



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Mattias Kågell

Kollektivavtalsliknande villkor i  
upphandlingskontrakt  
Vita jobb-modellens tillämpning i Malmö stad

LAGM01 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet  
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder

Termin för examen: Period 1 VT16

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>4</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>5</b>
<b>BEGREPP</b>	<b>6</b>
<b>1 INLEDNING</b>	<b>7</b>
<b>1.1 Bakgrund</b>	<b>7</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställningar</b>	<b>8</b>
<b>1.3 Avgränsning</b>	<b>9</b>
<b>1.4 Metod och material</b>	<b>10</b>
1.4.1 Metod	10
1.4.2 Material	11
<b>1.5 Disposition</b>	<b>12</b>
<b>1.6 Forskningsläge</b>	<b>12</b>
<b>1.7 Nationell rätt mot bakgrund av EU-rätten</b>	<b>13</b>
1.7.1 Principen om icke-diskriminering	13
1.7.2 Principen om öppenhet	14
1.7.3 Principen om unionsrättens företräde	14
1.7.4 Läran om direkt effekt	15
1.7.5 Indirekt effekt	15
1.7.6 Några tolkningsmodeller inom unionsrätten	16
<b>2 SOCIALA HÄNSYN I LAG</b>	<b>18</b>
<b>2.1 Bakgrund och syfte till sociala krav i offentlig upphandling</b>	<b>18</b>
2.1.1 Det upphandlingsrättsliga predikamentet	19
2.1.2 Vad betyder sociala hänsyn?	19
2.1.3 Syftet med sociala hänsyn	21
<b>2.2 Den rättsliga ramen</b>	<b>22</b>
2.2.1 Den lagstadgade målsättningen	22
2.2.2 Fullgörande av kontrakt.	23
<b>2.3 Det materiella innehållet</b>	<b>25</b>
2.3.1 Inledning	25
2.3.2 Vita jobb-modellen	25

2.3.3	Vita jobb-modellen som kontraktsvillkor i Malmö stad	26
<b>3</b>	<b>NÅGOT OM PROBLEM VID UTSTATIONERING</b>	<b>30</b>
<b>3.1</b>	<b>Risken för social dumpning</b>	<b>30</b>
3.1.1	Utstationeringsdirektivets hårda kärna	31
3.1.2	Svenskt införlivande av utstationeringsdirektivet	32
<b>3.2</b>	<b>Den svenska modellen</b>	<b>35</b>
3.2.1	Kollektivavtalet i svensk rätt	37
3.2.2	Kollektivavtalets särdrag	39
3.2.3	Det kollektivavtalsliknande villkoret	40
3.2.4	Industriavtalet och lönebildningen	40
3.2.5	Industriavtalet som en framtida modell	41
<b>4</b>	<b>KONTRAKTSVILLKORENS FAKTISKA INNEHÅLL</b>	<b>45</b>
<b>4.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>45</b>
4.1.1	Ordalydelse eller den gemensamma partsavsikten – vad går först?	45
4.1.2	Vilka parter avses, då den gemensamma partsavsikten ska avgöras?	47
4.1.3	Några överväganden om hävning	47
<b>5</b>	<b>NYA LOU-DIREKTIVET</b>	<b>49</b>
<b>5.1</b>	<b>Från sociala hänsyn till arbetsrättsliga skyldigheter</b>	<b>49</b>
<b>5.2</b>	<b>Svensk ambition och framtida utsikter</b>	<b>51</b>
<b>6</b>	<b>ANALYS</b>	<b>53</b>
<b>6.1</b>	<b>Inledning</b>	<b>53</b>
<b>6.2</b>	<b>Malmö stads tillämpning av vita jobb-modellen</b>	<b>53</b>
<b>6.3</b>	<b>Kollektivavtalsliknande villkor och det grundläggande problemet</b>	<b>56</b>
<b>6.4</b>	<b>Ett nytt samförståndsavtal</b>	<b>57</b>
<b>6.5</b>	<b>Sammanfattande diskussion</b>	<b>58</b>
<b>BILAGA A</b>		<b>60</b>
<b>BILAGA B</b>		<b>61</b>
<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>		<b>63</b>
<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>		<b>70</b>

# Summary

Through specific contractual conditions, contractors in public procurement contracts can be obliged to meet specific obligations in the field of labor law. However, the Swedish labour model lacks the transparency that is required by the Court of Justice, to impose requirements on collective agreements in the contract. It has therefore been requested by contracting authorities to be able to make demands *similar to conditions under collective agreements*, in the hope that such a solution would be accepted. LO-affiliated unions have therefore developed a model, the white jobs-model in order to be able to demand similar conditions to them under a collective agreement. The model is intended to serve as guidelines to a contracting authority when conducting public procurement.

The overall aim of this paper is to investigate how the collective-like conditions is consistent with EU law. To answer the predominant question, the paper investigates how the white jobs model incorporates the collective-like conditions in a public procurement contract, and what such terms mean for the procurement contract. Furthermore, the paper investigates what constitutes the fundamental problem of *conditions similar to collective agreements*, and makes a proposal on how the Swedish labour model can better comply with EU law.

The city of Malmoe integrates conditions similar to collective agreements by special contract terms, and refer directly to a specific collective agreement. An order which is not consistent to EU law. Such incorporation also creates problems when a litigation dispute arises as a result of breach of contract. The risk that such a dispute would arise, can not be said to be non-existent due to the unions authority, according to the model, to decide what should be considered as a breach of contract. The model prescribes that the contract in its whole shall be revoked, if the provider does not comply with the white job-model's four pillars. To determine what constitutes a breach of contract, the common intention of the parties must be sought. The contract wording alone does not determine the content of the contract. Due to the fact that the collective agreement is directly incorporated in the contract, the collective parties' common intention has to be sought, before the main dispute can be resolved. An order not directly contrary to EU-law, but which nevertheless must be seen as extraordinarily tortuous.

The fundamental problem with conditions similar to collective agreements, as presented in this paper, is that it is just a play of words. The conditions do not solve the actual problem of transparency as the Court of Justice addressed. My proposal is therefore that the social partners reach an agreement, like the Industry agreement, but the scope shall this time be consistent with EU law so that it can be applied in public procurement contracts.

# Sammanfattning

Offentlig upphandling omsätter i Sverige stora summor, och genom särskilda kontraktsvillkor är det möjligt att ställa särskilda sociala krav på leverantören iakttar sociala hänsyn då upphandlingskontraktet fullgörs. Ur begreppet sociala hänsyn har det uttolkats en möjlighet att ställa krav på leverantörens skyldigheter att iaktta arbetsrättsliga regler, en möjlighet som tydliggörs i det nya LOU-direktivet. Den svenska arbetsrättsliga modellen saknar dock den transparens som EU-domstolen kräver för att till fullo kunna ställa krav på kollektivavtal. För att ändå kunna ställa krav på lönenivåer m.m. har krav på kollektivavtalsliknande villkor börjat tillämpas, i en förhoppning att en sådan lösning ska accepteras av EU-domstolen. Regeringen har utrett hur krav på villkor enligt kollektivavtal ska kunna införas i lag, och LO-anslutna fackförbund har utarbetat vita jobb-modellen, vilken är tänkt att fungera som en handledning åt beställare då de genomför upphandlingar.

Uppsatsens väsentliga syfte är att utreda kollektivavtalsliknande villkors överensstämmelse med EU-rätten. Frågeställningen utgår från hur vita jobb-modellen införlivar kollektivavtalsliknande villkor i ett upphandlingskontrakt, samt vad sådana villkor har för påverkan på upphandlingskontraktet. Som exempel används Malmö stads kontraktsvillkor för tjänsteupphandlingar. Vidare utreds vad som utgör det grundläggande problemet med kollektivavtalsliknande villkor, samt lämnar förslag på hur den svenska arbetsrättsliga modellen bättre kan stämma överens med unionsrätten.

Uppsatsen visar att det inte är alldeles enkelt att ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor. Malmö Stads införlivning av sådana villkor sker genom hänvisning till utvalda paragrafer i specifika kollektivavtal. En tillämpning som strider mot EU-rätten. Bättre är då att utvinna villkor ur kollektivavtal och via dess ordalydelse införa dem i kontraktet. En sådan tillämpning riskerar dock möta motstånd av fackförbund, då tillämpningen kan liknas vid allmängiltigförklaring av kollektivavtal. Direkt hänvisning till ett kollektivavtal skapar även problem då tvister uppkommer till följd av kontraktsvillkoret. Fackförbundens roll är att avgöra hur leverantören följer kontraktet, och vid behov rekommendera beställaren att häva kontraktet. Då sådan tvist uppkommer måste först kollektivavtalsparternas gemensamma partsavsikt sökas, innan upphandlingskontraktets innehåll kan avgöras. Något som följer av att ordalydelsen inte ensam avgör kontraktsinnehållet.

Kollektivavtalsliknande villkor går att tillämpa under rätt förutsättningar, men det är förknippat med onödigt stora risker. Kollektivavtalsliknade villkor är bara en lek med ord och löser inte det verkliga transparensproblemet EU-domstolen adresserat. Mitt förslag är därför att arbetsmarknadens parter framförhandlar ett avtal, likt industriavtalet, men med syfte att kunna tillämpas i upphandlingskontrakt.



# Förord

Att jag nu författar mina sista ord på juristprogrammet är inte alldeles lätt att förstå. När jag återigen satte mig i skolbänken efter en längre tids uppehåll, förstod jag inte att det var här jag skulle hamna. Med en juristexamen från Lunds universitet.

Jag vill passa på att tacka Henrik Norinder, min handledare under denna, juristprogrammets sista termin. Jag vill också framföra mitt tack till advokatfirman Lindahl, där Johan Tollgert och Catarina Piper guidade mig igenom de första frågorna, samt Franziska Nermark från Malmö Stad som kom med goda idéer och bra feedback.

Framförallt vill jag tacka Caroline Landgren, som under denna vår stått ut med mig.

Lund den 23 Maj 2016  
Mathias Kågell

# Förkortningar

Dir.	EU-direktiv.
EU	Europeiska unionen.
FEU	Unionsfördraget.
FEUF	Fördraget om europeiska unionens funktionssätt.
Gamla LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.
KKV	Konkurrensverket.
KOMM	Europeiska kommissionen.
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.
NJA	Nytt juridiskt arkiv.
Nya LOU-direktivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.
Prop.	Regeringsproposition.
SOU	Statens offentliga utredningar.
SAF	Äldre namn på Svenskt Näringsliv.
ÄLOU	Äldre upphandlingslagstiftning.



# Begrepp

## Beställare

I svensk upphandlingslagstiftning används två olika begrepp för att beskriva beställaren, i LOU används upphandlande myndighet och i LUF används upphandlande enhet. För att undvika begreppsförvirring kommer denna uppsats uteslutande använda sig av ordet *beställare* för att identifiera en upphandlande myndighet eller upphandlande enheten. De särskiljande drag som finns mellan de två begreppen har ingen bäring på uppsatsen varför jag anser begreppsförenklingen rimlig.

## Leverantör

Leverantör definieras i 2 kap 11 § LOU som en tillhandahållare av varor, tjänster eller byggtreprenader på marknaden. I denna uppsats kommer begreppet ges en vidgad betydelse och omfatta även anbudsgivare och anbudsansökare om inte något annat särskilt framkommer.

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Genom frihandel ska den inre marknaden genomföras då frihandeln antas medföra komparativa fördelar där varor och tjänster kan framställas till fördelaktiga produktionskostnader på en internationell arena. När staterna specialiserar sin produktion uppstår gynnsamma samhällsekonomiska effekter och den internationella handeln kan öka då handelshinder saknas. Frihandeln ökar interaktionen mellan nationerna och ska öka incitamenten för konsumtion, men samtidigt också minska risken för nationella konflikter.<sup>1</sup> Frihandel är alltså en nyckel i unionsbygget, inte bara för tillvaratagande av naturresurser, fred och frihet utan också som en möjlighet till ökad jämlikhet och social utveckling mellan medlemsstaterna.<sup>2</sup>

En annan effekt av den inre marknaden är att unionens socialpolitiska kompetensområde fått utökad räckvidd. Den fria rörligheten för tjänster har skapat ökad migration mellan medlemsstaterna när arbetstagare utstationerats inom unionen. EU har genom utstationeringsdirektivet försökt förhindra de negativa konsekvenser som kan följa av att oseriösa aktörer betalar arbetstagare dåliga löner i andra, mer välbeställda medlemsstater.

Ett problem som uppmärksammats är hur svenska arbetsrättsliga regler förefaller kollidera med unionsrättens regler om utstationering.<sup>3</sup> Grunden till problemet emanerar från den svenska modellen där arbetsmarknadens parter, utan statlig inblandning, förhandlar om arbetstagarnas rättigheter. Minimalön eller allmängiltiga kollektivavtal saknas därför på svensk arbetsmarknad, vilket utgör centrala moment i utstationeringsdirektivet. Arbetsrättsliga skyldigheter och rättigheter har ibland därför betraktats som ett handelshinder, även om det är ett omdebatterat ämne.<sup>4</sup>

För svensk del har det under en längre tid funnits en vilja att kunna ställa krav på kollektivavtal när upphandlingskontrakt fullgörs. Bara under 2014 lämnades det in fjorton riksdagsmotioner som föreslog att svenska kollektivavtal i upphandlingskontrakt skulle vara obligatoriskt.<sup>5</sup> Konkurrensverket initierade därför ett projekt som tydligt klargjorde att det inte inom ramen för nu gällande lagstiftning var möjligt att ställa sådana krav.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> SOU 2008:123, s. 336.

<sup>2</sup> Mål C-341/05 – Laval, p. 105.

<sup>3</sup> Mål C-341/05 – Laval.

<sup>4</sup> Algotsson 2008, s. 297, se även hur EU-domstolen resonerat i fråga om åtgärder som vidtas av medlemsstater som hindrar fritt marknadstillträde, Bergström och Hettne 2014, s. 213.

<sup>5</sup> Rosén-Andersson m.fl. 2015, s. 366.

<sup>6</sup> Se KKV 2015:2.

Ungefär samtidigt som konkurrensverket initierade sitt projekt utfärdades nya LOU-direktiv, varpå regeringen tillsatte en utredare med uppgift att utreda hur *villkor enligt kollektivavtal* skulle kunna införas direkt i de nya upphandlingslagarna.<sup>7</sup> Även LO-anslutna fackförbund har försökt hitta vägar för att kunna ställa krav på *kollektivavtalsliknande villkor* och därför på egen hand utarbetat ett verktyg med sådant syfte.

