behovet av offentlighet och rättssäkerhet vid upphandling och för att undvika missbruk. Den lag som gäller nu är lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU).

Stat, kommuner och landsting, inkl. de kommunala bolagen, köper varje år varor och tjänster för stora belopp. 1997 var det 400 miljarder kr⁴². Genom den offentliga upphandlingen kan man därför styra en stor del av det privata näringslivet.

Offentlig upphandling är ett av de mäktigaste vapnen som den politiska makten har för att förändra samhället. Egentligen borde det därför vara en omstridd politisk fråga. I Sverige är det inte så. Där har man enbart sett till tekniken att samhället ska få en upphandling som inte påverkas av ovidkommande intressen som t.ex. mutor eller anbudskarteller och att upphandlingen sker till så lågt pris som möjligt. Också det är mycket viktiga samhälleliga mål. Men då missar man en viktig möjlighet att påverka den sociala utvecklingen.

Lagarna om offentlig upphandling

Utöver lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU) finns det ytterligare två lagar som reglerar upphandling: lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt upphandlingsbeteende och konkurrenslagen (1993:20).

Konkurrenslagen är i stort en kopia av motsvarande EG-lagstiftning. I upphandlingssammanhang är det framförallt förbuden mot konkurrensbegränsande samarbete och missbruk av dominerande ställning som har betydelse. Dessa bestämmelser⁴³ innebär att om två företag träffar avtal om samarbete i syfte att begränsa konkurrensen är ett sådant avtal ogiltigt. Företagen kan dessutom få betala stora skadestånd. Samma gäl-

ler om ett företag missbrukar sin dominerande ställning för att begränsa konkurrensen.

Den andra svenska lagen av intresse är lagen om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.⁴⁴ Om en kommunal eller statlig upphandlare diskriminerar ett företag i förhållande till ett annat företag eller till verksamhet som staten eller kommunen själv bedriver granskas detta av Konkurrensverket. Konkurrensverket kan ansöka hos Marknadsdomstolen om förbud mot ett upphandlingsbeteende enligt lagen. Även konsument- eller näringslivsorganisation eller företag som berörs av upphandlingen kan göra en ansökan hos Marknadsdomstolen. Marknadsdomstolen kan då förbjuda kommunen eller staten att bete sig på det sättet. Förbudet kan förenas med vite, alltså ett slags böter som utkrävs om man bryter mot förbudet.

Lagen om otillbörligt upphandlingsbeteende är tandlös. Om kommunen eller staten helt struntar i att påbörja upphandlingsförfarande enligt lagen om offentlig upphandling, kan det inte angripas enligt lagen. Lagen är dessutom endast till för att tillgodose övriga anbudsgivare, inte några allmänna intressen.

Lagen om offentlig upphandling (LOU) överensstämmer i stort med fyra EG-direktiv som bestämmer hur medlemsstaterna ska sköta offentlig upphandling över de s.k. tröskelvärdena. Det rör sig alltså om upphandling som är av lite större omfattning. I Sverige har lagstiftaren valt att ha ungefär samma regler, fast lite förenklade, också under tröskelvärdena.

EG-direktiv är en EG-lagstiftning som varje land får översätta till det egna landets lagar. Sverige har valt att göra det genom att lägga ihop de fyra olika direktiven plus några tolkningsdirektiv i en lag och samtidigt hänga på lite egna bestämmelser.

När LOU kom ersatte den upphandlingsförordningen.⁴⁵ Upphandlingsförordningen stadgade att en myndighet vid upphandling skulle utnyttja de konkurrensmöjligheter som fanns och även i övrigt iakttä affärsmässighet (3 § upphandlingsförordningen). Denna bestämmelse om affärsmässighet skiljer den svenska lagstiftningen från EG-rätten. Danmark har valt att endast hänvisa till de fyra upphandlingsdirektiven och tilläggsdirektiven.

Lagen om offentlig upphandling (LOU) är en omfattande lag. Om man ser denna mycket omfattande rättsliga reglering kan man tro att medborgarintresset är ordentligt skyddat genom upphandlingslagstiftningen. Så är det emellertid inte.

Reglerna i lagen om offentlig upphandling har samma ändamål som motsvarande EG-lagstiftning. EG-lagstiftningen syftar till att skydda den fria rörligheten inom den inre marknaden mot diskriminering av rörlighet över gränserna för varor, kapital, företag och arbetskraft. Skyddet är uppbyggt från EG-rättslig synpunkt, dvs. att skydda konkurrerande anbudsföretags intressen. EG-rätten har alltså inga medborgerliga eller offentligrättsliga skyddsaspekter. Trots att LOU är en mycket omfattande lag, ger den därför ett mycket dåligt skydd för allmänhetens insyn och kontroll.

Även i övrigt vid privatisering av offentlig verksamhet är regleringen ett lapptäcke där medborgarintresset är svagt skyddat. Förenklat kan man säga att offentligrättslig reglering ersätts med en avtalsrättslig reglering där medborgarens, elevens eller vårdtagarens offentligrättsliga skydd är kraftigt försvagat jämfört med när verksamheten drivs av stat, landsting eller kommun.

Även de anställdas intressen, lön och anställningsvillkor, har ett svagt skydd. I själva verket motverkar den svenska tillämpningen av upphandlingsreglerna ett socialt skydd för arbetstagarna vid offentlig upphandling.

Lagen om offentlig upphandling

Upphandlingsdirektiven och lagen om offentlig upphandling

Den svenska lagstiftaren har valt att göra ett allmänt inledningskapitel med allmänna regler och sedan göra ett kapitel för varje saktid direktiv.

Lagen om offentlig upphandling är uppbyggd kring fyra EG-direktiv, tjänstedirektivet (92/50/EG), varudirektivet (93/36/EG), bygg- och anläggningsdirektivet (93/37/EG) och försörjningsdirektivet (93/8/EG).

Fyra av kapitlen i lagen om offentlig upphandling är ett försök till en direkt översättning av de fyra upphandlingsdirektiven.

Varuupphandling är inte särskilt definierat i EG-direktivet (2 kap.).

Byggdirektivet gäller upphandling av bygg- eller anläggningsarbete även om detta kombineras med andra arbetsuppgifter (1 kap. 5 §, 3 kap. LOU).

Försörjningsdirektivet gäller upphandling inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationsområdena (4 kap.).

Tjänstedirektivet gäller upphandling av tjänster som inte ligger under något av de andra direktiven. Vissa typer av upphandling är undantagna,

bl.a. anställningsavtal, TV-produktion, telefoni etc.

Därutöver finns det två direktiv som bestämmer hur direktiven ska behandlas rättsligt, *Rättsmedelsdirektiven*.⁴⁶

LOU:s uppbyggnad

Direktiven syftar till att skydda handeln över gränserna. För att få det praktiskt hanterligt har man bestämt att upphandlingen måste ha en viss omfattning för att EG-reglerna ska klippa till, dvs. upphandlingen måste gälla belopp som ligger över de s.k. tröskelvärdena. Tröskelvärdena är olika för de olika direktiven.

Den svenska lagstiftaren har emellertid valt att göra lagen om offentlig upphandling tillämplig också under tröskelvärdena. Under tröskelvärdena gäller reglerna i 6 kap. Upphandlingen kan då göras genom förenklad upphandling. Under tröskelvärdena får man också göra s.k. direktupphandling, dvs. den upphandlande enheten tar direkt kontakt med den som ska sälja varan eller tjänsten.

Olika typer av upphandling

Lagen om offentlig upphandling är över tröskelvärdena tvingande EG-rätt. Om svenska myndigheter eller domstolar inte följer EG-rättens tvingande regler kan kommissionen stämma Sverige till EG-domstolen. Tröskelvärdet är olika i de olika direktiven. Det är lägst i varudirektivet. För kommunala myndigheter är det 20 000 Euro eller särskilda dragningsrätter, vilket är mellan 8 och 9 gånger mer i svenska kronor. Det högsta tröskelvärdet gäller för upphandling av byggentreprenader och är då det lägsta av 5 000 000 Euro eller särskilda dragningsrätter. Även beräkningen av tröskelvärdena är en liten vetenskap för sig.

Vid upphandling över tröskelvärdena finns det tre upphandlingsförfaranden, öppen, selektiv och förhandlad upphandling. Under tröskelvärdena får den upphandlande enheten använda förenklad upphandling och direktupphandling. Förenklad upphandling är upphandling där alla leverantörer har rätt att delta. Deltagande leverantörer ska lämna skriftligt anbud. Den upphandlande enheten får förhandla med en eller flera anbudsgivare.

Direktupphandling är upphandling utan infordrande av skriftligt anbud.

För förhandlad upphandling över tröskelvärdena gäller olika regler för de olika direktiven. Huvudregeln är att det endast får användas för-

handling med anbudsgivare när det uttryckligen är angivet i direktiven. Förhandlad upphandling ska ske med alla anbudsgivare eller efter annons där man meddelar att man avser att ha förhandlad upphandling. Det blir då fem olika typer av upphandling:

- *Öppen upphandling*. Upphandlingen annonseras. Alla leverantörer som i tid begär att få förfrågningsunderlaget har rätt att få detta och också rätt att lämna anbud.
- *Selektiv upphandling*, vilket innebär att den upphandlande enheten först annonserar och anger vilka krav man ställer på leverantören och på vilka sätt leverantören kan visa att han uppfyller kraven. Därefter väljer den upphandlande enheten ut dem som uppfyller kraven och gör ett urval bland anbudssökandena. Valet ska göras objektivt. Dessa företag inbjudes sedan att lämna anbud.
- *Förhandlad upphandling*, vilket innebär att den upphandlande enheten direktförhandlar med dem som lämnat anbud efter annonsering. Förutsättningen för förhandlad upphandling är att anbuden är ofullständiga i förhållandena till de krav som den upphandlande enheten ställt eller att den är tillåten enligt direktivet. Förhandlad upphandling är endast tillåten i vissa fall.
- *Förenklad upphandling*, som i princip omfattar alla reglerna i lagen om offentlig upphandling (LOU), men upphandlingen behöver inte utannonseras under tröskelvärdena.
- *Direktupphandling*. Man köper varan eller tjänsten direkt av leverantören och förfarandet behöver alltså inte vara skriftligt.

Schematisk bild av upphandlingsgången

Kontraktsvillkor

Upphandlingen inleds med annonsering. Annonsen får inte sättas in i svenska tidningar innan annonsunderlaget har kommit till en särskild byrå för EG:s officiella publikationer.

Annonsen och förfrågningsunderlaget utformas olika beroende på vad upphandlingen gäller, t.ex. varor eller entreprenader. I stort ska det finnas uppgifter om

- den upphandlande enheten,
- platsen för arbetet (gäller entreprenad),
- beräknad kostnad,

- vilken typ av upphandling som skall användas,
- datum för förfarandet, när arbetet ska påbörjas och planerad tid för arbetet,
- platsen till vilken anbud kan lämnas,
- hur förfrågningsunderlag ska beställas,
- när anbudsöppningen sker,
- eventuella krav på leverantörer, och
- hur anbudsprövningen ska gå till, dvs. om annan prövning än lägsta pris kommer att ske och vilka omständigheter som då ska tillmätas betydelse.

Utvärderingskriterier

Upphandlingsdirektiven innehåller en mängd detaljerade regler om vilka krav som kan ställas för att man ska anse att en leverantör är kvalificerad i tekniskt och ekonomiskt hänseende för att delta i en upphandling. De är dessutom olika i de olika direktiven. Leverantörer som utifrån vissa objektiva kriterier kan förväntas vara dåliga kontraktsparter kan uteslutas även om deras anbud ligger lågt. Alla upphandlingsdirektiven innehåller en lista på förhållanden hos leverantören som medför att den upphandlande enheten utan ytterligare undersökning kan utesluta anbudsgivaren exempelvis på grund av konkurs eller straffbart beteende.⁴⁷

Dålig yttre miljö, dålig arbetsmiljö, dålig profil när det gäller jämställdhet mellan könen eller i etniskt hänseende är inte uttryckligen nämnda i direktiven och inte heller i LOU. Det anses vara ett argument för att miljöhänsyn, etnisk personalpolitik och liknande skulle vara förbjudna som urvalskriterier. Så är det sannolikt inte, i varje fall inte enligt EG-rätten. Det är däremot möjligt att LOU:s regler kan vara strängare här.⁴⁸

De allmänna regler som angivits ovan ska tillämpas så att de varken direkt eller indirekt diskriminerar på grund av nationalitet. De får inte heller lägga hinder i vägen för en fri rörlighet eller bryta likabehandlingsprincipen. Politiska hänsyn, t.ex. hur en leverantör behandlar frågan om mänskliga rättigheter, skulle kunna vara ett sådant urvalskriterium. Det krävs då att det tydligt anges i upphandlingsvillkoren.⁴⁹

När det gäller svensk rätt har domstolarna tolkat lagen om offentlig upphandling på det sättet att den upphandlande enheten inte får ställa andra krav än de som finns i lagen, t.ex. krav på kollektivavtal. Det är inget som följer av EG-rätten.

Förfrågningsunderlag

Den upphandlande enheten ska upprätta ett förfrågningsunderlag som intresserade anbudsgivare kan beställa, eventuellt mot en viss avgift.

Prövning av anbudet

På den fastställda dagen öppnas sedan anbuderna av minst två personer och förtecknas.

Därefter prövas anbudet. Det anbud ska antas som antingen är det mest ekonomiskt fördelaktiga eller har lägst anbudspris. Redan i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandlingen måste anges vilka omständigheter som enheten tillmäter betydelse, dvs. som man kan återopa för att inte anta det lägsta anbudet. Resultatet av upphandlingen ska sedan annonseras.

Skadestånd

Under hela förloppet fram till den tidpunkt då avtal om upphandlingens sluts får en leverantör, som anser att han lider eller kommer att lida skada på grund av att den upphandlande enheten har brutit mot lagen om offentlig upphandling, begära överprövning av handläggningen hos Länsrätten.

Däremot får kommunmedborgare inte överklaga beslut enligt lagen om offentlig upphandling. Detta område har helt undandragits även laglighetsprövning enligt kommunallagen. Detta är alltså ett område som i stort sett har undandragits medborgerlig kontroll i den kommunala och statliga förvaltningen.

En anbudsgivare eller en leverantör som har tillfogats skada genom att reglerna i lagen om offentlig upphandling inte har iakttagits har rätt till skadestånd; anbudsgivare för kostnader och leverantören för hela skadan.

EG-rättens ställning i svensk rätt

Större delen av EG-rätten är överordnad svensk lagstiftning. Det gäller också våra grundlagar.

EG-lagstiftningen har olika valör. Högst upp kommer *fördragstexten*, t.ex. Romfördraget, som är den lagtext de ursprungliga medlemsstaterna godkände och som undertecknades av staterna när man anslöt sig till Europeiska Gemenskapen. Bestämmelserna i Romfördraget har direkt

effekt. De delar av Romfördraget som innehåller tvingande bestämmelser, t.ex. diskrimineringsförbudet i artikel 6, gäller alltså direkt som lag i alla länder som ansluter sig till Europeiska Gemenskapen, utan att behöva översättas till nationell lag.

Romfördraget har sedan ändrats genom Maastrichtfördraget och Amsterdamfördraget.

Nästa typ av regel är *förordning*. Även förordningen har direkt effekt. Om det skulle uppstå kollision mellan dessa EG-bestämmelser och den svenska lagstiftningen så gäller EG-rätten. Den är alltså direkt tillämplig in i det svenska rättssystemet och behöver inte översättas till nationell lagstiftning.

Direktiven ska översättas till svensk lag. Men även de är i princip överordnade det svenska rättssystemet. Om Sverige skulle stifta lagar som inte överensstämmer med direktiven kan EG-kommissionen dra Sverige inför EG-domstolen. Det finns också en möjlighet för medborgare i Sverige att stämma staten på skadestånd. Det är möjligt i sådana fall då det rör sig om klar och tydlig EG-rätt som Sverige inte översatt till svensk lag och där detta medfört att medborgaren lidit skada.⁵⁰

Den fjärde viktiga rättskällan är *domarna* från EG-domstolen. När så många länder ska försöka samsas om gemensamma regler blir det i många fall väldigt svepande och ibland till och med motsägande. EG-domstolens tolkning av reglerna får då en väldigt stor betydelse, större än när domstolar i Sverige fastlägger rättsläget genom vägledande domar, s.k. prejudikat.

De svenska domstolarna har varit mycket hårt bundna av de villkor och regler som finns i lagen om offentlig upphandling. De upphandlande enheterna får inte ställa några villkor på leverantören som inte finns upptagna i lagen. Det är denna domstolarnas tolkning av lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande EG-direktiven som inneburit att villkor om att leverantören ska vara bunden av kollektivavtal anses strida mot lagen om offentlig upphandling. Även villkor som innebär att en leverantör ska överta personal eller andra sociala villkor har avvisats av domstolarna.⁵¹

De svenska domarna hänvisar inte direkt till EG-rätten utan utgår huvudsakligen från lagtexten i lagen om offentlig upphandling.

EG-rättens ställning vid tolkning av LOU

Lagen om offentlig upphandling är en hybrid mellan EG-rätt och svensk

rätt. LOU ska tolkas så att intentionerna i EG-rätten uppfylls. Dessa intentioner finns angivna framförallt i EG-domstolens praxis. Men även EG-kommissionen har utfärdat riktlinjer om hur man anser att upphandlingsrätten och konkurrensrätten ska tolkas. Kommissionen har dock inte någon självständig prövningsrätt. Det är EG-domstolen som har sista ordet även när det gäller denna del av EG-rätten.

Det stora inslaget av egna nationella bestämmelser i den svenska lagen om offentlig upphandling gör lagstiftningen mycket svårtillämpad.

Ett EG-direktiv är en EG-bestämmelse som måste översättas genom det egna landets lagar till nationell lagstiftning. Många länder inom EU har valt att göra detta genom att helt enkelt i en lag hänvisa till direktiven. Då får man en direkt tillämpning av EG-rätten.

Den metod som Sverige valt med en helt egen lag medför att om det finns klar och tydlig avvikelse i den svenska lagstiftningen gentemot mot EG-rätten ska den svenska lagstiftningen gälla. I vissa fall kan de som då missgynnas genom att den svenska rätten inte överensstämmer med EG-rätten få skadestånd av staten.

De regler som finns i fördraget och direktiven har alltså tillkommit för att förhindra diskriminering av leverantörer från andra medlemsländer. Vi ska nu gå igenom hur dessa allmänna principer ser ut. Men dessa lägger inga hinder i vägen för den upphandlande enheten, så länge man använder sig av objektiva kriterier som inte diskriminerar eller lägger andra än rent affärsmässiga principer på upphandlingen.

Vid exempelvis prövning av anbud⁵² ska den upphandlande enheten anta antingen det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömning av anbudet som är mest ekonomiskt fördelaktigt finns det exempel i lagtexten på vad som förstås med det. Det är pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Det här är ingen uttömmande beskrivning.

Krav på att en leverantör har kollektivavtal kan vara ekonomiskt betingat. En leverantör utan kollektivavtal kan blockeras för att få till stånd ett kollektivavtal. Det är ett hinder i verksamheten som ingen upphandlande enhet ska ålägga sig.

I Danmark finns en författning⁵³ som bestämmer att den specifikation den tilltänkte leverantören ska lämna bl.a. ska innehålla upplysningar om arbetsrättsliga krav eller förhållanden. Leverantören är skyldig att uppge om han betalar kollektivavtalsenliga löner enligt ILO-konvention nr 94 om arbetsklausul i offentliga kontrakt.⁵⁴

Det finns alltså inget i EG-rätten som hindrar sådana krav. Tvärtom förutsätter exempelvis utstationeringsdirektivet⁵⁵ i den översättning som Sverige gjort till lag, att minimilönevillkoren enligt direktiven ska uppfyllas genom de svenska kollektivavtalen.

I Sverige har kollektivavtalet dessutom givits samma ställning som den genom tvingande lag gällande minimilagstiftningen i andra länder. Det verkar därför något egendomligt att det skulle vara oförenligt med den svenska lagen om offentlig upphandling, som är en EG-rättslig lagstiftning, att kräva kollektivavtal vid upphandling.

EG-domstolen som maktfaktor

Juridiken är ett uttryck för maktfördelningen i samhället. Lagarna och deras tillämpning är därför något som påverkar medborgaren. De nationella reglerna kan vi påverka genom våra demokratiskt valda institutioner riksdagen och regeringen.

Däremot kan vi inte påverka EG-domstolen genom demokratiska medel eftersom den består av oavsättliga domare. EG-domstolen utformar rättsregler genom tolkning av EG-lagstiftningen på ett sätt som liknar den rätt riksdagen har att skapa nya rättsregler genom lag. Det är en ny utveckling där de demokratiska staterna av obegriplig anledning överlämnar demokratiska positioner som vi tillkämpat oss genom en lång medborgerlig kamp till oavsättliga tjänstemän. Det gäller inte endast den rättsliga utvecklingen. Även makten över den finansiella styrningen av ekonomin överlämnas till oavsättliga riksbanksstyrelser och en överordnad EG-institution.

EG-domstolen har därigenom fått en speciell funktion inom EU. De mer ingripande besluten inom EG måste ske enhälligt. Om ett land säger nej har det veto. Med nödvändighet blir därför lagstiftningen kompromissprodukter där olika länders synpunkter tillgodoses genom att texten luddas till. När sedan EG-domstolen ska tillämpa denna luddiga lagstiftning brukar den göra det så att det gynnar de gemensamma EG-organens styrka och främjar ökad sammanhållning mellan EU-länderna. Men EG-domstolen är ett mycket politiskt känsligt organ, och dessutom smidig. Den ställer sig inte mot starka, samhälleliga krafter som i längden skulle kunna medföra minskad nationell uppslutning i EU-gemenskapens mål.

Konkurrensrätten och de fackliga rättigheterna

Sverige är nog ett av de länder inom EU som mest samvetsgrant har

införlivat EG-rätten. Lagen om offentlig upphandling är ett exempel på detta. Men i många fall har Sverige för att uppfylla EG-rättens intentioner ålagt sig restriktioner där det faktiskt inte finns några klara regler eller rättsfall som berättar hur rättsläget ser ut. Inom sådana områden där starka ekonomiska eller politiska intressen står emot varandra, t.ex. när det gäller skyddet för äganderätten eller kampen mellan lön och kapital, kan en sådan tolkning medföra stora intresseförskjutningar. Ett sådant område är konkurrensrätten.

Konkurrensrätten och de fackliga rättigheterna samt arbetstagarnas intressen har alltid varit i konflikt med varandra. Det är naturligt. Konkurrensrättens syfte är att den ska få sälja sin vara som erbjuder det lägsta priset.

I industrialismens barndom fungerade arbetsmarknaden på det sättet. Det fanns ett överflöd på arbetskraft och den arbetare som erbjöd sig att arbeta för lägsta pris, dvs. lägsta lön under längst tid och de sämsta arbetsmiljöförhållandena, fick jobbet.

Denna lönekonkurrens medförde att arbetare under industrialismens uppbyggnadsskede pressades till fattigdom. Det var bl.a. därför fackföreningarna bildades.

Genom att uppträda kollektivt och inte tillåta någon att erbjuda sitt arbete under kollektivavtalets minimilön tillkämpade man sig drägliga arbetsförhållanden. Kollektivavtalet angav det lägsta pris som arbetsgivaren fick arbetskraft för. Denna kollektivavtalsfunktion är fortfarande den viktigaste. Fackföreningen kan därför sägas vara en utbudskartell som erbjuder arbetsgivaren arbetsfred under förutsättning att han betalar minst den lön som står i kollektivavtalet. Vi ser nu att här finns en klassisk motsättning. Konkurrensrättens princip om att den som erbjuder lägsta pris får sälja sin produkt och fackföreningsrörelsens princip att i själva verket utgöra en utbudskartell.

Konkurrensrätten har också utnyttjats för att bekämpa fackföreningsrörelsens kamp för att upprätthålla drägliga anställningsvillkor, i synnerhet i USA, där domare aktivt tolkade lagstiftningen i kampen mot fackföreningsrörelsen. I Europa insåg man tidigt detta problem och de flesta europeiska länder har undantagit kollektivavtalen eller anställningsavtalen från konkurrensrättens område. Så är det även i Sverige, där konkurrenslagens 2 § innehåller ett särskilt undantag för löner och anställningsvillkor. Lagen gäller helt enkelt inte för sådana avtal.

Även det svenska Konkurrensverket har varit mycket aktivt när det gäller att angripa vissa, som man anser, avarter av kollektivavtalsstillämp-

ning i Sverige. Även där finns det en mycket aktiv kår av konkurrens-
hökar som velat gå så långt att vissa typer av kollektivt avtalade försäk-
ringar i praktiken inte längre skulle få finnas kvar. Detta har dock inte
blivit Konkurrensverkets slutliga ståndpunkt.

*Albany*⁵⁶

EG-domstolens skickliga balansgång kunde man se ett lysande exempel
på 1999. Då avgjorde domstolen ett mål om huruvida ett holländskt kollektivavtal om pensioner var konkurrensbegränsande. Målet gällde huruvida kollektivavtalade pensionsförmåner utgjorde ett brott mot EG:s konkurrensrätt, närmare bestämt artikel 85 i Romfördraget som förbjuder konkurrensbegränsande överenskommelser.

EG-domstolen konstaterade att kollektivavtal visserligen hade en viss inneboende konkurrensbegränsande inverkan. Men det socialpolitiska syftet med sådana avtal skulle allvarligt äventyras om arbetsmarknadsparternas gemensamma strävan att vidta åtgärder som förbättrar anställnings- och arbetsförhållandena skulle omfattas av artikel 85, alltså konkurrensbestämmelsen i Romfördraget. Domstolen slog därför fast – utan varje stöd av Romfördraget eller några andra regler – att kollektivavtalet inte omfattades av bestämmelserna i artikel 85 i Romfördraget så länge avtalet hade till syfte att vidta åtgärder som förbättrar anställnings- och arbetsförhållandena.

Man ser här hur EG-domstolen skickligt undviker att ställa sig i konflikt med den starka fackföreningsrörelsen i Europa samtidigt som man behåller ett kontrollerande grepp även över arbetsmarknaden när det gäller konkurrensrätten.

Många påstår att EG-rättens regler kommer i konflikt med sociala mål. Det accepteras i Sverige som självklart att krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling strider mot EG-rätten. Det innebär att en ILO-konvention som merparten av länderna inom EU har accepterat skulle vara lagstridig.⁵⁷ Så är det naturligtvis inte. Tvärtom talar allt för att det är tillåtet att ställa den typen av krav.

Noter

42. Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139 sid. 56.

43. 6 § konkurrenslagen (1993:20) om konkurrensbegränsande samarbete och 19 § konkurrenslagen om missbruk av dominerande ställning.

44. Lagen (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.
45. Upphandlingsförordningen 1986:366.
46. Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten (rättsmedelsdirektiv I) och Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämpade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport och telekommunikationssektorerna (rättsmedelsdirektiv II).
47. Motsvarande bestämmelser i LOU 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§.
48. Se Ruth Nielsen, *Offentlige udbud i Öresundsregionen*.
49. Se Ruth Nielsen, *Offentlige udbud i Öresundsregionen*, sid. 149.
50. Mål C-6/90, Andrea Francovitch ./.. Italien.
51. Kammarrättens i Stockholm dom 1995-03-28, mål nr 1713-1995 Eva Geidenmark med firma Scan Mobil och Kammarrättens i Göteborg dom 1998-08-28 avd. 1 mål nr 3696-1998 Trafiknämnden i Göteborg ./.. Buss i Väst AB och Swebus Sverige AB.
52. 1 kap. 22 § LOU.
53. Cirkulär nr 44 af 10. 4. 1997 om udbud og udliscitering af statslige drifts- og anlægsopgave.
54. Se Ruth Nielsen, *Offentlige udbud i Öresundsregionen*, sid. 153.
55. Utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster (96/71/EG). Det är ett direktiv som ska garantera att arbetskraft som tillfälligt arbetar inom annat EU-land får samma villkor som arbetslandets.
56. Albany International BV mål C-67/96 59 och 60 §§.
57. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part.

Social dumping och svensk rätt

När det allmänna köper varor och tjänster är målet att få köpet så billigt som möjligt viktigt. Men det allmänna är inte ett företag som ska lämna vinst. Det allmänna ska även se till medborgarnas bästa.

Får då stat, kommun och landsting ta ickekommersiella hänsyn i upphandlingen? Det kan vara hänsyn till vår miljö, arbetsmiljön, etnisk utjämning, jämställdhet mellan könen, skydd för mänskliga rättigheter eller andra sociala hänsyn. Svenska domstolars svar på denna fråga är ett näst intill entydigt nej.

Vissa krav är reglerade i direktiven. Det innebär att den upphandlande enheten inte får ställa ytterligare krav på leverantören. Sådana absoluta kriterier gäller anbudsgivarens fackliga kunskaper och bevis om att han inte är oärlig. När det däremot gäller ekonomiska och finansiella kvalifikationer har domstolen antagit att kriterierna i direktivet inte är uttömmande uppräknade.

I svensk rätt har domstolarna tolkat lagen om offentlig upphandling så att den upphandlande enheten inte får ställa andra krav än de som finns i lag. Krav att leverantören ska ha kollektivavtal har därför t.ex. inte ansetts tillåtna. Det är inget som följer av EG-rätten. Här finns fröet till att den svenska rätten är så avvisande till sociala villkor.

Bestämmelsen i 1 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling att ”upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt”, hindrar enligt svenska domstolar det allmänna från att ta sådana sociala hänsyn.

Denna bestämmelse är helt svensk och övertagen ifrån den gamla upphandlingsförordningen.

Social dumping

Begreppet social dumping är inte alldeles glasklart. Det kan innebära olika saker. Det kan vara att lågavlönade arbetstagare från de baltiska

staterna utan arbetstillstånd arbetar som säsongarbetare med att plocka jordgubbar eller annat skördearbete hos skånska bönder. Det finns då knappast några möjligheter för en svensk jordbruksarbetare med kollektivavtalsenliga villkor att konkurrera med en sådan ersättning. Det är den betydelsen som har varit den ursprungliga, när ett låglönelands arbetare pressar lönenivån i ett land med högre lönenivå.

Men det är ju knappast i den meningen begreppet social dumping blir aktuellt i Sverige eller inom EU. Arbetskraftsvandringen mellan EU-länderna är knappast av den arten att social dumping utgör något problem.

Den sociala dumping som förekommer i spåren av offentlig upphandling medför att man ställer svenska företag mot varandra. De kan konkurrera genom att erbjuda arbetare som på något sätt har lägre ersättning än de som tidigare utfört arbetet. Det kan då gälla enstaka förmåner. En låg pensionsålder är t.ex. mycket kostsam för arbetsgivaren. 5 års lägre pensionsålder kan medföra en lönekostnad inom vissa åldersintervall på uppemot 20 %. Den arbetsgivare som då har 65 års pensionsålder hos sina anställda får en stark konkurrensfördel, i synnerhet inom arbetsintensiva branscher.

En annan vanlig form av social dumping är att arbetsgivaren pressar arbetsschema, tar bort raster och pauser för att kunna minska arbetsstyrkan. Här kan man även få personalen med sig eftersom en utebliven upphandling kan medföra att man blir av med jobbet.