Verktyget heter Vita jobb-modellen och riktar sig till beställare.<sup>8</sup> Vita jobb-modellen tillämpas idag av Malmö stad i alla tjänsteupphandlingar, och flera stora beställare är intresserade av att använda verktyget i sina upphandlingar.<sup>9</sup> Syftet med modellen är att genom särskilda kontraktsvillkor införliva kollektivavtalsliknande villkor i kontraktet mellan en beställare och leverantör.

## 1.2 Syfte och frågeställningar

Intresset för vita jobb-modellen har de senaste åren ökat. Malmö stad har infört vita jobb-modellen i alla sina tjänsteupphandlingar, och Stockholm stad utreder hur de ska kunna göra samma sak. Samtidigt har en statlig offentlig utredning utrett hur villkor enligt kollektivavtal ska kunna införas i den nya upphandlingslagstiftningen.

Det väsentliga syftet med uppsatsen är därför att utreda hur ett kollektivavtalsliknande villkor förhåller sig till EU-rätten och upphandlingskontraktet samt vad som utgör villkorens grundläggande problemkomplex. Den konkreta angreppspunkten består i att undersöka hur kollektivavtalsliknande villkor enligt vita jobb-modellen förhåller sig till dels unionsrätten, men också hur villkoren påverkar upphandlingskontraktet.

För att kunna besvara uppsatsens väsentliga syfte ställer jag följande frågor:

- Vad utgör ett kollektivavtalsliknande villkor?
- Hur tillämpas kollektivavtalsliknande villkor i Malmö stad genom vita jobb-modellen, och hur påverkas avtalsförhållandet av dessa villkor?
- Vad är det grundläggande problemet med kollektivavtalsliknande villkor och finns det en lösning?
- Medför det nya LOU-direktivet utökade möjligheter att ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor.

---

<sup>7</sup> Utredningen slutrapporterades i början av 2016, se SOU 2015:78.

<sup>8</sup> Se *Det materiella innehållet*, kap. 2.3.

<sup>9</sup> Stockholm stad utreder i dagsläget hur modellen ska tillämpas i deras upphandlingar, *Inriktningsbeslut avseende nytt program för upphandling och inköp samt Vita jobb-modellen*, (hämtad 2016-02-23).

<https://insynsverige.se/documentHandler.ashx?did=1803486>

## 1.3 Avgränsning

Uppsatsen gör inte anspråk på att heltäckande beskriva offentlig upphandling, inte heller introduceras läsaren med ett bredare anslag till upphandling som disciplin. Uppsatsen riktar sig till aktiva jurister med fördjupade kunskaper i ämnet upphandling och i övrigt allmänna kunskaper i civilrätt. Fokus för uppsatsen är att beskriva hur sociala krav och arbetsrättsliga skyldigheter påverkar ett upphandlingskontrakt.

De svenska lagar som i dagsläget är gällande rätt utgörs av lag (2007:1091) om offentlig upphandling för klassisk sektor och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, i tur och ordning förkortade LOU och LUF. Lagarna baseras på dir. 2004/18/EG, det klassiska direktivet, och dir. 2004/17/EG, försörjningsdirektivet. Direktiven ersattes den 18 april 2016 av dir. 2014/24/EU, det klassiska direktivet och dir. 2014/25/EU, försörjningsdirektivet. Svensk gällande rätt baseras således på utgångna direktiv, utan att de nya direktiven införlivats i svensk rätt.<sup>10</sup>

Införlivat i de svenska lagarna finns två rättsmedelsdirektiv, samt ytterligare ett tilläggsdirektiv.<sup>11</sup> Utöver ovanstående lagar och direktiv finns regler om upphandling på försvars och säkerhetsområdet<sup>12</sup>, samt om valfrihet för brukare och patienter rörande vård- och omsorgstjänster<sup>13</sup>, men de kommer inte beröras i uppsatsen. De centrala lagarna och direktiven är i stora delar lika varann, varför uppsatsen kommer behandla upphandling inom den klassiska sektorn, om inget annat uttryckligen sägs. Upphandling inom försörjningssektorn kommer därför inte explicit beröras vidare. Till följd av att sociala krav riktar sig till fullgörandet av kontrakt kan sådana krav inte ställas i varuupphandlingar, varför uppsatsen endast behandlar upphandlingar av olika tjänster, såsom byggtreprenader och liknande. Jag kommer i uppsatsen tydliggöra vilket av direktiven som åsyftas genom att benämna dir. 2014/24/EU som det nya LOU-direktivet, och dir. 2004/18/EG som gamla LOU-direktivet. Vid några tillfällen berörs även äldre upphandlingslagstiftning, och då belyses detta särskilt genom en referens till ÅLOU.

Sociala hänsyn är ett mycket brett begrepp och kan innefatta allt ifrån antidiskrimineringsklausuler, utbildningsinsatser, och olika arbetsrättsliga överväganden.<sup>14</sup> Sociala hänsyn och miljöhänsyn återfinns ofta i samma artikel eller paragraf, även om de inte har samma innebörd. Den här uppsatsen berör dock frågeställningar inom ramen för olika arbetsrättsliga överväganden, varför hänvisning till paragrafer med innehåll av sociala krav

---

<sup>10</sup> Jag utvecklar problemet i kap. 2.1.1.

<sup>11</sup> Dir. 89/665/EEG; Dir. 92/13/EG; samt Dir. 2007/66/EG

<sup>12</sup> Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet. (LUF)

<sup>13</sup> Lag (2008:962) om valfrihetssystem. (LOV)

<sup>14</sup> För ett mer utvecklat resonemang, se kap. 2.

och miljöhänsyn syftar till att adressera arbetsrättsliga frågor relevanta i sammanhanget.

## 1.4 Metod och material

### 1.4.1 Metod

En juridisk uppsats författas genom att tillämpa olika juridiska metoder, den vanligaste i sammanhanget är den rättsdogmatiska metoden. Att utreda något utifrån en rättsdogmatisk metod beskriver Peczenik som att ”tolka och systematisera gällande rätt”.<sup>15</sup> Jag vill därför uppehålla mig ett slag vid begreppet *gällande rätt*. Begreppet är för tillfället särskilt aktuellt.<sup>16</sup>

Hur gällande rätt ska avgöras är inte alldeles självklart till följd av bland annat principer som EU-rättens företräde och principen om direkt effekt.<sup>17</sup> EU gör på så vis anspråk på att överflygla nationell rätt. Hur den gällande rätten under 2016 ska betraktas, baseras på aktörernas uppfattningsförmåga och enskilda vilja. För gemene upphandlare är lag (2007:1091) om offentlig upphandling<sup>18</sup> gällande rätt, men frågar du en forskare inom EU-rätt hade denne troligtvis svarat att det bakomliggande direktivet skulle vara det som utgör gällande rätt. I nuläget är det dock så att ingen av dessa två principiellt kan göra anspråk på att ha det rätta svaret, direktivet som ligger till grund för LOU<sup>19</sup> är nämligen utgången, och ett annat<sup>20</sup> har trätt i dess ställe. Som sådant är det därför ett gott exempel på det svåra i att avgöra vad som ska utgöra gällande rätt, eller *de lege lata*. Jag kan därför inte heller göra anspråk på att ensidigt avgöra vad som ska utgöra gällande rätt baserat på den lagstiftningsmassa som finns i skrivande stund. De olika statuter som gör anspråk på att vara gällande rätt befinner sig i en för diffus omgivning och kan beroende på argumenten höjas eller sänkas utifrån ett normhierarkiskt perspektiv. För att kunna utreda temat för uppsatsen måste jag dock positionera mig i frågan. Gällande rätt utgörs enligt mitt förmenande av LOU, där gamla LOU-direktivet fortfarande utgör basen för tolkning och tillämpning. Det nya LOU-direktivet är samtidigt av intresse då det pekar ut framtiden, men det pekar inte ut nu gällande rätt.

Rättskällorna kan enligt Peczenik indelas i två grupper, dels sådant material som ska beaktas, exempelvis svenska lagar, samt sådant material som bör beaktas, typ svenska prejudikat och förarbeten.<sup>21</sup> Sedan Peczenik skrev sin bok har EU fått en ökad betydelse för svensk rättstillämpning och därför är rättskällorna nu flera till antal.

---

<sup>15</sup> SvJT 2005 s. 249 ff.

<sup>16</sup> Se *Det upphandlingsrättsliga predikamentet*, kapitel 2.1.1.

<sup>17</sup> Se *Nationell rätt mot bakgrund av EU-rätten*, kapitel 1.7.

<sup>18</sup> I fortsättningen benämnd LOU.

<sup>19</sup> Dir. 2004/18/EG.

<sup>20</sup> Dir. 2014/24/EU.

<sup>21</sup> Peczenik 1974, s. 49.

Erkända rättskällor ska i sammanhanget utgöras av svenska och europeiska rättskällor. Europeiska rättskällor utgörs av primärrätten och sekundärrätten. Primärrätten består av Lissabonfördraget, rättighetsstadgan, allmänna rättsprinciper och EU-domstolens domar, medan sekundärrätten består av förordningar, direktiv och beslut.<sup>22</sup> Baserat på Peczeniks indelning ovan utgör svensk lagstiftning, EU-förordningar, EU-direktiv och EU-domstolens domar sådant som ska beaktas. Svenska förarbeten, praxis och doktrin, samt annat relevant material från unionen utgör följaktligen sådant material som bör beaktas.

Att tolka och systematisera gällande rätt innebär därför att betrakta gällande rätt utifrån flera olika synvinklar för att komma fram till vad som utgör gällande rätt. Därefter sätts rätten i ett sammanhang, att systematisera den, och de logiska slutsatser som då kan dras utgör uppsatsens utredande kärna. De svenska och europeiska rättskällorna utgör basen för denna uppsats och baserat på rättskällorna och deras inbördes rangordning, i kombination med annat relevant material dras sedan common-sense grundade slutsatser i den riktning rättskällorna pekar.<sup>23</sup> Slutsatserna i denna uppsats utgör till viss del vad jag anser utgöra de lege ferenda.

## 1.4.2 Material

Uppsatsens primära material utgörs av svenska förarbeten. SOU 2015:78-upphandling och villkor enligt kollektivavtal, måste i sammanhanget särskilt lyftas fram. EU:s lagstiftningsteknik skiljer sig från den svenska genom att europeiska förarbeten har inte samma starka betydelse för tolkningen av unionsrätten, därför förekommer de inte i någon nämnvärd omfattning i uppsatsen.<sup>24</sup> Däremot förekommer bland annat *grönböcker* från Europeiska kommissionen, vilket kan sägas utgöra ett diskussionsunderlag med syfte att peka ut riktningen för kommande lagstiftning.<sup>25</sup>

Det unionsrättsliga material som förekommer består till övervägande del av primär- och sekundärrättsliga statuter såsom förordningar och direktiv. En annan primärrättslig källa som utgör centralt material i uppsatsen är praxis från EU-domstolen. Vad gäller svensk praxis på området är den mycket sparsmakad, då högsta förvaltningsdomstolen sällan ger prövningstillstånd av upphandlingsmål. En effekt av det är att mål från kammarrätter och även mål från förvaltningsrätter ger något som kan likna prejudikatsverkan.<sup>26</sup> Det sagt måste understrykas att det i svensk rättsordning endast är högsta instans som är utsedda att utgöra prejudikatinstans.<sup>27</sup> Rättsfallen slår dock inte an

---

<sup>22</sup> En redogörelse av relevanta unionsrättsliga källor samt om förhållandet mellan nationella rättskällor och unionens rättskällor sker i kap. 1.7.

<sup>23</sup> SvJT 2004 s. 1 *ff.*

<sup>24</sup> Se Bergström och Hettne 2014, s. 390.

<sup>25</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 59.

<sup>26</sup> SOU 2013:12, s. 349.

<sup>27</sup> Bernitz 2012, s. 133.

temat för denna uppsats, varför svensk praxis på upphandlingsområdet endast förekommer i begränsad omfattning.

Uppsatsen berör olika juridiska rättsområden där upphandlingsrätt utgör det genomgående ämnet. Upphandlingsrätt berör dock i hög utsträckning andra rättsområden, och i denna uppsats aktualiseras arbetsrätt och på ett mer övergripande plan påverkas ämnet av EU-rätten. Doktrinen utgörs av välkända rättsvetenskapare, men även mer okända avhandlingar ligger till grund för framställningen.

Då uppsatsens tema kräver vissa utblickar utanför strikt juridiska områden förekommer även material från olika samhällsvetare och andra mindre välkända författare. Som exempel kan nämnas författaren Kurt Junesjö, ett välkänt namn inom fackföreningskretsar tillika författare av handboken *vita jobb*, samt Svante Nycander en tidningsman som följt svensk arbetsmarknad på nära håll.

## 1.5 Disposition

Uppsatsen innehåller sju kapitel. Det första ägnas åt att positionera mig i den rättsvetenskapliga myllan, för att sedan i kapitel 2, 3 och 4 redogöra för gällande rätt. Kapitel 5 behandlar det nya LOU-direktivets potentiella rättsverkningar inom ramen för uppsatsens tema, men till följd av det ännu inte införlivats i svensk rätt behandlas direktivet för sig självt och placeras efter den allmänna utredningen av gällande rätt, i ett eget kapitel. Kapitel 6 analyserar uppsatsens väsentliga syfte och besvarar uppställda frågeställningar.

## 1.6 Forskningsläge

Offentlig upphandling, eller upphandlingsrätt som disciplin är ett förhållandevis nytt juridiskt forskningsområde varför endast ett fåtal har disputerat i ämnet. Det finns två större referensverk författade av yrkesverksamma jurister vilka övergripande behandlar hela LOU. Helena Rosén-Andersson m.fl. från advokatfirman Lindahl har utgivit *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*,<sup>28</sup> och jur.kand Jan-Erik Falk har utgivit ett verk med samma namn, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*.<sup>29</sup>

Vad gäller den avgränsade frågan om *sociala hänsyn* saknas heltäckande verk, och i kommentarerna ovan behandlas ämnet förhållandevis kortfattat. Konkurrensverket har i sina utredningsrapporter genomfört studier i ämnet med ambition att belysa olika aspekter som rör sociala hänsyn, av vilka några används i detta arbete.<sup>30</sup> Flertalet yrkesverksamma jurister skriver

---

<sup>28</sup> Rosén-Andersson m.fl. 2015.