En tredje variant är försämring av medborgerliga rättigheter, exempelvis framtvingade kroppsliga medicinska undersökningar eller drogtest, som ett krav för att få en entreprenad. Det företag som då inte testar sina anställda får inte entreprenaden.

Det kan tänkas många fler fall av social dumping. Att personalen tappar sin anställning medför att man kringgår det sociala skyddet som anställningsskyddslagen ger svagare grupper som handikappade, äldre, kvinnor med små barn eller kanske bara lite långsam och inte så duglig arbetskraft.

En sådan social dumping kostar samhället pengar och innebär en social otrygghet för de anställda. I vilken utsträckning utgör EG-reglerna hinder för att genom lagstiftning, krav vid upphandling eller på annat sätt skydda sig mot denna typ av försämring av samhällets levnadsvillkor?

Social dumping i praktiken

1996 skulle polismyndigheten i Stockholm handla upp städtjänster. Upphandlingen skedde genom s.k. direktupphandling, dvs. handläggaren ringde till tre företag och frågade vad de ville ha i timmen för en städning i tre månader med möjligheter till förlängning i ytterligare tre. Tre företag svarade, två sannolikt seriösa och ett oseriöst. Att det var oseriöst kunde man se av priserna. De två seriösa låg på 165 kr och 172 kronor per timme; ungefär vad som behövdes för att de precis skulle kunna klara kollektivavtalsenlig lön inklusive skatt och sociala avgifter.⁵⁸ Det oseriösa företaget låg på 139 kr per timme, dvs. nästan 30 kronor under en nivå med kollektivavtalsenlig lön, där verksamheten ändå levde på att företagaren själv arbetade 12 timmar om dygnet. Innebörden är att antingen köper polisen svart arbetskraft eller också använder den företag med oskäligt låga löner. Det kan också vara en kombination här.

Formellt sett har polismyndigheten inte gjort fel om det enbart är oskäliga löner. Lönedumping genom att pressa lönerna under kollektivavtalsenliga nivå är tillåten. Sverige har nämligen inte ratificerat den ILO-konvention som förbjuder staten att lönedumpa vid offentlig upphandling.⁵⁹ Men det ligger snubblande nära till hands att anta att verksamheten delvis finansierades svart, eftersom kollektivavtalsenliga löner inom städbranschen inte ligger mycket över vad som behövs för att dräglig kunna försörja sig. Det här är endast ett exempel i högen på hur lönedumping kan ske i praktiken. Och här utövas den av polisen, som i normala fall är det organ som ska se till att vi andra håller oss inom lagens rāmärken.

Kammarrättsdom gillar social dumping

Verket för högskoleservice inbjöd 1994 till upphandling av datanätet när man skulle bygga ut Karolinska Institutet. Då ställde man som villkor att de upphandlande företagen hade kollektivavtal. Eva Geidenmarks företag hade inte kollektivavtal. Hon klagade därför över detta anbudsvillkor till Länsrätten. Länsrätten biföll inte hennes besvär. Hon gick vidare till Kammarrätten, som ändrade Länsrättens beslut.

Länsrätten ansåg att begäran om kollektivavtal missgynnade vissa företag, nämligen de som inte hade slutit kollektivavtal. Villkoret om kollektivavtal stred därför mot kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § lag om offentlig upphandling och var därför inte tillåtet.

Denna kammarrättsdom⁶⁰ har ansetts som vägledande. Texten om

affärsmässighet som Kammarrätten hängde upp sin tolkning på kom ordagrant från upphandlingsförordningen.

Krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling har myndigheter ställt under hela den tid denna förordning gällt. Det fanns intaget som ett standardvillkor i vissa av de mallar som fanns för offentlig upphandling. Av Kammarrättens motivering framgår inte klart om det är texten i den gamla upphandlingsförordningen som gäller eller om man gör en tolkning av EG-rätten. Kammarrätten hänvisar till principen ”ickediskriminering” vilket talar för att domstolen använder sig av EG-rätten, där detta är det ledande begreppet när man ska avgöra om en upphandlingsform är tillåten eller ej.⁶¹

Nedan följer därför en summarisk genomgång av vad EG-rätten säger om social dumping.

Frågan huruvida kollektivavtal är ett tillåtet krav vid offentlig upphandling har inte prövats av Regeringsrätten, som är högsta instans i denna typ av frågor. Sannolikt berodde det på att den myndighet som förlorade vid tidpunkten för målets handläggning i Kammarrätten inte fick gå vidare eftersom myndigheten då inte hade ställning som part i processen. Detta är numera ändrat. Men rättsläget att kollektivavtalskrav vid offentlig upphandling strider mot LOU är sannolikt cementerat. Kammarrättens dom om att en upphandlare inte får begära information om kollektivavtal har bekräftats av riksdagen.⁶² Finansutskottet konstaterar att lagen om offentlig upphandling inte medger att den upphandlande enheten ställer krav på upphandlaren att de ska ha kollektivavtal.

Till och med Vänsterpartiet godkände i riksdagen denna Finansutskottets skrivning om innehållet i lagen om offentlig upphandling.

Ingen kommun, landsting eller statlig myndighet begär längre kollektivavtal vid offentlig upphandling. Social dumping har blivit en del av verksamheten när det gäller offentlig upphandling i Sverige.

Det är därför bara att konstatera att domstolarna i det land i världen som har den största täckningen av kollektivavtal anser det diskriminerande att begära att företag som lämnar anbud har kollektivavtal. Man kan inte frigöra sig från intrycket att konservativa domare har begagnat EG-rätten som ett sätt att bekämpa den fackliga verksamheten. Oavsett hur det må förhålla sig härmed så är det gällande rätt i Sverige idag. För att uppnå en förändring måste det till en lagstiftningsförändring där man vid offentlig upphandling också får rätt att ta sociala hänsyn.

Sociala krav vid svensk offentlig upphandling

1998 skedde en ändring i lagen om offentlig upphandling. Istället för att som första alternativ vid val mellan olika anbud ha lägsta pris satte man istället det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet. Tanken var att de upphandlande enheterna inte i första hand skulle se enbart till priset. Även sådana faktorer som leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. skulle kunna vägas in. Anledningen till förändringen var att man ville markera att det var tillåtet att ställa sådana krav om den upphandlande enheten ansåg att det var viktigt. Kraven skulle dock vara affärsmässigt avvägda i förhållande till det som skulle upphandlas, och anges i förfrågningsunderlaget eller i annonsen. Då skulle t.ex. kravet på miljöpåverkan anges som relevant.⁶³ I denna uppräknning av faktorer som man enligt 1 kap. 22 § LOU skall ta hänsyn till anges inte sociala hänsyn.

Upphandlingskommittén, som lämnar sitt slutbetänkande i slutet av år 2000, ska enligt tilläggsdirektiv se på dessa frågor. Upphandlingskommittén har i tidigare betänkande (SOU 1999:139) knappast visat framfötterna när det gäller att stärka det sociala inflytandet vid offentlig upphandling. Dess förslag kommer knappast att föra utvecklingen framåt från facklig synpunkt eftersom utredningen har en utpräglat marknadsekonomisk framtoning. Socialt hänsynstagande anses som ett ovidkommande krav, i varje fall i det ställningstagande som hittills skett.⁶⁴

EG-rättens konstruktion gör att en EU-stat kan inskränka sina möjligheter att ta sociala hänsyn. Däremot får en medlemsstat inte utvidga dem utöver de ramar som anges i EG-rätten. Men ramarna i EG-rätten är mycket oklara. De har i princip endast prövats av EG-domstolen i två fall.⁶⁵ Men att som Sverige har gjort inskränka möjligheterna att utforma upphandlingsreglerna så att man kan förbättra samhällets funktion förefaller inte ändamålsenligt. Det är andra överväganden är omsorg om samhällets bästa som legat bakom denna konstruktion.

Noter

58. Enligt partgemensamma uppgifter från städbranschen var enbart den totala arbetskraftskostnaden 1996 155,65 kr. per timme. Därtill kommer kostnader för material, lokaler, avskrivning etc.

59. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.

60. Kammarrättens i Stockholm dom 1995-03-28, mål nr 1713-1995 Eva Geidenmark

med firma Scan Mobil.

61. Se nedan under avsnittet Förbud mot diskriminering och hinder för den fria rörligheten.

62. Finansutskottets betänkande 1997/98: FiU 7.

63. Ändring av 1 kap. 22 § LOU proposition 1996/97:153.

64. Se avsnittet Upphandlingskommittén och sociala restriktioner vid upphandling.

65. Mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV ./.. Holland 1988 ECR 4635 och mål C-225/98 Kommissionen mot Frankrike.

EG-rätten och sociala villkor vid offentlig upphandling

EG-rätten samordnar medlemsstaternas offentliga upphandling

Syftet med EG-rättens regler är att samordna upphandlingsförfarandet inom EU:s medlemsländer på ett sådant sätt att utvecklingen av effektiv konkurrens säkras.⁶⁶ Anbudsgivaren ska skyddas mot godtycklighet från den ordergivande myndighetens sida. Därför behövs öppna och transparenta upphandlingsförfaranden som ger möjlighet till fri och lika konkurrens.⁶⁷

I bl.a. byggnads- och anläggningsdirektivet finns uppräknat ett antal kvalifikationer som den upphandlande enheten har rätt att fordra att anbudsgivaren uppfyller. De återfinns i lagen om offentlig upphandling 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 § § LOU.

Anbudsgivare kan uteslutas från upphandling om han

- är i konkurs eller om ansökan om konkurs är inlämnad mot honom,
- är dömd för brott som har samband med yrkesutövningen,
- har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen,
- har fuskat med att betala socialförsäkringsavgifter och skatter.

Köparen får dessutom begära upplysningar om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella ställning.

När det gäller anbudsgivarens fackliga kunskaper och bevis om att han inte är oärlig får inga andra kriterier uppställas än de som återfinns i direktivet eller lagen om offentlig upphandling. När det däremot gäller ekonomiska och finansiella kvalifikationer har domstolen antagit att kriterierna i direktivet inte är uttömmande uppräknade.⁶⁸

Att exempelvis ställa som krav på entreprenören att han enligt det offentliga byggnads- och anläggningskontraktet ska sysselsätta en viss andel långtidsarbetslösa strider inte mot EG-rättens upphandlingsregler.⁶⁹

Sociala krav får inte diskriminera

Det finns allmänna förvaltningsrättsliga principer som innebär begränsningar enligt EG-rätten att ställa upp sociala krav. Det gäller principen om ickediskriminering, öppenhet och förutsebarhet i beslutet, likabehandling, proportionalitet etc.⁷⁰

Sammanfattningen av dessa principer är

- att man inte får diskriminera en anbudsgivare på grund av att denne är medborgare i ett annat land,
- att anbudet och beslutet måste utformas så att de går att kontrollera och är förutsebara utifrån angivna krav,
- att kraven är proportionella utifrån vad som ska göras så att man inte ställer villkor som utesluter anbudsgivare, när det inte är nödvändigt för arbetets omfattning.

Exempel på en proportionalitetsbedömning är att man inte får ställa samma krav på anbudsgivarens storlek då man ska bygga Öresundsbron som när man ska bygga om daghemmet Solrosen.

EG-rättens krav vid sociala villkor i offentlig upphandling

Syftet med EG:s upphandlingsregler är att skapa öppna och transparenta upphandlingsförfaranden som ger möjlighet till fri och lika konkurrens.⁷¹

Syftet med den EG-rättsliga regleringen är att samordna upphandlingsförfarandet inom EU:s medlemsländer på ett sådant sätt att utvecklingen av effektiv konkurrens säkras.⁷² Anbudsgivaren ska skyddas mot godtycklighet från den ordergivande myndighetens sida.

I bl.a. byggnads- och anläggningsdirektivet finns uppräknat ett antal kvalifikationer som den upphandlande har rätt att fordra att anbudsgivaren uppfyller. De återfinns i lagen om offentlig upphandling 1 kap. 17 § och 6 kap. 9-11 § §. När det gäller anbudsgivarens fackliga kunskaper och bevis om att han inte är oärlig får inga andra kriterier uppställas än de som återfinns i direktivet, lagen. När det däremot gäller ekonomiska och finansiella kvalifikationer har domstolen antagit att kriterierna i direktivet inte är uttömmande uppräknade.

Det är också tillåtet att göra till ett villkor i ett offentligt byggnads- och anläggningskontrakt att den som får anbudet ska sysselsätta en viss andel långtidsarbetslösa.⁷³

Som vi ska se när det gäller genomgången av svensk rättspraxis har de svenska domstolarna genomgående funnit att den upphandlande enheten inte får ställa andra krav än de som räknas upp i upphandlingslagen 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ LOU. Detta är alltså inte överensstämmande med EG-rätten.

Förbud mot diskriminering och hinder för den fria rörligheten

Utvecklingen av den inre marknaden i EES-området bygger på att diskriminering på nationella grunder inte får förekomma. Inte heller får den fria rörligheten hindras. Upphandlingsreglerna är ett av de medel som finns mot detta. Reglerna om förbud mot konkurrensbegränsande åtgärder⁷⁴ är ett annat.

Vad innebär EG-rättens diskrimineringsförbud?

EG-rätten innebär ett allmänt förbud mot att diskriminera på grund av nationalitet.⁷⁵

Det förbudet gäller vid samtliga skydd för den fria rörligheten, alltså skydd mot diskriminering på grund av nationalitet när det gäller varor⁷⁶, arbetskraft⁷⁷, företag⁷⁸ och tjänster⁷⁹.

Regler som direkt eller indirekt innebär att viss upphandling förbehålls den egna nationens företag är därför alltid förbjudna utom när det gäller särskilda undantag som grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Undantag gäller också för verksamhet som gäller myndighetsutövning.

Reglerna i EG-rätten gäller endast den fria rörligheten över gränserna. Den skyddar alltså inte landets egna medborgares rättigheter mot den egna staten när det gäller diskriminering.

Likabehandlingsprincipen

EG:s upphandlingsdirektiv grundar sig på en likabehandlingsprincip. Det innebär att den offentlige upphandlaren måste behandla alla anbudsgivare lika. Alla arbetsgivare måste ges möjlighet att ge anbud på likvärdigt sätt. Likabehandlingsprincipen innebär alltså att alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar att delta som möjligt.

Förhandlingsförbud

Som en följd av likabehandlingsprinciperna finns det ett allmänt för-

handlingsförbud. Om förhandling inleds med någon eller några av dem som givit anbud medför ju detta att de som lämnas utanför förhandlingen inte får deltaga på lika villkor.

Effektivt rättsmedel

Arbetsgivarna ska enligt EG-rätten ha tillgång till effektiva rättsmedel för att komma tillrätta med felaktigheter i nationell handläggning av upphandlingsreglerna.⁸⁰

Medlemsstaterna är skyldiga att ha sådana rättsmedel att leverantörerna får tillgång till ett tillfredsställande prövningsförfarande. Rättsmedlen ska vara snabba och effektiva. Genom rättsmedlen ska leverantören kunna komma att få såväl en överprövning av anbudsgivarens handläggning som skadestånd om denna brister.

Ansökan om överprövning i Sverige ska göras i allmän förvaltningsdomstol, dvs. till länsrätt i första instans, och fråga om skadestånd ska prövas av allmän domstol, dvs. tingsrätt i första instans.

Transparens och öppenhet

Det EG-rättsliga förbudet mot diskriminering förbjuder både direkt och indirekt diskriminering. För att man ska kunna avgöra huruvida det rör sig om diskriminering krävs att det går att se vilka principer som har styrt besluten. Anbudsgivaren är därför skyldig att vid annonsering, utformning av förfrågningsunderlag samt vid urval av anbuderna hantera dessa på ett sådant sätt att man i efterhand kan kontrollera vilka principer som styrt handläggningen.

Med *transparens* förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar, det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheten för leverantörerna att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till sina rättigheter och skyldigheter. Åtgärderna som den upphandlande enheten vidtar under upphandlingsprocessen ska alltså vara förutsebara för leverantören. Därför krävs:

- Information om existerande regelverk
- Information om kommande upphandlingar och vilka krav som ställs på dessa
- Information i förväg om vilka objektiva kriterier som gäller för upphandlingen

- Information om resultatet av upphandlingar
- Information till anbudsgivare som inte kommit ifråga.

Leverantören ska inte behöva gissa sig till vad som efterfrågas. I begreppet öppenhet ligger också alla leverantörers rätt att delta.⁸¹

Proportionalitet

Proportionalitet är ett begrepp som används i den mellaneuropeiska rätten, bl.a. av EG-domstolen och Europadomstolen för mänskliga rättigheter. Det innebär att en åtgärd ska stå i en rimlig proportion till det syfte som ska uppnås. I upphandlingssammanhang innebär kravet på proportionalitet att den upphandlande enheten inte får ställa större krav i annons eller upphandlingsunderlag än vad som är rimligt med hänsyn till upphandlingens omfattning.

Sammanfattning av diskrimineringsförbudet

Kraven på ickediskriminering, likabehandling, transparens, öppenhet och proportionalitet är naturliga inslag i den EG-rättsliga prövningen. Något krav på affärsmässighet som finns i den svenska lagen om offentlig upphandling finns emellertid inte inom EG-rätten. Detta är en hel-svensk uppfinning. De ovan angivna kraven är lättförståeliga. De syftar till att en leverantör inte ska kunna uteslutas på godtyckliga grunder så att man kan dölja diskriminering bakom ett annat skäl. Däremot finns det ingenting i EG-rätten som hindrar att sociala krav uppställs som kan uppfyllas såväl av inhemska som utländska leverantörer.

EG-rätten hindrar inte sociala krav

Den tolkning som finns av lagen om offentlig upphandling inte bara medger social dumping, den föreskriver enligt domstolspraxis att de upphandlande enheterna inte får förhindra den. Vilken betydelse har EG-rätten här?

EG-domstolen anser sina domar bindande för de nationella domstolarna. Nationella domar är skyldiga att rätta sig efter EG-domstolens prejudikat.⁸² Det gör att EG-domstolens domar, s.k. praxis, är av stor betydelse för tolkningen av den del av den svenska rätten som är uppbyggd på EG-rätten. Lagen om offentlig upphandling är en sådan lagstiftning.

Fall C-31/87 Gebroeders Beentjes BV ./ Holland ⁸³

Det finns två viktiga prejudikat när det gäller möjligheten att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling där det första är Beentjes. Företaget Gebroeders Beentjes BV lämnade anbud på markarbete i Holland. Det var en lokal kommitté som med offentliga medel utannonserade jobbet. Kommittén antog inte Beentjes bud trots att de hade lägst pris.

En av orsakerna till att Beentjes inte fick anbudet var ett sysselsättningsvillkor som kommittén inte ansåg att Beentjes kunde uppfylla. Ett av villkoren var ”att arbetsstyrkan till minst 70 % ska bestå av långtidsarbetslösa personer som anställs genom regionala arbetsförmedlingen”.

EG-domstolen menade att ett sådant krav var tillåtet enligt direktivet under förutsättning att det inte hade någon direkt eller indirekt diskriminerande effekt på anbudsgivare från andra medlemsstater i gemenskapen.

Fall C-225/98 Kommissionen mot Frankrike ⁸⁴

Rättsfallet Beentjes har nyligen bekräftats av EG-domstolen i fallet Kommissionen mot Frankrike.

Bakgrunden var att två lokalförvaltningar i Frankrike skulle genomföra upphandling av skolbyggnader enligt byggdirektivet. Kommissionen anmälde Frankrike till EG-domstolen eftersom kommissionen ansåg att Frankrike varit försumlig framförallt när det gällde formella föreskrifter vid upphandlingen som former för kungörande etc. Där fick kommissionen rätt. Frankrike hade felat. Men den intressantaste anmärkningen gällde tilldelningskriterier för att bekämpa arbetslösheten. Lokalförvaltningarna begärde att leverantören skulle sysselsätta arbetslösa enligt en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten. Kommissionen ansåg inte att Frankrike kunde ha ett sådant tilldelningskriterium, alltså för att godkänna en leverantör, utan endast som ett kontraktsvillkor. Dom-stolen godkände inte kommissionens anmärkning utan fastslog, att Frankrike var oförhindrad att ställa upp sådana tilldelningskriterier så länge de inte var diskriminerande.

Svensk rätt i belysning av rättsfallet Beentjes

Göteborgs kommun skulle upphandla kommunal busstrafik. Man hade en egen kommunal verksamhet som också var med och tävlade i upphandlingen. I upphandlingsvillkoren stipulerades dels att det företag

som blev leverantör av busstjänsterna skulle överta den personal som blev övertalig, dels att verksamheten skulle drivas med vissa miljökrav, gasbussar, och att dessa därför skulle övertas av blivande entreprenören.

Såväl Länsrätten som Kammarrätten underkände dessa krav. Länsrätten menade att överlåtelsedirektivet⁸⁵ som översatts genom 6 b § anställningsskyddslagen uttömmande reglerade arbetsgivarens skyldigheter att överta personal i samband med överlåtelse av verksamhet. Därför kunde kommunen inte i upphandlingen tvinga på entreprenören krav som gick längre än anställningsskyddslagens regler. Göteborgs kommun fick inte ställa några andra krav än sådana som följde av de lagliga skyldigheterna för leverantören.

Som vi kan se av rättsfallet Beentjes ovan som var avgjort vid Kammarrättens prövning är detta inte någon effekt av EG-rätten. Huruvida den följer av LOU beror på hur man tolkar regeln om affärsmässighet.⁸⁶ Kanske har Sverige stiftat regler som tar bort rätten för kommunen att skydda arbetstagarnas rättigheter. I så fall är det verkligen på tiden att ändra detta. Domen fastställdes av Kammarrätten och Regeringsrätten beviljade inte prövningstillstånd.

Läser man i Länsrättens utslag framgår det inte klart om man dömer enligt den svenska lagstiftningen eller enligt EG-rätten.

Samma gäller Kammarrättens i Stockholm⁸⁷ ställningstagande att krav på kollektivavtal inte är förenligt med bestämmelserna i lagen om offentlig upphandling.

Men ett medlemsland får genom inhemsk lag begränsa sina möjligheter att ställa sociala krav på anbudsgivaren jämfört med vad EG-rätten föreskriver, så länge dessa krav inte är diskriminerande. Frågan är om vi vill det. Varför skall man inte kunna ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling?

*Rush Portuguesa*⁸⁸

Åtgärder som innebär att ett land förbehåller arbete till den egna nationens medborgare är diskriminerande och är förbjudna enligt EG-rätten. Däremot finns det inget som hindrar att arbetslandet ställer villkor när det gäller de avtal som ska tillämpas vid arbete på annat lands område. Ett av de mer vägledande EG-målen när det gäller möjligheterna att undvika social dumping är Rush Portuguesa mot franska immigrationsmyndigheterna.

Det portugisiska företaget Rush Portuguesa tog med sig egna arbetare för att som entreprenör delta i byggandet av en snabbspårig järnväg

mellan Paris och Atlantkusten. Arbetarna fick lön enligt portugisisk standard. Den var betydligt lägre än den som följde av franska avtal. De franska immigrationsmyndigheterna sade att det portugisiska företaget måste ha tillstånd för att föra med egna arbetstagare och krävde att bolaget betalade straffavgifter för att de brutit mot dessa bestämmelser. EG-domstolen sade att ett sådant villkor stred mot reglerna om den fria rörligheten. Men domstolen slog också fast att det inte fanns något hinder för att utsträcka lagstiftning eller kollektivavtal som träffats av parterna till att gälla alla som utför arbete inom statens territorium. Detta gällde även om arbetet var tillfälligt och oavsett i vilket land arbetsgivarföretaget var etablerat.

Av denna dom framgår alltså klart att det är tillåtet att uppställa krav som förhindrar social dumping så länge inte sådana krav är diskriminerande.

Utstationeringsdirektivet

När man tolkar EG-rätten får man ofta gå till andra regelkomplex som närmare hänger ihop med det som man vill ha klarhet i. EG-rättens huvudsyfte är mellanfolkligt, alltså att främja den fria rörligheten av varor, kapital, företag och arbetskraft över medlemsländernas gränser. Även upphandlingsföreskrifterna har detta syfte. Eftersom vi i Sverige även vid handel inom Sverige tillämpar de föreskrifter som EG-rätten egentligen har tänkt ska gälla vid sådan fri förlighet över gränserna måste man vid tolkningen av svensk rätt se hur EG-rättens mellanfolkliga system är tänkt.

1996 kom ett direktiv, det s.k. utstationeringsdirektivet⁸⁹, som behandlar vilka krav arbetslandet får ställa på företag som tar med sig arbetskraft för tillfälliga arbeten. Det är typiskt en sådan situation där arbetslandet genom att ställa upp olika formella krav kan förhindra ett utländskt företag att konkurrera på lika villkor. Detta visar därför på ett tydligt sätt vilka krav en upphandlande enhet enligt EG-rätten får ställa på ett företag när det ska utföra arbete. Det bör därför även ge god ledning för att bedöma vilka sociala krav som det är tillåtet att ställa vid offentlig upphandling utan att komma i konflikt med EG-rätten.

Utstationeringsdirektivet behandlar förhållandena för arbetstagare som för en begränsad tid utför arbete i en annan medlemsstat än där de normalt utför arbete. Arbetslandet är då skyldigt att se till att de utstationerade arbetstagarna garanteras arbets- och anställningsvillkor i

arbetslandet som är fastställda i lag när det gäller arbetstid, semester, minimilön, arbetsmiljö, skydd för gravida kvinnor och likabehandling av kön. Arbetslandet är alltså skyldigt att se till att sådana utifrån kommande arbetstagare även vid tillfälliga arbetsuppgifter erhåller arbetslandets villkor.

När det gäller villkoret att arbetstagaren ska erhålla arbetslandets minimilön har man i Sverige valt att hänvisa till kollektivavtalen.⁹⁰ Enligt lagen som översätter utstationeringsdirektivet till svensk rätt ska information om kollektivavtal lämnas av berörda kollektivavtalsparter.

I detta fall innebär alltså den svenska lagstiftningen att EG-rättens krav på bestämda minimilönenivåer i stationeringsdirektivet ska garanteras i de svenska kollektivavtalen.

Motsvarande förutsättningar gäller också enligt de EG-direktiv som ligger till grund för den svenska lagen om offentlig upphandling. I samtliga direktiv finns det krav på att den upphandlande enheten i kontraktshandlingar ger besked om var arbetsgivaren kan få adekvata upplysningar och vilka förpliktelser som gäller under kontraktstiden beträffande bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor i arbetslandet. Om enheten lämnat sådana upplysningar ska den begära att anbudsgivaren bekräftar att hänsyn tas till bestämmelserna om anställningsskydd och arbetsvillkor vid utformningen av anbudet enligt den svenska lagen om offentlig upphandling.⁹¹

Som framgår av utstationeringsdirektivets översättning till svensk rätt har vi ingen minimilönelagstiftning i Sverige. Det som fungerar som minimilönegräns är kollektivavtalen.

En upphandlande enhet är alltså skyldig att begära att anbudsgivaren bekräftar att hänsyn tagits till bestämmelserna om anställningsskydd och arbetsvillkor vid utformningen av anbudet. Det är därför uppenbart att i varje fall upphandlingsdirektiven och då rimligen även lagen om offentlig upphandling förutsätter, att man kan kontrollera att leverantören verkligen tillämpar branschens lönevillkor.

Sociala klausuler i upphandlingskontrakt

Ett sätt att förhindra social dumping är sociala klausuler i upphandlingskontrakt, dvs. vissa arbetsrättsliga miniminormer ska garanteras i kontrakten.

Det har bl.a. diskuterats i ett internationellt organ, World Trade Organisation (WTO). Här finns en motsättning mellan industri- och

utvecklingsländerna. Utvecklingsländerna ser de sociala klausulerna som ett sätt att stänga dem ute från marknader. Utvecklingsländerna fruktar att industriländerna med hänvisning till omänskliga arbetsvillkor, t.ex. barnarbete, bristande arbetsmiljö etc. ska förhindra deras export.

På grund av dessa motsättningar har frågan om sociala klausuler blockerats inom WTO. Inom EU har frågan varit aktuell i samband med upphandling av varor och tjänster. Trots att det har funnits flera förslag har man inte lyckats bli överens om att föra in sociala klausuler som krav vid upphandling inom EU. Däremot har kommissionen i olika s.k. vit- och grönböcker bekräftat att det är möjligt att ha sådana krav.

I den svenska domstolstolkningen av upphandlingsrätten har juristerna tillämpat en närsynt tolkningsmetod. EG-rätten däremot – i den utformning EG-domstolen givit den – tar hänsyn till hela den författningens omgivningen och det bakomliggande syftet med en bestämmelse. Tillämpar man ett sådant synsätt finns det många faktorer som talar för att offentlig upphandling kan ske med andra hänsyn än krasst företagsekonomiska. Här är några hållpunkter för ett sådant synsätt.

Lagligt stöd för sociala klausuler i EG-rätten

Artikel 2 i EU:s ”grundlag” Romfördraget fastställer som en av de grundläggande uppgifterna för gemenskapen att främja tillväxt som tar hänsyn till miljön, en hög nivå ifråga om sysselsättning och socialt skydd. Här finns redan i Romfördragets grundläggande bestämmelser regler som ger stöd för sociala hänsyn vid tillämpning av EG-rätten.

EG-domstolen har godkänt att sociala mål som sysselsättning får en självständig betydelse vid offentlig upphandling.⁹²

Det finns ingenting i EG-rätten som talar för att ekonomisk i EG-rätten ska översättas som kommersiell eller affärsmässig.⁹³

Vid upphandling är leverantörens personal en av de viktigaste tekniska resurserna. Att man därför tar hänsyn till kontinuitet bland personalen, personalens storlek och utbildning som särskilda kvalifikationskrav när det gäller att bedöma den tekniska standarden i enlighet med upphandlingslagen är naturligt.

EG-kommissionen har i olika mål visat sig mycket angelägen att översätta upphandlingsdirektiven på ett sådant sätt att de begränsar dem till strikt kommersiella hänsyn med syfte att tillförsäkra en effektiv konkurrens genom att öka transparensen i procedurförfarandet.⁹⁴

Kommissionen fick i aktionsprogrammet till sociala stadgans handlingsprogram, i uppgift att formulera förslag för att introducera sociala klausuler i offentliga upphandlingskontrakt.⁹⁵ Så har inte skett. Däremot uppmanar kommissionen i ett meddelande den 11 mars 1998 medlemsstaterna att använda offentlig upphandling som ett sätt att nå socialpolitiska mål, under förutsättning att de begränsningar som EG-rätten kan uppställa respekteras.⁹⁶

Kommissionen har vidare i ett meddelande om regionala och sociala aspekter på offentlig upphandling 1989⁹⁷ utifrån den praxis som EG-domstolen formulerat i målet Beentjes konstaterat att det ankommer på medlemsländernas domstolar att avgöra om klausuler som innebär köns- och raskvotering, inkvotering av arbetslösa m.m. är giltiga vid offentlig upphandling.

I en grönbok 1996 om offentlig upphandling inom EU⁹⁸ hänvisar kommissionen till Romfördragets artikel 2 med dess målsättning om en hög nivå på sysselsättning och socialt skydd. Kommissionen menar att olika typer av socialt hänsynstagande kan ske när man utformar kontrakten. Offentlig upphandling kan användas som ett medel för att påverka de ekonomiska aktörernas sätt att uppföra sig. Kommissionen menar då att det finns olika sätt att påverka leverantörerna, t.ex. att utesluta sådana leverantörer som inte uppfyller en tillräcklig standard. Det kan även handla om leverantörer som har misskött sig genom att inte följa social lagstiftning. Det andra sättet är att vid utformningen av kontrakten fastställa villkor t.ex. om anställning av kvinnor eller skyddet av vissa handikappade.

Ett annat socialt mål som är särskilt skyddat av EG-rätten är jämställdhet mellan kvinnor och män. Mycket tidigt infördes regler för jämställdhet i EG-rätten som ett skydd för att social dumping inte skulle kunna ske i jämställdhetshänseende. De viktigaste delarna av denna reglering finns direkt i fördraget och ska beaktas i all verksamhet som staterna bedriver, alltså även upphandling.⁹⁹

De svenska domstolarna har varit mycket hårt bundna av de villkor och regler som finns i lagen om offentlig upphandling. De upphandlande enheterna får inte ställa några villkor på leverantören som inte finns upptagna i lagen. Det är denna domstolarnas tolkning av lagen om offentlig upphandling och de bakomliggande EG-direktiven som inneburit att villkor om att leverantören ska vara bunden av kollektivavtal anses strida mot lagen om offentlig upphandling.¹⁰⁰ Även villkor som innebär att en leverantör ska överta personal eller andra sociala villkor

har avvisats av Kammarrätten i Göteborg.¹⁰¹

De svenska domarna hänvisar inte direkt till EG-rätten utan utgår huvudsakligen från lagtexten i lagen om offentlig upphandling. De svenska domarna har medfört att offentlig upphandling i Sverige sker genom social dumping. Vilken betydelse har EG-rätten här?

EG-domstolen anser sina domar bindande för de nationella domstolarna. Nationella domar är skyldiga att rätta sig efter EG-domstolens prejudikat, dvs. hur de dömt i liknande fall som den nationella domstolen ska bedöma.¹⁰² EG-domstolens praxis är därför av stor betydelse för tolkningen av den del av den svenska rätten som är uppbyggd på EG-rätten. Lagen om offentlig upphandling är en sådan lagstiftning. Det viktigaste prejudikatet när det gäller möjligheten att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling är Beentjes. I svensk tillämpning av LOU kan man inte se att det har beaktats.

Utformning av kontraktsvillkor

Svenska domstolar ålägger sig restriktioner när det gäller att vid upphandling ställa sociala villkor. Man går t.o.m. så långt som att förbjuda krav på kollektivavtal vid upphandling trots att mer än 80 % av arbetsmarknaden regleras av kollektivavtal och kollektivavtalet ersätter andra länders minimilönelagstiftning. Man kan nog inte bortse från att denna för arbetstagarna mycket negativa praxis har skapats av reaktionära domare utan egentligt stöd i lagstiftningen.

Sverige ska kämpa för att den nordiska modellen att lösa arbetsmarknadens problem med kollektivavtal är effektiv och kan upprätthållas även vid offentlig upphandling. Om EG-domstolen mot förmodan skulle komma till samma resultat som svenska domstolar gjort när det gäller möjligheten att ställa sociala krav vid offentlig upphandling får man väl ta ställning till det då. Hittills finns det inget som talar i den riktningen.

Mot denna bakgrund ska vi närmare studera hur EG-rätten kan tänkas komma in i offentlig upphandling. Vi utgår då ifrån de olika stadierna i upphandlingens faser.

Upphandlingsgången och möjligheten att ställa sociala krav enligt EG-rätten

Upphandlingen följer en fast ordning med att

1. ta fram anbudsunderlag, med avtalsvillkor i form av förfrågningsunderlag och annons,
2. fastställa kriterier för vilka anbudsgivare som får uteslutas från upphandlingen,
3. fastställa utvärderingskriterier för tilldelning av anbud.

I alla dessa faser kan sociala kriterier användas som verktyg.¹⁰³

Kontraktsvillkor

I annonsen för anbudsgivning och förfrågningsunderlaget som tillställs dem som är intresserade av att ge anbud kan den upphandlande enheten ange vilka villkor man uppställer för entreprenaden. Här kan man också ställa sociala villkor enligt EG-rätten. Den svenska lagen om offentlig upphandling kan ha begränsat möjligheterna till detta, men det är inte slutligt prövat av Regeringsrätten. Sannolikt är det dock så.

Ett exempel på sociala villkor i upphandlingskontrakt kan vara att man vill kombinera ett sysselsättningsprojekt för etniska minoriteter med ett bygg- och anläggningsarbete. Anbudsgivaren kan då erbjuda ett avtal som dels handlar om vad som ska byggas, dels om att den som får anbudet blir skyldig att sysselsätta ett antal från den utpekade etniska gruppen. Här placeras alltså ett politiskt krav som kontraktsvillkor, t.ex. sysselsättning av en viss andel ur en etnisk minoritet. Avtalet som konkurrensen gäller har ett delvis politiskt innehåll.

Enligt EG-reglerna är det förbjudet att utnyttja kontraktsvillkor som direkt eller indirekt diskriminerar på grund av nationalitet eller som i övrigt hindrar den fria rörligheten.

Romfördraget¹⁰⁴ föreskriver att syftet i all verksamhet som regleras av Romfördragets artikel 2 ska undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män. En av de verksamheter som särskilt behandlas i artikel 2 är just säkerställandet av konkurrensen, dvs. bl.a. reglerna för offentlig upphandling. Om svensk rätt inte skulle medge en sådan politik vid upphandling, exempelvis genom att upphandlaren ställer krav på jämställdhetsplaner av anbudsgivare, skulle det kunna komma i konflikt med denna regel. Eftersom Romfördraget är överordnat den svenska lagen om offentlig upphandling skulle ett sådant förbud mot aktiva åtgärder för jämställdhet vid offentlig upphandling kunna vara ogiltigt. Det är inte den allmänna uppfattningen bland jurister att hänsyn till jämställdhet mellan kvinnor och män ska vara styrande vid offentlig upphandling, så att upphandlaren kan ställa krav på jämställdhetsplaner.¹⁰⁵

Romfördraget innehåller en motsvarande bestämmelse om miljöhänsyn.¹⁰⁶ Att också främja dessa mål vid offentlig upphandling är ju då en ganska naturlig tolkning av Romfördraget.

EG-kommissionen har också i olika sammanhang slagit fast att syftet att sysselsätta långtidsarbetslösa med hänsyn till miljömässiga och sociala aspekter eller till konsumentskydd inte kräver någon ändring av existerande regler.¹⁰⁷ Även för produktionsprocesser och produktionsmetoder, varor eller tjänster kan krav ställas.¹⁰⁸

Uteslutningskriterier

Politiska kriterier kan ingå som utvärderingskriterier när man bestämmer vilka anbudsgivare som är kvalificerade, t.ex. sådana som har god arbetsmiljö eller en personalpolitik som är godtagbar från etnisk synpunkt.

Lagen om offentlig upphandling 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ innehåller regler enligt vilka anbudsgivare kan uteslutas utan vidare. Dessa kriterier är en direkt avskrift av motsvarande bestämmelser i de fyra upphandlingsdirektiven. De kriterier enligt vilka en anbudsgivare får uteslutas är:

1. Han är i konkurs eller motsvarande eller ansökan om konkurs är inlämnad.
2. Han är dömd för brott vid yrkesutövningen.
3. Han har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen.
4. Han har inte fullgjort sina åligganden när det gäller socialförsäkringsavgifter eller skatt.
5. Han har inte lämnat uppgifter som redogör för dessa förhållanden.

Denna uppräknning i direktiven och i lagen om offentlig upphandling har av svenska domstolar tagits till intäkt för att en anbudsgivare inte får uteslutas på några andra grunder än de som är angivna här.¹⁰⁹ Kammarrätten konstaterade där att kollektivavtal inte fanns uppräknat bland kriterierna i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ LOU och att det därför inte var möjligt att uppställa ett sådant kriterium som uteslutningsgrund.

Att dessa kriterier fullständigt skulle räkna upp de grunder enligt vilka en anbudsgivare skulle kunna uteslutas finns det inget stöd för i EG-rätten. I målet Beentjes antog EG-domstolen att bristande tekniskt kunnande är ett lovligt kriterium för uteslutning.¹¹⁰

Dålig extern miljö, dålig arbetsmiljö, dålig jämställdhetsprofil i etniskt eller könsmässigt hänseende eller sociala hänsyn som t.ex. när det gäller människorätt, eller en klausul motsvarande ILO-konvention nr 94,¹¹¹ är sådana möjliga utslutningskriterier.

De generella hänsyn som ligger bakom reglerna i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ lag om offentlig upphandling och motsvarande regler i EG-direktiven kräver att det används objektiva på förhand fastställda kriterier. Dessa får inte på något sätt vare sig direkt eller indirekt diskriminera på grund av nationalitet. De får inte heller lägga hinder i vägen för den fria rörligheten eller bryta mot likabehandlingsprincipen.

Politiska villkor som tilldelningskriterium

Vid utformningen av avtalsvillkor, urvalet av vilka som ska få tävla och slutligen även när man bestämmer vilken anbudsgivare som givit det bästa anbudet kan sociala kriterier användas. Detta är dock inte oomstritt.

Enligt EG-rättens kriterier och också enligt lagen om offentlig upphandling kan överenskommelse träffas antingen med den som lämnat det billigaste anbudet eller den som lämnat det som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Det ekonomiskt mest fördelaktiga budet bestäms då från de specifika upphandlingskriterier som fastlagts i annonsen och upphandlingsunderlaget. Det mest fördelaktiga budet väljs ut efter en värdering av de enskilda komponenterna i anbudet. Direktiven och LOU¹¹² anger att den upphandlande enheten får basera sig på olika kriterier som varierar allt efter den pågående upphandlingen, t.ex. pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m.

Uppräkningen är inte fullständig men de delar som ingår i det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska vara objektiva kriterier som kan användas på samma sätt på alla anbud.

Alla de kriterier som den upphandlande enheten vill använda vid tilldelningen av anbudet ska finnas med i annonsen eller förfrågningsunderlaget. Kriterier som inte har blivit nämnda i upphandlingsunderlaget får inte användas när urval för tilldelning av anbudet görs. Kriterierna ska ställas i den preferensordning som den upphandlande enheten önskar använda för urvalet.

Den genomgång av möjligheterna att använda sociala kriterier som skett ovan utgår från EG-rätten. Det är uppenbart att vi i Sverige har

ålagt oss större begränsningar när det gäller möjligheten att ta sociala hänsyn än vad som följer av de restriktioner EG-rätten ställer upp. Det hindrar emellertid inte att den genomgång som skett på basis av professor Ruth Nielsens uppsats Offentlige udbud i Öresundsregionen kan vara nyttig. Vilken anledning finns det att i svensk offentlig upphandling inte utnyttja det mäktiga vapen som den ekonomiska upphandlingen utgör när det gäller att få till stånd en bättre miljö, en bättre jämställdhet, en bättre etnisk fördelning eller ett jämlikare samhälle? Det finns ingen anledning att enbart använda kommersiella kriterier vid offentlig upphandling i Sverige.

Jämförelse mellan dansk och svensk översättning av EG:s upphandlingsregler

Danmark har använt sig av en annan teknisk, juridisk metod för att översätta upphandlingsdirektiven. Man har helt enkelt gjort en lag som direkt hänvisar till lagtexten i EG-direktiven. Man slipper då en mängd tillämpningssvårigheter som den svenska lagen om offentlig upphandling ger upphov till.

Professor Ruth Nielsen vid Köpenhamns Universitet är expert på EG:s upphandlingslagstiftning. Nielsen har i anledning av Öresundsbron gjort en jämförelse mellan svensk och dansk tillämpning av EG:s upphandlingsregler. Nielsen konstaterar att det finns stora skillnader mellan svensk och dansk tillämpning av EG:s konkurrensrätt, där Sverige tycks ha ålagt sig en mängd restriktioner för att ställa sociala krav vid upphandling som inte följer av EG-rätten.

I dansk lagstiftning finns bl.a. en lagbestämmelse¹¹³ som föreskriver att offentliga myndigheter ska verka för olika samhällliga ändamål vid anläggning och drift av offentlig verksamhet samt vid inköp och konsumtion. Den är utvecklad i ett antal cirkulär som även föreskriver miljö- och energihänsyn vid offentlig upphandling.¹¹⁴ Den danska miljölagstiftningen förutsätter alltså att det finns en stor frihet på det nationella planet att föra en miljöpolitik med hjälp av offentlig upphandling. Staten föreskriver att alla statliga institutioner ska göra miljömedvetna inköp. Miljöhänsyn ska likställas med pris, kvalité, leveransbetingelser etc.

Upphandlingskommittén och sociala restriktioner vid upphandling

I slutet av 1999 kom det en genomgång av hur upphandlingsreglerna hade fungerat i Sverige i en offentlig utredning.¹¹⁵ Det var en parlamentarisk utredning. Men den parlamentariska utredningen hade tillkallat experter. Trots att konkurrensrätt och offentlig upphandling på ett högst påtagligt sätt påverkar arbetstagarens villkor fanns det dock inte enda expert från fackföreningsrörelsen. Däremot var Svensk handel, Företagarnas riksorganisation, Industriförbundet, Kommunförbundet och andra företrädare för arbetsgivaren representerade av experter i utredningen. Att de förslag utredningen hittills har lagt endast ser till att gynna företagets intressen är därför knappast ägnat att förvåna.

Den svenska kommitténs bedömning av EG-rätten skiljer sig från den danska.

I upphandlingskommitténs redogörelse och för övrigt i svensk lagstiftning och rättstillämpning ses upphandlingen främst som ett opolitiskt redskap. En sådan avpolitisering av detta utpräglat politiska område är allvarlig. Konkurrensrätt och offentlig upphandling ses endast som ett företagens intressefält och det är dessa krafter som hittills styrt den rättsutveckling som skett. Möjligheten att ta sociala hänsyn har bara setts som effektivitetshinder genom kommunernas och landstingens ökade möjligheter att tillämpa ”godtyckliga bedömningskriterier”.

Utredningens sammansättning är därför ett adekvat uttryck för hur denna viktiga intressefråga hittills har hanterats. Det har kraftigt präglat den lagstiftning som finns och kan också ses i domstolarnas ställningstagande. Men domstolarnas ställningstagande styrs i hög grad av uttalanden i förarbeten. Med förarbeten förstås då propositioner, utredningar, lagrådets uttalanden och uttalanden vid riksdagsbehandlingen och i betänkanden. Det är därför nödvändigt att ändra lagstiftningen. Ändrar vi inte lagstiftningen kommer social dumping även i fortsättningen anses tillåten. Och inte bara det: restriktioner mot social dumping kommer till och med att anses strida mot gällande rätt. Det är ovärdigt ett socialt ansvarstagande samhälle.

Hur upphandlingskommittén ser på rättsläget kan man se under rubriken ”*God-ttyckliga bedömningar får inte förekomma*”.¹¹⁶ Där säger upphandlingskommittén bl.a.:

”En annan typ av bedömningar som kan bli aktuella för upphandlande enheter är krav som har sin upprinnelse i önskemål om att

kunna påverka det sätt som leverantörerna producerar sina varor eller tillhandahåller sina tjänster utan att varan eller tjänsten har en bättre kvalitet än varor eller tjänster som produceras på traditionellt sätt. Det är fråga om krav som inte är knutna till leverantörerna som sådana och inte heller till konkreta kvalitetskrav på levererade varor och tjänster.”

”Ett typfall är när Kommunförbundet och ett antal kommuner gjorde en första upphandling av klorfritt papper. Kommunerna ville påverka tillverkningsprocessen som medförde utsläpp av farliga ämnen i naturen genom att kräva att leverantören kunde garantera att använda minimalt med klor i tillverkningen av papper. Ett litet pappersbruk visar sig kunna uppfylla kraven. Övriga pappersbruk ansåg att det inte fanns någon marknad för klorfritt papper. Den nya produkten välkomnades inte bara av myndigheter och företag utan även av konsumenterna. Upphandlingen av klorfritt papper kom att leda till att flera andra producenter följde efter. Idag finns det inget pappersbruk som inte kan leverera klorfritt papper.

Huruvida en sådan upphandling är tillåten enligt LOU är oklart. För närvarande torde förfarandet inte vara tillåtet. Om upphandlande enheter ska kunna ställa krav på upphandlingsprocesser krävs tydliga besked i såväl svensk lag som gemenskapsrätten.”¹¹⁷

Man kan alltså konstatera att den svenska lagen om offentlig upphandling i varje fall i den tolkning som sker av upphandlingskommittén inte medger miljöhänsyn. I Danmark anser man en sådan restriktion så självklar att det är ett krav som är likställt med övriga hänsyn vid upphandlingen. I Danmark finns också ett cirkulär som innebär att man som kontraktsvillkor kan ställa krav på att leverantören ska ha utbildning på många punkter, t.ex. att antalet sysselsatta under 25 år ska vara en viss procent, eller att utbildning som ett led i anställningen ska vara på en viss nivå som är rimlig utifrån leverantörens förutsättningar, bl.a. gällande regler och kollektiva avtal. Kontraktsvillkoren ska även konkret utformas så att de jämför nationella och utländska leverantörer.

Danmark har också ratificerat ILO-konventionen nr 94¹¹⁸ som förbjuder social dumping vid offentlig upphandling. Det innebär att man vid offentlig upphandling i Danmark ställer krav på kollektivavtal. I Sverige har regeringen lagt ratificeringen på hyllan sedan SAF motsatt sig en sådan bl.a. med hänvisning till EG-rätten.

Också för etniskt likaberättigande och likställighet mellan kvinnor och män finns stora skillnader. Nämnden för offentlig upphandling har i ett remissvar som gäller en antidiskrimineringsklausul hävdad att lagen om offentlig upphandling inte tillåter ett sådant urvalskriterium. I den tidigare citerade SOU:n under samma rubrik, *Godtyckliga bedömningar får inte förekomma*, säger upphandlingskommittén:

”Det bör betonas att upphandlande enheter inte ska tillåtas experimentera fritt. Godtyckliga beskrivningar och bedömningar i samband med enskilda upphandlingar får inte förekomma. Sådana krav som inte har att göra med leverantörernas finansiella och ekonomiska ställning eller tekniska förmåga och kapacitet får endast ställas om kravet har stöd i lag som ålägger leverantörerna att följa ett visst mönster. Dessa lagstadgade skyldigheter eller förbud torde i de flesta fall endast gälla för leverantörer som är verksamma i Sverige. Som exempel på en sådan lagstadgad skyldighet kan nämnas 6 § i lagen 1999:130 om åtgärder mot etnisk diskriminering: ”Arbetsgivaren ska vidta åtgärder för att förebygga och förhindra att någon arbetstagare utsätts för etniska trakasserier eller för repressalier på grund av en anmälan om etnisk diskriminering...”

Om en leverantör gjort sig skyldig till brott mot lagen om åtgärder om etnisk diskriminering och det är sannolikt att rättelse inte har vidtagits ska leverantören kunna uteslutas från deltagande i upphandling. Kanske skulle det räcka med en föreskrift i förfrågningsunderlaget om att brott mot nämnda lagrum utgör hävningsgrund i upphandlingskontrakt.

Det kan ifrågasättas hur stora resurser som upphandlande enheter ska lägga ner på kontrollåtgärder som inte direkt påverkar pris och kvalitet för de varor och tjänster som handlas upp. Vilka lagar som ska omfattas och hur detta bör utformas kommer att utredas av kommittén under år 2000.¹¹⁹

Ruth Nielsens jämförelse mellan dansk och svensk tillämpning av upphandlingsdirektiven visar att Sverige inte alls utnyttjar de sociala möjligheter som finns inom EG-rätten. Det gäller möjligheterna att ställa miljökrav, krav på kollektivavtal och krav på etniskt och jämställdhetsarbete mellan kvinnor och män för att bara nämna några exempel.

I Sverige har praxis i stor utsträckning kommit att styras av krafter som motsätter sig att det mäktiga instrument som upphandling för 400

miljarder kr om året utgör utnyttjas för att få till stånd ett bättre samhälle.¹²⁰ Det danska exemplet visar att det är möjligt att inom EG-rättens ram få ett mäktigt vapen att främja en bättre politik. Det gäller möjligheterna att ställa krav på en bättre miljöpolitik, en bättre jämställdhetspolitisk, bättre politik för etnisk integrering och även en bättre politik för att undvika social dumping i samband med upphandling.

Utredningens inställning bådär inte gott för möjligheterna att ha sociala klausuler i upphandlingsavtal. Upphandlingskommittén kommer sannolikt inte lämna några förslag som medför att vi kommer i närheten av den aktiva politik som danska organ utnyttjar upphandlingsreglerna till att föra.

Noter

66. Dom 31/87 Gebroeders Beentjes BV ./.. Holland 1988 ECR 4635.

67. Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag 1998.

68. Mål 76/81, SA Transparoute et Travaux ./.. Ministère des Travaux Publics 1992 ECR 417.

69. Mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV ./.. Holland 1998 ECR 4635.

70. Se avsnittet EG-rättens diskrimineringsförbud.

71. Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomiforbundets forlag 1998.

72. Mål C-31/87 Gebroeders Beentjes BV./.. Holland 1988 ECR 4635.

73. När det gäller fråga 1 Mål 76/81, SA Transparoute et Travaux ./.. Ministère des Travaux Publics 1992 ECR 417; fall 2 mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV ./.. Holland 1998 ECR 4635.

74. Romfördraget artikel 81 och 82 (f.d. artikel 85 och 86).

75. Romfördragets artikel 12 (f.d. artikel 6).

76. Romfördraget artikel 26 (f.d. artikel 9).

77. Romfördraget artikel 39 (f.d. artikel 48).

78. Romfördragetartiklet 43 (f.d. artikel 52).

79. Romfördraget artikel 40 (f.d. artikel 49).

80. Rättsmedelsdirektiv I (89/665/EEG), rättsmedelsdirektiv II (92/13/EEG).

81. Margareta Hense, Hans Sylvén, *Offentlig handling*, Norstedts juridik AB, 1998.

82. Se Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomiforbundets

forlag 1998 sid. 31.

83. Fall C-31/87 Gebroeders Beentjes BV ./ Holland.

84. Fall C-225/98 Kommissionen mot Frankrike.

85. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

86. 1 kap. 4 § lag om offentlig upphandling. Kammarättens i Göteborg dom 1998-08-28 avd. 1 mål nr 3696-1998 Trafiknämnden i Göteborg ./ Buss i Väst AB och Swebus Sverige AB.

87. Kammarättens i Stockholm dom 1995-03-28, mål nr 1713-1995 Eva Geidenmark med firma Scan Mobil.

88. Rush Portuguesa C-113/89 (1990 ECR I-1417).

89. Utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster, 96/71/EEG.

90. Lagen (1999:678) om utstationering av arbetstagare § 9.

91. LOU 3 kap. 24 §, 4 kap. 31 §, 5 kap. 27 §.

92. Mål 31/87, Gebroeders Beentjes BV./ Holland 1998 ECR 4635 och Fall C-225/98 Kommissionen mot Frankrike.

93. Se Kai Krüger, Ruth Nielsen och Niklas Bruun, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective* sid. 181.

94. Kaj Krüger, Ruth Nielsen och Niclas Bruun, *European Public Contracts in Labour Law Perspective*, sid.182.

95. Birgitta Nyström, *EU och arbetsrätten*, sid. 98; EGT C311, 1989.

96. Birgitta Nyström, *EU och arbetsrätten*, sid. 97.

97. KOM 96 583 slutlig 27/11 1996.

98.–

99. Romfördraget artikel 3 § 2, 13 (f.d. artikel 6 a) och artikel 141 (f.d. artikel 119).

100. Kammarättens i Stockholm dom 1995-03-28, mål nr 1713-1995 Eva Geidenmark med firma Scan Mobil.

101. Kammarättens i Göteborg dom 1998-08-28 avd. 1 mål nr 3696-1998 Trafiknämnden i Göteborg ./ Buss i Väst AB och Swebus Sverige AB.

102. Se Ruth Nielsen, *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomiforbondets forlag 1998 sid. 31.

103. Denna redovisning bygger på Ruth Niensens artikel i en genomgång av rättsläget efter Öresundsbronns färdigställande: *Offentlige udbud i Öresundsre-*

gionen. Jag har fått tillgång till den i korrektur. Den som är intresserad hänvisas till den fullständiga artikeln, som när jag skriver denna skrift ännu inte är publicerad.

104. Romfördraget artikel 3 punkt 2 (f.d. artikel 3).

105. Se t.ex. Margareta Hentze, Hans Sylvén, *Offentlig upphandling* sid. 161. Man anser att endast arbetsgivare som fått vitesföreläggande för att inte ha upprättat jämställdhetsplaner ska kunna uteslutas p.g.a. bestämmelserna i 1 kap. 17 § ”allvarligt fel i yrkesutövningen”.

106. Romfördraget artikel 6 (f.d. artikel 3 c).

107. Ruth Nielsen, *Offentlige udbud i Öresundsregionen* sid. 148, dom 31/87 Gebroeders Beentjes BV ./. Holland ECR 1988 s 4635, EG-KOM 89 400, EFT 1989 C 311, och KOM 98 143.

108. Enligt Government Procurement Agreement (GPA) som är ett multilateralt avtal inom World Trade Organisation, där EU är medlem.

109. Se t.ex. Kammarrättens i Stockholm dom 1995-03-28 mål nr 1713/1995 ang. Eva Gidenmark med firma Scan Mobil.

110. Professor Ruth Nielsen anser det t.ex. helt uteslutet att EG-rätten mot denna bakgrund skulle ha en så rigid inställning; Ruth Nielsen, *Offentlige udbud i Öresundsregionen* sid. 150. Hennes uppfattning har bekräftats i Fall C-225/98 Kommissionen mot Frankrike

111. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.

112. 1 kap. 22 § LOU.

113. 6 § i miljöbeskyttelsesloven.

114. Ruth Nielsen, *Offentlige udbud i Öresundsregionen* sid. 151.

115. Effektivare offentlig upphandling för fortsatt välfärd, trygghet och tillväxt, SOU 1999:139.

116. SOU 1999:139 sid. 216.

117. SOU 1999:139 sid. 217.

118. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.

119. SOU 1999:139 sid. 216.

120. Upphandlingskommitténs betänkande SOU 1999:139 sid. 56.

Skyddet för löne- och anställningsvillkor

Inledning

Besparingar vid offentlig upphandling och privatisering har till en inte obetydlig del finansierats genom social dumping. Detta har skett såväl vid verksamhetsövergång från offentligt till privat som vid entreprenad-upphandling av offentlig verksamhet.

Vad händer vid upphandling och privatisering?

Det finns tre tänkbara alternativ att upphandla tjänster.

1. Verksamheten övergår från offentlig till privat huvudman genom att arbetet från att tidigare har utförts i egen regi läggs ut på entreprenad (contracting out).
2. Verksamheten är redan entreprenadupphandlad men övergår i samband med upphandling till en ny entreprenör.
3. Verksamheten är redan utlagd på entreprenad och denne lyckas i upphandlingen behålla entreprenaden.

Övergång av verksamhet från offentlig till privat huvudman

Den sociala dumpingen kan i denna situation ske bl.a. på följande sätt.

Vid verksamhetsövergång från offentligt till privat driven verksamhet tillämpas nästan utan undantag den privata marknadens avtal. Arbetare i statlig tjänst hade tidigare ålderspension vid 60 år.

Såväl statligt som kommunalt anställda arbetstagare har även haft längre semester än den som följer av semesterlagen.

Vid övergång från offentlig anställning till privat anställning har dessa förmåner nästan undantagslöst växlats av antingen genom nedtrappning eller på det sättet att nyanställda inom verksamheten inte får del av dessa förmåner.

Pensionsförmånen 60 år som gräns för ålderspensionen gällde för alla

statliga arbetare. Men den finns nu endast kvar för ett mindre antal av de statligt anställda arbetarna. Genom konkurrensen med löner och anställningsvillkor från privata entreprenadföretag tappar alltså såväl de som övergår som de som blir kvar denna förmån. För dem som övergår genom avtalskonstruktionen och för dem som blir kvar genom att de annars inte blir konkurrensdugliga och riskerar att bli av med jobbet.

Verksamhetsövergång från offentlig till privat verksamhet medför i regel ny anställning eller att andra anställda övertar deras arbetsuppgifter. Den anbudsgivare som då erbjuder det billigaste anbudet får i regel entreprenaden. Lagen om offentlig upphandling tillåter och till och med uppmuntrar lönekonkurrens. Sänkningen av kostnaderna för den lokala trafiken finansierades till viss del genom att Transportarbetareförbundets avtal för arbetsgivaren var billigare än Kommunals. Nu har det skett en successiv anpassning men fortfarande finns en viss spänning mellan avtalen.

I samband med anbudsupphandlingen har de anställda fått veta att om inte arbetstidsschema, pauser och raster samt övriga löneförmåner anpassas till dem som gäller för de privat konkurrerande anbudsföretagen kommer de offentliganställda att bli av med jobben. Det är självklart svårt för den fackliga organisationen att stå emot ett sådant tryck.

Verksamheten byter entreprenör

Om verksamheten i samband med upphandling övergår till ny entreprenör finns det i regel ingen garanti för anställningen hos den gamla entreprenören. Som en försiktighetsåtgärd är de anställda säkerligen uppsagda i så god tid att deras anställningar upphör vid entreprenadövergången.

Den sociala dumping som förekommer här är dels orimligt korta anställningstider och osäkra anställningsförhållanden och dels lönedumping i samband med ny anbudsgivning. Men inte ens sedan avtalsvillkoren har utjämnats slutar konkurrensen. Det företag som ska ha entreprenaden måste ha det lägsta priset. Genom att fortsätta att pressa ned löne- och anställningsvillkor inför en avtalsupphandling får man en ständigt nedåtgående skruv, som endast hindras av en bättre arbetsmarknad där arbetsgivaren inte får tag i arbetskraft vid de nivåer han erbjuder.

I storstadsområdena är taxinäringen mycket beroende av den offentligt upphandlade färdtjänsten. Den har tidigare i kombination med kollektivavtalslöst tillstånd för taxinäringen medfört en mycket hård lönepress på taxiförnas löner. Nu vänder löneutvecklingen, men huvudsak-

ligen som en följd av marknadspriset på taxiförare. Vi har alltså fått en löneutveckling som inte styrs av sociala kriterier utan av efterfrågan. Om Sverige hade ratificerat ILO-konvention nr 94¹²¹ hade en sådan utveckling inte varit möjlig. Den konventionen kräver nämligen kollektivavtalsenliga löner vid offentlig upphandling.

De anställda får ofta spela med i spelet om lägre löner och anställningsvillkor för att få den nya entreprenaden. Vi ska närmare granska vilka spärarrar som finns mot en sådan lönedumping.

Entreprenören lyckas behålla entreprenad

Men inte heller i de fall den tidigare entreprenören får fortsätta med entreprenaden undgår de anställda social dumping. Inför anbudsgivningen pressas deras lönevillkor för att de inte ska bli av med jobbet. De korta anbudstiderna, två till fem år, medför dessutom en stor osäkerhet. Att inte kunna överblicka en längre anställningstid än två till fem år, som normalanställning, ger svårigheter när det gäller att göra ekonomiska åtaganden, när det gäller bostadsort och andra sociala förhållanden. Att de upphandlande tillsynsmyndigheterna i det här fallet enbart har en krass effektivitetssyn på dessa för de anställda försämrade förhållanden framgår av de rekommendationer Nämnden för offentlig upphandling utfärdar. De uppmanar särskilt de upphandlande enheterna att korta ned anbudstiderna. Korta anbudstider anses främja en bättre upphandling. Bättre för vem, kan man fråga sig? Är inte de anställda en del av intressenterna i samhället?