<sup>29</sup> Falk 2014.

<sup>30</sup> Se litteraturförteckningen.

juridiska artiklar som publiceras i, framförallt nätbaserade, juridiska tidskrifter som JP-infonet, Upphandling<sup>24</sup> och offentliga affärer. Vita jobbmodellen har behandlats i ett stort antal nyhetsartiklar då ämnet har nyhetsvärde, men samtidigt har inte dessa nyhetsartiklar tillfört frågan någon klarhet, utan snarast hjälpt till att spä ut den begreppsförbistring som råder. Två studentuppsatser tål att nämnas i sammanhanget, Ragnar Fahlin Strömberg har skrivit Sociala hänsyn enligt Vita jobbmodellen vid offentlig upphandling – Möjligheter och begränsningar samt Mariette Wallin som skrivit Kollektivavtal eller kollektivavtalsliknande villkor i offentlig upphandling – (o)möjligheterna att ställa respektive krav. Uppsatserna behandlar frågor om kollektivavtalsliknande villkor och vita jobbmodellen, men anlägger annorlunda perspektiv jämfört denna uppsats.

## 1.7 Nationell rätt mot bakgrund av EU-rätten

All offentlig upphandling genomsyras av ett antal grundläggande principer. Principerna emanerar från tongivande avgöranden från EU-domstolen och består bland annat av krav på icke-diskriminering, transparens, likabehandling, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.<sup>31</sup> Principerna är införlivade i nu gällande lagstiftning och återfinnes i 1 kap 9 §. Vidare måste all recipierad rätt förstås mot bakgrund av ursprungsbestämmelserna, varför annan tolkning och tillämpning än strikt nationell måste göras. Att uttömmande behandla ämnet låter sig inte göras inom ramen för uppsatsen, för ytterligare läsning rekommenderas *Introduktion till EU-rätten* av Bergström och Hettne.<sup>32</sup>

### 1.7.1 Principen om icke-diskriminering

Grunden för principen om icke diskriminering är bestämmelserna om fri rörlighet inom EU och innebär i korthet att det råder ett förbud mot att diskriminera på grund av nationalitet. Bestämmelsen återfinns i art. 18 FEUF. I upphandlingshänseende rör det mer specifikt förbud mot att diskriminera leverantörer mot bakgrund av deras nationalitet. Alla leverantörer, potentiella som antagna, ska alltid behandlas på samma sätt som leverantörer från det egna landet.<sup>33</sup> Samtidigt bör en beställare beakta förekomsten av potentiella anbudsgivare från andra medlemsstater, särskilt om värdet på upphandlingen överskrider tröskelvärdet.<sup>34</sup> En beställare får därför inte genomföra en upphandling med krav som ger svenska leverantörer en fördel, alternativt skapar konkurrensnackdelar för utländska leverantörer. Resonemanget följer av kodifierad praxis och principen om icke diskriminering.<sup>35</sup> Av gamla LOU-direktivet, mot bakgrund av principen

<sup>31</sup> Prop. 2006/07:128 s. 132, 156; jmf. också Falk 2014, s. 63 ff.

<sup>32</sup> Se Litteraturlistan.

<sup>33</sup> SOU 2015:78 s. 49.

<sup>34</sup> Mål C-507/03 – AnPost, p. 29-33.

<sup>35</sup> Prop. 2006/07:128, s. 157.



om icke diskriminering, följer att sociala krav vid fullgörande av kontrakt måste vara i överensstämmelse med de upphandlingsrättsliga principerna och unionsrätten i övrigt.<sup>36</sup> Sociala krav kopplade till fullgörande av offentliga kontrakt måste därför överensstämma med utstationeringsdirektivet.<sup>37</sup>

## 1.7.2 Principen om öppenhet

En grundprincip för upphandling är principen om öppenhet, också kallad transparensprincipen. Principen innebär att hela upphandlingsförfarandet ska präglas av en förutsägbarhet och öppenhet, med en tydlig annons och ett lika tydligt förfrågningsunderlag. Uppgifter får inte hemlighållas eller på annat sätt vara svårtillgängliga. Principen korrelerar med likabehandlingsprincipen som i sin tur innebär att alla leverantörer ska ges samma förutsättningar och behandlas lika.<sup>38</sup> Ett öppet och tydligt upphandlingsförfarande där alla ges samma förutsättningar är en förutsättning för en väl fungerande konkurrens på den inre marknaden.

## 1.7.3 Principen om unionsrättens företräde

Principen om unionsrättens företräde innebär att nationell rätt ska ge vika för EU-rätten, en ordning som fastslogs av EU-domstolen på ett tidigt stadium och har i Lissabonfördraget kodifierats.<sup>39</sup> Sverige har genom sitt medlemskap i EU accepterat principen om unionsrättens företräde, varför EU-rätten vid normkollisioner ska äga företräde framför svensk rätt.<sup>40</sup>

Principen om unionsrättens företräde får inte bara betydelse vid klara normkollisioner, utan ska även vägas in vid tolkning av nationell rätt baserad på unionsrätt, exempelvis vid tolkning av LOU.<sup>41</sup> Upphandlingsbestämmelserna har varit föremål för EU-domstolens intresse upprepade gånger, och man har där betonat vikten av att nationella upphandlingsbestämmelser tolkas i enlighet med LOU-direktivet, principerna, FEUF och unionsrätten i övrigt.<sup>42</sup> Även lagrådet har understrukit vikten av principen om unionsrättens företräde och EU-domstolens uttalande.<sup>43</sup> Vid kolliderande regler ska unionsrätten äga företräde framför svensk nationell rätt, och av det kan vi också sluta oss till att svenska nationell rätt måste tolkas i ljuset av unionsrätten. Normhierarkiskt har alltså den nationella lagstiftningen underkastats unionsrätten genom vårt medlemskap i EU och en särskild fördragskonform tolkning måste därför göras då det är påkallat. Om det går att göra olika

<sup>36</sup> Dir. 2004/18/EG, skäl 34.

<sup>37</sup> SOU 2015:78, s. 79.

<sup>38</sup> Falk 2014 s. 65f

<sup>39</sup> Bernitz och Kjellgren 2014 s. 100; samt mål 6/64 Costa mot ENEL. Se även Bergström och Hettne 2014, s. 116 ff.

<sup>40</sup> För medlemskapet, se 1 kap 10 § Regeringsformen.

<sup>41</sup> Se Dir. 2004/18/EG och Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

<sup>42</sup> SOU 2015:78 s. 48

<sup>43</sup> Lagrådet 2016 s. 10-11.

tolkningar av samma bestämmelse, ska den tolkning väljas, som leder till den slutsats bäst överensstämmande med unionsrätten.<sup>44</sup>

### 1.7.4 Läran om direkt effekt

Förordningar är till sin karaktär sådana att de riktar sig direkt till individen, medan direktiv riktar sig till staten. Av det följer att förordningarna blir direkt applicerbara i varje medlemsstat medan direktiven kräver en aktivitet av staterna.<sup>45</sup> Ett direktiv stipulerar ett resultat för vad staten ska uppnå inom en given tid och ska därför införlivas i den nationella lagstiftningen inom den tidsram som är uppsatt. Det finns dock en ventil för det fall staten inte införlivar alls eller missar den tidsgräns som är satt i direktivet, ventilen kallas direkt effekt.<sup>46</sup> Det finns två grundläggande skillnader inom ramen för läran om direkt effekt. Antingen är bestämmelsen sådan att en enskild direkt kan göra en bestämmelse gällande mot en medlemsstat och dess myndigheter, något som kallas *vertikal direkt effekt*. Eller också är bestämmelsen riktad på ett horisontellt plan mellan individer, *vertikal direkt effekt*.<sup>47</sup> Enligt Bergström och Hettne syftar bestämmelsen om direkt effekt till att ”uttyda rättigheter för enskilda mot bakgrund av principen om unionsrättens företräde”, ett syfte de nationella domstolarna har att skydda.<sup>48</sup> För att direkt effekt ska kunna åberopas krävs det att bestämmelsen är (i) ovillkorlig, alltså att den är omedelbart möjlig att tillämpa utan något ytterligare ingripande från EU eller någon medlemsstat, samt att regeln är (ii) klar och precis. Utöver det måste (iii) tidsgränsen stipulerad i direktivet vara till ända.<sup>49</sup> Direkt effekt är således en viktig faktor för den unionsrättsliga normtillämpningen. Att en rättsakt får direkt effekt innebär att den kan tillämpas utan införlivande i nationell rätt och något som vi i Sverige måste förhålla oss till. Som exempel kan nämnas de nya direktiven på upphandlingsområdet vilka ska vara införlivade senast april 2016,<sup>50</sup> av olika skäl saknas dock en införlivning i svensk rätt varför direktiven nu ska tillämpas av beställare och kan åberopas av leverantörer.

### 1.7.5 Indirekt effekt

Med anledning av den förlupna tiden för dir. 2014/24/EU finns det anledning att adressera en annan inarbetad och accepterad tolkningsmodell. Indirekt effekt eller direktivkonform tolkning härstammar från det välkända målet Von Colson<sup>51</sup> men EU-domstolen har sedan dess utvecklat en

<sup>44</sup> Bernitz och Kjellgren 2014 s. 180.

<sup>45</sup> Bernitz & Kjellgren 2014 s. 55.

<sup>46</sup> Se SvJT 2010 s. 378; se även mål C-26/62 – Van gend en loos.

<sup>47</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 401.

<sup>48</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 115.

<sup>49</sup> Bernitz & Kjellgren 2014 s. 115.

<sup>50</sup> Dir. 2014/24/EU, art. 90 – Det nya LOU-direktivet har en bortre tidsgräns för införlivande; den 18 april 2016.

<sup>51</sup> Mål C-14/83 – Von Colson.

omfattande och långtgående praxis.<sup>52</sup> Även svenska domstolar använder principen.<sup>53</sup> Indirekt effekt innebär att det finns en skyldighet för medlemsstaterna att med avseende på resultatet uppnå vad som föreskrivs i ett direktiv.<sup>54</sup> Principen riktar sig mot domstolarna, till skillnad från principen om direkt effekt, och ålägger dessa en skyldighet att tolka samtliga bestämmelser i den nationella rättsordningen mot bakgrund av unionsrätten.<sup>55</sup> Principen utgör således en garant för att unionens politik genomförs på det sätt som avses, och som en följd av det begränsas inte principen till när direktiven saknar en korrekt införlivning, utan principen är i högsta grad tillämplig under hela direktivets livslängd.

## 1.7.6 Några tolkningsmodeller inom unionsrätten

Principen om unionsrättens företräde och läran om direkt effekt ska inte bara ses som en del av det konstitutionella bygget, utan måste beaktas av nationella rättstillämpare och domare vid behandling av unionsrättsliga frågor.<sup>56</sup> Unionsrätten ska fungera som ett enhetligt normsystem, varför lösryckta direktiv eller förordningar kan te sig aparta för det fall hela normsystemet inte beaktas. Vid tolkning av unionsrätten måste därför de unionsrättsliga särdragen beaktas.<sup>57</sup>

Det går att vid tolkning av sekundärrättsliga bestämmelser urskilja fyra centrala tolkningsprinciper. Den första är den språkliga tolkningen, vilket också utgör utgångspunkten för unionsrättslig tolkning och något som EU-domstolen ofta använder sig av. Språklig tolkning är inte svårare än att bestämmelsen ”tolkas utifrån ordalydelsen och den grammatiska innebörden i mot bakgrund av satsstrukturen”.<sup>58</sup> Det gäller samtidigt att förhålla sig till att texten alltid är en översättning av en fransk eller engelsk rättsakt, varför det finns all anledning att gå till den franska eller engelska versionen.<sup>59</sup> Domstolar inom EU bör enligt Bergström och Hettne regelmässigt se till de olika språkens betydelse.<sup>60</sup> Det är enligt min mening ingen dum idé för rättstillämpare i allmänhet att i vart fall notera ursprungsakten, även då det inte råder oklarheter.

Den andra tolkningsmodellen kallas systematisk tolkning. Det innebär att EU-domstolen betraktar regelkomplexet utifrån ett större sammanhang och betraktar inte bestämmelsens ordalydelse utan snarast dess placering i en rättsakt – är det en portalbestämmelse eller ett undantag. Den systematiska

---

<sup>52</sup> Se bland annat Förenade målen C-397/01-C-403/01 – Pfeiffer m.fl.

<sup>53</sup> Se bland annat AD 2015 nr 70 – Sava star; samt NJA 2012 s. 975.

<sup>54</sup> Mål 14/83 Von Colson, p. 18, 26-28.

<sup>55</sup> Bernitz & Kjellgren 2014 s. 124-125.

<sup>56</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 400.

<sup>57</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 390.

<sup>58</sup> Bernitz och Kjellgren 2014 s. 185.

<sup>59</sup> Bernitz och Kjellgren 2014 s. 190.

<sup>60</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 390

tolkningen används ofta av EU-domstolen i samband med den teleologiska tolkningen som nedan beskrivs.<sup>61</sup>

En tredje tolkningsmodell är syftestolkningen. Det innebär att tolkningen utgår från bestämmelsens syfte, preambeln till rättsakten ger här god ledning. Även andra centrala rättsakter såsom Lissabonfördraget kan skänka ljus i frågan. Syftestolkningen har använts många gånger då EU-domstolen utarbetat centrala principer baserade på det ursprungliga Romfördraget samt nuvarande Lissabonfördrag. En tolkningsmodell som riskerar tillämpas felaktigt om tolkning sker utifrån en nationell horisont och inte en europeisk.<sup>62</sup>

Den fjärde och sista tolkningsmodellen utgör en sorts sista utväg om de ovanstående tolkningsmodellerna inte givit något rimligt resultat utifrån unionens grundläggande mål. Den teleologiska tolkningsmodellen syftar till att ge regeln sin ändamålsenliga verkan (*l'effet utile*) mot bakgrund av unionens syfte.<sup>63</sup> Samtidigt som EU-domstolen fått utstå en hel del kritik då ordalydelse och lagstiftares intentioner får stå tillbaka för det mer övergripande ändamålet,<sup>64</sup> har denna metod fått stor betydelse vid tolkningen av unionsrätten då bestämmelserna inom EU är ett resultat av en mängd olika kompromisser, och därför till sin natur tämligen vaga.<sup>65</sup>

---

<sup>61</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 393.

<sup>62</sup> SvJT 1995 s. 408.

<sup>63</sup> Bernitz och Kjellgren 2014 s. 185 f.

<sup>64</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 389-390.

<sup>65</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 393.

## 2 Sociala hänsyn i lag

### 2.1 Bakgrund och syfte till sociala krav i offentlig upphandling

År 1825 kom det första regelverket på upphandlingens område, men med en begränsad räckvidd. Reglerna skulle framförallt tillämpas på försvarsområdet. Under 1900-talet utvecklades upphandlingsrätten och svälde ut över andra sektorer med huvudinriktning att tillfredsställa den tidens rådande krav på affärsmässighet, samtidigt som lagstiftaren helst såg att svenska varor upphandlades.<sup>66</sup>

De första unionsrättsliga reglerna<sup>67</sup> tillkom 1992 i samband med att vi anslöt oss till det bilaterala avtalet EES<sup>68</sup>, vilket syftade till att förverkliga den inre europeiska marknaden. Ett mål som fortsatt anses relevant för unionen.<sup>69</sup> Unionsrätt är det övergripande begrepp som används inom EU för att peka på överstatliga rättsakter inom unionens kompetensområde. Unionsrätten kan delas in i primärrätt och sekundärrätt, där Lissabonfördraget och allmänna rättsprinciper från EU-domstolen är viktiga primärrättsliga källor. Sekundärrättsliga källor utgörs av direktiv, förordningar och beslut.<sup>70</sup> Unionsrätten tillhandahåller också läror för att tillgodose principen om unionsrättens företräde, jag tänker här främst på principen om direkt effekt samt direktivkonformtolkning.<sup>71</sup> Sverige införlivade ÄLOU tre år innan vi blev medlemmar i EU, även om reglerna inte kom i bruk förrän 1994.

2004 utfärdades nya direktiv, vilka medförde kodifiering av rättspraxis från EU-domstolen samt andra ändringar och tillägg jämfört de ursprungliga direktiven från 1992.<sup>72</sup> Vid tiden för införlivande infördes de upphandlingsrättsliga principerna i lagtexten,<sup>73</sup> samtidigt som begreppet affärsmässighet utmönstrades, då de upphandlingsrättsliga principerna ansågs motsvara kravet på affärsmässighet.<sup>74</sup> Införlivande skedde 2007 och utgör lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

---

<sup>66</sup> SOU 1971:88, s. 25.

<sup>67</sup> ÄLOU

<sup>68</sup> Europeiska ekonomiska samarbetsområdet.

<sup>69</sup> Prop. 1994/95:19, s. 53-61.

<sup>70</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 19 ff.

<sup>71</sup> Bergström och Hettne 2014, s. 403 f, 413 ff. Se även *Nationell rätt mot bakgrund av EU-rätten*, kap 1.7.

<sup>72</sup> SOU 2005:22 del 2, s. 189-190.

<sup>73</sup> För upphandlingsrättsliga principer, se 1 kap. 9 § LOU.

<sup>74</sup> Rosén Andersson m.fl. 2015, s. 78.

## 2.1.1 Det upphandlingsrättsliga predikamentet

2014 kom nya EU-direktiv på det upphandlingsrättsliga området, vilka ska ersätta de äldre upphandlingsdirektiven.<sup>75</sup> De nya direktiven ska vara införlivade senast den 18 april 2016.<sup>76</sup> Regeringen tillsatte en utredning redan 2012 med uppdrag att utreda och föreslå införlivande av de nya upphandlingsdirektiven, Genomförandeutredningen.<sup>77</sup> Utredningen slutrapporterades hösten 2014.<sup>78</sup> Ungefär samtidigt med slutrapporten av Genomförandeutredningen beslutade den nyttillträdda regeringen att tillsätta en särskild utredare.<sup>79</sup> Utredningen hade i uppdrag att utreda ”hur uttryckliga krav på villkor enligt kollektivavtal kan föras in i de nya upphandlingslagarna”.<sup>80</sup> Utredningen redovisade sitt slutbetänkande i januari 2016.<sup>81</sup>

Den kameralt lagde läsaren räknar snabbt ut att införlivningen av direktiven måste vara försenad, vilket den också är. Enligt uppgift från civilministern, Ardalan Shekarabi, kommer lagstiftningen tidigast vara på plats per ingången av 2017.<sup>82</sup> Vad innebär då det? För rättstillämpningens del vet vi inte. Vad som klart kan sägas är att det under en övergångsperiod kommer saknas tydlig lagstiftning. Av det följer att direktivkonform tolkning samt direkt effekt kommer få betydande roller vid rättstillämpningen, något som kan ställa till problem vid tvister men troligen inte vid komplikationsfria upphandlingsförfaranden. För mig innebär det att jag författar min uppsats under en period då den nationella lagstiftningen är baserad på ett utgången direktiv, samtidigt som vi har ett gällande direktiv som ännu inte införlivats som lag i Sverige.

## 2.1.2 Vad betyder sociala hänsyn?

Av 1 kap 9a § LOU framgår att upphandlande myndigheter bör beakta sociala hänsyn vid upphandling. Av gamla LOU-direktivet framgår att särskilda krav på sociala hänsyn får ställas.<sup>83</sup> Nya LOU-direktivet stipulerar att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för iakttagande av sociala skyldigheter och arbetsrättsliga skyldigheter.<sup>84</sup> Sociala hänsyn definieras inte närmare, varför begreppet används olika av olika aktörer.<sup>85</sup> Som exempel kan nämnas hur regeringens särskilde utredare använder sig av

---

<sup>75</sup> Dir. 2014/24/EU, Dir. 2014/25/EU samt Dir. 2014/23/EU. I det följande behandlas endast Dir. 2014/24/EU.

<sup>76</sup> Dir. 2014/24/EU, art. 90.

<sup>77</sup> SOU 2014:51, s. 1.

<sup>78</sup> SOU 2014:51 och SOU 2014:69.

<sup>79</sup> Kommittédirektiv 2014:162 - *om upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

<sup>80</sup> Kommittédirektiv 2014:162, s. 7.

<sup>81</sup> SOU 2015:78 och 2016:15.

<sup>82</sup> Se [upphandling24.se](http://upphandling24.se), Ardalan Shekarabi: *Nya LOU kommer först 2017*, (hämtad 2016-03-01); <http://upphandling24.se/ardalan-shekarabi-nya-lou-kommer-forst-2017/>

<sup>83</sup> Dir. 2004/18/EG, art 26.

<sup>84</sup> Dir. 2014/24/EU, art. 18.2.

<sup>85</sup> KKV 2015:6, s. 23.

olika lydelse beroende på sammanhang – *sociala krav*<sup>86</sup>, *sociala skyldigheter*<sup>87</sup>, *sociala hänsyn*<sup>88</sup>, *arbetsrättsliga hänsyn*<sup>89</sup>, *arbetsrättsliga skyldigheter*<sup>90</sup>, alla under titeln *upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.<sup>91</sup> Innebörden av begreppet är således tämligen oklar.<sup>92</sup> En begreppsförvirring som inte har förutsättningar att minska, men väl förändras, i och med att det nya LOU-direktivet särskiljer arbetsrättsliga skyldigheter från övriga sociala hänsyn.

Utmärkande tecken för sociala hänsyn är att kravet ”ska garantera att leverantören uppfyller sina lagliga skyldigheter” eller uppfylla ”krav som går längre än vad lagen kräver” och angår annat än upphandlingsföremålet.<sup>93</sup> Att leverantören ska följa sina lagstadgade skyldigheter kan verka självklart, men beställaren har inga möjligheter att häva ett kontrakt på upphandlingsrättslig grund när förfarandet är slutfört, därför måste sådana överväganden ingå i avtalet. Konkurrensverket menar att *respekt för anständiga arbetsvillkor* därmed utgör social hänsyn.<sup>94</sup> Det bärande temat sägs vara att det ska finnas ett ”tydligt socialt syfte” med kraven.<sup>95</sup> Konkurrensverkets försök till definition skapar en rimlig ram, men samtidigt uppstår en följdfråga, vad ska avses med ”anständiga arbetsvillkor”? Kommissionen kom 2010 med en vägledning i ämnet. Där konstaterar kommissionen att socialt ansvarsfull upphandling ska ta hänsyn till flera olika aspekter, däribland, rätten till *anständigt arbete*, och *arbetstagares rättigheter*.<sup>96</sup> *Anständigt arbete* handlar om rätten till drägliga förhållanden på sitt självvalda arbete, ett begrepp som får olika innebörd beroende på vilken medlemsstat som läser lydelsen. Arbetstagarna i en av Europas senast anslutna medlemsstater har sannolikt inte möjligheter att ställa samma krav på ”drägliga förhållanden”, som arbetstagare i Sverige kan göra. Vad gäller *arbetstagares rättigheter* innebär sociala hänsyn ett främjande av att arbetsvillkoren är i överensstämmelse med kollektivavtal, som inte strider mot unionsrätten.<sup>97</sup> Konkurrensverket använder kommissionens begreppsbildning, men med annan skriftlig sammansättning.<sup>98</sup> Konkurrensverkets yttrande innebär att socialt hänsynstagande kan vara ”krav på att de arbetstagare som utför uppdraget

---

<sup>86</sup> SOU 2015:78, s. 43, 53, 55, 63, etc.

<sup>87</sup> SOU 2015:78, s. 65.

<sup>88</sup> SOU 2015:78, s. 42, 46, 47, 53, etc.

<sup>89</sup> SOU 2015:78, s. 11, 15, 25, 35, etc.

<sup>90</sup> SOU 2015:78, s. 26, 28, 29, 36, etc.

<sup>91</sup> SOU 2015:78 – Upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

<sup>92</sup> KKV 2015:6, s. 23.

<sup>93</sup> KKV 2015:6, s. 23.

<sup>94</sup> Konkurrensverket pekar även ut andra begrepp som kan utgöra sociala hänsyn, men uppsatsens omfattning tillåter ingen uttömmande genomgång av vad som kan sägas utgöra sociala hänsyn, se KKV 2015:6, s. 23.

<sup>95</sup> KKV 2015:6, s. 23-24.

<sup>96</sup> Kommissionens lista är lång, men för uppsatsens omfattning utelämnas det som inte har någon beröringspunkt med arbetsrättsliga skyldigheter, se KOMM 2010 (1258) slutlig, s. 7

*ff.*

<sup>97</sup> KOMM 2010 (1258) slutlig, s. 8.

<sup>98</sup> Anständigt arbete och arbetstagares rättigheter blir i Konkurrensverkets rapport *respekt för anständiga arbetsvillkor*

har arbets- och anställningsvillkor i nivå med specifika kollektivavtal”.<sup>99</sup> *Specifika kollektivavtal* borde mot bakgrund av kommissionens vägledning och unionsrätten i övrigt innebära att kollektivavtalet ska vara i överensstämmelse med unionsrätten.

Sociala hänsyn ska därför i denna uppsats sägas vara *arbetsrättsliga skyldigheter*, formulerade som *krav på en leverantör*. Sådana krav kan utgöras av ”krav på att de arbetstagare som utför uppdraget har arbets- och anställningsvillkor i specifika kollektivavtal”.<sup>100</sup> Med specifika kollektivavtal menas kollektivavtal som är i överensstämmelse med de upphandlingsrättsliga principerna och unionsrätten i övrigt. Arbetsrättsliga skyldigheter emanerar från sociala hänsyn och ska också kunna definieras så som ovan.

### 2.1.3 Syftet med sociala hänsyn

Lissabonfördraget utgörs av unionsfördraget (FEU) och funktionsfördraget (FEUF), tillsammans utgör de grunden för primärrätten.<sup>101</sup> FEU är en utbyggd version av Maastrichtfördragets unionsfördrag och FEUF är en grundlig ändring av det ursprungliga Romfördraget. Lissabonfördraget pekar på unionens värdegrunder och art. 3 FEU vidareutvecklar unionens politiska mål, där den inre marknaden utgör ett sådant.<sup>102</sup> Att ställa krav på sociala hänsyn vid offentlig upphandling kan då vid första tanke verka något oortodoxt, men det har länge funnits en vilja att genom den inre marknaden kunna påverka andra delar i samhället.<sup>103</sup>

Unionens avsikt med att kunna ställa krav på sociala hänsyn i offentliga kontrakt återfinns i det numera obsoleta dir. 2004/18/EG, som ehuru fortfarande är grundläggande för vår gällande lagstiftning.<sup>104</sup> Av intresse för framställningen är skäl 33-34 i direktivets preambel samt art. 26, vilka alla rör fullgörande av kontrakt. Det bakomliggande syftet för att kunna ta särskilda hänsyn vid offentlig upphandling förklaras i skäl 33. Där framgår det att sociala hänsyn ska tas gentemot en avgränsad grupp människor, som bedöms vara i större behov av statliga insatser, alternativt särskilt sårbara grupper. Framförallt nämns grupper som arbetslösa och långtidsarbetslösa, ungdomar samt människor med olika funktionshinder. Genom upphandlingskontrakt ska grupperna kunna ges möjligheter som de annars inte kunnat få, förutsatt att det inte strider mot någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, eller unionsrätten i övrigt.<sup>105</sup> Notera att sociala hänsyn enligt preambeln till gamla LOU-direktivet ska vara till båtad för utsatta grupper, inte de som redan är en del av arbetsmarknaden.

---

<sup>99</sup> KKV 2015:6, s. 24.

<sup>100</sup> För citatmarkerat stycke, se KKV 2015:6, s. 23.

<sup>101</sup> Som en ytterligare formaliserad del av primärrätten kommer rättighetsstadgan, men inom ramen för denna uppsats lämnas stadgan därhän.

<sup>102</sup> Art. 3, p.3 FEU.

<sup>103</sup> Se Ahlberg och Bruun 2010, s. 17; se också KOMM 2010 (1258) slutlig, s. 3, p. 2.

<sup>104</sup> Direktivets giltighetstid stipuleras i Dir. 2014/24/EU där det framgår att det upphör att gälla per den 18 april 2016. Därefter renderas dir. 2014/24/EU som giltigt direktiv.

<sup>105</sup> Dir. 2004/18/EG, skäl 33.