Kollektivavtalet och andra skydd mot social dumping

Idag finns det generellt sett tre skydd mot social dumping vid övergång på grund av offentlig upphandling. De är:

1. Kollektivavtalet

Kollektivavtalet är ett utmärkt löneskydd. Innebörden av kollektivavtalet är en utbudskartell där arbetsgivaren inte får köpa arbetskraft under det i avtalet fastställda minimipriset. Vid nyanställning, vilket det ofta är fråga om i samband med upphandling, skyddar det emellertid endast miniminivån. Den ökade omfattningen av individuella löner ger en urholkning av kollektivavtalets löneskydd. Den individuella lönen är i regel aldrig skyddad,

endast minimilönen i avtalet. Skillnader mellan olika kollektivavtal kan också medföra försämringar även om lönen är kollektivavtalsskyddad. Är ett fackförbund bundet av kollektivavtal har det generell fredsplikt. Vid inrangeringsförhandlingar befinner sig därför det mottagande fackförbundet i en underlägsen förhandlingsposition mot arbetsgivaren.

2. **EG:s s.k. överlåtelsedirektiv**¹²²

Överlåtelsedirektivets bestämmelser till skydd för anställningen och anställningsförmåner har inarbetats i anställningsskyddslagen 6 b § och i medbestämmandelagen 28 §. När den anställde följer med vid en övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av en verksamhet från en arbetsgivare till en annan övergår också rättigheter och skyldigheter till den nya anställningen. Det innebär att vid övergång av verksamhet följer de anställda automatiskt med såvida inte den enskilde anställde begär att få stanna kvar i det företag från vilket överlåtelsen sker. Direktivet gäller egentligen inte offentlig anställning, men Sverige har gjort det tillämpligt också på offentliga anställningar. Vid övergången får den arbetstagare som är bunden av ett kollektivavtal behålla de bättre förmånerna enligt det tidigare kollektivavtalet till ett år efter övergången eller den tid då kollektivavtalet skulle ha utlöpt. Det är alltså inte kollektivavtalet som går över utan enbart de kollektivavtalade förmånerna till den enskilde anställde. Om den nya arbetsgivaren har ett eget kollektivavtal för verksamheten får förmånerna anpassas efter detta men det får inte ske någon försämring av förmånerna för den som övergår.

3. **ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part**¹²³

Enligt denna konvention är stat, kommun och landsting vid offentlig upphandling skyldiga att se till att de anställda hos entreprenören får lön och andra anställningsvillkor som lägst överensstämmer med branschavtalets. Konventionen, som tidigast kunde tillträdas 1952, tillkom för att skydda anställda mot social dumping vid offentlig upphandling. Danmark, Finland och Norge har ratificerat, dvs. godkänt konventionen, Norge så sent som 1996.

I Sverige ratificerades inte konventionen 1952 eftersom både SAF och LO ansåg att det var onödigt. Kollektivavtalen fungerade ju så väl.¹²⁴ Nu när kollektivavtalen fungerar sämre och offentlig upphandling sker utan krav på kollektivavtal har LO begärt att konventionen ska ratificeras. Eftersom ILO är en trepartsorganisation där staten, de fackliga organisationerna och arbetsgivarna samverkar vill inte den svenska regeringen mot SAF:s nekande ratificera konventionen. SAF skyller på EG-rätten, som man säger kommer i konflikt med konventionen. Detta skydd mot social dumping finns alltså inte i Sverige.

Vad är ett kollektivavtal?

Huvudregeln inom svensk civilrätt är att avtal kan slutas formlöst. När anbudsgivarens anbud accepteras har ett avtal uppstått med förpliktelse för avtalsparterna. Det kan ske muntligt, per telefon, genom brev som växlas, fax, telegram, e-post eller vad man kan tänka sig så länge det är klart att avtalsparterna syftar till att sluta ett bindande avtal.

Kollektivavtalet är inte så beskaffat. Det krävs

1. ett skriftligt avtal,
2. undertecknat av arbetsgivare eller arbetsgivarorganisation och fackförening
3. som rör förhållandet arbetsgivare/arbetstagare och
4. medför förpliktelse för båda eller endera av parterna.¹²⁵

I Sverige regleras hela arbetsmarknaden av riksomfattande kollektivavtal. Det gäller både tjänstemanna- och arbetarsidan.

Det rikstäckande kollektivavtalet skyddar löntagarna genom att förhindra att någon av dem eller någon annan konkurrerar med lägre lön och sämre villkor. Därför omfattar kollektivavtalet också anställda på arbetsplatsen som inte är med i facket. Det innebär att arbetsgivaren inte kan anställa oorganiserade till lägre pris än de organiserade. Det är bara arbetsgivare som inte tecknat kollektivavtal som kan göra upp om sämre regler med enskilda anställda än de som gäller i branschen i övrigt.

Avtalen gäller enligt den s.k. ”industriförbundsprincipen”. Denna princip betyder att alla arbetare på en och samma arbetsplats ska ha samma avtal och vara medlemmar i en och samma fackliga organisation oavsett vad de sysslar med. Tjänstemännen har i princip samma system.

Industriförbundsprincipen innebär att den verksamhet som huvudsakligen bedrivs på arbetsplatsen styr vilket avtal som ska gälla där. Om fabriken huvudsakligen sysslar med skog- och träproduktion blir det Skog- och Träfacket avtal som ska gälla; om det är järn- och metallbearbetning blir det Metallindustriarbetareförbundets område; om det är plast, Industrifackets.

Industriförbundsprincipen gäller också utanför industrin på det sättet att Kommunalarbetareförbundet organiserar alla som är jämställda med arbetare på sjukhuset, undersköterskor, fastighetsskötare och elektriker. Gränsdragningen mellan olika avtalsområden följer strikta regler som i sista hand bestäms av LO:s styrelse.

Idag läggs en allt större andel av verksamheten inom industrier och offentlig förvaltning på underentreprenad – städning, underhåll och till och med transporter inne på industrin. I samband med sådan entreprenadutläggning sker ofta en övergång av avtalsrätten från ett offentligförbund, t.ex. SEKO eller Kommunal, till förbund som organiserar privatanställda, t.ex. Transportarbetareförbundet, Fastighetsanställdas förbund. Social dumping kan tänkas förekomma på tre sätt vid en sådan övergång.

1. Det avtal som ersätter det tidigare innehåller vissa bestämmelser som ger sämre förmåner än i den tidigare anställningen.
2. Vid övergång inom entreprenadbranschen byter den enskilde anställningen. De svenska arbetaravtalen är i regel minimilöneavtal, vilket innebär att arbetsgivaren lägst får betala med avtalets minimilön. Den ”överlön” som den anställde då har arbetat upp i den gamla anställningen är han inte garanterad, och inte heller förmånligare lokala kollektivavtal som träffas med den gamla arbetsgivaren.
3. Övergång kan också ske till arbetsgivare som saknar kollektivavtal. I sådana fall kan lönenivåer utgå under dem som följer enligt branschavtalets minimilöner.

Lönedumping när kollektivavtal gäller på den nya arbetsplatsen

När verksamhet övergår från att vara driven med offentliganställda till företag som är privata sker oftast byte av avtal. Detta gäller såväl vid övergång inom ett förbunds område som när verksamheten övergår till ett annat förbunds område.

Enligt 28 § medbestämmandelagen följer kollektivavtalet med om den tillträdande arbetsgivaren saknar kollektivavtal. Om det finns annat tillämpligt kollektivavtal gäller detta. Det företag som övertar verksamheten är ofta medlem i arbetsgivarförbund med vilka det finns löpande kollektivavtal. Det nya avtalet gäller alltså i princip automatiskt.

Vid sådan övergång hålls oftast s.k. inrangeringsförhandlingar. De nya parterna träffar avtal om hur förmånerna ska regleras i den nya anställningen och under det nya kollektivavtalet. I de fall fackförbundet redan har gällande kollektivavtal med den nya arbetsgivaren sker dessa inrangeringsförhandlingar under fredsplikt. Det innebär att arbetstagarparten inte har några som helst möjligheter att tilltvinga sig bättre villkor än dem som följer av det kollektivavtal som gäller för den nytillträdande arbetsgivaren, annat än genom arbetsgivarens välvilja. Detta är sannolikt bakgrunden till att sådana inrangeringsförhandlingar regelmässigt avtalar bort eller trappar av bättre förmåner som gällde enligt det tidigare avtalet. Det finns alltså en inbyggd mekanik i den nu gällande ordningen som medför att det är svårt att angripa den sociala dumping som kan ske i sådana fall.

Lönedumping vid övergång inom kollektivavtalsområdet

De svenska kollektivavtalen är upphängda så att individuella löner överenskomms antingen med arbetstagaren själv, på tjänstemannasidan, eller med den lokala fackliga klubben eller avdelningen vid varje företag. De regleras då i bästa fall i lokala kollektivavtal och i annat fall i individuella överenskommelser.

Den lönepott som läggs ut i samband med höjningar enligt centrala överenskommelser läggs nu i allt större utsträckning ut som individuella löner eller i bästa fall generella löner på lokal nivå. En viss del av den centralt överenskomna potten avsätts för att höja utgående minimilöner. Det förekommer även på vissa LO-områden att minimilöner saknas i kollektivavtalet utan detta baseras helt på individuella löner som överenskommit lokalt med klubben eller enskilt med individen.

I de fall övergången sker enligt EG:s överlåtelsedirektiv (6 b § anställningsskyddslagen, 28 § medbestämmandelagen) är den anställdes lön skyddad. I de flesta fall vid övergångar i samband med entreprenad är emellertid inte dessa regler tillämpliga. Det innebär att den anställda som övergår tillträder en ny anställning. Den överlön han byggt upp i den tidigare anställningen är helt oskyddad. Eftersom den fackliga organisationen i regel är bunden av löpande kollektivavtal vid sådan över-

gång har den en mycket oförmånlig förhandlingsposition.¹²⁶

Även i detta fall möjliggör det svenska förhandlingssystemet lönedumping vid merparten av den offentliga upphandling som sker av tjänster.

Övergång till arbetsgivare utan kollektivavtal

Sverige har ingen minimilönelagstiftning. Genom att över 80 % av de anställda i Sverige skyddas av kollektivavtal är skyddet för rimlig lönenivå i regel garanterat. I de fall arbetsgivaren saknar kollektivavtal är skyddet för en rimlig levnadsnivå svagare. Om en arbetsgivare betalar en oskälig lön kan den anställde efter domstolsprövning få avtalet jämkat till en skälig levnadsnivå.¹²⁷ Idag har vi en tendens som innebär att en allt större andel av arbetsmarknaden inte regleras av kollektivavtal. Det märks framförallt inom tjänstesektorn, handels, transport (taxinäringen) och i tjänsteföretagen, framförallt databranschen. Denna utveckling understöds av flera olika faktorer.

Den av SAF frammanade bilden av att kollektivavtalet är ett onödigt och betungande moment i anställningsförhållandet har fått ett ganska kraftigt genomslag.¹²⁸ Vid offentlig upphandling understöds denna tendens. Tidigare ställdes vid de flesta kommunala upphandlingar krav på att de som lämnade in anbud skulle ha kollektivavtal för branschen. Detta anses numera inte tillåtet enligt lagen om offentlig upphandling.

Den allt lägre kollektivavtalsäckningen är också en följd av att vissa delar av arbetsmarknaden försörjs genom uthyrningsföretag där det är svårt för de fackliga organisationerna att värva medlemmar. Utan medlemmar på arbetsplatsen är det svårt att få kontroll på kollektivavtals-tillämpningen. I nya branscher, exempelvis databranschen, är det en oroväckande låg kollektivavtalsäckning.

Idag är detta ett förhållandevis marginellt problem i Sverige. Men med den utveckling som fortgår kommer det sannolikt inom en inte alltför avlägsen framtid att bli ett allt större problem.

EG:s överlåtelsedirektiv¹²⁹ som skydd mot social dumping

Offentlig upphandling och privatisering medför i regel att de anställda som utför arbetet åt myndigheten får en ny arbetsgivare. Det kan ske på två sätt. Antingen övergår verksamheten från myndigheten till en privat arbetsgivare eller så drivs verksamheten redan av en privat arbetsgivare, men den offentliga upphandlingen medför ett byte av entreprenör.

Vid övergång av verksamhet utsätts de anställdas sociala situation för stora påfrestningar. Det jobb de arbetar med ska övergå till en ny huvudman. De kan inte vara säkra på att få följa med. Om de får följa med så kan det ske stora förändringar i deras anställningsvillkor och sociala situation överhuvudtaget.

1974–76 skapade EG ett socialt handlingsprogram bl.a. för att stärka tryggheten i anställningen för arbetstagare. Ett av de direktiv som då kom handlade om skydd av arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, direktiv 77/187/EEG. Grundtanken bakom detta direktiv är att skydda den anställdes rättigheter när verksamhet övergår från en arbetsgivare till en annan. När verksamhet övergår från en myndighet till en privat arbetsgivare är det i regel fråga om sådan övergång som skyddas av anställningsskyddslagens övergångsregler.¹³⁰ Däremot skyddas i regel inte anställningen vid byte av entreprenör. Det anses inte som företagsövergång.

Direktivet har prövats av EG-domstolen vid ett flertal tillfällen och principerna för när det är fråga om övergång är ganska väl fastlagda. Även den svenska Arbetsdomstolen har självständigt prövat när det är fråga om verksamhetsövergång. Sannolikt är den praxis som tillämpas av den svenska Arbetsdomstolen lite restriktivare mot de anställda än EG:s praxis.

EG-domstolen har ställt upp ett antal faktorer som ska bedömas som en helhet för att avgöra om det är fråga om företagsövergång:

1. Arten av företaget eller verksamheten.
2. Frågan om företagets materiella tillgångar som byggnader och lösöre överlätes eller inte.
3. Värdet av de materiella tillgångarna vid överlåtelseögonblicket.
4. Frågan om majoriteten av de anställda tagits över av den nya arbetsgivaren eller inte.
5. Frågan om kunder har tagits över eller inte.
6. Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen.
7. Frågan om verksamheten legat nere kortare eller längre tid i samband med överlåtelsen.

Sverige har översatt överlåtelsedirektivet¹³¹ genom två bestämmelser, anställningsskyddslagen 6 b § och medbestämmandelagen 28 §. I anställningsskyddslagen 6 b § sägs att vid övergång av ett företag, en verksamhet eller del av verksamhet från en arbetsgivare till en annan övergår också de rättigheter och skyldigheter på grund av det anställ-

ningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. Detta gäller dock inte vid övergång i samband med konkurs. Skyddet gäller heller inte ålders-, invaliditets- eller efterlevandeförmåner. Anställningsavtalet och anställningsförhållandet övergår inte till en ny arbetsgivare om arbetstagare motsätter sig detta.

När en arbetstagares anställningsavtal på det här sättet har övergått till en ny arbetsgivare är den nya arbetsgivaren skyldig att under ett år från övergången tillämpa anställningsvillkoren i det kollektivavtal som gällde för den tidigare arbetsgivaren. Villkoren ska tillämpas på samma sätt som den tidigare arbetsgivaren var skyldig att tillämpa villkoren. Skyldigheten gäller dock inte sedan kollektivavtalets giltighetstid har löpt ut eller sedan ett nytt kollektivavtal har börjat gälla för de övertagna arbetstagarna.¹³²

Överlåtelsedirektivet i svensk praxis

Arbetsdomstolen har i ett antal avgöranden tagit ställning i frågor som rör upphandlingssituationer och privatiseringar. En av de vägledande domarna är avgörandena i det s.k. Swebus-fallet.

*Swebus-fallet*¹³³

Swebus drev på entreprenad från Länstrafiken i Malmöhus län linjetrafik med buss. Länstrafiken avslutade 1995 dessa avtal med Swebus och ingick nya avtal för samma trafikområden med Ödåkra och Linjebuss. De nya bussföretagen övertog vare sig administration, fordon, fastigheter eller andra tillgångar från Swebus. Man övertog inte heller någon personal. På grund härav ansåg Arbetsdomstolen att det inte förelåg någon sådan identitet mellan det överlåtande och mottagande företaget att det kunde anses som överlåtelse i anställningsskyddslagens mening.

*Invandrarverksmålet*¹³⁴

Ansvar för förvar av utlänningar gick över från Rikspolisstyrelsen till Statens Invandrarverk. Rikspolisstyrelsen anlät Securitas för bevakningen. När Invandrarverket övertog ansvaret för förvaret satte de in egen personal som sedan utförde arbetsuppgifterna. Någon övergång av verksamheten eller del av verksamheten från bevakningsföretaget till Invandrarverket ansågs inte ha skett.

När verksamhet övergår i samband med entreprenader sker i regel inga kontakter eller kontraktshandlingar mellan de båda entreprenörerna. Att man fullgör samma uppgifter anser Arbetsdomstolen inte räcker för att det ska vara övergång i anställningsskyddslagens mening. När verksamheten däremot går från huvudmannen alltså första gången entreprenadupphandling sker är det sannolikare att det blir fråga om övergång av verksamhet. Även detta beror emellertid på verksamhetens beskaffenhet.¹³⁵

Skyddet som anställningsskyddslagen ger vid övergång av verksamhet i samband med entreprenadupphandling är därför begränsat.

Sammanfattningsvis kan man konstatera att överlåtelsedirektivet ger ett förhållandevis dåligt skydd vid många typer av offentlig upphandling där de anställda på grund av upphandlingen mister sin anställning eller denna övergår till annan verksamhet.

ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt¹³⁶ som skydd mot social dumping

ILO är en internationell organisation ger regler för minimistandarder för skyddet för arbetstagare i de länder som godkänner ILO:s konventioner. Reglerna fastställs i trepartssamverkan av representanter för anslutna staters regeringar, fackförbund och arbetsgivarorganisationer. Det finns också en lägsta standard för offentlig upphandling. Det är ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Denna konvention ska garantera att fastställda arbetsvillkor skyddas mot försämringar på grund av konkurrens vid anbudsgivning i samband med offentliga upphandlingskontrakt.

Konventionen säger att upphandlingsavtal som sluts av stat, kommun eller landsting ska innehålla en bestämmelse som garanterar att arbetstider och övriga arbetsvillkor inte är mindre gynnsamma än de som gäller enligt kollektivavtalet för den aktuella branschen. Sådana här konventioner ska godkännas av respektive medlemsland.

När den här konventionen behandlades i den svenska riksdagen 1951 sade både LO och SAF att det var onödigt att ratificera konventionen. Vi hade ju redan kollektivavtal som garanterade den här typen av villkor i all upphandling. Det var den gyllene samförståndsandan som rådde eftersom det berömda Saltsjöbadsavtalet om samarbetsregler mellan arbetsmarknadens parter endast var 13 år avlägset.¹³⁷

Men nu har läget kärvat till sig. SAF vill inte ha kollektivavtal. När fackföreningarna nu begär att Sverige ska ratificera ILO-konvention nr

94 så säger SAF nej. Regeringen duckar. Social dumping, dvs. att pressa arbetarnas löner som ett sätt att få den offentliga verksamheten billigare, har i individualismens Sverige blivit en legitim metod. Och här dyker återigen lagen om offentlig upphandling upp.

I de flesta anbudssituationer har det före LOU i den berömda svenska samarbetsandan på arbetslivets område varit självklart att de som får anbudet ska ha kollektivavtal. I många upphandlingsunderlag har det därför som en naturlig del ingått att den som bjuder på en entreprenad ska ha kollektivavtal.

Vissa av EG-kommissionens tjänstemän kallas för konkurrenshökarna. Förenklat kan man säga att de ser konkurrensrätten som läkemedel för nästan alla samhällets sjukdomar. De har mot bakgrund av den inbyggda konflikt som finns mellan kollektivavtalet och konkurrensrätten försökt utsträcka konkurrensrätten till att även gälla kollektivavtalsrätten.

Nämnden för offentlig upphandling är ett statligt organ som ska övervaka den svenska tillämpningen av lagen om offentlig upphandling. Nämnden frågade 1997 om det var förenligt med EG-rätten att Sverige ratificerade ILO-konvention nr 94¹³⁸ om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Vid ett s.k. paketmöte 1997-09-15 hävdade kommissionens tjänstemän att det fanns vissa ”förenlighetsproblem regelverken emellan”.¹³⁹ De invändningar kommissionens tjänstemän riktade mot ILO-konvention nr 94 innebar i praktiken, även om inte detta sades rakt ut, att man inte ansåg konventionen förenlig med de EG-direktiv som gällde på upphandlingsområdet. Att detta ställningstagande inte är okontroversiellt kan man förstå eftersom mer än hälften av de nuvarande medlemmarna i EU har ratificerat ILO-konventionen. Norge, som visserligen inte är medlem, men som är medlem i EES med samma regler, ratificerade konventionen så sent som 1996.¹⁴⁰

I Sverige har riksdagen tagit ställning till frågan om det är tillåtet att enligt ILO-konventionen begära kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling. Svaret var negativt.¹⁴¹

Finansutskottet konstaterar att lagen om offentlig upphandling inte medger att den upphandlande enheten ställer krav på upphandlaren att de ska ha kollektivavtal. Ett sådant ställningstagande som Finansutskottet gör om den svenska rätten får mycket egendomliga konsekvenser.

Flertalet av de länder som är medlemmar i EU har ratificerat, dvs. godkänt, ILO-konvention nr 94 angående arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. För att dessa länder ska kunna uppfylla sina förpliktelser enligt ILO-konventionen är det därför nödvändigt att man

ställer just den frågan. Det kan därför knappast vara EG-rätten som förbjuder sådana villkor på leverantören.

1 kap. 4 § lagen om offentlig upphandling innehåller följande bestämmelse:

Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Den lagstiftning som föregick lagen om offentlig upphandling - upphandlingsförordningen - hade samma krav på affärsmässighet. På upphandlingsförordningens tid var det vanligt i vissa delar av den offentliga upphandlingen att ställa krav på kollektivavtal. Den svenska rättsstatens syn på kollektivavtalet tycks ha förändrats. Riksdagen konstaterar utan att någon lagändring har skett helt frankt att den svenska rättsordningen inte tillåter att den upphandlande enheten utreder om en upphandling medför social dumping på grund av icke branschsäsonglöna och anställningsvillkor. Detta visar om något hur politisk en formellt juridisk tolkning av en lagtext kan vara.

Förslag till åtgärder mot social dumping av löne- och anställningsvillkor

Fackförbunden bör på huvudorganisationsnivå utarbeta gemensamma riktlinjer för hur man ska undvika social dumping. Sådana mål kan vara

- att social dumping genom sänkning av löne- och anställningsvillkor såväl för övergående arbetskraft som för arbetstagare som övertar arbetsuppgifter som de offentliganställda haft inte är godtagbart från facklig synpunkt;
- att borttagande av förmånligare pensionsålder eller förmånligare semesterlönebestämmelser i princip aldrig ska vara en följd av att verksamhet övergår från offentlig till privat;
- att löneavtalen långsiktigt ändras så att de inte automatiskt gäller vid övergång av verksamhet. Inrangeringsförhandlingarna ska alltså föras under öppet avtalsläge;
- att avtalen innehåller bestämmelser som medför att förmånligare villkor vid övergång av verksamhet i samband med offentlig upphandling alltid ska behållas;
- att Sverige ska ratificera ILO-konvention nr 94.¹⁴² Det är inte god-

tagbart att ett samhälle använder sig av nedpressning av lönevillkor som ett mål att förbilliga den offentliga verksamheten;

- att lagen om offentlig upphandling kompletteras med regler som innebär att den upphandlande enheten alltid är skyldig att se till att entreprenör minst tillämpar kollektivavtalsenliga villkor i upphandlad verksamhet.

Noter

121. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.

122. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG.

123. Finns som bilaga till denna rapport.

124. Proposition 1950 nr 188 sid. 7.

125. Medbestämmandelagen 23 §.

126. Jfr dock OK Biva-domen AD 1984 nr 32.

127. 36 § avtalslagen.

128. Till och med i Postens tidning annonserar Näringslivets serviceorganisation om samförstånd istället för kollektivavtal. (Du & Co. 2000 nr 3.)

129. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

130. Anställningsskyddslagen 6 b §. EG-direktivet gäller inte övergång från offentlig verksamhet. Den svenske lagstiftaren har emellertid utsträckt lagen till att gälla även övergång från offentlig verksamhet.

131. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

132. Medbestämmandelagen 28 § 3 st.

133. AD 1995 nr 134 och AD 1995 nr 163.

134. AD 1998 nr 124.

135. Här kan man säga att Arbetsdomstolen var pionjär. När Swebusdomen kom var läget inom EG-rätten sannolikt sådant att det skulle anses som en övergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen. Rättsfallet Süzen visade tyvärr att Arbetsdomstolen varit framsynta (Mål C-13/95 Ayse Suzen ./ Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice (1997) ECR I-1259). EG-domstolen för i princip samma resonemang som Arbetsdomstolen gjorde.

136. ILO-konvention nr. 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.
137. Proposition 1950 nr 188 sid. 7 o f.
138. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.
139. Nämnden för offentlig upphandling 1997-11-25 dnr 39/96-21.
140. Se Kaj Krüger, Ruth Nielsen och Niclas Bruun, *European Public Contracts in Labour Law Perspective* sid. 246.
141. Finansutskottets betänkande 1997/98:FiU 7.
142. Finns som bilaga till denna rapport.

Skyddet för sociala rättigheter

Hur påverkar upphandling och privatisering arbetstagarens sociala skydd?

En anställning ger inte bara lön. Den ger pension, anställningstrygghet etc. Vid entreprenadbyte kan heltidsanställning förvandlas till en deltid eller det kan vara en tillsvidareanställning som i samband med övergången förvandlas till en tidsbegränsad anställning. Även om man lyckas behålla tillsvidareanställningen medför den korta tiden för offentliga upphandlingar – mestadels två till fem år – en ökad osäkerhet i anställningen.

Den ökade användningen av entreprenader för att fullgöra offentlig verksamhet har alltså medfört ett sämre socialt skydd för de anställda. En sådan försämring är en samhällelig kostnad som får bäras primärt av de anställda. Men den ökade utslagningen som exempelvis blir följden av att den nya arbetsgivaren kan välja bort icke attraktiv arbetskraft som äldre, handikappade och människor som kanske allmänt inte är så arbetsföra, medför också en direkt ekonomisk belastning på samhället. Den sociala kostnaden får då betalas i form av arbetslöshetsunderstöd, sjuk- eller förtidspension eller till och med socialbidrag. Den handplockning som sker av arbetskraften medför också naturligt att svaga grupper kommer i ett sämre läge. Egendomligt nog räknas som svaga grupper i detta sammanhang kvinnor, framförallt kvinnor med minderåriga barn. Även från jämställdhetssynpunkt medför därför offentlig upphandling sociala kostnader för samhället.

När tjänster upphandlas i offentlig upphandling finns tre tänkbara alternativ.

1. Verksamheten övergår från offentliga till privata händer genom att arbetet från att tidigare har utförts i egen regi läggs ut på entreprenad.
2. Verksamheten är redan entreprenadupphandlad men övergår i samband med upphandling till en ny entreprenör.
3. Verksamheten är redan utlagd på entreprenad och denne lyckas i

upphandlingen behålla entreprenaden.

Vi ska studera dessa tre alternativ.

Verksamheten övergår från egen regi till entreprenad

När verksamhet och därmed de anställda övergår från privat till offentlig regi, s.k. contracting out, och personalen följer med skyddas i regel anställningsvillkoren av det s.k. överlåtelsedirektivet.¹⁴³ Det är tidsbegränsat under ett år, dock längst till dess det gällande kollektivavtalet på den gamla arbetsplatsen upphör att gälla. Överlåtelsedirektivets bestämmelser finns intagna i anställningsskyddslagens 6 b § som innebär att anställningen automatiskt övergår för de anställda som vill övergå. Lönevillkoren skyddas av 28 § medbestämmandelagen vilket innebär att arbetstagarens utgående lön är skyddad. Däremot är inte pensionen skyddad. Detta kan innebära problem.

Det gäller dels om pensionsåldern i den tidigare verksamheten är lägre än den dit man överförs. På arbetarområdet och på det statliga området har detta tidigare varit huvudregeln. Vid en sådan övergång sker alltså i regel en höjning av pensionsåldern från 60 till 65 år. Det medför en stark social dumping av anställningsvillkor. Överlåtelsedirektivet ger emellertid ett förhållandevis gott skydd mot social dumping i de fall det är tillämpligt.

Verksamheten övergår till en ny entreprenör

Entreprenadkontrakt i offentlig verksamhet är tidsbegränsade med i regel ganska korta tider, 2–5 år, beroende på verksamhetens art. Om då entreprenören som innehar kontraktet tappar det gäller normalt inte de skyddsregler som finns vid övergång av verksamhet enligt anställningsskyddslagen och medbestämmandelagen. (Anställningsskyddslagen 6 b §, medbestämmandelagen 28 §.)¹⁴⁴

En sådan övergång av verksamhet medför därför stora sociala konsekvenser för dem som är anställda i de företag som förlorar entreprenaden. Även om entreprenaden erhålles på så lång tid som 5 år medför turordningsreglerna i lagen om anställningsskydd i större kommuner att anställningarna kan få omprövas varje år. Detta eftersom upphandlingarna ofta sker successivt.

Anställningsskyddslagen har tillkommit för att ge arbetstagarna anställningsskydd. I vissa kollektivavtal har anställningsskyddet utvid-

gats till att även avse skydd för anställning genom företrädesrätt vid övergång av verksamhet som inte är överlåtelse enligt anställningsskyddslagens 6 b §. Det har man gjort i syfte att skydda arbetstagare från den osäkerhet och otrygghet som en hotande arbetslöshet utgör. Sådana avtalsbestämmelser finns i utpräglad entreprenadverksamhet med återkommande entreprenadbyten, framförallt inom städbranschen.

Den anställde kan bli arbetslös vid sådan här övergång av verksamhet. Men också andra sociala effekter kan uppkomma. Eftersom den anställde måste ta de anställningar som erbjuds kan det medföra sämre arbetstidsreglering, exempelvis deltidarbete från heltidsarbete, sämre arbetstidsförläggning och krav på större flexibilitet. Sådant drabbar framförallt föräldrar med småbarn. Inget hindrar heller att de anställda i den nya anställningen erhåller tidsbegränsad anställning i form av provanställning eller annan tidsbegränsning. Tidsbegränsad anställning är normalt tillåten enligt den numera uppmjukade anställningsskyddslagen även i en situation som denna. Kommer arbetstagaren väl in i tidsbegränsningssvängen medger lagens regler sammanhängande tidsbegränsad anställning under så lång tid som åtta år. Det beror på att anställningsskyddslagen erbjuder en sådan utomordentlig provkarta på möjligheter för arbetsgivaren att hoppa tuva mellan olika typer av tidsbegränsningsanställningar. Åtta år kräver dock en viss fingerfärdighet om lagens villkor ska uppfyllas, men det går att hålla sig inom det lagliga området.