Däremot har arbetsrättsliga skyldigheter införts som ett begrepp i nya LOU-direktivet och utvecklats i preambeln.<sup>106</sup>

Grupperna ska således kunna bispringas genom offentliga kontrakt. Ur en affärsmässig synvinkel passar inte socialt hänsynstagande in, men ur ett större perspektiv är det en naturlig följd av bygget av vår union. Och ur det perspektivet är det rimligt att använda sig av upphandlingslagstiftning för att genomföra unionens socialpolitik. En slutsats som alltså inte följer av skrivningen om affärsmässiga överväganden<sup>107</sup>, däremot följer det av en politisk vilja och en övertygelse att det finns möjligheter till ett bättre samhälle genom påtryckningar via offentliga kontrakt.<sup>108</sup>

## 2.2 Den rättsliga ramen

Upphandlingsförfarandet omgärdas av en detaljerad lagstiftning vilken reglerar allt från tröskelvärden, förfrågningsunderlagets innehåll till vad det slutliga kontraktet får innehålla. Reglerna är av ramkaraktär och bestämmer således inte det materiella innehållet. Beställaren har stor frihet i att själv definiera föremålet för upphandlingen, varför det materiella innehållet kan skifta. Den svenska, nu gällande, lagstiftningen emanerar från dir. 2004/18/EG, det klassiska direktivet, vilket syftar till att genomföra den inre marknaden såsom den är beskriven i FEUF samt säkra den fria rörligheten och främja öppen konkurrens.<sup>109</sup> I Sverige har vi införlivat direktivet genom lag (2007:1091) om offentlig upphandling. Av intresse för denna uppsats är framförallt 1 kap 9a § samt 6 kap 13 §. Paragraferna handlar i tur och ordning om sociala hänsyn<sup>110</sup> och särskilda kontraktsvillkor<sup>111</sup>, och paragraferna samverkar på så sätt att särskilda kontraktsvillkor utgör den rättsliga ram inom vilken sociala krav kan konkretiseras.

### 2.2.1 Den lagstadgade målsättningen

Genom dir. 2007/66/EG, ändringsdirektivet<sup>112</sup> tillkom 1 kap 9a §, en paragraf som behandlar sociala hänsyn samt miljöhänsyn. Det kan inte sägas råda något motstånd mot att uppställa särskilda krav på miljöhänsyn, utan det sker närmast regelmässigt.<sup>113</sup> Det råder inte heller något motstånd mot krav på sociala hänsyn, däremot råder det inte samförstånd *hur* kraven ska

---

<sup>106</sup> Dir. 2014/24/EU, skäl 37 samt art. 18.2.

<sup>107</sup> Se 1 kap 9 § LOU, principerna där uttryckta ska motsvara kraven på affärsmässighet enligt ÅLOU.

<sup>108</sup> Jmf 1 kap 4 § ÅLOU som stipulerar att en upphandling ska genomföras affärsmässigt.

<sup>109</sup> Falk s. 35.

<sup>110</sup> LOU 1 kap 9a §

<sup>111</sup> LOU 6 kap 13 §

<sup>112</sup> Europaparlamentet och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling (Text av betydelse för EES).

<sup>113</sup> Rosén m.fl. 2015, s. 105.

formuleras. Krav på sociala hänsyn är en politiskt laddad fråga, något som medfört en ideologisk debatt, snarare än en strikt juridisk. Samtidigt är det inte helt klarlagt hur, och i vilken omfattning sociala hänsyn kan tas inom ramen för en offentlig upphandling, vilket ytterligare skänker liv åt debatten.<sup>114</sup> Ett problem som jag identifierar är att debatten delvis drivs på ideologisk grund, varför lösningarna inte alltid är juridiskt förankrade. Debattörerna bör hela tiden beakta unionsrätten för att med framgång kunna framföra konkreta och hållbara argument.

Bestämmelsen i 1 kap 9a § utgör ett målsättningsstadgande och är därför inte tvingande, utan ska snarast ses som ett övergripande mål för beställarens verksamhet. Stadgandet riktar sig ensidigt till beställaren och ger denne en möjlighet att ställa alternativa krav, jämsides de allmänna krav som kan sägas utgöra upphandlingsföremålet.<sup>115</sup> Bestämmelsens ensidiga karaktär, och sålunda avsaknad av leverantörsrättigheter, gör att det inte med grund i denna bestämmelse, går att föra talan mot en beställare.

De krav som ställs med stöd i denna bestämmelse måste på ett tydligt sätt ha en koppling till kontraktetsföremålet, en fråga som EU-domstolen prövat bland annat i målet *Concordia bus*.<sup>116</sup> EU-domstolen slog där fast att särskilda krav inte nödvändigtvis måste vara av rent ekonomisk art, men att de måste vara förutsebara och ha ett naturligt samband med kontraktetsföremålet. Domstolen fann vidare att sådana krav måste vara lämpliga och effektiva visavi kontraktetsföremålet samtidigt som de inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att inte strida mot proportionalitetsprincipen. Ytterligare en aspekt är att kraven måste förhålla sig till principen om icke diskriminering, uteslutning får inte ske mot bakgrund av anbudsgivarens nationalitet.<sup>117</sup> Om *Concordia* kan ses som en utvidgning av beställarens möjlighet att tillämpa alternativa krav måste målet *Wienstrom* ses som det motsatta.<sup>118</sup> Där konstaterar EU-domstolen att även om beställaren förvisso har långtgående möjligheter att ställa alternativa krav på leverantören så måste dessa krav vara möjliga att följa upp och kontrollera under avtalstiden. Något som följer av likabehandlingsprincipen.<sup>119</sup>

## 2.2.2 Fullgörande av kontrakt.

För att ge beställaren möjlighet att tillämpa bestämmelsen om sociala hänsyn har lagstiftaren infört bestämmelser om särskilda kontraktsvillkor i lagen, 6 kap 13 § säger att en beställare får uppställa särskilda kontraktsvillkor för fullgörande av kontraktet.<sup>120</sup> Bestämmelsen

---

<sup>114</sup> KKV 2015:6, s. 17.

<sup>115</sup> Prop. 2009/10:180, del 1, s. 272.

<sup>116</sup> Mål C-513/99 – *Concordia*.

<sup>117</sup> Rosén m.fl. 2015, s. 104.

<sup>118</sup> Mål C-448/01 *Wienstrom*.

<sup>119</sup> Mål C-448/01 *Wienstrom*, p 44-53.

<sup>120</sup> 6 kap 13 § LOU.

återger innehållet i art. 26, gamla LOU-direktivet.<sup>121</sup> Med särskilda kontraktsvillkor avses normala avtalsvillkor.<sup>122</sup> Det är inte helt klarlagt vad som kan innefattas i särskilda kontraktsvillkor, men de kan ges innehåll av sociala hänsyn som krav på arbetstagares rättigheter.<sup>123</sup> Av paragrafen följer att en beställare får ställa vissa särskilda krav på leverantören, krav som inte är tekniska specifikationer, kvalificeringskrav, tilldelningskriterier och annat som tydligt kan kopplas till kontrakt föremålet.<sup>124</sup> Särskilda kontraktsvillkor har således som syfte att reglera fullgörandet av kontraktet, och av det följer att leverantören har en civilrättslig skyldighet att fullgöra förpliktelseerna under avtalets gång. Exakt när de ska vara uppfyllda framgår inte. Det är således inte fråga om ett obligatoriskt krav för att gå vidare i upphandlingsprocessen.<sup>125</sup>

Nuvarande bestämmelse infördes i svensk lag<sup>126</sup> då det gamla LOU-direktivet införlivades.<sup>127</sup> En liknande bestämmelse infördes redan några år tidigare i ÄLOU med syfte att ge beställaren möjlighet att föreskriva vissa angivna arbets- eller anställningsvillkor. Kontraktsvillkoren angavs kunna ”innefatta kollektivavtalsbestämmelser från sådana kollektivavtal som gäller på arbetsplatsen eller i den bransch som tjänsten eller bygg- eller anläggningsarbetet i fråga avser”.<sup>128</sup> När nu gällande 6 kap 13 § tillkom hade skrivningen om kollektivavtal lyfts bort från propositionen.<sup>129</sup>

Ett anbud ska förkastas om leverantören klarlägger att han inte avser fullgöra villkoret. Av förarbetena framgår det att leverantören aktivt måste ta ställning till framlagt villkor, ”leverantören förklarar”.<sup>130</sup> Det reser dock vissa frågetecken hur en tyst leverantör ska betraktas. De särskilda kontraktsvillkoren såsom de påförs en leverantör bär onekligen drag av ett standardavtal. Bernitz förklarar ett standardavtal som ett ”avtal som helt eller delvis ingås enligt i förväg formulerade standardiserade villkor, avsedda att tillämpas likartat i ett större antal konkreta avtalssituationer av viss art i vilka åtminstone den ena avtalsparten växlar, och som såvitt gäller dessa villkor inte har blivit föremål för individuell förhandling”.<sup>131</sup> Vilka effekter skulle då särskilda kontraktsvillkor få om det ska ses som ett standardvillkor? En fundering som jag tvingas lämna därhän, dels på grund av att det slår an ett annat ämne, men också av utrymmesskäl.

Att beställare har möjlighet att ställa alternativa krav på leverantörer måste anses vara ostridigt, men villkoren får inte vara hur långtgående som helst. De får inte syfta till att omfatta leverantörens hela verksamhet, utan ska vara

---

<sup>121</sup> Dir. 2004/18/EG, art. 26.

<sup>122</sup> Rosén-Andersson m.fl, 2015, s. 362.

<sup>123</sup> KKV 2015:6, s. 64.

<sup>124</sup> Rosén-Andersson m.fl, 2015, s. 362.

<sup>125</sup> KOMM 2001 (566) slutlig, s. 7.

<sup>126</sup> Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

<sup>127</sup> Dir. 2004/18/EG.

<sup>128</sup> Prop. 2001/02:142, s. 44.

<sup>129</sup> Prop. 2001/02:142, s. 45.

<sup>130</sup> Prop. 2006/07:128, s. 352.

<sup>131</sup> Bernitz 2008, s. 15-16; se också Prop. 2006/07:128 s. 200.

ställda i förhållande till kontraktets föremålet i det aktuella kontraktet.<sup>132</sup> De alternativa kraven får vidare inte vara av vilken typ som helst, utan de måste dels vara förenliga med gemenskapsrätten och dels proportionerliga till kontraktets föremålet. Beställaren får inte heller ställa krav som är direkt eller indirekt diskriminerande.<sup>133</sup> Då krav på sociala hänsyn riktar sig mot fullgörandet av kontrakt blir det en naturlig begränsning till tjänstekontrakt där tjänsten är föremålet för upphandlingen, något som följer av det svåra eller omöjliga att kontrollera förhållanden för arbetstagare för en reda tillverkad vara, eller en vara som tillverkas i tredje land. Kraven är av sådan karaktär att de riktar sig mot ett anställningsförhållande till båtnad för arbetstagaren.<sup>134</sup> Det centrala är att utförandet är kopplat till en fysisk person, lönen denna får är avgörande för beställarens pris.

## 2.3 Det materiella innehållet

### 2.3.1 Inledning

Upphandlingsreglerna tillhandahåller en ordning för att kunna ställa alternativa krav på leverantören. Bestämmelserna är dock allmänt hållna och saknar materiellt innehåll. Malmö stad har genom ett beslut i kommunfullmäktige valt att införa vita jobb-modellen i samtliga tjänsteupphandlingar.<sup>135</sup> Följande avsnitt kommer därför redogöra för hur vita jobb-modellen är tänkt att fungera, samt hur Malmö Stad valt att tillämpa vita jobb-modellen i alla tjänsteupphandlingar.

### 2.3.2 Vita jobb-modellen

Det råder idag konsensus hos alla inblandade parter att oseriösa aktörer som inte konkurrerar på lika villkor ska ges utrymme att dra nytta av den inre marknaden. Oseriösa aktörer snedvrider konkurrensen och skapar problem där bland annat social dumpning kan förekomma. I ett utbildningsmaterial från ekobrottsmyndigheten informerar flera stora aktörer, däribland Konkurrensverket, Ekobrottsmyndigheten, Svenska byggarbetsareförbundet och Skatteverket om olika sätt att beivra förekomsten av svartarbete.<sup>136</sup> De olika organisationerna beskriver problemen utifrån egen horisont. I utbildningsmaterialet anses vita jobb vara något önskvärt, och betyder i sammanhanget ungefär – för samhället synliga arbeten, där arbetsgivaren följer gällande lagstiftning som samhället upprätthåller till båtnad för kollektiva värden. I utbildningsmaterialet framkommer att det råder samförstånd mellan parterna i det att de önskar se offentliga upphandlingar som genomförs enligt gällande rätt, att inblandade leverantörer iakttar den

---

<sup>132</sup> Prop. 2006/07:128, s. 200.

<sup>133</sup> Prop. 2006/07:128, s. 200.

<sup>134</sup> Prop. 2006/07:128, s. 200 f.

<sup>135</sup> Beslut Malmö Stad 2014.

<sup>136</sup> Ekobrottsmyndigheten, *Vita jobb 2006*, s. 2, (hämtad 2015-12-28).  
<https://www.ekobrottsmyndigheten.se/PageFiles/328/Vita%20jobb.pdf>

svenska arbetsrättsliga modellen, att skatter betalas m.m.<sup>137</sup> Om alla leverantörer agerar utifrån samma förutsättningar kommer konkurrensen bli gynnsam för såväl arbetstagare, beställare och leverantörer. Om det däremot är möjligt att inte betala löner enligt svensk nivå går det att dumpa priserna och ett *race-to-the-bottom* kan bli möjligt.

Vita Jobb-modellen är tillkommen som ett samarbete mellan LO-anslutna fackförbund och är i huvudsak författad av Kurt Junesjö. Han var yrkesverksam på LO-TCO rättskydd och boken är tänkt att vara ett verktyg för att angripa problem med social dumpning och svartarbete på LO-förbundens avtalsområde.<sup>138</sup> Syftet med modellen är att tillhandahålla ett verktyg så att beställarna lättare ska kunna ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor.<sup>139</sup>

Modellen bygger på fyra bärande pelare. Den första pelaren innebär att leverantören och dennes underleverantörer ska erbjuda kollektivavtalsliknande villkor inom ramen för vad utstationeringsdirektivet tillåter. Den andra pelaren bygger på transparens mellan beställarens kontrollanter och leverantören. Leverantören är skyldig att uppvisa relevanta handlingar på begäran av beställaren, någon närmare specifikation av vad som utgör sådana handlingar nämns inte. Den tredje pelaren innebär att huvudleverantören ansvarar i alla led för att villkor i den första och andra pelaren efterföljs. Den fjärde pelaren består av påföljder, och utgörs av hävning samt möjlighet till skadestånd för beställaren.<sup>140</sup> Således läggs hela ansvaret på huvudleverantören vilket skapar ett naturligt tryck i leverantörsleden att upprätthålla kontraktsvillkoren.