Här är det inte övergång av verksamhet där lagens företrädesrättsregler gäller. Om exempelvis den kommunala bussverksamheten övergår till en ny entreprenör måste i regel den nye entreprenören på en mindre ort plocka över en viss del av den tidigare i verksamheten sysselsatta arbetskraften, eftersom utbildade chaufförer inte finns tillgängliga inom rimligt reseavstånd. Den nya arbetsgivaren kan då sålla ut sådan arbetskraft som han anser vara olönsam. Det gäller äldre och handikappad arbetskraft, men även sådana kategorier som småbarnsföräldrar, framförallt då kvinnor, kan råka illa ut. Den gallringsmekanism som då uppstår genom att "icke lönsamma arbetstagare" slås ut innebär sannolikt att de ekonomiska vinster som den offentlige upphandlaren anser sig göra genom entreprenadupphandlingen försvinner genom att andra kostnader uppstår för samhället. Det gäller kostnader för förtidspension, arbetslöshetskassa, sjukbidrag eller socialbidrag. Från jämställdhetssynpunkt uppstår också negativa effekter.

Den gamla entreprenören behåller entreprenaden

Genom de korta avtalstiderna vid upphandling av entreprenader, två till fem år, får leverantören regelbundet tävla med andra entreprenörer om avtalet. I sådana lägen när det rör sig om större entreprenader för lokaltrafik, renhållning etc. sägs den berörda personalen regelmässigt upp i sådan tid att anställningen upphör före eller vid entreprenadtidens utgång. Beslutet om vem som ska få den fortsatta entreprenaden sker ofta inte inom ramen för varsel- och förhandlingstiderna enligt anställningsskyddslagen och medbestämmandelagen.

Arbetslöshet är en av de faktorer som har störst betydelse för en vuxen människas hälsa. Att då vartannat eller vart tredje år få besked om att anställningen kommer att upphöra innebär en stor social otrygghet.

Idag är möjligheterna att få kredit i bank till bostad eller en ny bil, eller att få hyra en bostad, helt beroende av utfallet av den kreditprövning som kreditgivaren eller hyresvärden gör. Att inte ha fast arbete innebär regelmässigt att kredit vägras.

När man planerar sitt liv och sin framtid är man beroende av att veta att man har en stadig inkomst. A-kasseersättningen ligger idag på en sådan nivå att det för de allra flesta medför en kraftig ekonomisk påfrestning att bli arbetslös.

Även om arbetsgivaren då erhåller en fortsatt entreprenad är det sociala och ekonomiska följderna som inte är acceptabla. Även här får samhällets s.k. besparingar gå ut över den enskilde anställde.

Förslag till förändringar

Offentlig upphandling får inte medföra sämre socialt skydd för de anställda. De regler som gäller idag medger det. För att få en ändring till stånd krävs ändringar i såväl lagar och avtal som i det fackliga arbetet.

Lagförslag för att skydda arbetstagaren socialt

Anställningsskyddslagen kompletteras så att 6 b § också gäller i denna typ av situationer. Det avgörande ska inte vara om verksamhet övergår eller ej utan om arbete överflyttas så att gamla arbetsuppgifter upphör hos den tidigare arbetsgivaren och övergår till den nya. Detta ska ske oavsett om personal övertas eller ej. Om tanken är att den nya arbetsgivaren ska utföra det med egen personal ska det ske en sammanläggning av turordningskretsarna och den personal som på grund av anställnings-

tid eller ålder har bättre plats i turordningen ska behålla anställningen. På detta sätt undviks social utslagning av framförallt de äldre.

Avtalsförändringar för att skydda arbetstagaren socialt

När verksamhet övergår genom offentlig upphandling kan skyddsbestämmelserna i 6 b § och 28 § medbestämmandelagen om skydd för anställningsförmåner gälla eller inte gälla. Oavsett vilket som är fallet kan man i avtal komplettera skyddet, förslagsvis enligt följande två modeller:

1. Avtalen konstrueras så att det är öppet avtalsläge. Vid inrange-ringsförhandling som sker av den personal som övergår finns det möjlighet att vidta stridsåtgärder om man inte blir överens.
2. I avtalen införs garantier med skydd för löne- och anställningsvillkor i de fall verksamhet övergår i samband med entreprenadövergång. Personalen ska alltid ha rätt att övergå på oförändrade anställnings- och lönevillkor till den nye arbetsgivaren. Sysselsättningsmätt, arbetstid, arbetstidsförläggning och övriga förmåner ska alltså vara skyddade vid en övergång av detta slag.

Noter

143. Direktiv 77/187/EEG med ändring 98/50/EG om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagarens rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av verksamheter.

144. Mål C-13/95, Ayse Süzen ./ Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice 1997-03-14.

Skyddet för fackliga rättigheter

Inledning; facklig verksamhet

Inom många områden är det i dag svårare såväl att motivera anställda att gå med i facket som att få dem att acceptera fackliga uppdrag. Det har blivit allt vanligare att anställda är med i a-kassan men väljer att stå utanför facket. Man tycker att avgiften till fackföreningen är för hög och att man inte får ut någonting av den.

I många av de nystartade verksamheterna i datoriseringens spår är därför organisationsgraden mycket låg. Det gäller inte bara tjänstemannasidan utan även nystartade industrier som tillverkar olika typer av komponenter som har samband med datorisering och telekommunikationer.

Även inom handels- och servicenäringarna är det en nedåtgående tendens.

Många förbund upplever också att det blivit svårare att rekrytera fackliga förtroendemän som t.ex. skyddsombud under senare år.

De som klagar på facket brukar ofta säga att de betalar in sin medlemsavgift men de får ingenting för den. Vissa fackliga organisationer har börjat möta detta med att fixa rabatter hos bensinbolag, eller berätta vilka förmånliga gruppförsäkringar man kan få som medlem för att verkligen visa hur nyttigt medlemskapet i en fackförening är. Det är väl i och för sig inga fel med det men egentligen så är det att gå över ån efter vatten.

Den fackliga verksamheten bygger på medlemmarnas inbördes solidaritet. Facket fungerar som en utbudskartell. Arbetarna säger gemensamt till arbetsgivarna att under avtalets minimivillkor får ni inget jobb utfört.

Undersökningar från USA visar att lönerna i de företagsdelar där man har kollektivavtal och facklig verksamhet ligger ca 20 % högre än i de oorganiserade. Medlemskapets värde skulle då vara ca 3–4 000 kr i

månaden översatt till svenska förhållanden.¹⁴⁵

Det är apparaten för att producera och underhålla dessa löneavtal som större delen av medlemsavgiften går till. Men löneavtalen är meningslösa om det inte finns någon lokal verksamhet som omsätter avtalen till företagsnivå och bevakar att de verkligen efterlevs. Det är denna lokala verksamhet som är den fackliga organisationens kärna.

Skyddet för föreningsrätten

Vikten av det lokala arbetet insåg arbetsgivarna från början. På 1800-talet, och när det gällde vissa delar av samhället - t.ex. jordbruket – så sent som in på 1930-talet, försökte arbetsgivarna förhindra facklig verksamhet genom att trakassera eller avskeda dem som representerade facket.

1906 års decemberkompromiss innebar att SAF och LO träffade en överenskommelse som skulle skydda den fackliga verksamheten. Inledningen på decemberkompromissen lyder:

”Med iakttagande av avtalets bestämmelse i övrigt äger arbetsgivaren rätt att leda och fördela arbetet, att fritt antaga och avskeda arbetare samt att använda arbetare oavsett om dessa är organiserade eller ej. Föreningsrätten ska då ömsesidigt lämnas okränkta. Anser arbetarna, att avskedande ägt rum under omständigheter som kunnat tolkas såsom angrepp på föreningsrätten, äga de att, innan andra åtgärder vidtagas, inom sin organisation påkalla undersökning för vinnande av rättelse.”

Decemberkompromissen skyddade bara arbetarnas föreningsrätt. 1936 infördes därför en lag som uttryckligen skulle skydda förenings- och förhandlingsrätten för alla. Bestämmelserna i denna lag för skyddet för föreningsrätten finns i princip helt oförändrade i 7–9 §§ medbestämmandelagen.

Föreningsrätten är en rätt för arbetsgivare och arbetstagarare att tillhöra arbetsgivar- eller arbetstagarorganisation, att utnyttja medlemskapet och att verka för organisationen eller för att sådan bildas. Föreningsrätten får inte kränkas. Föreningsrätten kränks om man skadar eller försöker skada någon för att denne utnyttjat sin föreningsrätt, eller försöker förmå någon att inte utnyttja föreningsrätten.

Arbetsgivar- eller arbetstagarorganisationerna behöver inte heller tåla en sådan kränkning av föreningsrätten som medför intrång i dess verksamhet.

Om föreningsrätten kränks genom att ett avtal sägs upp är en sådan avtalsuppsägning ogiltig.

Arbetsgivar- och arbetstagarorganisation är skyldiga att försöka hindra att medlem i organisationen gör något som kränker föreningsrätten.

Medbestämmandelagen gäller förhållandet arbetsgivare/arbetstagar. Läser man texten enligt decemberkompromissen så kan man se att SAF uttryckligen har förbehållit sig rätten att använda arbetare oavsett om dessa är organiserade eller ej. Just denna text var en av anledningarna till det konflikthot som ledde fram till decemberkompromissen. Det anses alltså inte som någon kränkning av föreningsrätten att särskilt gallra bort fackanslutna anställningssökande.

För att undvika de negativa konsekvenserna av denna arbetsgivarens fria gallringsrätt har fackförbunden träffat s.k. organisationsklausuler. Organisationsklausul innebär i regel att arbetsgivaren endast får anställa anställningssökande som tillhör den kollektivavtalslutande fackföreningen. Det har då endast kunnat ske på sådana områden där decemberkompromissen inte gällt, dvs. företag som inte varit anslutna till något SAF-förbund. Det kan ha varit företag som haft hängavtal eller tillhört den kooperativa rörelsen. Fram till 1974, då anställningsskyddslagen kom, var arbetsgivare som överträdde detta förbud även skyldig att avskeda arbetare. Efter anställningsskyddslagen får uppsägning inte ske, men att anställa oorganiserad då organisationsklausul gäller är fortfarande kollektivavtalsbrott.

I den engelska transportindustrin fanns motsvarande regler. En arbetare blev avskedad då han vägrade gå in i det kollektivavtalslutande fackförbundet. Han gick till Europadomstolen för mänskliga rättigheter. Europadomstolen menade att sådana klausuler om "closed shops" stred mot artikel 11 i Europakonventionen på grund av att de kränkte den negativa föreningsfriheten.¹⁴⁶

Europarådet har sedan många år tillbaka anfört klagomål på att svenska fackförbund har denna typ av klausuler. De flesta fackförbund har därför avskaffat dem. De finns dock fortfarande kvar i vissa anläggningsavtal.

Europadomstolens och Europarådets ställningstagande när det gäller den negativa föreningsfriheten har fått absurda konsekvenser genom den svenska arbetsrättens utformning. Arbetsgivare i Sverige har full frihet att diskriminera arbetstagar som tillhör en fackförening i anställningssituationen. Kollektivavtal som syftar till att skydda de över 80 % av arbetstagar i Sverige som tillhör fackföreningar, anses strida mot arti-

kel 11 i Europakonventionen. När det gäller offentlig upphandling har detta visat sig få negativa konsekvenser inom sådana branscher som ofta övergår genom offentlig upphandling.

Diskriminering vid offentlig upphandling

Vid offentlig upphandling utsätts de anställdas villkor för hård press. Det sker på olika sätt.

Vid överlåtelse av verksamhet ska det normalt finnas skydd för anställningen enligt ett EG-direktiv om överlåtelse av verksamhet som översatt i anställningsskyddslagen 6 b § och medbestämmandelagen 28 § till svensk lag. I samband med att entreprenadverksamhet upphandlas, exempelvis trafikentreprenader skyddas inte denna övergång av verksamhet av överlåtelsereglerna enligt 6 b § LAS och 28 § medbestämmandelagen. Det anses i regel inte som sådan övergång av verksamhet att arbetstagarna har rätt att följa med eller ens har företrädesrätt till ny anställning hos den nye entreprenören vid entreprenadövergång.

Utanför storstadsområdena finns det inte så många lediga chaufförer och annan personal som behövs i trafiken att man klarar sig utan att fylla på personalen när man har fått ett nytt trafikområde. Påfyllningen sker då naturligen från det entreprenadföretag som tappat entreprenaden. I regel har denna arbetsgivare förberett sig på det sättet att han sagt upp de aktuella anställningarna i så god tid att dessa upphör i samband med att hans entreprenadkontrakt utlöper. Övergången till den nye entreprenören innebär en nyanställning. Vid en sådan nyanställning kan arbetsgivaren fritt välja de arbetstagare han vill anställa.

Arbetsgivare väljer då ofta att inte anställa sådana som har varit fackligt aktiva på den gamla arbetsplatsen. Det påstås till och med finnas särskild svartlistning av aktiva fackliga företrädare.¹⁴⁷

Vid sådan offentlig upphandling är entreprenörens lönenivå av avgörande betydelse för om han ska få entreprenaden eller inte. Det innebär en stor press på arbetsgivaren att söka sänka personalkostnaderna. Detta kan då ske genom minskning av raster, effektivare arbetstidsövervakning och sänkning av utgående löner. En sådan verksamhet kommer lätt i konflikt med kollektivavtalens tvingande bestämmelser. Har entreprenören då en stark facklig bevakning uppstår lättare motsatsförhållanden än i annan verksamhet. Det är endast följdriktigt att arbetsgivaren i en sådan situation söker minska detta hinder i verksamheten genom att inte anställa sådan personal som visat sig fackligt aktiv hos den tidigare entreprenören.

Man kan se att det system för skydd av föreningsrätten som finns i Sverige bygger på att den som ska skyddas är anställd. Offentlig upphandling medför just att anställningarna ofta växlar mellan olika arbetsgivare. En sådan verksamhet där arbetsgivaren medvetet eller omedvetet diskriminerar anställningssökande som är fackligt aktiva får långsiktiga konsekvenser för den fackliga verksamheten. Av artikeln i Kommunalarbetaren framgår att många av de anställda på arbetsplatser där de fackliga förtroendemännen diskrimineras inte gärna yttar sig. Man har förstått att det inte är helt ofarligt att visa sympati med den fackliga verksamheten.

På lång sikt är detta ett mycket allvarligt problem som knappast alls uppmärksammas och där det inte finns uttalade fackliga strategier för hur det ska angripas. Tvärtom synes det som om vissa fackliga organisationer uttryckligen inte driver frågor om kränkning av föreningsrätten annat än i sådana fall då man är säker på sin sak och vet att man kan vinna en process i Arbetsdomstolen. Bland medlemmarna i den fackliga organisationen kan en sådan politik förväntas ge väldigt tydliga signaler. Det är farligt med facklig verksamhet och åker man dit får man svagt stöd ifrån sin egen fackliga organisation.

Förslag till skydd för föreningsrätten

Skyddet för föreningsrätten gäller idag inte för arbetssökande.¹⁴⁸ Om den fackliga organisationen genom kollektivavtal söker skapa ett skydd för sina medlemmar i anställningssituationen, organisationsklausuler, kan detta ses som en kränkning av den negativa föreningsfriheten och därigenom brott mot Europakonventionen för mänskliga rättigheter. Effekten av detta system är att arbetsgivaren har full frihet att diskriminera fackligt aktiva och den fackliga organisationen. Avtal ger alltså begränsade möjligheter att komma åt denna diskriminering. Det är uppenbart att det krävs lagändringar för att komma tillrätta med de nu aktuella problemen. Här kan man tänka sig följande.

Huruvida de anställda följer med vid överlåtelsen har ofta avgörande betydelse för om det blir övergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen eller inte. Det får den absurda konsekvensen att arbetsgivare som väljer att strunta i sitt sociala ansvar och inte övertar de friställda arbetarna slipper övergångsreglerna. En arbetsgivare som visat sitt sociala ansvar genom att ta över personalen löper större risk att bli skyldig att ta över samtliga arbetstagare. Det är ingen rimlig eller bra reglering.

Anställningsskyddslagen bör därför ändras så att övergångsreglerna enligt 6 b § får ett vidare tillämpningsområde. Den anställde ska ha rätt att få följa med sitt jobb till en ny arbetsgivare. Det avgörande ska vara att arbete överflyttas så att gamla arbetsuppgifter upphör hos den tidigare arbetsgivaren – inte att verksamhet övergår, vilket är det nuvarande kriteriet. Genom att göra bestämmelserna generella på detta sätt skulle problemet med att arbetsgivaren vägrar överta personal som är fackligt aktiv försvinna.

En sådan åtgärd att vägra överta fackligt aktiva skulle dessutom bli en föreningsrättskränkning. Bestämmelserna i medbestämmandelagen om föreningsrätt utökas så att skyddet även avser anställningssituationen. Diskriminering i anställningsskyddssituationen på grund av förenings-tillhörighet ska behandlas på samma sätt som könsdiskriminering. Om arbetsgivare väljer att inte anställa arbetstagare på grund av förenings-tillhörighet ska det anses som föreningsrättskränkning.

Det ska dessutom vara förbjudet att innan anställningsbeslut har fattats efterfråga eller utreda facklig tillhörighet. Det ska vara en presumption för föreningsrättskränkning om den anställde fått en sådan fråga eller om arbetsgivaren utrett det och han eller hon sedan inte fått anställningen.

Osäkra anställningsförhållanden gör det möjligt för arbetsgivare att låta anställningen upphöra för arbetstagare som är fackligt aktiv. Eftersom övergång av entreprenader i samband med offentlig upphandling medför att arbetsgivarens möjligheter att anställa tidsbegränsat ökar bör de generella reglerna med möjlighet till tidsbegränsad anställning begränsas i samband med entreprenadupphandling.

Ett fackförbund måste alltid skydda förtroendemännens fackliga verksamhet på ett sådant sätt att dessa upplever sig trygga i sin förtroendemannaroll. Många fackliga förtroendemän anser redan idag att de på grund av sin fackliga verksamhet får sämre anställningsvillkor än sina arbetskamrater. De fackförbund som inte har en policy att i varje läge stenhårt skydda den fackliga verksamheten och angripa arbetsgivare som på minsta sätt kränker denna får omvärdera sin inställning. Det är ofta svårt, för att inte säga mycket svårt, att visa att arbetsgivaren har gjort sig skyldig till skadeståndgrundande föreningsrättskränkning. Men det bör inte hindra de fackliga organisationerna från att i varje läge ta upp tvisteförhandling då medlemmen hävdar att hans föreningsrätt har blivit kränkt.

En annan möjlighet är att teckna kollektivavtal som innebär att arbets-

givare i nyanställningssituationen inte får diskriminera på grund av tillhörighet till det egna fackförbundet.

I sista hand bör man även överväga organisationsklausul, dvs. en klausul som säger att arbetsgivaren i varje läge endast får anställa sådana som är fackligt organiserade i egna förbundet. Om inte annat kan detta användas som förhandlingsargument mot lagstiftaren för att få tillstånd en bättre ordning till skydd för föreningsrätten.

Noter

145. Ingmar Göransson, Anna Holmgren, Löftet, löntagarna och makten på arbetsmarknad, sid. 190.

146. Young, James & Webster ./.. Storbritannien 1981-08-13 samling 44 sid. 293, Sigurdur A. Sigurjónsson ./.. Island 1993-06-30 Serie A no 234-A s. 529.

147. Se Kommunalarbetaren 2000 nr 2 och 1999 nr 12.

148. Jfr AD 1983 nr 113.

Skydd för demokrati och rättssäkerhet

Grundläggande kännetecken för en demokrati

Den yttre ramen för representativ demokrati är när folket styr enligt majoritetsprincipen genom vald församling där valet sker med allmän, lika och hemlig rösträtt. Folkets uppfattning ska bestämma statens styrelse. För att detta ska fungera krävs att politisk opinionsbildning ska kunna ske fritt. Demokrati kräver därför yttrande-, tryck- församlings- och föreningsfrihet.

I Sverige är också offentlighetsprincipen en viktig del av den demokratiska kontrollen. Rätten för tidningar och andra granskande organ att få information och upplysningar från offentliganställda är en viktig del av tryckfriheten och yttrandefriheten. I Sverige är meddelarfriheten så stor att de offentliganställda till och med utan risk för straff kan lämna ut uppgifter som finns i många hemliga handlingar för publicering i tryckt skrift eller i radio eller TV.

Det här är vad vi brukar kalla de formella regler som är till för att skydda demokratin. Därutöver brukar man ha ett materiellt demokrati-begrepp, dvs. en omgivande miljö som gör att de formella reglerna ska kunna användas av medborgaren. Här brukar man räkna rättssäkerhet som en viktig del.

I de formella grunderna för demokrati brukar man räkna följande grundförutsättningar:

- Alla ska ha lika rösträtt.
- Val ska vara allmänna och hemliga.
- Politisk opinionsbildning måste få förekomma fritt.

I en demokrati väljs därför den beslutande församlingen genom val med allmän, lika och hemlig rösträtt. Avsikten är att folkets uppfattning ska bestämma statens styrelse enligt majoritetsprincipen, dvs. det är majori-

tetens vilja som ska komma till uttryck i besluten.

I en demokratisk stat utövas den viktigaste kontrollen över styrelsen av folket. Sovjetstaten ramlade omkull bl.a. på grund av att man saknade denna folkliga kontroll. Sovjetsamhället kontrollerades istället genom en byråkratisk, oerhört tungrodd kontrollapparat.

I Sverige och i viss mån även i de övriga nordiska länderna stärks den demokratiska kontrollen genom offentlighetsprincipen. Offentlighetsprincipen innebär att alla har rätt att ta del av allmänna handlingar hos alla svenska myndigheter, såvida de inte är sekretessbelagda till skydd för något godkänt intresse. I det övriga Europa samt inom EG-byråkratin har man en motsatt princip. Handlingar hos myndigheter är hemliga om de inte av särskilda skäl har gjorts offentliga.

En annan viktig förutsättning för rätten för tidningar och andra granskande organ att leta fram maktmissbruk är rätten att få information och upplysningar från handläggande tjänstemän. Yttrandefriheten för dessa tjänstemän är större än offentlighetsprincipen. Meddelarskyddet enligt tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen innebär till och med att offentliganställda för publicering i tryckt skrift eller radio eller TV får lämna ut sekretessbelagda uppgifter där inte kvalificerad sekretess gäller.

Den formella demokratin måste kompletteras med materiella garantier för att demokratin verkligen ska fungera. En hörnpelare i en demokrati är därför rättssäkerheten. Rättssäkerheten är en förutsättning för att de övriga demokratiska rättigheterna ska fungera. En stat kan ha hur fina principer som helst nedskrivna i sin grundlag, men om makten riskfritt kan trakassera sådana som utnyttjar dessa demokratiska rättigheter är de inget värda.

I Sverige finns en hög rättssäkerhet i den offentliga förvaltningen med oberoende tjänstemän och domare som har rätt och skyldighet att själva under lagarna avgöra ärenden som de fått delegerade till sig. Det är alltså ingen som i det enskilda fallet kan bestämma hur en tjänsteman som fått sig en uppgift delegerad ska bestämma. De medborgare som får sina ärenden handlagda av dessa tjänstemän har dessutom enligt förvaltningslagen rätt till fullständig insyn i alla uppgifter som kommer in i ärendet. Den tredje rättssäkerhetsgarantin är att medborgaren kan få avgöranden som rör deras rättigheter prövade i domstol. I Sverige är huvudprincipen att en medborgare har besvärsmätt över alla beslut som berör deras enskilda rättigheter.

En annan viktig grundsats som karaktäriserar en demokratisk stat är

principen om alla människors lika värde. Majoritetsprincipen får inte innebära att man förtrycker oliktankande eller minoriteter, eller att vissa svaga grupper i samhället behandlas på ett omänskligt sätt.

Alla dessa demokratiska garantier utom rösträtten påverkas av offentlig upphandling och privatisering. För att förstå detta måste vi gå igenom hur rättigheterna är uppbyggda.

Yttrande- och tryckfrihet, församlings- och föreningsfrihet

Tryckfrihetens bestämmelser finns i tryckfrihetsförordningen från 1947. Det är en mycket bra lagstiftning som i detalj skyddar tryckfrihet och yttrandefrihet.

Yttrande-, församlings- och föreningsfrihet är reglerad i regeringsformen som också är en grundlag. Därutöver finns vissa bestämmelser i yttrandefrihetsgrundlagen, men de är mindre väsentliga i sammanhanget.

Att en lag är grundlag innebär att den beslutats i särskild ordning med ett mellanliggande val.

Regeringsformen (RF) och tryckfrihetsförordningen (TF) är alltså grundlagar. Det innebär att de står över alla andra bestämmelser.

Enligt 2 kap. 1 § regeringsformen har varje medborgare i Sverige yttrandefrihet. Det står också ”envar fritt att meddela uppgifter och under rättelse i vad ämne som helst för offentliggörande i tryckt skrift” som det lite gammaldags men ändå klart sägs i tryckfrihetsförordningens (TF 1 kap. 1 §).

De här bestämmelserna gäller direkt endast mellan det allmänna, dvs. staten eller kommunen, och medborgarna. Men enligt grundlagarna är en offentliganställd också samtidigt medborgare. Stat och kommun får därför som arbetsgivare inte hindra sina anställda från att framföra sin åsikter vare sig muntligt, på möten, i demonstrationer eller genom att tala med tidningar, radio eller TV.

Detta skydd för demokratin minskas nu när allt större delar av den offentliga verksamheten privatiseras. När verksamheten övergår från att vara offentlig till att bli privat driven, försvinner också rätten att läsa offentliga handlingar hos en myndighet.

Men det händer också saker med de anställdas fri- och rättigheter vid privatisering. För offentliganställda begränsas yttrandefriheten endast av bestämmelser i lag, sekretesslagen. Där finns t.ex. sekretess till skydd för försvarshemligheter.

Som privatanställda får de samma krav på lydnad och lojalitet som vanliga privatanställda har trots att verksamheten fortfarande betalas med skattepengar. Detta gäller inte ett bolag som kommuner äger eller har huvudsakligt inflytande över. Där är handlingar enligt kommunallagen offentliga på samma sätt som hos en myndighet. Däremot har de anställda inte yttrande- och demonstrationsfrihet i kommunala bolag. Det beror på att bolag inte är en del av stat eller kommun även om den äger bolaget. De anställdas grundlagsskydd försvinner och de får samma dåliga skydd för detta som privatanställda. Privatanställda saknar nämligen helt skydd för sin yttrande- och tryckfrihet. Grundlagen gäller inte det privata förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstagare och det enda återstående skyddet är då anställningsskyddslagen. Tyvärr har Arbetsdomstolen i sin praxis tillåtit arbetsgivaren att ålägga de anställda en vittgående lojalitets- och tystnadsplikt. Huvudregeln är att arbetstagaren är skyldig att i första hand visa lojalitet med sin arbetsgivare. Lojalitet innebär att arbetstagaren är skyldig att sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget samt att undvika lägen där det kan uppkomma en plikt-kollision. I realiteten gäller en allmän tystnadsplikt i privat anställning.

I samband med att den offentliganställda övergår till att bli privatanställd omvandlas skyddet för yttrande- och tryckfrihet, församlings- och föreningsfrihet till en automatisk tystnadsplikt med skyldighet att i varje läge sätta arbetsgivarens intresse framför sitt eget.

Men även den offentlige tjänstemannens rätt att själv fatta beslut under lagarna oberoende av påtryckningar från arbetsledning eller andra förändras. Som privatanställd har arbetstagaren en obrottslig lydnadsplikt mot arbetsgivaren, så länge inte denne beordrar honom att göra något som strider mot lag och goda seder. Dessa aspekter på privatisering är mycket lite diskuterade och det finns väldigt få regler som vid privatisering skyddar allmänhetens intresse av insyn, de anställdas yttrandefrihet och deras oberoende ställning när de fattar beslut som de tidigare fattade som offentliga tjänstemän.¹⁴⁹

Skillnader mellan offentlig och privat verksamhet

Offentlig och privat verksamhet vilar på två skilda regelsystem. Det allmänna, dvs. stat, kommun och landsting, är huvudsakligen författningsstyrda organisationer. Det privata företaget styrs av avtal där huvudmålet är vinst. Det allmänna och det privata har alltså i grunden olika mål.

För det allmänna gäller pliktuppfyllelse under lagarna med möjlighet till straffrättsliga eller disciplinära sanktioner mot den handläggande tjänstemannen vid avvikelse. För det privata är drivkraften vinst.

Så hög avkastning på investerade medel som möjligt är alltid det överordnade målet. Vid avtalsbrott är sanktionen inget nytt avtal eller, vid grovt avtalsbrott, hävning av avtalet och eller skadestånd.

Många sociala nyttigheter är svåra att mäta. Att mäta offentliga transporter som färdtjänst, sophämtning och liknande tjänster och sätta kvalitetskriterier på dem är inte okomplicerat, men det går. Men att mäta värdet av vård, i synnerhet av svaga grupper som utvecklingsstörda, psykiskt sjuka och äldre, är svårt i objektiva termer.

Här får då de olika systemen betydelse. I det avtals- och vinstdrivna systemet är det självklart så att vinsten som överordnat mål utgör ett hot mot dessa svaga grupper. Det finns ett incitament till att göra vården billig och öka vinsten. Det är inte något fult utan en följd av de drivkrafter som normalt finns i varje företag. För att kompensera detta skulle det krävas bättre insyn och kontroll i privat driven offentlig verksamhet än i offentligt driven. Idag är det tvärtom.

Den offentlighetsrättsliga regleringen så länge verksamheten drivs av det allmänna sker under grundlagarna, framförallt regeringsformen och tryckfrihetsförordningen. Partsförhållandet mot klienten eller medborgaren är då offentlighetsrättsligt. Den vårdade parten i offentlig verksamhet har besvär rätt, klagorätt till JO och JK och automatiskt insyn i alla handlingar. Som patient har man även i det privata rätt till insyn i sina journaler och möjlighet till viss klagorätt till Socialstyrelsen. Men i stort försvinner den offentlighetsrättsliga regleringen och med den denna typ av kontroll av verksamhet när verksamheten övergår från offentlig till privat regi.

Rättssäkerhetsgarantier som försvinner vid privatisering

Preciserat är det följande skydd för allmänheten som bortfaller vid övergång från offentlig till privat regi.

- De särskilda förvaltningsrättsliga föreskrifter som gäller myndigheter bortfaller, speciellt serviceskyldigheten enligt förvaltningslagens (1986:223) bestämmelser.
- Skyldighet för varje myndighet att lämna upplysningar, vägledning om vård och annan sådan hjälp till enskilda i frågor som rör myndighetens verksamhetsområde.¹⁵⁰

- Skyldighet att ta emot besök och telefonsamtal från enskilda bortfaller. Även krav på fastställda öppettider bortfaller.¹⁵⁰
- Möjlighet att ställa tolk till förfogande för den som behöver det (8 § förvaltningslagen).¹⁵¹
- Rätt att använda ombud.¹⁵³
- Regler för hur handlingar ska diarieföras och arkiveras, krav på insyn, skyldighet att anteckna uppgifter, parters rätt att få del av uppgifter, formerna för hur beslut ska ske, hur beslut ska motiveras och hur man ska underrättas om beslut.¹⁵⁴
- Rätt att anföra besvär över beslut för den som beslutet angår, om det gått honom emot, och regler för hur beslutet ska överklagas.
- Skyldighet att iaktta normmässighet vid handläggning av ärendet, dvs. att behandla lika ärenden lika och följa gällande regler för handläggning (1 kap. 9 § regeringsformen). Denna bestämmelse syftar till att ge ett skydd mot godtycke och maktmissbruk.
- Skyldighet för arbetsgivaren att iaktta saklighet och opartiskhet vid tillsättning av tjänster. Den offentlige arbetsgivaren får endast fästa avseende vid sakliga grunder som förtjänst och skicklighet (11 kap. 9 § regeringsformen).

Offentlighetsprincipen

Bestämmelser om allmänna handlingars offentlighet finns i tryckfrihetsförordningens 2 kap. Syftet med att göra allmänna handlingar offentliga är att främja ett fritt meningsutbyte och en allsidig upplysning, som det uttrycks i förordningen. Därför har varje svensk medborgare rätt att ta del av allmänna handlingar. I den rätten får staten endast göra inskränkningar för sådana särskilda syften som anges i tryckfrihetsförordningen. Det kan t.ex. vara rikets säkerhet eller skyddet för enskildas personliga eller ekonomiska förhållanden. Sådana inskränkningar sker i en särskild lag, sekretesslagen (1980:100).

Det är bara allmänna handlingar som blir offentliga. Med allmän handling förstås en inom myndigheten upprättad handling, brev eller annat meddelande som inkommit till myndigheten eller person där i hans egenskap av tjänsteman. Allmän handling blir offentlig när den anses upprättad eller har inkommit till eller expedierats från myndigheten. Handlingen är då offentlig och tillgänglig för allmänheten om det inte finns särskilda sekretessbestämmelser för den.

En myndighet är skyldig att genast och utan kostnad hålla en offent-

lig handling tillgänglig för allmänheten. Vägrar myndigheten det kan varje medborgare utan att behöva ange något som helst skäl för varför han vill ha handlingen, anföra besvär över myndighetens beslut. Tjänsteman som vägrar att lämna ut handling, kanske mot bättre vetande, kan straffas för disciplinförseelse eller i allvarliga fall straffas för tjänstefel.

I en privaträttslig organisation som t.ex. ett aktiebolag saknar allmänheten i stort sett insyn. Den insyn som finns är av omtanke om förpliktelser mot borgenärerna. Aktiebolaget eller stiftelsen är av detta skäl skyldig att sända in vissa handlingar till Patent- och Registreringsverket. Där är de offentliga. Det gäller t.ex. för aktiebolag årsredovisning, förändringar i styrelsens sammansättning, stiftelsehandlingar etc.

Det är alltså en grundläggande skillnad mellan en offentlig myndighets skyldighet att tillhandahålla handlingar och ett privaträttsligt subjekts skyldigheter.

Offentlighetsprincipen och kommunala bolag

Offentlighetsprincipen har särskilt uppmärksamats inom kommunerna. Kommunerna driver en stor del av sin verksamhet i aktiebolags- och stiftelseform.

Om en kommun eller ett landsting har lämnat över vården av den kommunala angelägenheten till ett aktiebolag där kommunen eller landstinget utövar ett rättsligt bestämmande inflytande har allmänheten rätt att ta del av handlingar där på samma sätt som hos en myndighet. Man har även rätt att anföra besvär över myndighetens beslut om bolaget vägrar lämna ut allmän handling.¹⁵⁵

Detta är en reglering som enbart finns inom sådana bolag där kommunen har ett bestämmande inflytande. Det är i och för sig ett framsteg men rättigheterna är ofullständiga.

Förvaltningslagen gäller inte kommunala bolag. Där finns alltså inte den skyldighet att tillhandahålla part handlingar som följer av förvaltningslagen. Däremot finns en skyldighet enligt sekretesslagen att registrera och ordna handlingarna på ett sådant sätt att de lätt kan återfinnas.¹⁵⁶

Dessutom är anställda hos kommunalt bolag anställda i ett privat rättssubjekt, aktiebolag. De regler som finns till skydd för meddelarfrihet, tryckfrihet, yttrandefrihet, församlingsfrihet och föreningsfrihet gäller alltså inte för anställda i kommunala bolag eftersom grundlagens

regler enbart gäller mellan det allmänna och medborgarna. Och ett kommunalt bolag anses inte tillhöra det allmänna.

Om en offentlig tjänsteman mot bättre vetande vägrar att lämna ut handlingar kan han dömas till disciplinansvar eller i sista hand för tjänstefel. Några sådana möjligheter finns inte om en tjänsteman vägrar att lämna ut handlingar från ett kommunalt bolag. Några möjligheter för allmänheten att tvinga fram ett utlämnande finns alltså inte om det är så att det kommunala bolaget faktiskt vägrar lämna ut handlingen.

Förvaltningslagens rättsskydd

Staten kan i vissa fall lägga ut uppgifter att handlägga myndighetsutövning på enskilda organ som aktiebolag, föreningar och stiftelser. Hos AB Svensk Bilprovning är t.ex. alla uppgifter om fordonskontroll allmän handling. I inget fall när rent kommunal verksamhet som t.ex. sjukhus, åldringsvård eller förskolor privatiserats har denna möjlighet till ökad insyn använts. Den kontroll av att offentlighetsprincipen följs som sker genom Justitieombudsmannens och Justitiekanslerns löpande tillsyn gäller inte heller för dessa privata rättssubjekt som tilldelas myndighetsutövning.

Myndighets allmänna informationsskyldighet till medborgare

Varje myndighet ska inom sitt område enligt förvaltningslagen hjälpa enskilda i deras mellanhavanden med myndigheten. Skyldigheten ska fullgöras genom upplysningar, vägledning, råd och annan sådan hjälp som behövs och är lämplig. Enskilda som råkar vända sig till fel myndighet bör få hjälp att komma rätt. Myndigheterna ska ta emot besök och telefonsamtal för att underlätta för allmänheten.

Serviceskyldigheten gäller inte bara i förhållande till parter och andra intressenter i ärendet utan också i förhållande till medborgare i allmänhet och företrädare för massmedia. Om en journalist exempelvis frågar om gällande bestämmelser eller myndighetens praxis på ett visst område är myndigheten skyldig att lämna upplysningar. Serviceskyldigheten som följer av 4 och 5 §§ förvaltningslagen är ett viktigt komplement till offentlighetsreglerna i tryckfrihetsförordningen. När verksamhet privatiseras bortfaller denna skyldighet att hjälpa allmänheten och pressen.

Skyldighet att lämna tolkhjälp

I Sverige har andelen invandrare ökat kraftigt. Vissa av dessa invandrargrupper har mycket dåliga kunskaper i svenska. När en myndighet har att göra med någon som inte behärskar svenska eller är allvarligt hörsel- eller talskadad bör myndigheten vid behov anlita tolk.¹⁵⁷ Bedömningen av om tolk ska anlitas ankommer i första hand på myndigheten och inte på den enskilde. Finner myndigheten att tolk ska anlitas ankommer det på myndigheten att utse en lämplig person för uppdraget. Myndigheten ska också stå för tolkkostnaden. Bestämmelsen är en garanti för att den enskildes rättsskydd inte blir satt åt sidan.

Beslut inom olika typer av vård har ofta livsavgörande betydelse för den behandlingen rör. Att då inte ha rätt att kommunicera med den som ska fatta beslutet på sitt eget språk är naturligtvis ett allvarligt handikapp. Någon sådan rätt finns inte när en verksamhet har privatiserats såvida den inte tas in i överenskommelsen med entreprenören.

Offentliga granskningsorgan

Statliga myndigheter och kommunala organ granskas och kontrolleras av bl.a. Justitiekanslern och Justitieombudsmannen samt Riksrevisionsverket. Den här granskningen sker vid sidan av den specialgranskning som utövas av Socialstyrelsen för vård och Skolverket för skolor. Granskningen syftar framförallt till att tillgodose den enskildes rättssäkerhet. När en verksamhet privatiseras bortfaller denna klagomöjlighet och möjlighet till granskning helt. Justitiekanslerns, Justitieombudsmannens och Riksrevisionsverkets tillsynsansvar är begränsat till myndighetssfären.

Rättssäkerhet och insyn genom upphandlingsavtal

Genom att vården av en kommunal angelägenhet lämnas över till ett bolag eller en förening där kommunen eller landstinget bestämmer tillsammans med någon annan, ska kommunalfullmäktige se till att vissa rättssäkerhetsgarantier skrivs in i verksamhetens stadga. Det gäller det kommunala ändamålet att kommunen utser styrelseledamöter och att fullmäktige får yttra sig innan sådana beslut i verksamheten som är av principiell beskaffenhet eller annan större vikt fattas.¹⁵⁸

Vissa kommuner och landsting skriver på motsvarande sätt in villkor i upphandlingsavtalet som gäller offentlighet och skydd för de anställ-

das yttrandefrihet. Det är bra men från offentlighets- och rättssäkerhets-synpunkt och som skydd för yttrandefriheten har det en ganska begränsad verkan. Det beror på den civilrättsliga uppbyggnaden av avtalet.

I ett upphandlingsavtal är det den upphandlande enheten och företaget som är part. Allmänheten får endast utnyttja tjänsterna men är inte part i själva avtalet. De förpliktelser som uppstår enligt avtalet är alltså förpliktelser för företaget mot den upphandlande enheten; staten, kommunen eller landstinget.

Den grundläggande idén med demokratisk kontroll är att denna ska kunna ske av oberoende medborgare även när de som granskas inte vill bli granskade. Det kan ju vara på det sättet att en kommun har klantat sig i upphandlingen och vill dölja detta för journalister som kommit nyheten på spåret. Om då entreprenadföretaget vägrar att lämna ut handlingen är det ingen hjälp att kommunen inte heller vill lämna ut handlingen eftersom det skulle blotta att denna varit försumlig.

När insynen eller rättsskyddet i verksamheten följer av att det är en offentlig verksamhet är den som beslutet gäller part. Det innebär att om en myndighet vägrar att lämna ut en handling är det journalisten som är part i besvärshandlingen och kan gå vidare och få ett beslut i domstol att handlingen ska utlämnas. Samma gäller när en person anför besvär över ett beslut som en myndighet har fattat. Då är det den personen vars rätt berörs som har besvärsrätt och är part. Om det är ett privat företag som förmedlar tjänsten är personen inte part och har för övrigt inte heller besvärsrätt eller rätt att gå till domstol för att söka sin rätt. Kontraktsparten är ju staten, landstinget eller kommunen.

Det är alltså svårt att i efterhand läka det demokratiska underskott som uppstår genom att verksamheten privatiseras.

Medborgerliga rättigheter genom kollektivavtal

Svenska kyrkan övergick den 1 januari 2000 från att vara ett offentlig-rättsligt rättssubjekt till privaträttslig form, registrerat trossamfund. Det särskilda skydd som tillkom offentlig-rättsligt anställda för grundläggande medborgerliga fri- och rättigheter bortfaller därmed. De fackliga organisationer som representerade de anställda i Svenska kyrkan och Svenska kyrkan träffade i anledning härav ett kollektivavtal. Man var överens om att långsiktigt i kollektivavtal reglera dessa fri- och rättigheter så att motsvarande skydd skulle uppnås även i den privaträttsliga formen. Därför tillsatte man en arbetsgrupp. I avvaktan på arbetsgrup-

pens arbete skrev man ett kollektivavtal där 1 § innehöll en bestämmelse att anställda i Svenska kyrkan ska ha samma skydd för sin yttrande-, tryck- och meddelarfrihet som skulle ha tillkommit dem om de varit offentliganställda. Avtalet¹⁵⁹ gav också de fackliga organisationerna rätt att ta del av de handlingar som de ansåg behövdes för den fackliga verksamheten.

Anställd som utnyttjade dessa rättigheter enligt avtalet fick inte särbehandlas t.ex. vid fortsatt anställning, lönesättning, arbetsuppgifter eller liknande.

Att lösa de fackliga rättigheterna vid övergång till privat verksamhet på detta sätt är en annan möjlighet att avtalsvägen försöka komma tillrätta med det demokratiska underskott som uppstår vid privatisering av offentlig verksamhet. Regleringen blir sämre än om den skett i offentligrättslig ordning eftersom den inte kommer allmänheten till del, endast de fackliga organisationer som slutit avtalet och dess medlemmar.

Detta avtal är vad jag vet det enda som så utförligt och starkt reglerar fri- och rättigheter när offentlig verksamhet privatiseras. Det är ett framsynst avtal. Vad som är anmärkningsvärt är att det har dröjt ända till år 2000 innan dessa frågor har reglerats i kollektivavtal trots att privatiseringen i stor stil har pågått under hela 1990-talet.

Noter

149. I justitiedepartementet pågår f.n. (november 2000) ett arbete med ett mycket begränsat skydd för yttrandefriheten i offentligt upphandlad verksamhet. Som det ser ut för närvarande verkar det emellertid mest vara ett vackert kamouflage för de dåliga yttrandefrihetsförhållanden som råder.

150. 4 § förvaltningslagen.

151. 5 § förvaltningslagen.

152. 5 § förvaltningslagen.

153. 9 § förvaltningslagen.

154. 16 och 17 §§ förvaltningslagen, 15 kap 1 § sekretesslagen (1988:100).

155. 3 kap. 16 § kommunallag (1991:900) 1 kap. 9 § sekretesslag (1980:100).

156. 14 kap. 1 och 2 §§ sekretesslagen (1980:100).

157. 8 § förvaltningslagen.

158. Kommunallagen 3 kap. 18 §, jfr 3 kap. 17 §.

159. Kollektivavtalet, bilaga.

Förbättringar i upphandlings-systemet genom lagstiftning

Inledning

Offentlig upphandling och privatisering är ett sätt att få den offentliga verksamheten billigare och effektivare. I en personalintensiv verksamhet som t.ex. vården finns det naturligtvis i alla organisationer ett visst utrymme för att göra verksamheten effektivare. Det kan ske genom att ta bort onödig byråkrati, skapa enklare rutiner och se till att de anställda får meningsfulla arbetsuppgifter. När dessa åtgärder har genomförts återstår ofta inget annat alternativ än att få de anställda att jobba mer, ta kortare eller färre raster och ge dem sämre anställningsförmåner. Detta eftersom den största kostnadsposten just är personalen.

Den rationalisering som den offentliga upphandlingen drivit fram är därför sannolikt en av orsakerna bakom de ökande långtidssjukskrivningarna och den allt större mängden belastningsskador inom vården. Den offentliga upphandlingen tvingar inte bara fram ett hårdare arbetstempo i de delar som privatiseras utan även i delar som blir kvar i offentlig regi. Trycket på att göra verksamheten effektivare för att inte utsättas för privatisering är betydande. De företagsekonomiska kostnadsbesparingar som har uppnåtts är därför inte självklara besparingar om man ser det ur nationalekonomisk synvinkel. Ökade sjukskrivningskostnader, ökad utslagning, och svårigheter att sysselsätta äldre och handikappade vid ständiga övergångar mellan olika entreprenader skapar samhälleliga kostnader som då belastar socialförsäkringssystemet.

Det pågår för närvarande ett reformarbete där den socialdemokratiska regeringen söker att dra upp gränser för när det inte är lämpligt att konkurrensutsätta allmän verksamhet. En lagrådsremiss innehåller förslag till förbud mot privatisering av akutvård. Ett 20-tal kommuner har till och med överlåtit till privata företag att utreda vissa sociala ärenden. Myndighetens uppgift har bara varit att fatta beslut och skriva på papper. Socialminister Lars Engqvist menar att även utredningarna är myndighetsutövning och därför inte möjliga att lägga ut utan beslut av riks-

dagen. Det ansvariga borgarrådet i Stockholm avser att lägga ut på privata företag att sköta utredningar om ekonomiska ärenden, framförallt adoption och arbetslöshetsärenden. På sikt kan Stockholm till och med tänka sig att överlåta utredningar av missbrukare och psykiskt sjuka. Medborgarnas och statens möjligheter att komma åt maktmissbruk som sker under privatiseringens täckmantel är dock begränsade.

Kommunmedborgare har möjlighet att få pröva om ett beslut är lagligt genom kommunalbesvär. Kommunalbesvär innebär inte att domstolen prövar lämpligheten i beslutet utan endast om det är lagligt, alltså om det finns lagstöd för att göra som kommunen har gjort. Denna möjlighet finns inte när det gäller offentlig upphandling. I den proposition varigenom lagen om offentlig upphandling infördes motiverade man detta på följande sätt.

”Den kommunala laglighetsprövningen i den delen förefaller dock inte vara ett effektivt sätt att åstadkomma en sådan kontroll. Kommunal laglighetsprövning kan begäras endast av den som är medlem i en kommun, ett landsting m.m. Ett bättre sätt att uppnå effektiv kontroll är att skapa möjligheter för leverantörerna, dvs. de som direkt berörs av ett oriktigt förfarande, att vända sig till domstol oavsett kommunal tillhörighet.”¹⁶⁰

Den borgerliga regeringens ställningstagande till att rättssäkerhetskontroll av medborgarna lämpligen ersätts av de konkurrerande företagens kommersiella intressen talar för sig självt.

Många borgerliga kommuner utnyttjar denna lucka när det gäller att angripa oegentliga förfaranden i samband med upphandling.

En särskild lag (1994:615) om ingripande mot otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling är lika tandlös. Den övervakande myndigheten, Konkurrensverket, får endast ingripa om en upphandling har påbörjats. De kommuner som helt struntar i upphandlingsförfarandet klarar sig alltså både från medborgarkontroll och från myndighetskontroll. Vi ska visa med ett exempel vad som kan hända.

Nacka kommun är en av de mest extrema kommunerna när det gäller att privatisera allmän verksamhet. Den är borgerligt styrd. Hösten 1998 beslöt kommunstyrelsen om förslag till principer för kundvalsverksamhet som önskar övergå till privat anordnare. I detta beslut sades att kommuninnevånarna hade beställarrollen, vilket innebar att kommuninnevånarna i stället för kommunen tecknar kontrakt med anordnaren. En övergång till privat anordnare betraktas således inte som upphandling.

Kommunjuristen Gunnar Sjöberg uttalade sig tvärsäkert: ”Inom verksamhet där finansieringen sker genom ett checksystem föreligger inte den situation där upphandling måste ske.”¹⁶¹ Enligt förslaget till beslut skulle beslut om övergång till privat verksamhet ske i en särskild inrättad nämnd, produktionsnämnden. Kommunstyrelsen beslutade enligt förslaget den 28 september 1998.¹⁶²

Produktionsnämnden beslöt att inte driva Isis förskola efter den 31 december 1998. Den skulle övergå till Unike AB, som visat intresse för att överta driften av Isis förskola. Kommunalarbetareförbundet hjälpte en kommunmedlem att anföra besvär såväl över kommunstyrelsens som över produktionsnämndens beslut. Länsrätten fann att produktionsnämndens beslut i själva verket innebar att förberedelse för upphandling skett. Eftersom förberedelse för upphandlingen ingår i själva upphandlingen fick nämndens beslut enligt lagen om offentlig upphandling inte överklagas. Länsrätten avvisade därför överklagandet.

Nacka kommun fortsatte verksamheten och överlämnade utan upphandlingsförfarande Isis förskola till Unike AB den 1 januari 1999.

I Länsrätten anförde den kommunmedlem som biträdde av Kommunalarbetareförbundet bl.a.

- att beslutet att överlåta verksamheten på det här sättet var av viktigare principiell betydelse och skulle beslutas av kommunfullmäktige,
- att beslutet var olovligt eftersom det innebar en uppmaning till produktionsnämnden att besluta i strid mot gällande lag (beslutet innebar ju att kommunstyrelsen uppmanade nämnden att inte upphandla enligt lagen om offentlig upphandling, trots att det var sedvanlig upphandling) och
- att det var ett delegationsbeslut i produktionsnämnden som fattats i fel ordning.

Länsrätten ogillade besvären genom dom 1999-05-26.¹⁶³ När det gällde den viktiga frågan huruvida kommunstyrelsen instruerat produktionsnämnden att strunta i lagen om offentlig upphandling, blev resultatet detta. Beslutet som kommunstyrelsen antagit utgjorde inte något sådant viktigt beslut enligt kommunallagen 3 kap. 9 § så att kommunstyrelsen hade överskridit sina befogenheter. De antagna principerna stred inte mot LOU eftersom det inte var fråga om någon upphandling utan endast om principer som skulle tillämpas vid en kommande upphandling. När verksamheten vid Isis förskola då skulle övergå var det ett sådant beslut

som kunde angripas, men då endast enligt LOU. Och då hade ju kommunmedborgare inte besvärsmätt, endast konkurrerande entreprenörer. Kammarrätten beviljade inte prövningstillstånd. Det här är vad man brukar kalla ett moment 22. Rätten går i cirkel. Eftersom det är offentlig upphandling har man inte besvärsmätt när kommunen påstår att det inte är offentlig upphandling och hanterar frågan som det inte vore offentlig upphandling.

Vid underhandskontakt med Konkurrensverket konstaterade verket att någon upphandling aldrig inletts och att man därför saknade möjlighet att ingripa enligt lagen om otillbörligt beteende avseende offentlig upphandling.

Detta ganska utförliga referat av ett enskilt ärende visar att såväl den medborgerliga som myndighetskontrollen över privatisering i samband med offentlig upphandling är helt otillräcklig.

Upphandlingskommittén föreslår¹⁶⁴ att ett särskilt verk, Konkurrens- och Upphandlingsverket, ska anordnas för att övervaka att reglerna i lagen om offentlig upphandling följs.

Såväl Konkurrensverket som Nämnden för offentlig upphandling har visat sig utomordentligt marknadsorienterade. En tillsyn av upphandlingslagstiftningen som övervakas av dessa organ kommer möjligen främja näringslivets intressen genom att upphandlingslagstiftningen blir mer marknadsorienterad i sin tillämpning. Men den kommer inte att medföra den typ av medborgerlig kontroll eller social styrning som är nödvändig för att de grava missförhållanden som uppkommer genom den nuvarande tillämpning av offentlig upphandling ska kunna undanröjas.

Inriktning på det fackliga arbetet

Offentlig upphandling och privatisering kan medföra försämring av anställningsvillkoren, försämrade sociala villkor i form av pensioner, anställningsskydd, ökad deltid, försämrat skydd för de fackliga rättigheterna och sämre möjligheter till kontroll av arbetsgivarens avtalsuppfyllelse av anställningsvillkoren. Att försöka komma till rätta med den typen av missförhållanden är ett självklart fackligt mål.

Men offentlig upphandling medför också i och med att offentlig verksamhet överförs i privat verksamhet sämre regler för offentlighet och yttrandefrihet, sämre allmänt skydd för medborgarens rättigheter när det gäller insyn och kontroll vid handläggning av enskilda beslut,

bortfall av besvärsmått och bortfall av tillsyn av t.ex. Justitieombudsmannen och Justitiekanslern.

Att försöka förbättra för arbetstagare och de demokratiska rättigheterna vid offentlig upphandling är en självklar facklig uppgift. Men att öka den demokratiska kontrollen och rättssäkerheten av privat driven verksamhet, är det också en facklig uppgift?

Starka kapitalkrafter tjänar pengar på att göra den offentliga verksamheten vinstgivande. Fackföreningsrörelsen har alltid varit viktig för att demokratisera samhället och utgöra en motkraft till avarter när människor exploateras i vinstintresse. Vad som egentligen är anmärkningsvärt är väl att den fackliga rörelsen ännu inte har skaffat någon klar målsättning när det gäller denna viktiga utveckling. De starka krafter som finns på motsidan har ostört kunnat driva vinstintresse som ett med övriga samhällliga mål jämställt intresse. Det är det självklart inte. Vinstintresset måste alltid underordnas välfärd, social trygghet och säkerhet, rättssäkerhet och andra viktiga samhällliga intressen.

Ett första steg när det gäller att begränsa verkningarna av en ohämsad tillämpning av offentlig upphandling på det sociala området är propositionen Sjukhus med vinstsyfte m.m. som regeringen överlämnat till riksdagen. I propositionen framhålls betydelsen av ökad mångfald när det gäller rådgivare. Men det sägs också:

”Samtidigt som denna utveckling uppmuntras är det enligt regeringens uppfattning viktigt att inte kommersiella intressen tillåts ta överhanden och försvåra möjligheten att upprätthålla de grundläggande principerna för en allmän hälso- och sjukvård. Grunden ska bevaras. Hälso- och sjukvården ska vara demokratiskt styrd, solidariskt finansierad och ges utifrån behov.”

”För att de grundläggande demokrati- och jämlikhetsmålen ska kunna upprätthållas samtidigt som alternativa driftsformer släpps in är det nödvändigt att även Sverige reglerar var i hälso- och sjukvården som privatintressen får förekomma.”

Syftet med förslaget är att garantera att akutsjukhusen fortsätter att drivas utan vinstintressen. Lagstiftningen föreslås träda ikraft den 1 januari 2001. Nu har handläggningen försenats, men sannolikt kommer en proposition att läggas. Förändringen genomförs genom en ändring i hälso- och sjukvårdslagen som innebär att driften av ett akutsjukhus inte

får överlämnas till den som driver verksamheten med syfte att skapa vinst åt ägare.

Självklart väcker ett förslag med denna innebörd starka känslor hos dem som anser att syftet med att driva verksamhet i privata händer är ett grundläggande syfte överordnat andra mål. Lagrådets ställningstagande är kritiskt och intressant. Under en formellt oklanderlig juridisk dräkt kamoufleras politiska värderingar.

Förändrad lagstiftning enda framkomliga vägen

De begränsningar som idag finns när det gäller möjligheten att vid offentlig upphandling ställa sociala krav har i stort tillkommit i rättspraxis. Det är domstolarna som genom sin tolkning av lagen om offentlig upphandling och annan lagstiftning förhindrat de försök till att genom sociala klausuler i upphandlingsavtalen eller erbjudande om upphandling förhindrar social dumping.

Att domstolarna på detta sätt gör klara politiska bedömningar är ofta en följd av att lagstiftningen som man ska tolka är oklar.

Begränsningarna som har skett har inte prövats i den högsta förvaltningsdomstolen, Regeringsrätten. Det beror sannolikt på att den myndighet vars beslut överklagades inte hade egen besvärshöjning vid den tidpunkt när de första målen avgjordes. Numera har myndigheten ställning som part och skulle ha kunnat fullfölja målen till Regeringsrätten.

Att idag utan lagstiftningsändring uppnå en förändring när det gäller möjligheterna att använda sig av sociala klausuler i upphandlingsavtal är en mycket lång och osäker väg. Eftersom upphandlingslagstiftningen för närvarande är föremål för översyn är det utomordentligt lämpligt att se till att viktiga sociala hänsyn och ökade möjligheter till demokratisk kontroll och insyn regleras i lag. Men mycket kan också göras genom att fackföreningarna skaffar sig en medveten strategi. Arbetet med att försöka undvika de missförhållanden som uppkommit i samband med privatisering och offentlig upphandling kan göras såväl utifrån nuvarande regelsystem med gällande kollektivavtal som genom förändringar av kollektivavtalen. Förändringar i kollektivavtalen kräver en större långsiktighet och är alltid beroende av den fackliga styrkan i förhandlingsögonblicket.

Målet för det fackliga arbetet är emellertid mycket lätt att fastställa. I offentlig upphandling får social dumping aldrig vara ett konkurrensmedel.

Ändringar i lagen om offentlig upphandling (LOU)

*Huvudregel om affärsmässighet*¹⁶⁵

Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. (1 kap 4 § LOU, första stycket.)

Denna bestämmelse har av de få domstolar som prövat frågan ansetts utgöra hinder för att man vid upphandlingen ställer sociala eller politiska krav. Kravet på affärsmässighet kombinerat med de uttryckligt angivna krav som får ställas på leverantören¹⁶⁶ har ansetts utesluta att ytterligare krav får ställas.

Vid prövning av anbud ska den upphandlande enheten antingen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris.

Ordningen på dessa har ändrats så att det ekonomiskt mest fördelaktiga lyfts fram som första alternativ. Avsikten var enligt regeringen i propositionen att man skulle kunna uppställa även andra kriterier än lägst anbudspris.¹⁶⁷

Det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet för en kommun kan med hänsyn till sociala konsekvenser och vara just att ställa sociala villkor. Så länge dessa sociala villkor inte diskriminerar vissa anbudsgivare på godtyckliga grunder eller på grund av att de kommer från annat EU-land är de enligt EG-rätten tillåtna.

Att frivilligt ålägga sig en begränsning av möjligheterna att uppställa sociala villkor eller sociala villkor som medför att det ur samhällets kostnad mest förmånliga alternativet inte kan utnyttjas förefaller inte vara någon bra utgångspunkt. Såsom praxis idag ser ut i domstolarna kan man sannolikt inte göra detta utan att ta bort kriteriet att uppföljningen ska göras affärsmässigt.¹⁶⁸

Lydelsen blir då följande.

Ändringar i 1 kap. 4 §

1 kap. 4 § huvudregel om affärsmässighet tas bort. Första stycket får då följande lydelse:

Upphandling ska göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska

behandlas utan ovidkommande hänsyn.

ILO-konvention nr 94¹⁶⁹ om sociala klausuler tillkom för att undvika att social dumping förekom vid offentlig upphandling. Merparten av nuvarande medlemmar i EU har ratificerat konventionen. Den måste därför rimligen anses vara en del av gemenskapsrätten.

I Sverige motsätter sig SAF numera varje ratificering av ILO-konventioner. Eftersom ILO-arbetet är ett trepartsarbete mellan fackföreningar, arbetsgivare och stat, har verksamheten med att ratificera ILO-konventioner lamslagits. Regeringen vill inte göra sig till ovän med SAF genom att mot deras vilja ratificera även ILO-konventioner som Sverige kan ratificera utan några större krav på lagändringar.

Ett naturligt krav skulle vara att Sverige, nu när offentlig upphandling fått en allt större betydelse, ratificerade ILO-konvention nr 94. Det är sannolikt inte något gångbart krav. Man kan emellertid uppnå samma effekt genom att i lagen om offentlig upphandling föra in de regler som är en del av regelverket ILO-konvention nr 94.

Detta kan ske genom ett tillägg till 1 kap. 4 § LOU av följande slag:

Upphandling får inte ske på villkor som för arbetstagarna är mindre gynnsamma när det gäller lön, arbetstid och övriga arbetsvillkor än enligt det kollektivavtal och med den branschpraxis som tillämpas inom området.

Ändringar i 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§

Leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om han

- 1. är i konkurs eller likvidation ...*
- 2. ej kan visa att arbetstagare som leverantören eller av honom anlitad underleverantör avser att sysselsätta i upphandlingen erhåller garanterad lön, arbetstid och arbetsvillkor som inte är mindre gynnsamma än de som gäller enligt det kollektivavtal som enligt branschpraxis tillämpas på det aktuella arbetet.*
- 3. I något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av denna paragraf eller 18 §.*

Enheten får begära att en leverantör visar att det inte finns någon grund för att utesluta honom med stöd av 1 st. 1–3 eller 5.

Enheten får också begära att en leverantör... register.

Ändringar i 1 kap. 22 §

Prövning av anbud

En upphandlande enhet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftskostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan, uppfyllande av krav i lagstiftning om etnisk diskriminering och jämställdhet och särskilda sociala krav. Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad med den viktigaste först.