### 2.3.3 Vita jobb-modellen som kontraktsvillkor i Malmö stad

Malmö Stad har valt att införa Vita jobb-modellen i alla sina tjänsteupphandlingar. Modellen är även tvingande i leverantörens avtal med tredje part.<sup>141</sup> Enligt den tjänsteskrivelse som lades fram som beslutsunderlag för Malmö stad ska vita jobb-modellen vara ”ett verktyg för att se till så att anlitade leverantörer ger sina anställda kollektivavtalsenliga löner och att de inte använder sig av svart arbetskraft”.<sup>142</sup>

---

<sup>137</sup> Ekobrottsmyndigheten, *Vita jobb 2006*, s. 5 ff. (hämtad 2015-12-28).

<https://www.ekobrottsmyndigheten.se/PageFiles/328/Vita%20jobb.pdf>

<sup>138</sup> Junesjö 2009, s. 5.

<sup>139</sup> Junesjö 2009, s. 21.

<sup>140</sup> LO, *Vita jobb i praktiken*, (hämtad 2016-04-13).

[http://www.lo.se/start/solidarisk\\_lonopolitik/social\\_offentlig\\_upphandling/vita\\_jobb\\_i\\_praktiken](http://www.lo.se/start/solidarisk_lonopolitik/social_offentlig_upphandling/vita_jobb_i_praktiken); se också Malmö stad, *Vita jobb-modellen*, (hämtad 2016-04-13).

<http://malmo.se/foretagande--jobb/Upphandlingar--leverantorer/Vita-jobb-modellen.html>.

<sup>141</sup> Bilaga B, p. 1.2.

<sup>142</sup> Malmö Stad 2013, s. 4.

Stadens särskilda kontraktsvillkor innefattar vita jobb-modellens fyra pelare. Uppföljning av avtalen ska sedan skötas av lokala fackförbund i enlighet med vad vita jobb-modellen stipulerar.

Av första punkten (p. 1) framgår under rubriken vita jobb att leverantören fullt ut ansvarar för att de sysselsatta arbetstagarna lägst erhåller de sociala villkor så som upphandlingsunderlaget specificerar. Vidare klargörs att leverantören är skyldig att på begäran lämna ut bokföring och övriga handlingar som kommunen finner nödvändiga. Av samma punkt framgår att leverantören även ska ansvara för att underleverantörer bär samma skyldighet. Denna skyldighet utvecklas senare (p. 1.2) där leverantören, innan avtal med tredje part, förbinder sig att redovisa för beställaren samtliga underleverantörer som kommer vara aktiva inom ramen för kontraktet.<sup>143</sup>

Det specificeras inte bokstavligen vilka sociala krav som ska omfattas, däremot framgår vilka specifika paragrafer baserade på tretton olika, men i vissa fall mycket närliggande, centrala kollektivavtal som ska utgöra de sociala kraven.<sup>144</sup> Skrivningen *lägst erhåller* innebär att en leverantör inte får underskrida villkoren. Kontraktsvillkoret är omfattande och tillika långtgående men specificerar inte enligt sin ordalydelse några faktiska nivåer, utan anbudsgivaren måste söka ledning i angivet kollektivavtal för att noggrant kunna avgöra vad kontraktsvillkoret rent faktiskt innebär. De särskilda villkoren nämner specifikt nio olika områden (i) avtalsenlig lön och övertidsersättning (ii) arbetstidsregler (iii) Rese- restids- och traktamentsbestämmelser (iv) utrustning och maskiner (v) förvaring och personalutrymmen (vi) permitteringslön (vii) avtalsenliga höjningar av anställningsförmåner samt (viii) vissa arbetsrättsliga bestämmelser som ska iakttas.<sup>145</sup> Uppföljning av sociala hänsyn ska genomföras av fackliga ombud, så som vita jobb-modellen stipulerar. För det fall leverantören eller någon tredje part till denne inte fullgör sina ålägganden enligt avtalet medför det ett väsentligt kontraktsbrott, påföljden för ett väsentligt avtalsbrott är oftast hävning, så också i detta fall.<sup>146</sup> Malmö stad ser allvarligt på en eventuell överträdelse av de sociala villkoren, samtidigt är hävning en mycket ingripande påföljd, en åtgärd som inte senare går att ångra.<sup>147</sup>

---

<sup>143</sup> Bilaga B, p. 1.

<sup>144</sup> Bilaga B, p. 3. När Malmö stad fattade beslut om att införa vita jobb-modellen i alla tjänsteupphandlingar tillhandahölls kollektivavtalen via en hemsida driven av författaren till Vita jobb-modellen, Kurt Junesjö. Hemsidan var dock inte uppdaterad och aktuella avtal saknades. Aktuella och uppdaterade kollektivavtal blev tillgängliga för leverantörer först under våren 2016, samtliga kollektivavtal är dock inte uppdaterade.

För aktuella kollektivavtal, se Malmö stads hemsida (hämtad 2016-04-13)

<http://malmo.se/Foretagande--jobb/Upphandlingar--leverantorer/Vita-jobb-modellen.html>

<sup>145</sup> Det är inte möjligt inom ramen för denna framställning att systematiskt gå igenom och redovisa samtliga hänvisade paragrafer då det sammanlagt handlar om tretton olika kollektivavtal med korsvis referenser, du finner dock villkoret som en bilaga till denna uppsats. Se Bilaga B.

<sup>146</sup> Bilaga B, p.1.1.1-1.1.2.

<sup>147</sup> Se kap 2.3.2. samt även Ramberg och Ramberg 2010, s. 221.

Jag ser vissa problem med en ordning där beställaren hänvisar till ett antal namngivna kollektivavtal utan att ange kollektivavtalens nivåer. Detta gäller särskilt i förhållande till en mindre leverantör som inte är ansluten till något kollektivavtal och därför inte har någon arbetsgivarorganisation att tillfråga om kollektivavtalets faktiska innebörd. Ett faktum som kan leda till att den lilla leverantören känner sig tvingad att ansluta sig till ett kollektivavtal för att ens kunna genomföra en anbudskalkyl. Mot bakgrund av kollektivavtalens komplexitet och vita jobb-modellens tvingande karaktär går det överlag att ifrågasätta om den ordning Malmö stad tillämpar är i överensstämmelse med unionsrättsliga principer om icke-diskriminering och transparens.

Ett bärande tema i modellen är att fackförbunden ska genomföra uppföljning av beställarens ingångna kontrakt. Fackförbunden utses specifikt som ombud då de kollektivavtalsliknande villkoren ”ofta är ganska komplicerade” varför det krävs någon med branschkunskap för att uppföljningen ska bli tillfredställande.<sup>148</sup> En ordning som ger fackförbunden ytterligare en maktposition mot bakgrund av fackförbundens huvudsakliga roll som leverantörens motpart inom arbetsrätten.<sup>149</sup> I den kollektiva arbetsrätten förhandlar arbetsgivaren med fackförbunden villkoren i det lokala kollektivavtalet, och skulle inte parterna nå ett gällande kollektivavtal så kan stridsåtgärder vidtas. Det särskilda kontraktsvillkoret ges innehåll av kollektivavtalsliknande villkor, och det är ombudets uppgift att avgöra huruvida leverantören överträtt villkoret. För det fall fackförbunden anser att leverantören överträtt de särskilda villkoren ska beställaren underrättas varpå påföljderna hävning och skadestånd kan aktualiseras. Fackförbunden ges alltså en möjlighet att utöva påtryckning på leverantörerna utanför ramarna av kollektivavtalet.

Svenskt Näringsliv invände mot hur Malmö stad använde sig av vita jobb-modellen och hemställde åt Konkurrensverket att granska en genomförd upphandling av bevakningstjänster där vita jobb-modellen var införlivad.<sup>150</sup> Svenskt Näringsliv ansåg att det bland annat stred mot unionsrätten att Malmö stad uppdragit åt ett fackförbund att genomföra uppföljning av de sociala krav som införlivats i avtalet. Konkurrensverket svarade att oavsett materiellt innehåll måste kraven som ställs av beställaren vara kontrollerbara, inte bara teoretiskt utan också praktiskt.<sup>151</sup> Ett uttalande som, mot bakgrund av EU-domstolens uttalande i mål C-448/01 Wienstrom, inte är uppseendeväckande. Domstolen konstaterar att uppställda krav som beställaren inte avser kontrollera, strider mot principerna för offentlig upphandling.<sup>152</sup> Samtidigt konstaterar Konkurrensverket att det inte finns några regler kring hur kontroll av uppställda krav rent faktiskt ska ske, utan att beställaren har rätt att efter eget skön kontrollera uppställda krav, under

---

<sup>148</sup> Junesjö 2009, s. 31-32.

<sup>149</sup> För kollektivavtalsförhandlingar, se kapitel 3.1.

<sup>150</sup> Hemställan från Svenskt Näringsliv, Konkurrensverket aktbilaga 2, Dnr 171/2015.

<sup>151</sup> Beslut 2016-01-13, Dnr 171/2015 - Konkurrensverket om Vita jobb-modellen i Malmö stad.

<sup>152</sup> Mål C-448/01 Wienstrom, p. 50-52.

förutsättning att det inte strider mot upphandlingsrättsliga principer eller unionsrätten i övrigt. Att beställaren uppdrar åt ett lämpligt ombud att kontrollera hur uppställda krav följs, är inget som Konkurrensverket anser strider mot upphandlingsrättsliga principer eller unionsrätten i övrigt.<sup>153</sup> Samtidigt borde ett uppdraget som ombud betinga ett ekonomiskt värde, varför tjänsten rimligen ska ses som upphandlingspliktig.

Konkurrensverket påpekar samtidigt, att ombud måste hålla sig inom uppdragets ramar och inte efter eget skön begära ut information. För det fall ombudet överskrider uppdragets gränser har leverantören rätt att vägra lämna ut uppgifter till ombudet, något som följer av allmänna kontraktsrättsliga principer, och inte av upphandlingsreglerna.<sup>154</sup> En vägran att lämna ut uppgifter kan dock visa sig vanskligt, mot bakgrund av ombudets roll i vita jobb-modellen. Att inte lämna ut begärda uppgifter förutsätter att leverantören är fullt medveten om vilken räckvidd ombudets fullmakt har, men oavsett vetskap finns det en överhängande risk för tvist. En tvist som enligt de särskilda kontraktsvillkoren är hävningsgrundande för det fall leverantören är tappande part.

Sammanfattningsvis kan man säga att en beställare har långtgående möjligheter att genom ombud utföra uppföljning av sociala krav ställda i en upphandling. Från leverantörens håll kan det onekligen te sig märkligt att fackförbunden ska ges en rätt att intervensera i dennes kommersiella avtal. Effekterna av en sådan ordning går endast att spekulera i, men anbudsgivare och leverantörer måste beakta att fackförbunden kan komma att påverka avtalsförhållandet. Vilken påverkan det har på anbudens nivåer är oklart. Konkurrensverkets beslut bringar dock inte någon klarhet huruvida vita jobb-modellen strider mot unionsrätten. Vad som saknas i beslutet är en bedömning av vad jag ser som Svenskt Näringslivs huvudinvändning – strider fackförbundens roll som ombud mot upphandlingsrättsliga principer eller unionsrätten i övrigt.

---

<sup>153</sup> Beslut 2016-01-13, Dnr 171/2015 – Konkurrensverket om Vita jobb-modellen i Malmö stad.

<sup>154</sup> Konkurrensverkets beslut om vita jobb-modellen i Malmö stad 2016, s. 5.



# 3 Något om problem vid utstationering

## 3.1 Risken för social dumpning

Den fria rörligheten för tjänster<sup>155</sup> inom EU har öppnat upp medlemsstaternas arbetsmarknader, med syfte att nå unionens ekonomiska mål.<sup>156</sup> Samtidigt är det betydande skillnader på de olika medlemsstaternas arbetsmarknader, med följd att det riskerar uppstå lönekonkurrens på så sätt att arbetstagare från låglöneländer kan erbjuda arbete för en lägre kostnad. För att sätta in det i uppsatsens tema, innebär det att potentiella leverantörer från andra medlemsstater kan lämna lägre anbud vid offentliga upphandlingar. Problemet kan illustreras med ett hypotetiskt exempel. Ett företag från Bulgarien som specialiserat sig på byggstädning anställer arbetstagare enligt bulgariska regler och åker sedan till Sverige för att städa svenska byggarbetsplatser. Det bulgariska företaget betalar minimilön enligt vad som gäller i Bulgarien och som idag är ungefär 2000 kronor per månad.<sup>157</sup> När de sedan slår sig in på den svenska marknaden fortsätter de att betala löner enligt vad som är gällande i Bulgarien. Slutsatsen mot bakgrund av de låga lönerna är att de kan lägga betydligt lägre bud än motsvarande svensk leverantör. Samtidigt som den fria rörligheten värderas högt, riskerar medlemsländerna samtidigt en ohälsosam konkurrens när det sker genom låga löner och sämre arbetsvillkor.<sup>158</sup> I ljuset av en vilja att stävja social dumpning och harmonisera den inre marknaden tillkom utstationeringsdirektivet.<sup>159</sup> Det är viktigt att direktivet införlivas i den nationella rättsordningen så som föreskrivits, eftersom ojämn införlivning ger direkta rättsverkningar för individer från andra medlemsstater på den gemensamma marknaden.<sup>160</sup> Direktivet är ett lagvalsinstrument som avgör vilken lands arbetsrätt som ska vara tillämplig i en situation med arbetstagare från andra medlemsländer.<sup>161</sup>

---

<sup>155</sup> Art. 56 FEUF.

<sup>156</sup> Nyström 2011, s. 95.

<sup>157</sup> För miniminivåer se bilaga A. För en tydlig och månatligen uppdaterad överblick av unionens minimilöner rekommenderas tyska arbetstagarorganisationen DGB och dess forskningsavdelning WSI:s hemsida. [http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv\\_43610.htm](http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_43610.htm)

<sup>158</sup> Ahlberg och Bruun 1996, s. 136 ff; se också Nyström 2011, s. 108 f.