I förfrågningsunderlaget får den upphandlande enheten begära att anbudsgivaren i sitt anbud redovisar vilka delar av upphandlingskontraktet som han avser att lägga ut på någon annan.

Leverantör kan uteslutas från deltagande i upphandling om sådan annan underleverantör ej uppfyller de krav som finns i LOU.¹⁷⁰

Ändringar i 1 kap. 18, 1 kap. 22 a

Enheten ska i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange om verksamheten är sådan att den omfattas av reglerna i sekretess-lagen 9 §.

Ändringar i sekretesslagen

Vad som föreskrivs i tryckfrihetsförordningen om rätt att ta del av handlingar hos myndighet ska i tillämpliga delar också gälla handlingar hos aktiebolag, handelsbolag, ekonomiska föreningar och stiftelser där kommuner eller landsting utövar ett rättsligt bestämmande inflytande.¹⁷¹ Samma ska gälla i verksamhet som upphandlas enligt lagen om offentlig upphandling och som till minst 50 % finansieras med offentlig medel. Sådana bolag, föreningar och stiftelser ska vid tillämpning av sekretesslagen jäm-

ställas med myndighet.

Kommuner och landsting ...

Vad som sägs om kommuner och landsting i 1-3 st. tillämpas också på kommunalförbund.

Ändringar i medbestämmandelagen

Ändringar i 1 §

Denna lag äger tillämpning på förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstigare.

Förhållandet mellan arbetsgivare och arbetstigare ska präglas av ömsesidig respekt. Arbetsgivaren ska iakttä den anställdes rätt till grundläggande medborgerliga fri- och rättigheter.

I verksamhet som efter att ha upphandlats enligt lagen om offentlig upphandling finansieras till mer än 50 % med offentliga medel ska arbetstigare ha samma garanterade fri- och rättigheter enligt tryckfrihetsförordningen, regeringsformen och yttrandefrihetsgrundlagen, som om arbetstigaren hade varit offentliganställd.

Förändringar i 8 § medbestämmandelagen

Föreningsrätten ska lämnas okränkta. Kränkning av föreningsrätten föreligger om någon på arbetsgivar- eller arbetstigersidan vidtager åtgärder till skada för någon på andra sidan för att denne har utnyttjat sin föreningsrätt eller om någon på ena sidan vidtager åtgärder mot någon på andra sidan i syfte att förhindra denna att icke utnyttja sin föreningsrätt. Kränkning av föreningsrätten föreligger även om arbetsgivare vid anställning diskriminerar någon på grund av hans föreningsstillhörighet. Sådan kränkning föreligger även om åtgärden vidtagits för att åtagande mot annan ska uppfyllas. Arbetsgivar- eller arbetstigarorganisation är icke skyldig att tåla sådan kränkning av föreningsrätten som innebär intrång i dess verksamhet. Finns både central och lokal organisation gäller vad som har sagts i den centrala organisationen.

Sker kränkning av medborgerliga fri- och rättigheter eller av föreningsrätt genom avtalsuppsägning eller annan sådan rätts-

handling eller genom bestämmelse i kollektivavtal eller annat avtal är rättshandlingen eller bestämmelsen ogiltig.

Ändringar i anställningsskyddslagen

I Sverige har fackföreningsrörelsen alltid varit positivt inställd till rationaliseringar. Tvärtemot vad många tror är Sverige ett av de länder i Europa där det är lättast och billigast att säga upp på grund av arbetsbrist. Arbetsgivaren behöver i princip endast uppge att det föreligger arbetsbrist så är detta saklig grund för uppsägning. I andra länder finns olika typer av restriktioner när arbetsgivaren vill säga upp på grund av arbetsbrist. Det kan vara domstolsprövning eller att arbetsgivaren vid uppsägning på grund av arbetsbrist är skyldig att betala avgångsvederlag exempelvis i proportion till ålder och anställningsår. Även om detta är en hård regel för de anställda har den säkerligen gynnat svenskt näringsliv.

Anställningsskyddslagen är således uppbyggd utifrån den förutsättningen att arbetsbrist är saklig grund för uppsägning. Det skydd som finns mot att arbetsgivaren fiffjar med arbetsbristen, t.ex. påstår att det är arbetsbrist för att bli av med en anställd, trots att det inte är det, är förhållandevis svagt. Om man emellertid kan visa att arbetsgivaren inte har arbetsbrist utan det i själva verket rör sig om personliga skäl kan man få en uppsägning ogiltigförklarad. Detta är emellertid mycket svårt. Det viktigaste skyddet finns därför i företrädesrättsreglerna. Arbetsgivare som säger upp en anställd på grund av arbetsbrist eller låter en tidsbegränsad anställning upphöra av samma skäl är skyldig att inom 9 månader från det anställningen upphörde erbjuda den uppsagde alla arbetsuppgifter som blir lediga inom kollektivavtalsområdet. Detta skydd finns med även när verksamheten övergår till ny arbetsgivare.

För att man ska ha företrädesrätt vid övergång av verksamhet krävs emellertid att det är fråga om verksamhetsövergång. Domstolen har definierat verksamhetsövergång på ett ganska konkret sätt. Det krävs alltså att det i princip är en övergång i civilrättslig mening. Övergång i samband med anbudsupphandling av sedvanlig entreprenadverksamhet som trafikverksamhet, städverksamhet etc. anses i regel inte som övergång av verksamhet i anställningsskyddslagens mening. Det innebär att den anställde i dessa situationer är utan skydd.

I själva verket medför detta att arbetsgivaren, vare sig det rör sig om stat, kommun, landsting eller ett entreprenadföretag, låter de anställda ta

hela kostnaden för den rationaliseringsvinst som staten, kommunen eller landstinget gör genom att verksamheten upphandlas. Eftersom en upphandling kan ske så ofta som kanske vartannat eller vart tredje år medför det dessutom en betydande osäkerhet för den anställde. Det är ingen rimlig ordning att samhället formellt sett ska tjäna pengar på att göra sina anställda arbetslösa en gång vartannat eller vart tredje år. I själva verket rör det sig sannolikt inte heller om en besparing av offentliga medel. Det som stat, kommun eller landsting eventuellt tjänar på att den nye leverantören har ett lägre pris förloras på att staten med andra handen måste betala a-kassa, förtidspension, sjukpension eller andra understöd till den "sekunda" arbetskraft som blir arbetslös. Det är dessutom så att det framförallt är svaga grupper som drabbas; äldre, handikappade och kvinnor, framförallt sådana i familjebildande ålder. Mot denna bakgrund är det rimligt att man förstärker skyddet i anställningsskyddslagen. Anställd skall vid övergång där arbetsuppgifter överflyttas från en arbetsgivare till en annan, om han så önskar, få följa med till den nya arbetsgivaren. Detta ska då ske på oförändrade villkor på samma sätt som vid en sedvanlig övergång av verksamhet.

Textförslag till förändringar i anställningsskyddslagen 6 b §

Vid övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av verksamhet från en arbetsgivare till en annan, övergår också de rättigheter och skyldigheter på grund av anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. Den tidigare arbetsgivaren är dock också ansvarig gentemot arbetstagaren för ekonomiska förpliktelser som hänför sig till tiden före övergången. Detta stycke gäller även arbetstagare i allmän tjänst och på sjögående fartyg.

När arbetsuppgifter övergår i samband med upphandling enligt lag om offentlig upphandling till annan arbetsgivare gäller reglerna i första stycket även om förutsättningarna för övergång av ett företag, en verksamhet eller en del av verksamhet från en arbetsgivare till en annan inte är uppfyllda.

Enligt 28 § medbestämmandelagen får personal som övergår i samband med övergång enligt 6 b § anställningsskyddslagen behålla sina anställningsförmåner under ett år eller under den tid som kollektivavtalet gäller. Genom en förändring enligt ovan av 6 b § anställningsskyddslagen skyddas därför såväl rätten till anställningen som till anställningsförmånerna.

Noter

160. Proposition om offentlig upphandling 1992/93:88 sid. 48.
161. Utredning till kommunstyrelsen 1998-06-30.
162. Kommunstyrelsens beslut den 28 september 1998, § 171 kommunstyrelsens protokoll.
163. Länsrätten i Stockholms län rotel 224 mål nr Ö 15151/98 Hans Erik Andersson ./ Nacka kommun.
164. Effektivare offentlig upphandling, SOU 1999:139.
165. 1 kap. 4 § lag om offentlig upphandling.
166. 1 kap. 17 § och 6 kap 9–11 §§ LOU.
167. 1 kap. 22 § LOU.
168. 1 kap. 4 § LOU.
169. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part. Finns som bilaga till denna rapport.
170. 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ LOU.
171. Sekretesslagen 1 kap. 9 §.

Förbättringar i upphandlings-systemet genom kollektivavtal

Inledning

Kollektivavtalens utformning i dag medger social dumping vid övergång av verksamhet mellan olika arbetsgivare.

Vid överföring av verksamhet från offentlig till privat regi byter de anställda regelmässigt avtalsområde och oftast även facklig organisation. Vid entreprenadupphandling blir i regel enligt 28 § medbestämmandelagen det nya avtalet automatiskt tillämpligt. Eftersom man som offentliganställd har vissa bättre förmåner när det gäller semester, ledighetsbestämmelser, ofta ifråga om pensionsvillkor m.m., försvinner dessa bättre regler egentligen automatiskt. I regel brukar dock parterna genom s.k. inrangeringsavtal tillskapa övergångsbestämmelser som innebär att de anställda som redan har förmånerna i varje fall under en övergångstid får behålla dem. De kan då också få ekonomisk kompensation.

För de som nyanställs inom området gäller dock det nya sämre avtalet rakt av.

Detta är ett passivt sätt att avskaffa anställningsförmåner som innebär att social dumping egentligen premieras. Det blir billigare att driva verksamheten under det nya avtalet, vilket medför att de anställda genom en försämring av sina anställningsförmåner finansierar en kostnadssänkning för stat och kommun.

I regel är den fackliga organisationen bunden av fredsplikt i dessa inrangeringsförhandlingar och förhandlingarna får helt föras på arbetsgivarens villkor. Arbetsgivaren kan lugnt sitta ned och vänta; kommer man inte överens är det gällande avtal som klipper till.

Detta är den passiva formen av inrangeringsförhandlingar som är vanliga på den svenska arbetsmarknaden idag.

Det är emellertid ingen nödvändig ordning. Avtalsförhållandet kan genom bestämmelse i avtalet bringas att upphöra i samband med att verksamhet övergår till annan huvudman.

Det finns emellertid möjlighet att genom kollektivavtal gå än längre.

Det visar den överenskommelse som Kommunalarbetareförbundet träffade med kyrkan i samband med kyrkans privatisering från den 1 januari 2000. Det innebär att man aktivt i avtalet inför regler som medför att de anställda behåller de demokratiska rättigheter de haft.

Avtalslöst läge vid inrangeringsförhandlingar

Om arbetstagarerna ska lyckas undvika social dumping i samband med övergång vid offentlig upphandling krävs att inrangeringsförhandlingarna kan ske utan fredsplikt eller att det i det mottagande avtalet införs bestämmelser som medför att de anställda får behålla upparbetade anställningsförmåner. Det kan då ske på olika sätt. Att det är möjligt visas av Statsanställdas förbunds agerande i samband med att Televerket överförde sin produktionsverksamhet från Televerkets industridivision till ett privat bolag, Teleindustrier AB. I samband med övergången skulle de förmånliga pensionsvillkor och andra förmånliga bestämmelser som de anställda hade som offentliganställda komma att försämrats. I avtalsförhandlingarna begärde därför dåvarande Statsanställdas förbund att staten skulle förbinda sig att vid överlåtelse av Televerkets verksamhet garantera att den nya arbetsgivaren skulle ikläda sig ansvar att tillämpa det avtal som vid överlåtelse tillfället gällde i förhållande till staten. Däri ingick också att staten skulle garantera de Teleanställda att få behålla sina statliga pensionsförmåner, dvs. att behålla den lägre pensionsåldern (60 år) som gällde på det statliga kollektivavtalsområdet.

Övergången skedde i samband med ett avtalslöst tillstånd på det statliga området. SF varslade om stridsåtgärder i syfte att få till stånd en sådan garanti från statens sida. Staten gjorde fredspliktsinvändning och målet prövades av Arbetsdomstolen mot bakgrund av den särskilda fredspliktslagstiftning som gäller på det statliga området. Arbetsdomstolen fann inget hinder mot att vidta stridsåtgärder för att få till stånd en sådan lönegaranti.¹⁷²

Detta mål visar vad som går att åstadkomma när det gäller att behålla de anställdas förmåner då parterna inte är bundna av fredsplikt. Såsom stridsåtgärden kom att utformas var det staten som skulle garantera att den nya arbetsgivaren, bolaget, betalade oförändrade anställningsförmåner. Det är ett intelligent sätt att lösa problemet med hur garantin för bestående anställningsförmåner ska utformas. Det är den upphandlande enheten som när den överlåter verksamheten får stå för garantierna för anställningsförmånerna.

En avtalsbestämmelse av detta slag i avtalet skulle då kunna se ut på endera av följande sätt.

Garantibestämmelser i kollektivavtal

Textförslag; överlåtargaranti

Vid övergång av verksamhet från arbetsgivare i samband med upphandling enligt lag om offentlig upphandling eller annan privatisering garanterar arbetsgivaren personal som övergår och nyanställs inom samma verksamhet minst de förmåner som utgår enligt mellan parterna gällande kollektivavtal. Överenskommelse i inrangeringsförhandlingar kan ske om närmare anpassning av förmånerna och i samband därmed avlösning av arbetsgivarens löne- och villkorsgaranti.

En ordning av detta slag är tänkt att fungera så att den ska tvinga fram överenskommelser. Om någon överenskommelse inte sker kvarstår den tidigare arbetsgivaren vid sin garantiförpliktelse. Det är alltså hos honom som arbetstagaren eller den fackliga organisationen ska söka skadestånd om förmånerna i den nya anställningen är sämre än i den gamla.

Systemet är krångligt, men det är också tanken, eftersom alternativet till en inrangeringsöverenskommelse ska vara besvärligt för den överlåtande arbetsgivaren.

En överenskommelse av detta slag är svårare att få att gälla när den huvudman som överlåter verksamheten inte är det allmänna utan en annan entreprenör. I sådana lägen måste frågan lösas på annat sätt. Det kan lösas olika beroende på om övergången sker inom det egna avtalsområdet eller mellan två avtalsområden.

Textförslag; övergång mellan olika entreprenörer – olika avtalsområden

När verksamhet eller del av verksamhet övergår från annan arbetsgivare som inte är bunden av samma kollektivavtal ska de anställda inom den verksamheten garanteras minst samma anställningsförmåner som enligt det tidigare gällande avtalet. Anställda som sysselsatts inom den tidigare verksamheten har rätt att om de så önskar övergå till den nya huvudmannen.

Vid inrangeringsförhandlingar kan parterna överenskomma om anpassning av anställningsvillkoren.

Textförslag; övergång inom kollektivavtalsområdet

När arbetsuppgifter övergår från arbetsgivare bunden av detta kollektivavtal till ny arbetsgivare har de anställda som så önskar rätt att följa med. De anställda ska vid sådan övergång tillförsäkras minst samma förmåner som de hade i sin tidigare anställning. Överenskommelse om anpassning av anställningsvillkoren kan ske i inrangeringsförhandlingar.

Textförslag; övergång utan fredsplikt

Då verksamhet eller del av verksamhet övergår från annan arbetsgivare till företag som är bunden av detta kollektivavtal ska inrangeringsförhandlingar ske. Avsikten med dessa inrangeringsförhandlingar är att de anställda ska bibehålla minst samma förmåner som de hade i sin tidigare anställning. Detta avtal gäller inte sådan verksamhet eller del av verksamhet som övertas från annan arbetsgivare. Inrangeringsförhandlingarna sker därför inte under fredsplikt.

Kollektivavtal med bibehållna fri- och rättigheter

Anställda i verksamhet eller del av verksamhet hos arbetsgivare som till minst 50 % finansieras genom offentliga medel ska ha samma skydd för sin yttrande-, tryck- och meddelarfrihet som skulle ha tillkommit dem om de varit offentliganställda.

Anställd som utnyttjar de fri- och rättigheter som tillkommer honom enligt denna bestämmelse får inte särbehandlas i anledning härav exempelvis när det gäller fortsatt anställning, lönesättning, arbetsuppgifter eller liknande. Efterforskning av författare, källa eller uppgift i tryckt skrift, radio- eller TV-program får ej ske.

Not

172. AD 1986 nr 113.

Förbättringar genom medbestämmandeförhandlingar

Bakgrund

När Olof Palme presenterade medbestämmandelagen 1976 sade han att den innebar den största reformen på demokratins område sedan rösträtts genomförande. Det var nog inte alldeles korrekt.

Arbetsgivarens § 32-befogenheter,¹⁷² hans rätt att leda och fördela arbetet och fritt antaga och avskeda arbetare, lämnades i stort oberörda av medbestämmandelagen. Men i ett viktigt hänseende rubbades arbetsgivarens oinskränkta arbetsledningsrätt. Det gäller vetorätten över entreprenader. Facket har där fått en rätt att gå in direkt i företagsledningsrätten och förbjuda arbetsgivaren att anlita vissa ”skumma” entreprenörer. Tyvärr används inte det maktmedel som vetorätsreglerna innebär i särskilt stor omfattning.

Bestämmelsen har inte satt så många spår i praxis, dvs. i antal domar av Arbetsdomstolen, men på anläggningsområdet har den betytt en ganska kraftig sanering av floran av entreprenadföretag.

En sådan maktförskjutning till fackets fördel har inte gått obemärkt förbi. Högst upp på SAF:s önskelista står att avskaffa vetorätten. Det första den borgerliga regeringen gjorde när den tillträdde 1993 var därför att göra just detta. Och det första den socialdemokratiska regeringen gjorde efter regeringsskiftet 1994 var att återinföra den. Tyvärr återinfördes den i stympad form. På det offentliga området har därför vetorätsreglerna numera nästan helt förlorat sin tillämpning. Men fortfarande ger vetorätten i kombination med förhandlingsrättsreglerna enligt 38 § MBL facket ett mycket bra medel att övervaka arbetsgivarens upphandling. Om denna förhandling dessutom kombineras med arbetsgivarens allmänna skyldighet att förhandla inför beslut om viktigare förändring enligt 11 § MBL, så kan den fackliga organisationen skaffa sig ordentlig översikt och framförhållning i sitt agerande.

Olika typer av förhandling vid offentlig upphandling

Företagsledningsrätten är i de allra flesta kollektivavtal reglerad så att arbetsgivaren har fri beslutanderätt. Den ingår i arbetsgivarens s.k. § 32-

befogenheter. Men i de fall arbetsgivaren har fri beslutanderätt är han vid viktigare förändringar av verksamheten eller i enskilda arbetsförhållande skyldig att före beslutet förhandla med den organisation som har kollektivavtal för det aktuella arbetet.

Innan arbetsgivare beslutar att lägga ut en verksamhet på entreprenad är han alltså skyldig att först förhandla enligt 11 § medbestämmandelagen. Arbetsgivare som ska välja ut en viss entreprenör för jobbet är också skyldig att förhandla enligt 38 § medbestämmandelagen.

Hos den arbetsgivare som ska lägga anbud på entreprenaden kan det finnas en motsvarande förhandlingsskyldighet enligt 11 § medbestämmandelagen.

Förhandlingsstegen hos den offentlige upphandlaren

Ett beslut om att verksamhet ska upphandlas sker i flera steg. Schematiskt kan dessa steg sammanfattas på följande sätt.

1. Principbeslut i budgetberedning eller i långtidsplanering att verksamhet ska drivas med icke anställd personal.
2. Principbeslut kan även ske i de politiska parternas kanslier utan föregående beredning i kommunens organ.
3. Utredning av huruvida verksamheten ska drivas i egen regi eller på entreprenad.
4. Principbeslut om entreprenad och närmare utformning av hur denna ska arrangeras. Detta stadium kan jämföras med framtagande av anbudsunderlag.
5. Beslut om vilken entreprenör som ska anlitas.

I samtliga dessa fem stadier är arbetsgivaren i normalfallet, om det är en upphandling av någon omfattning, skyldig att före beslut förhandla enligt 11 § medbestämmandelagen. Bedömningen i de fyra första fallen görs utifrån bedömningen vad den fackliga organisationen typiskt sett har för intresse av att delta i beslutsberedningen. Bedömningen ska alltså ske utifrån det fackliga intresset, vilket i normalfallet vid offentlig upphandling av tjänster är mycket starkt, eftersom denna i regel direkt påverkar förhållandena för de redan anställda.

Den upphandlande enheten har skyldighet att förhandla redan när frågan bereds i fackorganen. Förhandlingen måste ske innan handlingsalternativen blir alltför hårt beskurna. Normalt kan det inte godtas att det beredande organet utarbetar detaljerade förslag som kan föreläggas fullmäktige eller inrikta arbetet på en mer specificerad lösning innan för-

handlingar kommer till stånd.

De privatiseringar som skett under senare år har mer varit ideologiskt inriktade än avhängiga den praktiska verksamhetens krav. De har ofta varit så politiskt styrda att de inte ens behandlats i budgetprocessen. Även om beslutet sker så har den fackliga organisationen rätt till förhandlingar under den inledande fasen. Det gäller då den grundläggande frågan om arbetet ska ske på entreprenad eller i egen regi.

I den fortsatta förhandlingen kan det gälla sådana villkor som personaltätthet, kvalitetsvillkor, övertagande av personal från den offentlige upphandlaren som tidigare sysselsatts i verksamheten, villkor för övergång, skydd för pensionsförmåner och andra praktiska frågor. Ju tidigare dessa frågor aktualiseras, desto större är möjligheterna att uppnå ett bra resultat.

AD 1988 nr 47

Timrå kommun hade träffat ett preliminärt avtal som innebar att den kommunala busstrafiken skulle överlätas till ett privatägt företag. Arbetsdomstolen menade att det som huvudregel inte kunde godtas att kommunen genom ett preliminärt avtal faktiskt inskränkte det beredande arbetet till ett enda eller ett mycket begränsat antal handlingsalternativ. I det fallet ansågs kommunen därför ha initierat förhandlingen för sent.

Förhandling om entreprenad enligt medbestämmande lagen hos den offentlige upphandlaren

Sekretess

I förhandlingar inför en entreprenad på det offentliga området förekommer det inte sällan att arbetsgivaren åberopar sekretesslagen för att slippa förhandling. Det är i regel fel.

Vid offentlig upphandling råder sekretess av framförallt två skäl.

Sekretessen ska skydda den upphandlande enheten mot att anbudsgivarna bildar anbudskarteller. Det kan de göra om de får reda på vilka övriga anbudsgivare som finns eller om de på annat sätt ges möjligheter att träffas och samarbeta. Av denna anledning är sekretessen i anbudsförfarande absolut, dvs. man gör ingen skadebedömning utan allt som rör anbudshandlingarna är hemligt tills dessa öppnats. Vid upphandling

får alltså uppgift som rör anbud eller motsvarande inte lämnas till någon annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud offentliggjorts, avtal slutits eller ärendet annars har slutförts.¹⁷⁴

Det andra syftet är att skydda anbudsgivarens affärshemligheter. Det innebär att det kan råda sekretess för uppgifter i upphandling även efter det att upphandlingen har avslutats. Det gäller emellertid inte i normalfallet. Det är enbart om det finns särskild anledning att anta att enskild lider skada om uppgiften röjs. I normalfallet ska därför handlingar i ett anbudsförfarande vara offentliga sedan anbudsförfarandet avslutats.¹⁷⁵

Sekretessen gäller dock inte mot facklig företrädare för arbetstagarorganisation eller skyddsombud när anbudsgivaren är skyldig att lämna information enligt medbestämmandelagen eller arbetsmiljölagen. För den facklige företrädaren som är anställd eller har uppdrag för myndigheten gäller samma sekretessregler som för myndighetens övriga personal som normalt handlägger ärendet. Den facklige företrädaren får dock utan hinder av tystnadsplikten lämna uppgiften vidare till ledamot i fackets styrelse. Han får också utnyttja uppgiften på sätt som krävs för sitt uppdrag.

För sekretessbelagd uppgift i upphandlingssammanhang gäller meddelarskydd. Om uppgiften kommer ut på ett eller annat sätt får myndigheten alltså inte efterforska vem som lämnat uppgiften för publicering. Sådan efterforskning av uppgiftslämnare till tryckt skrift eller för offentliggörande i radio eller TV är straffbar enligt tryckfrihetsförordningen och yttrandefrihetsgrundlagen. Uppgiftslämnaren har s.k. meddelarskydd även för uppgift som omfattas av anbudssekretess.

Entreprenadförhandlingar och veto¹⁷⁶

Tolkningsföreträde om arbetsskyldighet enligt 34 § medbestämmandelagen och rätten att lägga veto enligt 39 § är de mäktigaste instrument som lagstiftaren genom medbestämmandelagen lade i den fackliga organisationens händer. Trots detta utnyttjas dessa instrument väldigt sällan av de fackliga organisationerna. I många fall t.ex. inom entreprenadbranschen beror det på att man har funnit former för samarbetet mellan arbetsgivare/arbetstigare när det gäller anlitande av entreprenörer, som medför att man inte behöver utnyttja vapnet. Maktpositionerna har förändrats på arbetsmarknaden till fackets fördel och man har funnit ett nytt jämviktsläge när det gäller den viktiga frågan om anlitande av

utomstående arbetskraft.

I många fall är dock inte orsaken denna. Det är istället en rädsla att utnyttja bestämmelsen. Ett felaktigt utnyttjande kan medföra skadeståndsskyldighet för den fackliga organisationen. Risken för skadestånd har ofta lamslagit bestämmelsen. Det är därför viktigt att utreda när bestämmelsen får användas, hur den då ska användas och vilken risk som finns för att eventuell skadeståndsskyldighet kan uppstå.

Vetorättens¹⁷⁷ konstruktion

Syftet med den fackliga vetorätten är att förhindra kringgående av arbetstagarbegreppet och utnyttjande av grå arbetskraft. Bestämmelserna är uppbyggda i två steg; dels förhandlingsskyldighet som ska ge den fackliga organisationen möjlighet att ta ställning i frågan, dels i andra steget rätt att förbjuda skumma entreprenader.

Förhandlingsskyldigheten inträder när en arbetsgivare planerar att besluta att låta någon annan utföra arbete för hans räkning eller i hans verksamhet utan att denne därvid skall vara arbetstagar hos honom. Arbetsgivaren är i den här förhandlingen skyldig att lämna all den information om det tilltänkta arbetet som arbetstagarorganisationen behöver för att kunna ta ställning i förhandlingsfrågan.

Från förhandlingsskyldigheten finns tre undantag.

1. Om arbetet är av kortvarig och tillfällig natur. Det räcker alltså inte att arbetet är kortvarigt, det måste också vara tillfälligt, alltså inte återkommande.
2. Om arbetet kräver särskild sakkunskap. Ett exempel på det kan vara om en träindustri, som inte har några elektriker anställda, anlitar elektriker för att installera en ny maskin.
3. Om den tilltänkta åtgärden i allt väsentligt motsvarar en åtgärd som har godtagits av arbetstagarorganisationen. Denna bestämmelse är lömsk. Den innebär att om en lokal facklig organisation är passiv och släpper igenom entreprenader försvinner förhandlingsskyldigheten. Organisationen kan emellertid i sådana fall begära att få förhandling och då är arbetsgivaren skyldig att förhandla innan han fattar eller verkställer beslut.

I förhandlingen är arbetsgivaren skyldig att lämna den information om det tilltänkta arbetet som den fackliga organisationen behöver för att kunna ta ställning i förhandlingsfrågan.

Det är mycket viktigt att all relevant information tas fram i förhandlingen. Enligt förarbetena innebär detta en rätt till insyn i och information om entreprenören eller uthyraren och om de förhållanden under vilka dennes anställda arbetar. Det gäller t.ex.

- om entreprenören fullgör sina betalningsåligganden och andra uppgifter som krävs för att avgöra om den tilltänkte entreprenören uppfyller sina skyldigheter enligt LOU (se nedan),
- uppgifter om entreprenörens anställda,
- uppgifter om de anställdas utbildning i arbetarskyddsfrågor och liknande som har betydelse för säkerheten på arbetet,
- om arbetsgivaren betalar kollektivavtalsenliga löner,
- om arbetsgivaren drar fackavgifter och betalar löner i rätt tid till de anställda.

Facket kan dessutom begära att

- upphandlingsunderlaget innehåller information om vilka myndigheter som kan lämna anbudsgivare information om de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsvillkor som ska gälla för arbetet,
- att krav ställs i upphandlingsunderlaget att anbudsgivaren bekräftar att hänsyn togs till bestämmelserna om anställningsskydd och arbetsvillkor vid utformningen av anbudet,¹⁷⁸
- att upphandlingsunderlaget hänvisar till berörda kollektivavtalparter för arbetet¹⁷⁹ när det gäller information om kollektivavtal som kan bli tillämpligt.

Utgångspunkten vid dessa förhandlingar är vad den fackliga organisationen anser vara viktigt. Sedan entreprenaden en gång har godkänts har den fackliga organisationen inte samma möjlighet att tvinga fram mer information.

Om arbetsgivaren inte lämnar uppgifterna ska förhandlingarna inte slutföras utan ajourneras så att facket på egen hand kan skaffa in behövliga uppgifter. Om arbetsgivaren då frånträder förhandlingarna ska man i sista hand överväga att yrka skadeståndsförhandling för icke fullgjord förhandlingsskyldighet. Det kan finnas anledning att anta att vägran beror på att företaget är oseriöst. Om arbetsgivarens vägran att lämna uppgiften beror på att den tilltänkte entreprenören vägrar att lämna uppgiften eller lämnar felaktiga uppgifter kan det vara vetogrund. Att enbart lägga veto på en sådan misstanke går inte, det krävs att facket vet att det är anledningen.

Begränsningar i vetorätten vid upphandling enligt LOU

Vid offentlig upphandling får enligt medbestämmandelagen i dess lydelse efter den 1 januari 1995 veto endast användas i de fall entreprenören inte uppfyller bestämmelserna enligt 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ LOU samt i vissa fall då entreprenören inte lämnat tillfredsställande upplysningar eller inte har registrerat sig på rätt sätt. Enligt 1 kap. 17 § och 6 kap. 9–11 §§ LOU kan anbudsgivare uteslutas från upphandling om han

- är i konkurs eller om ansökan om konkurs är inlämnad mot honom,
- är dömd för brott som har samband med yrkesutövningen,
- har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen,
- har fuskat med att betala socialförsäkringsavgifter och skatter.

Köparen får dessutom begära upplysningar om en leverantörs tekniska förmåga och kapacitet samt om hans finansiella ställning.

Såsom dessa vetorättsbestämmelser är utformade är möjligheten att lägga veto på arbetsgivaren på grund av att han inte har kollektivavtal borta. Det är ingen följd av EG-rätten, utan en övertolkning som gjordes i anledning av lagrådets inbrott i lagstiftningsarbetet. Inget hindrar emellertid att den fackliga organisationen i dessa förhandlingar enligt 38 § medbestämmandelagen begär uppgift av sin arbetsgivare om huruvida den tilltänkta entreprenören har kollektivavtal. Om arbetsgivaren vägrar att lämna en sådan uppgift kan den ju lätt skaffas in genom kontakt med det förbund som egentligen skulle ha organiserat verksamheten eller genom att den fackliga organisationen direkt vänder sig till den tilltänkta entreprenören med förfrågan om denne har kollektivavtal. Arbetsgivaren må vara förhindrad att fråga om den tilltänkta entreprenören har kollektivavtal men det gäller ju inte den fackliga organisationen.

Redan i förfrågningsunderlaget ska den upphandlande enheten ange hur den vill ha upplysningarna ovan. Det är alltså en viktig del av medbestämmandeförhandlingarna att se till att upphandlingsunderlaget omfattar krav på sådan information om leverantören.

Kraven ovan kan användas som checklista på krav som ska ställas på leverantören i medbestämmandeförhandlingarna och frågor i 38 §-förhandlingen.

Om arbetsgivaren inte lämnar de begärda uppgifterna ska den fackliga organisationen begära ajournering av medbestämmandeförhandlingarna så att man själv kan kontrollera uppgifterna.

När kan vetorätten utövas?

Vetorätten vid upphandling av tjänster enligt lagen om offentlig upphandling får endast användas när det är konstaterat att entreprenören inte uppfyller de förutsättningar som finns i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9–11 §§ LOU.

Dessutom krävs att de vanliga förutsättningarna för veto är uppfyllda, nämligen:

Det första skälet enligt lagen är att avtalet kan antas medföra åsidosättande av lag eller kollektivavtal för arbetet.

Det andra skälet är att entreprenaden strider mot vad som är allmänt godtaget inom parternas avtalsområde.

I praktiken innebär det att veto endast kan läggas när den tilltänkte entreprenören

- är försatt i konkurs eller är föremål för konkursansökan,
- är dömd för brott som avser yrkesutövningen eller inte har fullgjort sina skyldigheter när det gäller skatt och sociala avgifter,
- inte är registrerad för mervärdesskatt,
- vägrar att lämna begärda upplysningar eller lämnar uppgifter som visar sig vara felaktiga.¹⁸⁰

Vetots utformning

Vetot ska vara skriftligt och läggas i eller efter det att den centrala förhandlingen har slutförts. Lämpligt är att den centrala förhandlingen – om facket överväger att lägga veto – avslutas med att den fackliga organisationen får exempelvis 10 dagar på sig att ta ställning om man ska lägga veto eller inte. Förhandlingen bör då ajourneras och avslutas när den fackliga organisationen ger besked om sin inställning. Fördelen med ett sådant förfarande är dels att facket kan ta ställning till de nya uppgifterna arbetsgivaren framfört i den centrala förhandlingen, dels göra kompletterade utredningar och få tid att utforma vetot på ett korrekt sätt. Hur vetot utformas har nämligen stor betydelse. Om arbetsgivaren går vidare till domstol, får den fackliga organisationen nämligen inte åberopa några omständigheter som inte fanns med i vetoförklaringen.

Om vetot inte är lagt på grund av att den tilltänkte entreprenören inte uppfyller bestämmelserna i 1 kap. 17 § eller 6 kap. 9–11 §§ LOU saknar det verkan.

Skadestånd mot facket

Om den fackliga organisationen har lagt veto utan fog kan den åläggas skadeståndsansvar. Det kan då både gälla allmänt skadestånd i syfte att upprätthålla respekten för lagstiftningen samt ekonomiskt skadestånd för att ersätta den förlust arbetsgivaren kan ha gjort genom det felaktigt lagda vetot.

Att den fackliga organisationen lagt vetot utan fog innebär normalt att man måste ha varit ganska slarvig i den utredning man gjort för det tilltänkta vetot. Utan fog innebär nämligen inte endast att man har gjort fel, man ska ha insett eller bort kunna inse att vetot redan från början var felaktigt. Arbetsdomstolen har dock i sin praxis lagt en ganska stor bevisbörda på arbetstagarorganisationen att den dokumenterat och undersökt förhållandena innan vetot läggs för att man ska kunna bli fri ifrån skadeståndsskyldighet. Om misstaget är ursäktligt och inte gjorts i någon ond avsikt jämkas dock skadeståndet till en lägre nivå.

Samverkan för facklig bevakning

Om den offentliga upphandlaren inte kräver kollektivavtal kan det medföra att icke avtalsbundna entreprenörer anlitas. Den lokala fackliga organisationen bör då omedelbart ta kontakt med förbundet och den organisation som enligt LO:s organisationsplan har avtalsrätten för de entreprenöranställda. De fackförbund som har avtalsrätten för entreprenören begär kollektivavtal. Om entreprenören vägrar teckna kollektivavtal beslutas om stridsåtgärder. Dessa kan och bör då förenas med sympatiåtgärder från andra understödjande förbund och den organisation som organiserar arbetstagarna hos den offentlige upphandlaren.¹⁸¹ Det är förbundet centralt som fattar beslut om stridsåtgärd.

Om det sker en ordentlig facklig bevakning kommer sannolikt antalet fall där stridsåtgärder verkligen behöver tillgripas att bli ganska litet. Det blir då inte lönsamt vare sig för entreprenören eller för köparen att gå in i en offentlig upphandling utan att ha ett tillämpligt kollektivavtal som gäller för arbetet.

I de förhandlingar om nytt kollektivavtal som träffas med sådan obunden arbetsgivare kan man ta in garantiklausuler. Det kan då gälla garantiklausul för att den tillträdande arbetsgivaren övertar sådan personal som önskar övergå. Det kan också gälla garantiklausul att de anställda är bibehållna vid de löne- och pensionsvillkor som de hade i sin tidiga-

re anställning.

Det förbund som organiserar arbetskraft hos den tillträdande arbetsgivaren kan alltid även begära att personalen som jobbar på den aktuella verksamheten ska ha samma yttrande- och tryckfrihet som gäller för offentliganställda. Dessa förpliktelser för entreprenören bör tas in i både kollektivavtalet och i upphandlingsavtalet.

Förhandling när arbetsgivaren redan har tillämpligt kollektivavtal

I de fall arbetsgivare som går in som entreprenör redan har tillämpligt kollektivavtal sker förhandlingarna under fredsplikt. Det innebär att möjligheterna att tilltvinga sig avtalsvillkor utöver dem som finns i det gällande kollektivavtalet är begränsade. Organisationen hos den upphandlande enheten kan emellertid begära att man i förutsättningarna för upphandlingen tar in att leverantören är skyldig att ta in sådan arbetskraft som önskar övergå till den nya arbetsgivaren och som sysslat med motsvarande verksamhet hos den tidigare arbetsgivaren.

Ett annat villkor som bör tas in i förutsättningarna för upphandlingsavtalet är att de anställda hos entreprenören ska ha samma yttrande-, tryck- och meddelarfrihet som offentliganställda.

Förhandling hos anbudsgivaren

När en arbetsgivare beslutar om viktigare förändringar av sin verksamhet eller arbets- eller anställningsförhållande för anställd ska han först förhandla med det eller de fack som har kollektivavtal på arbetsplatsen. I vissa fall är han också förhandlingsskyldig mot fackförbund som endast har medlemmar på arbetsplatsen.¹⁸² Medbestämmande- eller medinflytandeförhandling brukar det kallas. Förhandlingsskyldigheten gäller sådana frågor där arbetsgivaren har ensidig beslutanderätt, vilket innebär att arbetsgivaren har den slutliga beslutanderätten om man inte blir överens.

När arbetsgivare lägger anbud i en offentlig upphandling är det normalt en sådan fråga som medför förhandlingsskyldighet, antingen för att det är en viktigare förändring av verksamheten, eller att det kommer att beröra anställningsförhållandena.

Sekretess hos anbudsgivaren

När en entreprenör arbetar ut anbudshandlingar finns ett väl motiverat

behov av sekretess. Om en konkurrent får reda på innehållet i en anbudshandling kan denne genom att anpassa sitt anbud efter vetskapen vinna entreprenadupphandlingen. Arbetstagarorganisationen har rätt att granska böcker, räkenskaper och andra handlingar som rör arbetsgivarens verksamhet i den omfattning som organisationen behöver för att tillvarata medlemmarnas gemensamma intressen i förhållande till arbetsgivaren.¹⁸³ När denna bestämmelse behandlades i riksdagen uttalade sig inrikesutskottet om behovet av avgränsningar när det gäller informationskyldigheten och huruvida h änsyn skulle tas även till motstående intressen vid prövning av om arbetstagarorganisationen behöver viss handling. Inrikesutskottet räknar upp ett antal fall där det motstående intresset är så starkt att uppgifterna faller utanför informationsskyldigheten. Uppräkningen omfattar privata förhållanden, disposition i anslutning till konfliktsituationer, vissa situationer när jävsaspekten gör sig gällande, utvecklings- och forskningsarbete av synnerligen hemlig natur och uppgifter i samband med anbudsgivning i konkurrens med andra företag. Den fackliga organisationen kan därför inte stödja sig på 19 § medbestämmandelagen när det gäller att få ut handlingar som avser anbud. Inrikesutskottets uttalande har bekräftats av Arbetsdomstolen.¹⁸⁴ Rätten till insyn vid medbestämmandeförhandling enligt 11 och 38 §§ medbestämmandelagen är dock starkare än informationsskyldigheten enligt 19 §.

Anbudssekretess hos privat arbetsgivare

Arbetsgivaren kan kräva att en uppgift hålls hemlig och begära förhandling om tystnadsplikt då känslig information ska lämnas.¹⁸⁵ Om arbetsgivaren begär sådan förhandling har arbetstagarparten tystnadsplikt till dess frågan slutligt har avgjorts i domstol om parterna inte blivit överens om tystnadsplikt. I normalfallet kan därför en privat arbetsgivare åberopa anbudssekretess.

Även om arbetsgivaren vid entreprenadupphandling skulle kunna åberopa synnerliga skäl för att inte lämna vissa uppgifter gäller detta i normalfallet inte hela upphandlingen. Huvudregeln från facklig synpunkt måste i det oklara rättsläge som råder vara att arbetsgivaren är skyldig att lämna ut alla uppgifter. Han är i varje fall skyldig att lämna ut alla uppgifter som inte är av den arten att de kan skada honom i anbudsgivningen.

AD 1980 nr 4

Ett bilföretag ville bygga en ny anläggning. För detta syfte infordrade man anbud. Trots fackförbundets begäran vägrade företaget att lämna ut anbudshandlingar innan anbudsavtal slutits. Fråga om detta stred mot arbetsgivarens uppgiftsskyldighet enligt 19 § medbestämmandelagen.

Arbetsdomstolen konstaterade mot bakgrund av Inrikesutskottets betänkande att det förelåg undantag från informationsskyldigheten enligt 19 § medbestämmandelagen beträffande uppgifter i samband med anbudsgivning i konkurrens med andra företag. Förbundets talan avslogs därför.

AD 1981 nr 77

Ett elinstallationsföretag beslöt att tillsammans med ett annat installationsföretag inge gemensamt anbud till en offentlig upphandling. Beslutet om samverkan skedde strax innan anbudet skulle inges och arbetsgivaren hävdade att han inte hade haft tid att förhandla enligt 11 § medbestämmandelagen. Han hävdade också att det inte rörde sig om viktigare förändring av verksamheten och att förhandlings-skyldighet därför inte förelåg.

Arbetsdomstolen konstaterade att arbetsgivaren är skyldig att ta upp förhandling i så god tid att förhandlingen blir ett naturligt och effektivt led i beslutsprocessen hos arbetsgivaren. Det som anförs av arbetstagar sidan ska ingå som ett naturligt underlag för arbetsgivarens beslut. Ju viktigare ett tilltänkt arbetsgivarbeslut är, sett från arbetstagar sidan, desto tidigare i beslutsprocessen måste förhandlingarna påkallas. I detta fall skulle närmare 18-20 montörer av sammanlagt 30 sysselsättas ett år. Företaget hade heller aldrig avgivit anbud tillsammans med ett annat företag. Arbetsdomstolen konstaterade att förhandlingsskyldighet i princip förelåg.

Arbetsdomstolen tog inte ställning till frågan om anbudssekretessen var så viktig för arbetsgivaren att det förelåg synnerliga skäl att avstå av den anledningen. Man konstaterade att beslutet om samverkan skett så sent och i en så tidspressad situation att arbetsgivaren haft synnerliga skäl för att inte förhandla innan beslut om att inge anbudet gavs in. Synnerliga skäl är en juridisk term som inne-

bär att arbetsgivaren måste ha mycket starka skäl för att inte förhandla före ett viktigare beslut.

Noter

173. Efter § 32 i SAF:s stadgar: Arbetsgivaren äger fritt leda och fördela arbetet, fritt antaga och avskeda arbetare osv. Denna reaktionära regel blev genom decemberkompromissen 1906 mellan SAF och LO en del av de allra flesta arbetaravtalen. Arbetsdomstolen upphöjde den senare till allmän rättsnorm för hela arbetsmarknaden.

174. 6 kap. 2 § sekretesslagen.

175. 8 kap. 10 § sekretesslagen.

176. 38–40 §§ medbestämmandelagen.

177. 38–40 §§ medbestämmandelagen.

178. LOU 3 kap. 24 §, 4 kap. 31 §, 5 kap. 27 §. Arbetarskyddsstyrelsen är förbindelsekontor enligt bestämmelserna om utstationering av arbetstagare och bör även kunna lämna information i detta sammanhang.

179. Lagen (1997:678) om utstationering av arbetstagare 9 § 1 och 2 st.

180. Bergqvist, m.fl. *Medbestämmandelagen* 1997 sid. 404.

181. Observera att lagen om offentlig anställning förbjuder sympatiåtgärder vid myndighetsutövning eller sådan verksamhet som är oundgängligen nödvändig för myndighetsutövning. Lag (1994:460) om offentlig anställning 23 §.

182. 11–14 §§ medbestämmandelagen.

183. 19 § medbestämmandelagen.

184. AD 1980 nr 4, se nedan.

185. 21 och 22 §§ medbestämmandelagen.

Bilaga¹⁸⁶ – Offentlighetskydd genom kollektivavtal; Svenska kyrkan

Svenska kyrkan övergår 2000-01-01 från att vara offentligrättsligt rättssubjekt till privaträttslig form. Det särskilda skydd som tillkommer offentligrättsligt anställda för grundläggande medborgerliga fri- och rättigheter bortfaller därmed. Parterna avser att tillsätta en partssammansatt arbetsgrupp som närmare utformar reglerna om tystnadsplikt och meddelarfrihet, yttrandefrihet m.m. för att åstadkomma motsvarande skydd.

I avvaktan på att arbetsgruppen framlägger resultat, skall under tiden följande gälla:

För anställda inom Svenska kyrkan skall även efter 2000-01-01 gälla en yttrande-, tryck- och meddelarfrihet motsvarande den som gäller för offentliganställda enligt RF, TF och YGL. Detta innebär i fråga om sådant som omfattas av tystnadsplikt eller förbud att röja uppgifter enligt kyrkoordningen eller detta avtal, att arbetsgivare och arbetstagare åtar sig att tillämpa reglerna om yttrande-, tryck- och meddelarfrihet och de inskränkningar i dessa friheter som anges i TF, YGL och SekrL på motsvarande sätt som har skett inom Svenska kyrkan före 2000-01-01. Sådant som har anförtrots vid bikt, enskild själavård eller själavårdande samtal skall dock inte omfattas av denna avtalsbestämmelse.

Anställd som utnyttjar de rättigheter som tillkommer arbetsstagaren får inte särbehandlas i anledning härav exempelvis när det gäller fortsatt anställning, lönesättning, arbetsuppgifter eller liknande.

Detta berör inte domkapitlets tillsyn över vigningstjänster.

Not

186. Svenska Kyrkan träffade genom denna överenskommelse med Svenska Kommunalarbetareförbundet avtal om yttrandefrihet m.m. i anslutning till att kyrkan vid årsskiftet 1999/2000 övergick till att bli ett privat rättssubjekt.

Bilaga. ILO-konvention nr 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part

Källa: Kungl. Maj:ts proposition 1950 nr 188.

Konvention (nr 94) angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part.

Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens,

vilken av styrelsen för Internationella arbetsbyrån sammankallats till Genève och där samlats den 8 juni 1949 till sitt trettioandra sammanträde,

och beslutat antaga vissa förslag angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part, vilken fråga utgör den sjätte punkten på sammanträdets dagordning, samt beslutat, att dessa förslag skola taga form av en internationell konvention,

antager denna den tjugonionde dagen i juni månad år nittonhundrafyrtionio, följande konvention, vilken skall benämnas ”Konvention angående arbetsklausuler (offentliga kontrakt), 1949” (Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949).

Artikel 1.

1. Denna konvention äger tillämpning å kontrakt, som uppfylla följande villkor, nämligen

- a) att åtminstone en av parterna är offentlig myndighet;
- b) att fullgörandet av kontraktet innebär
 - i) ianspråktagande av allmänna medel från offentlig myndighets sida; och
 - ii) anlitande av arbetskraft från medkontrahentens sida;
- c) att kontraktet avser
 - i) uppförande, ombyggnad, reparation eller rivning av offentlig anläggning;
 - ii) framställning, hopsättning, handhavande eller transport av material, förråd och utrustning; eller
 - iii) utförande eller tillhandahållande av tjänster; samt
- d) att kontraktet ingåtts av central myndighet i en till Internationella arbetsorganisationen ansluten medlemsstat, för vilken denna konvention är gällande.

2. Vederbörande myndighet skall föreskriva i vilken utsträckning och under vilka betingelser konventionen skall tillämpas å kontrakt, som ingåtts, av annan myndighet än central sådan.

3. Denna konvention äger tillämpning å arbete, som utföres av underentreprenör eller den, å vilken kontrakt överlåtits; vederbörande myndighet skall vidtaga lämpliga åtgärder för att trygga sådan tillämpning.

4. Kontrakt, som icke innebär ianspråktagande av allmänna medel utöver ett av vederbörande myndighet efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, fastställt belopp, må kunna undantagas från tillämpningen av denna konvention.

5. Vederbörande myndighet må, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, från tillämpningen av denna konvention undantaga person i ledande ställning eller med tekniska eller vetenskapliga uppgifter, vars anställningsförhållanden icke regleras av nationell lagstiftning, kollektivavtal eller skiljedom och som i regel icke utför manuellt arbete.

Artikel 2.

1. Kontrakt, å vilka denna konvention äger tillämpning, skola innefatta klausuler, vilka tillförsäkra vederbörande arbetare lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor, som icke äro mindre gynnsamma än de som gälla för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i det område, där arbetet utföres,

- a) enligt kollektivavtal eller annat godtaget förhandlingssystem mellan de arbetsgivar- och arbetarorganisationer, som äro representativa för en avsevärd del av arbetsgivarna respektive arbetarna inom vederbörande yrke eller näringsgren; eller
- b) enligt skiljedom; eller
- c) enligt den nationella lagstiftningen.

2. Därest i föregående moment nämnda arbetsvillkor icke regleras på sätt där angives i det område, där arbetet utföres, skola de klausuler, som intagas i kontraktet tillförsäkra vederbörande arbetare lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor, som icke äro mindre gynnsamma än

- a) de som gälla enligt kollektivavtal eller annat godtaget förhandlingssystem, skiljedom eller nationell lagstiftning för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i närmaste, jämförbara område, eller
- b) den allmänna standard, som tillämpas av arbetsgivare tillhörande samma yrke eller näringsgren som medkontrahenten, och som utövar sin verksamhet under liknande förhållanden.

3. De klausuler, som skola intagas i kontraktet ävensom varje ändring i desamma, skola formuleras av vederbörande myndighet på sätt som må befinnas bäst förenligt med de nationella förhållandena, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas.

4. Vederbörande myndighet skall vidtaga lämpliga åtgärder, såsom publicering av specifierade entreprenadhandlingar eller annorledes, för att anbudsgivare skall få kännedom om klausulernas innebörd.

Artikel 3.

Därest vederbörliga föreskrifter om arbetarskydd och välfärdsåtgärder beträffande arbetare, sysselsatta med fullgörandet av kontraktet, icke redan äga tillämpning i enlighet med den nationella lagstiftningen, kollektivavtal eller skiljedom, skall vederbörande myndighet vidtaga lämpliga åtgärder för att tillförsäkra berörda arbetare rimliga och rättvisa skydds- och välfärdsförhållanden.

Artikel 4.

Lagar, förordningar och andra föreskrifter, som förläna kraft och verkan åt bestämmelserna i denna konvention,

- a) skola
 - i) delgivas alla berörda personer;
 - ii) närmare angiva de personer, som äro ansvariga för bestämmelsernas efterlevnad; och
 - iii) föreskriva att anslag skola uppsättas på framträdande plats inom berörda anläggningar och arbetsställen i syfte att upplysa arbetarna om för dem gällande arbetsvillkor; samt
- b) skola, såframt icke andra åtgärder vidtagits för att garantera ett effektivt genomförande av berörda bestämmelser, föreskriva
 - i) att av vederbörande arbetare utförd arbetstid och till dem utbetalade avlöningar skola registreras på lämpligt sätt; och
 - ii) att ett lämpligt inspektionssystem skall upprätthållas för att trygga bestämmelsernas effektiva efterlevnad.

Artikel 5.

1. Lämpliga påföljder, exempelvis vederbörandes avstängning från kontrakt med offentlig myndighet, skola stadgas för underlåtenhet att iakttaga eller tillämpa i offentliga kontrakt intagna arbetsklausuler.

2. Lämpliga åtgärder skola vidtagas, genom innehållande av kontraktsenlig likvid eller annorledes, i syfte att sätta vederbörande arbetare i stånd att utfå den lön, som tillkommer honom.

Artikel 6.

De årliga redogörelser, som enligt artikel 22 av Internationella arbetsorganisationens stadga skola avgivas, skola lämna detaljerade upplysningar om de åtgärder, som vidtagits för att genomföra bestämmelserna i denna konvention.

Artikel 7.

1. Då medlems territorium omfattar stora områden, varest, på grund av gles befolkning eller området utvecklingsstadium, vederbörande myndighet anser det ogörligt att genomföra bestämmelserna i denna konvention, må myndigheten i fråga, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, utesluta dessa områden från tillämpningen av konventionen, antingen helt eller beträffande de särskilda företag eller sysselsättningar, som den prövar erforderligt.

2. Medlem skall vid avgivandet av sin första årsredogörelse angående tillämpningen av denna konvention enligt artikel 22 av Internationella arbetsorganisationens stadga angiva de områden, i fråga om vilka medlemmen avser att tillämpa bestämmelserna i förevarande artikel ävensom skälen härför; ingen medlem må därefter med åberopande av bestämmelserna i denna artikel medgiva undantag i fråga om andra områden än de sålunda angivna.

3. Medlem, som tillämpar bestämmelserna i denna artikel, skall med regelbundna mellanrum, som icke må överstiga tre år, efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetar-

organisationer, där sådana finnas, ompröva möjligheterna för en utsträckning av denna konventions tillämpning till att avse sådana områden som undantagits enligt mom. 1.

4. Medlem, som tillämpar bestämmelserna i förevarande artikel, skall i sina följande årliga rapporter lämna uppgift beträffande de områden, i fråga om vilka den avstår från rätten att tillämpa undantagsbestämmelserna, ävensom angående framsteg, som må ha gjorts med avseende å en efter hand utsträckt tillämpning av konventionen inom sådana områden.

Artikel 8.

Tillämpningen av bestämmelserna i denna konvention må temporärt upphävas av vederbörande myndighet efter hörande av berörda arbetsgivar- och arbetarorganisationer, där sådana finnas, vid fall av force majeure eller i händelse av ett nödtillstånd, som sätter nationens välfärd eller trygghet i fara.

Artikel 9.

1. Denna konvention äger icke tillämpning på kontrakt, som avslutats innan konventionen trätt i kraft för vederbörande medlemsstat.

2. Uppsägning av denna konvention skall icke inverka på tillämpningen av dess bestämmelser å kontrakt, som avslutats under den tid, då konventionen var i kraft.

Artikel 10.

De officiella ratifikationerna av denna konvention skola delgivas Internationella arbetsbyråns generaldirektör och registreras av honom.

Artikel 11.

1. Denna konvention är bindande allenast för de medlemmar av Internationella arbetsorganisationen, vilkas ratifikationer registrerats av generaldirektören.

2. Den träder i kraft tolv månader efter det två medlemmars ratifikationer registrerats av generaldirektören.

3. Därefter träder denna konvention i kraft för varje medlem tolv månader efter den dag, då dess ratifikation registrerats.

Artikel 12.

1. Förklaringar, som delgivits Internationella arbetsbyråns generaldirektör i enlighet med mom. 2 av artikel 35 av Internationella arbetsorganisationens stadga, skola angiva

- a) de områden, med avseende å vilka vederbörande medlem förbinder sig att utan ändringar tillämpa bestämmelserna i konventionen;
- b) de områden, med avseende å vilka medlemmen förbinder sig att tillämpa konventionens bestämmelser med vissa jämkningar samt innebörden av dessa jämkningar;
- c) de områden, med avseende å vilka konventionen icke skall tillämpas samt skälen härför;
- d) de områden, med avseende å vilka medlemmen förbehåller sig att efter ytterligare överväganden framdeles fatta beslut.

2. De i mom. 1 a) och b) av denna artikel omnämnda förbindelserna skola anses såsom

en integrerande del av ratifikationen och medföra med densamma identiska verkningar.

3. Medlem må genom förnyad förklaring helt eller delvis återkalla förbehåll, som inrymts i hans ursprungliga förklaring enligt mom. 1 b), e) eller d) av denna artikel.

4. Medlem må, under den tidrymd, då förevarande konvention enligt bestämmelserna i artikel 14 kan uppsägas, tillställa generaldirektören ny förklaring, som i varje annat avseende ändrar lydelsen av tidigare avgiven förklaring och klargör läget med hänsyn till de avsedda områdena.

Artikel 13.

1. Förklaringar, som delgivits Internationella arbetsbyråns generaldirektör i enlighet med mom. 4 eller 5 av artikel 35 av Internationella arbetsorganisationens stadga, skola angiva huruvida konventionens bestämmelser skola tillämpas inom vederbörande område utan ändring eller med vissa jämkningar; därest i förklaringen angives, att konventionens bestämmelser skola tillämpas med vissa jämkningar, skall förklaringen innehålla närmare uppgifter rörande dessa.

2. Vederbörande medlem, medlemmar eller internationella myndighet må genom senare förklaring helt eller delvis avstå från rätten att åberopa varje i en tidigare förklaring angiven jämkning.

3. Vederbörande medlem, medlemmar eller internationella myndighet må, under den tidrymd, då denna konvention enligt bestämmelserna i artikel 14 kan uppsägas, tillställa Internationella arbetsbyråns generaldirektör förklaring, som i varje annat avseende ändrar lydelsen av tidigare avgiven förklaring och klargör läget med hänsyn till ifrågasatt konventions tillämpning.

Artikel 14.

1. Medlem, som ratificerat denna konvention, kan, sedan tio år förflutit från den tidpunkt, då konventionen först trädde i kraft, uppsäga densamma genom skrivelse, som delgives Internationella arbetsbyråns generaldirektör för registrering. Uppsägningen träder icke i kraft förrän ett år efter det den registrerats.

2. Medlem, som ratificerat denna konvention och icke inom ett år efter utgången av den i föregående moment nämnda tioårsperioden gör bruk av den i denna artikel stadgade uppsägningsrätten, skall vara bunden för en ny period av tio år och kan därefter, med iakttagande av de i denna artikel föreskrivna villkoren, uppsäga konventionen vid utgången av varje följande tioårsperiod.

Artikel 15.

1. Internationella arbetsbyråns generaldirektör skall underrätta samtliga medlemmar av Internationella arbetsorganisationen om registreringen av alla ratifikationer, förklaringar och uppsägningar, som delgivits honom av organisationens medlemmar.

2. Då generaldirektören underrättar organisationens medlemmar om registreringen av den andra ratifikationen i ordningen, som delgivits honom, har han att fästa medlemmarnas uppmärksamhet på den dag, då konventionen träder i kraft.

Artikel 16.

Internationella arbetsbyråns generaldirektör skall, för registrering jämlikt artikel 102 av Förenta Nationernas stadga, lämna Förenta Nationernas generalsekreterare fullständiga upplysningar om varje ratifikation, förklaring och uppsägning, som av honom registrerats i enlighet med bestämmelserna i föregående artiklar.

Artikel 17.

Vid utgången av varje tidrymd av tio år, räknat från denna konventions ikraftträdande, skall Internationella arbetsbyråns styrelse förelägga Internationella arbetsorganisationens allmänna konferens en redogörelse för konventionens tillämpning och taga under övervägande, huruvida anledning föreligger att på konferensens dagordning uppföra frågan om dess revision, helt eller delvis.

Artikel 18.

1. Därest konferensen skulle antaga en ny konvention, innebärande revision, helt eller delvis, av förevarande konvention, och den nya konventionen icke föreskriver annat,
 - a) skall en medlems ratifikation av den nya, reviderade konventionen, för såvitt denna trätt i kraft ipso jure medföra omedelbar uppsägning av förevarande konvention, utan hinder av vad i artikel 14 här ovan stadgas;
 - b) skall från den dag, då den nya, reviderade konventionen träder i kraft, förevarande konvention icke längre kunna ratificeras av medlemmarna.
2. Förevarande konvention skall likväl förbliva gällande till form och innehåll för de medlemmar, som ratificerat densamma och icke ratificera den nya, reviderade konventionen.

Artikel 19.

De engelska och franska texterna till denna konvention skola äga lika vitsord.

- **Varför får man konkurrensutsätta en lågavlönad städerska i Sverige genom att inte betala kollektivavtalsenliga löner när man kan förbjuda det i Danmark?**
- **Varför har ett vårdbiträde som jobbar med äldre på det privata vårdhemmet tystnadsplikt om missförhållanden, när man i motsvarande offentliga verksamhet har grundlagsskyddad yttrandefrihet?**
- **Varför går facket med på att höja de statsanställda arbetarnas pensionsålder från 60 till 65 år bara för att verksamheten privatiseras?**
- **Varför ska elever och vårdtagare i privat driven verksamhet ha en sämre rättsställning än i motsvarande offentligt drivna?**

Lagen om offentlig upphandling förbjuder den offentlige upphandlaren att ställa krav på leverantören när det gäller arbetsmiljö, jämställdhet, övertagande av övertalig personal vid upphandling för att bara nämna några exempel. Måste det vara så? Ja, säger juristerna och skyller på EG-rätten.

Denna rapport, som beställts av LO, granskar kritiskt den svenska tillämpningen av EG:s upphandlingslagstiftning, en tillämpning som lämnar fältet fritt för social dumping. Den redogör för den rättsliga bakgrunden och ger tips till facklig strategi både lokalt och centralt.

Boken är tänkt för fackligt aktiva som kommer i kontakt med offentlig upphandling.

Kurt Junesjö är förbundsjurist på LO-TCO Rättsskydd AB. Det är den största juridiska byrån för arbetsrätt och arbetsskador i Sverige. Han har sedan början av 90-talet drivit mål som gällt konkurrensrätt och offentlig upphandling och är därför väl förtrogen med området.

TIDIGARE UTGIVNA DELRAPPORTER INOM VÄLFÄRDSPROJEKTET:

*Arbetsskadeförsäkringen – en facklig hjärtefråga
Att invandra på arbetsmarknaden
– sysselsättningspolitik för en hållbar integration
Barnen och jämlikheten*