<sup>159</sup> Dir. 96/71/EG.

<sup>160</sup> KOM(2003) 458 slutlig, s. 3.

<sup>161</sup> Nyström 2011, s. 145.

a) Vad innebär det att en upphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse?

Ändamålet med direktivet uttalar EU-domstolen såsom varande att förverkliga friheten att tillhandahålla tjänster.<sup>162</sup> Som sådant är det alltså nära sammanlänkat med offentlig upphandling eftersom upphandlingsrättens syfte är att förverkliga den inre marknaden.<sup>163</sup> I det nya LOU-direktivet framgår uttryckligt av skäl 37 och 98 att utstationeringsdirektivet ska beaktas då det ställs särskilda arbetsrättsliga krav.<sup>164</sup> Sundstrand anser dock att det utstationeringsdirektivets hårda kärna endast behöver beaktas om det upphandlingen har ett bestämt gränsöverskridande intresse.<sup>165</sup> Huruvida en upphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse är beroende av myndighetens egen bedömning, men det saknas tydliga riktlinjer. Bedömningen måste göras utifrån de särskilda omständigheter som råder i fallet, där kommissionen bland annat nämner geografisk placering för utförande och kontraktsvärde.<sup>166</sup> Ett högt kontraktsvärde eller gränsnära beställare måste alltså anta att det kan finnas potentiella anbudsgivare i närliggande medlemsstater. Jag anser dock att det kan vara svårt för en beställare att från gång till gång tydligt avgöra vilka kontrakt som kan ha ett bestämt gränsöverskridande intresse. Mot bakgrund av kommissionens tolkningsmeddelande och målet Anpost blir myndighetens bedömning vansklig, om en anbudsgivare från en annan medlemsstat visar intresse för upphandlingen utgör det ett bestämt gränsöverskridande intresse, om då myndigheten gjort en motsatt bedömning vid utformande av förfrågningsunderlag kan det få oväntade konsekvenser för upphandlingens fortskridande. Jag anser därför att utgångspunkten för en bedömning om det gränsöverskridande intresset måste vara att det alltid finns ett bestämt gränsöverskridande intresse, och det är endast i uppenbara fall som ett sådant intresse saknas. Särskilt för Malmö stad mot bakgrund av deras geografiska placering mitt i öresundsregionen.

### 3.1.1 Utstationeringsdirektivets hårda kärna

Utstationeringsdirektivets grundläggande bestämmelser, och alltså det som avses i nya LOU-direktivet, utgörs av av sju punkter nämligen (a) arbetstider, (b) semester (c) minimilön (d) uthyrning av arbetstagare (e) säkerhet, hälsa och hygien (f) skydd för gravida, barn och unga och (g) likabehandling – den hårda kärnan.<sup>167</sup>

Direktivet kräver att de nationella bestämmelserna antar en viss form för att vara i överensstämmelse med utstationeringsdirektivet och unionsrätten i

---

<sup>162</sup> Mål C-346/06 Rüffert, p. 36.

<sup>163</sup> SOU 2015:78, s. 87.

<sup>164</sup> Dir. 2014/24/EU, skäl 37, 98. Se även SOU 2015:78, s. 117.

<sup>165</sup> KKV 2015:2, s. 25.

<sup>166</sup> KOMM 2006, p. 1.3; Se också mål C-507-03 – Anpost.

<sup>167</sup> Dir. 96/71/EG, art. 3.1.

övrigt. Fastställande av hårda kärnan ska därför ske genom lag, författningar eller kollektivavtal med allmän giltighet.<sup>168</sup> I undantagsfall finns det en möjlighet att genom andra kollektivavtal, än sådana med allmän giltighet, fastställa bestämmelser i enlighet med direktivet.<sup>169</sup> Förutsättningen är då att reglerna ”gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn [...] och inom det aktuella geografiska området”<sup>170</sup> alternativt ska avtalen vara ingångna av ”de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå [...]”.<sup>171</sup>

Lag och förordning är välbekanta institut, däremot bör begreppet allmängiltigförklaring förklaras särskilt. Allmängiltigförklaring innebär att kollektivavtalets täckningsområde utökas till att gälla hela, eller delar av arbetsmarknaden såsom en region, en bransch eller yrkesgrupp.<sup>172</sup> Allmängiltigförklaring av kollektivavtal har behandlats av EU-domstolen i målet Ruffert mot land Niedersachsen.<sup>173</sup> Domstolen fann att en allmängiltigförklaring av kollektivavtal måste ha större geografisk räckvidd än endast en delstat. I Tyskland finns allmängiltigförklarade kollektivavtal på nationell nivå. Av det sagda följer att kollektivavtal, för att ses som allmängiltiga, måste vara tydliggjorda på en högre nivå än den lokala. Allmängiltigförklaring av kollektivavtal ska inte sammanblandas med den språkligt närliggande första strecksatsen<sup>174</sup>, ”allmänt gällande för likartade företag”. Den första strecksatsen<sup>175</sup> tillkom till båtnad för de svenska och danska kollektivavtalssystemen, medan den andra strecksatsen<sup>176</sup> syftar till det italienska kollektivavtalssystemet.<sup>177</sup> Den gemensamma nämnaren för de olika formerna av fastställande är att de måste vara transparenta och skänka en tydlighet till båtnad för leverantören.

### **3.1.2 Svenskt införlivande av utstationeringsdirektivet**

Sverige har genomfört direktivet i lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare. Grunden för svenskt införlivande vilar på art. 3.8 i utstationeringsdirektivet.<sup>178</sup> Lagstiftningstekniken bygger på att hänvisa till annan nationell lagstiftning som har bäring på utstationeringsdirektivets hårda kärna, exempelvis, semesterlagen (1977:480), arbetstidslagen (1982:673) och arbetsmiljölagen (1977:1160), några direkta nivåer anges alltså inte. Utstationeringslagen ger istället arbetsgivare med utstationerade arbetstagare en möjlighet att freda sig från fackliga stridsåtgärder om denne

<sup>168</sup> Dir. 96/71/EG, art. 3.1, första strecksatsen.

<sup>169</sup> Dir. 96/71/EG, art 3 p.8, första och andra strecksatsen.

<sup>170</sup> Dir. 96/71/EG art. 3 p.8, första strecksatsen.

<sup>171</sup> Dir. 96/71/EG art. 3 p.8, andra strecksatsen.

<sup>172</sup> Dir. 96/71/EG art. 3 p.8.

<sup>173</sup> Mål C-346/06 – Ruffert.

<sup>174</sup> Dir. 96/71/EG, art. 3.1, p.8, första strecksatsen.

<sup>175</sup> Dir. 96/71/EG, art. 3.1, p.8, första strecksatsen.

<sup>176</sup> Dir. 96/71/EG, art. 3.1, p.8, andra strecksatsen.

<sup>177</sup> SOU 1998:52, s. 85.

<sup>178</sup> Prop. 2009/10:48, s. 31.

kan visa att ersättning och förmåner utgår i enlighet med det som lagen stipulerar.<sup>179</sup> Utelämnat från lagen är frågan om minimilöner då lönebildningen är något som arbetsmarknadens parter förhandlar om på egen hand, och som historiskt sett tjänat Sverige väl.<sup>180</sup> EU-domstolen har konstaterat att minimilöner kan göras gällande, under förutsättning att det sker i överensstämmelse med utstationeringsdirektivet.<sup>181</sup> För svensk del innebär det då att minimilönen ska följa av ”ett centralt kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området”.<sup>182</sup> Således stipulerar lagen att arbetsgivaren ska visa att han betalar lön i enlighet med ett ”centralt kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området.”<sup>183</sup>

Skälen till vald införlivningsmodell synes vara att framförallt LO tagit och tar avstånd från en lagstiftad eller allmängiltigförklarad minimilön. Ett införande av lagstiftade minimiregler skulle enligt LO medföra en maktförskjutning på bekostnad av fackförbunden. LO ser en risk att förlora sin legitimitet, och mot bakgrund av det skulle ”fripassagerarna” öka.<sup>184</sup> Att söka fastställa miniminivåer genom lag och författning kan för svenskt förmenande inte sägas vara en framkomlig väg mot bakgrund av vår svenska arbetsrättsliga modell.<sup>185</sup> Att allmängiltigförklara kollektivavtal sågs inte vid lagens tillkomst som en framkomlig väg mot bakgrund av den svenska modellens effektivitet och den ringa erfarenheten av social dumpning i Sverige. Arbetsmarknadens parter reserverade sig mot att införa allmängiltiga kollektivavtal. Sedan dess har det dock skett mycket, och 2013 väckte fackförbundet Transport en idédebatt där de retoriskt ställde frågan om allmängiltiga kollektivavtal kan lösa åkerinäringens problem.<sup>186</sup> Motståndet mot allmängiltiga kollektivavtal verkar onekligen blivit mer nyanserat sedan lagens tillkomst, och som det ser ut går inte skiljelinjen mellan fackförbund och arbetsgivare, utan snarast mellan olika branscher. Transportbranschen som upplever social dumpning är villig att söka alternativa vägar, medan de som inte upplever problemet inte ser anledningar att avvika från den svenska modellen.

Sveriges införlivande har dock ifrågasatts av EU-domstolen i Laval-målet.

---

<sup>179</sup> SOU 2015:78, s. 135.

<sup>180</sup> SOU 2008:123, s. 15-16.

<sup>181</sup> Jmf Mål C-346/06 Rüffert, p. 28-32; samt Mål C-341/05 Laval un partneri mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, p XX; jmf även SOU 2008:123, s. 29.

<sup>182</sup> Dir. 71/96/EG, art 3.8, första strecksatsen.

<sup>183</sup> Dir. 71/96/EG, art 3.8, första strecksatsen.

<sup>184</sup> LO, *Kollektivavtal som arbetsmarknadsmodell*, (Hämtad 2016-03-15),

[https://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vRes/lo\\_sammanfattning\\_kvartal\\_arbmmodell\\_pdf/\\$File/Sammanfattning\\_Kvartal\\_arbmmodell.pdf](https://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vRes/lo_sammanfattning_kvartal_arbmmodell_pdf/$File/Sammanfattning_Kvartal_arbmmodell.pdf)

<sup>185</sup> Den svenska modellen behandlas mer ingående längre fram i detta kapitel.

<sup>186</sup> Fackförbundet Transport, *Kan allmängiltiga kollektivavtal lösa transportnäringens problem*, (hämtad 2016-05-09).

<https://www.transport.se/Transport-tycker1/Kan-allmangiltiga-kollektivavtal-losa-transportnaringens-problem/>

Lavalmålet aktualiserade vissa problem i förhållande till den svenska arbetsrättsliga modellen. Laval un Partneri Ltd var ett lettiskt byggbolag som utstationerade lettisk arbetskraft till Sverige för byggandet av en skola i Vaxholm. Laval hade tecknat kollektivavtal med sin lettiska motpart och flertalet av Lavals anställda var medlemmar i det lettiska byggnadsarbetareförbundet. Svenska Byggnads kontaktade, under pågående byggnation, Laval och krävde anslutning till det svenska byggnadsavtalet. Laval avböjde med hänvisning till att de redan var knutna till ett lettiskt kollektivavtal och att man genom en anslutning till svenskt kollektivavtal bland annat skulle tvingas betala granskningsavgifter samt efter undertecknandet tvingas till löneförhandlingar med fackförbundet. Förhandlingarna bröt därmed ihop och Byggnads vidtog stridsåtgärder och någon månad senare vidtog elektrikerförbundet sympatiåtgärder. Laval vände sig då till Arbetsdomstolen och krävde att stridsåtgärderna skulle förklaras olovliga. Arbetsdomstolen vände sig till EU-domstolen med två tolkningsfrågor. Första frågan rörde huruvida det är förenligt med unionsrätten att genom stridsåtgärder tvinga gästande företag att teckna kollektivavtal när den nationella lagstiftningen täcker alla punkter utom minimilönen avseende utstationeringsdirektivets 'hårda kärna'.<sup>187</sup> Domstolen påpekade, att då byggnadsavtalet bland annat innehåller krav som följer utöver den hårda kärnan, granskningsavgifterna, samt att lönenivåerna fastslås genom lokala förhandlingar först efter undertecknande saknas en grundläggande transparens som krävs för överensstämmelse med unionsrätten. I praktiken medför ordningen att utländska företag svårligen kan utreda vad som följer av kraven på minimilön. Vidare krävde Byggnads löner baserat på en snittlön i Stockholmsområdet, snarare än den "stupstockslön" som framgick av det centrala byggavtalet. Åtgärden kunde därför inte sägas vara tillåten enligt unionsrätten.<sup>188</sup> Den andra frågan rörde huruvida Lex Britannia<sup>189</sup> var förenlig med unionsrätten. Inte heller det ansåg EU-domstolen vara en med unionsrätten överensstämmande ordning mot bakgrund av att företag med utländska kollektivavtal behandlades på samma sätt som inhemska företag utan kollektivavtal. Således stred det tydligt mot principen om icke-diskriminering.<sup>190</sup> Efter EU-domstolens dom ändrades svensk lagstiftning för att inte strida mot unionsrätten.<sup>191</sup>

Sundstrand ger uttryck för att Lavaldomen måste tolkas på så vis att direktivet utgör såväl tak som golv, sina bevekelsegrunder redogör inte Sundstrand närmare för.<sup>192</sup> Även Karl-Göran Algotsson resonerar om

---

<sup>187</sup> Mål C-341/05 Laval un partneri mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, p. 51.

<sup>188</sup> Mål C-341/05 Laval un partneri mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, p. 52, p. 69, p. 99-100.

<sup>189</sup> Jmf. AD 1989 nr 12; samt Prop. 1990/91:162. – Begreppet följer av ett avgörande i arbetsdomstolen där ett svenskt fackförbund vidtog stridsåtgärder mot ett bekvämlighetsflaggat fartyg vid lossning i en svensk hamn. Arbetsdomstolen fann åtgärderna olovliga, varför riksdagen senare vidtog lagstiftningsåtgärder för att dylika åtgärder skulle bli tillåtna.

<sup>190</sup> Mål C-341/05 Laval un partneri mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, p. 113, 116, 120.

<sup>191</sup> Se vidare SOU 2008:123; samt Adlercreutz och Mulder 2013, s. 179-180.

<sup>192</sup> KKV 2015:2, s. 21.

utstationeringsdirektivet som ett tak men tillägger att ”fackförbundet inte får vidta stridsåtgärder för att driva krav som går utöver direktivets minimiskydd.”<sup>193</sup> Jag tolkar Lavaldomen på följande sätt. Domen ger arbetsgivaren rätt att tillämpa bättre villkor än de som anges i utstationeringsdirektivet, eller värdlandets miniminivåer, men arbetsgivaren får inte sjunka under värdlandsnivåerna. På så vis utgör domen både golv och tak, men samtidigt är lagstiftaren fri att själv höja taket eller sänka golvet.<sup>194</sup> Däremot får inte ett fackförbund tvinga fram bättre villkor medelst stridsåtgärder. Jag vill därför mena att Lavaldomen inte utgör ett tak, utan endast ett förbud att framtvunga bättre villkor genom stridsåtgärder. Domen riktar udden mot lagstiftaren på så vis att denne har haft möjlighet att materiellt fylla ut direktivet, men har valt att inte fylla ut den hårda kärnan i direktivet på ett transparent sätt.<sup>195</sup> Därför finns det inte heller någon möjlighet för fackförbunden att genom stridsåtgärder tvinga utstationerade leverantörer till en viss lönenivå. Man kan däremot genom stridsåtgärder angripa den hårda kärna som är införlivad på det sätt som direktivet avser. Det reser frågan hur mycket vi måste ändra av svensk arbetsrätt för att bättre förhålla oss till unionsrätten på området. Kan vi lagstifta om saker som går utöver vad utstationeringsdirektivet stipulerar. Utgör utstationeringsdirektivet, golv, tak eller mur gentemot unionen?

För att kunna tillämpa en minimilön i enlighet med utstationeringsdirektivet innebär det att en minimilön måste framgå av ett centralt kollektivavtal på nationell nivå.<sup>196</sup> Utstationeringsdirektivet ska tolkas i ljuset av dess syfte; att säkerställa en lojal konkurrens och att skapa en transparent och förutsägbar grund för marknaden.<sup>197</sup> Att tolka utstationeringsdirektivet med utgångspunkt i anställningstrygghet och social skyddsregler ger därför en felaktig utkomst av direktivet. Vid en optimal tillämpning av direktivet ger det per definition en trygg arbetsmarknad samtidigt som det utesluter oseriösa aktörer och skapar en stabil och förutsägbar inre europeisk marknad. En leverantör ska kunna lämna anbud på en transparent grund, samtidigt som det finns en anställningstrygghet för de som ska utföra tjänsterna. Om den svenska arbetsrättsliga modellen ska bestå innebär det därför att arbetsmarknadens parter måste enas på ett sätt som stämmer överens med unionsrätten och i synnerhet med principen om transparens.

## 3.2 Den svenska modellen

Den svenska arbetsmarknaden kan under 1900-talets början betecknas som förhållandevis konfliktfylld, och det var först 1938 då Saltsjöbadsavtalet undertecknades som en relativ arbetsro kunde infinna sig – ett avtal som symboliserar den svenska modellen i sin linda. Saltsjöbadsavtalets tillkomst

---

<sup>193</sup> Algotsson 2008, s. 332.

<sup>194</sup> Mål C-341/05 – Laval, p. 57.

<sup>195</sup> Se SvJT 2008 s. 553, för en djupare analys av laval målet i denna del.

<sup>196</sup> Se Mål C-341/05 – Laval, p. 65; samt Dir. 96/71/EG, art. 3.8, andra stycket, första strecksatsen.

<sup>197</sup> Mål C-341/05 – Laval, p 74.

är sådan att den socialdemokratiska regeringen bjöd 1936 in parterna LO och SAF<sup>198</sup> till överläggningar. Inbjudan kan i princip ses som ett hot om lagstiftning. Parterna tackade dock nej och valde istället att förhandla direkt med varandra. Mot bakgrund av hotet om lagstiftning kom parterna fram till en samförstånds lösning,<sup>199</sup> och saltsjöbadsandan föddes.<sup>200</sup> Avtalet medförde att arbetsmarknadens parter fick betydande frihet att genom kollektivavtal komma överens om löner och andra villkor, en samförstånds lösning som till viss del står sig ännu idag.<sup>201</sup> Avtalet innebar bland annat att lagstiftaren lämnade över en stor del av ansvaret till parterna, under förutsättning att parterna kunde minska antalet stridsåtgärder.<sup>202</sup>

Fram till 70-talet saknades i princip all form av lagstiftning på arbetsrättens område, men i ljuset av en internationell utveckling bröt lagstiftaren sin passivitet.<sup>203</sup> Den internationella utvecklingen föranledde en vänstervåg i Sverige och med den följde ett antal stora och vilda strejker.<sup>204</sup> Då samförståndsandan verkade tunnas ut kände sig den socialdemokratiska regeringen tvungen att intervensera genom lagstiftning, och man kan då prata om en första juridifieringsvåg av svensk arbetsrätt.<sup>205</sup> Flertalet lagar har sedan dess tillkommit och svensk arbetsmarknad är idag reglerad genom lag, kollektivavtal och enskilda anställningsavtal. Endast lönebildningen är till dags dato helt oreglerad.<sup>206</sup> De olika lagar som täcker arbetsmarknaden är semidispositiva, vilket i korthet innebär att de till viss del går att avtala bort genom kollektivavtal, men inte genom andra typer av avtal. Det råder således en exklusiv kompetens på det arbetsrättsliga området för arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer.<sup>207</sup> Arbetsgivare som är bundna av kollektivavtal kan göra avsteg från lagregler, medan obundna arbetsgivare hela tiden måste följa lagreglerna.<sup>208</sup> Som synes finns det incitament för att så många som möjligt ska teckna kollektivavtal. Den andra juridifieringsvågen kan i sägas ha aktualiserats genom vårt inträde i

---

<sup>198</sup> Motsvarande Svenskt Näringsliv.

<sup>199</sup> Elvander 2002, s. 200.

<sup>200</sup> Hansson påpekar i sin avhandling att decemberöverenskommelsen från 1906 spelar en avgörande roll i omdanandet av den svenska arbetsrätten, samtidigt som Saltsjöbadsavtalet medförde en mer omfattande samförstånds lösning, Hansson 2010, s. 37.

<sup>201</sup> SOU 2008:123, s. 15.

<sup>202</sup> Sigeman 2010, s. 17.

<sup>203</sup> Sigeman 2010, s. 18.

<sup>204</sup> Ett exempel är den stora gruvstrejken i Kirunagruvan i början av 70-talet.

<sup>205</sup> Sigeman, s. 18, under 70-talet tillkom både Lagen om anställningsskydd och Medbestämmandelagen. Se vidare Elvander som talar om olika regimer, nämligen Saltsjöbadsregimen, Konfliktregimen och prövar begreppet den ”nya lönebildningsregimen” som utgörs av industriavtalet, Elvander 2003, s. 16. Då det här är en juridisk uppsats finner jag skäl att se på de olika regimerna utifrån ett juridiskt perspektiv, och då blir lagstiftningen av särskilt intresse. Under saltsjöbadsregimen fanns kort sagt ingen lagstiftning, medan konfliktregimen ledde till en ökad lagstiftning, en juridifiering skedde. Jag väljer därför att prata om olika juridifieringsvågor.

<sup>206</sup> SOU 2008:123, s. 15.

<sup>207</sup> Sigeman 2010, s. 24.

<sup>208</sup> SOU 2015:78, s. 57.

EU, och tagit sin början genom ett antal uppmärksammade domar från EU-domstolen. En våg som vi ännu inte sett slutet på.<sup>209</sup>

Vad är då den svenska modellen? Ett utmärkande drag för förhållanden på svensk arbetsmarknad är den höga organisationsgraden och därmed höga kollektivavtalsmässiga täckningsgraden.<sup>210</sup> Det råder också en enhetlighet där parterna utgörs av fåtalet starka organisationer – LO, Saco, TCO och Svenskt Näringsliv.<sup>211</sup> En annan aspekt är att parterna har förhållandevis långtgående möjligheter till stridsåtgärder, men framförallt sympatiåtgärder.<sup>212</sup> Sympatiåtgärder går att vidta trots fredsplikt. Fredsplikt innebär ett förbud mot att vidta stridsåtgärder och inträder då det finns ett tecknat kollektivavtal för området, samtidigt finns det begränsade möjligheter för en part med ett tecknat kollektivavtal att vidta stridsåtgärder om de syftar till att ”stödja någon annan”.<sup>213</sup> Den typen av åtgärder kallas sympatiåtgärder.<sup>214</sup> Vad som framförallt utgör en särställning i den svenska modellen är dock kollektivavtalet.

### 3.2.1 Kollektivavtalet i svensk rätt

Kollektivavtalet beskrivs i lag som ett skriftligt avtal mellan två parter. Parterna utgörs av en enskild arbetstagare eller en arbetstagarorganisation på ena sidan, och en arbetsgivarorganisation på andra sidan.<sup>215</sup> Adlercreutz definierar fyra rekvisit för att ett kollektivavtal ska föreligga – det ska vara fråga om ett skriftligt avtal ingånget av behöriga parter med ett visst innehåll.<sup>216</sup> Med skrivningen *visst innehåll* pekar Adlercreutz på att avtalet ska innehålla bestämmelser om anställningsvillkor för arbetstagare, och som sådant är området omfattande.<sup>217</sup> Förhandlingen att nå ett avtal sker mellan parterna på arbetsmarknaden utan intervention från lagstiftaren, med ett förbehåll. Staten kan genom medling ingripa i avtalsförhandlingarna. Medlingsinstitutet, som är den statliga företrädaren, har till uppgift att sörja för arbetsfred och samtidigt verka för en god lönebildning.<sup>218</sup> Medling har som sådant funnits länge, men Medlingsinstitutet i dess nuvarande form tillkom efter den ekonomiskt turbulenta tiden på 80- och 90-talet.<sup>219</sup>

---

<sup>209</sup> Se mål C-341/05 – Laval som riktades mot Sverige; se även mål C-438/05 Viking Line; och C-346/06 Rüffert; se även Hansson 2010, s. 86.

<sup>210</sup> SOU 2008:123, s. 143; se också Sigeman 2010, s. 21; se också Medlingsinstitutet 2015, s. 42, för organisations- och täckningsgrad. Cirka 70 procent av alla anställda är medlemmar av ett fackförbund och cirka 90 procent av alla löntagare omfattas av ett kollektivavtal.

<sup>211</sup> Sigeman 2010, s. 23.

<sup>212</sup> Sigeman 2010, s. 22.

<sup>213</sup> 41 § p.4, MBL.

<sup>214</sup> För mer om sympatiåtgärder rekommenderas Svenska sympatiåtgärder i ett internationellt perspektiv av Fahlbeck, 2006.

<sup>215</sup> MBL 23 §.

<sup>216</sup> Adlercreutz och Mulder 2013, s. 116.

<sup>217</sup> Adlercreutz och Mulder 2013, s. 119.

<sup>218</sup> MBL 46-53 §§.

<sup>219</sup> Adlercreutz och Mulder 2013, s. 148.



Syftet med kollektivavtalet är att reglera anställningsvillkor för arbetstagare, samt andra förekommande spörsmål mellan arbetsgivare och arbetstagare.<sup>220</sup> De centrala kollektivavtalen är tänkta att vara heltäckande och reglerar både det som anges i lag, men framförallt det som inte anges i lag.<sup>221</sup> Att införa lagstiftningsmaterial i ett kollektivavtal kan till det yttre se ut som tautologi, men det finns två synbara anledningar. Ett gällande kollektivavtal innebär fredsplikt mellan parterna, motsatsvis innebär det alltså att ett ogiltigt avtal inte medför fredsplikt. Därför råder det inte heller fredsplikt i frågor som är oreglerade.<sup>222</sup> Därför införs regelmässigt lagstiftningens lydelse i kollektivavtalet för att undvika en situation där ett spörsmål skulle kunna anses oreglerat, varpå arbetsfreden riskeras. Den andra aspekten är att kollektivavtalet till sin karaktär är ett civilrättsligt avtal, och som en del i det civilrättsliga avtalspaketet ingår påföljder – exempelvis skadestånd.<sup>223</sup> Om då lagregler ingår som avtalsinnehåll är det lättare att angripa avtalet med civilrättsliga påföljder. Lönebildningen är inte reglerad i lag utan bestäms uteslutande genom kollektivavtal, lönebildningen utgör därför ett bärande tema för kollektivavtalet, och som sådant innehar lönebildningen en central roll i den svenska modellen.<sup>224</sup> Förhandlingarna på central nivå leder fram till en konkret lön angivet i siffror, men det finns också en betydande andel centrala avtal som är ”sifferlösa avtal”.<sup>225</sup>

Kollektivavtal kan vidare ingås av lokala parter, med grunden i ett centralt avtal. Möjligheten till lokala kollektivavtalsmässiga avsteg ger en större flexibilitet på arbetsmarknaden då varje avtal kan anpassas till den specifika branschen, eller ännu mer precist, den specifika branschens lokala förutsättningar.<sup>226</sup> Floran av centrala kollektivavtal är samtidigt stor, under 2015 fanns det 682 kollektivavtal registrerade hos medlingsinstitutet.<sup>227</sup> Möjligheten till lokala avvikelser medför att det, utöver de centrala avtalen, finns en oöverskådlig mängd avtal på olika arbetsplatser runt om i Sverige. Samtidigt finns inte de centrala kollektivavtalen allmänt tillgängliga, utan är förbehållna avtalslutande parter och dess medlemmar.<sup>228</sup> En faktor som måste beaktas då kollektivavtalsliknande villkor utgör det materiella innehållet i särskilda kontraktsvillkor vid offentliga kontrakt. Vita jobbmodellen riskerar på den punkten uppenbart strida mot transparensprincipen.

---

<sup>220</sup> Schmidt 1997, s. 52.

<sup>221</sup> SOU 2015:78, s. 58.

<sup>222</sup> Schmidt, 1997, s. 189.

<sup>223</sup> SOU 2015:78, s. 59.

<sup>224</sup> Hansson 2010, s. 54.

<sup>225</sup> SOU 2015:78, s. 59.

<sup>226</sup> SOU 2015:78 s. 57 ff.

<sup>227</sup> Medlingsinstitutet 2015 s. 13.

<sup>228</sup> SOU 2015:78, s. 11.

### 3.2.2 Kollektivavtalets särdrag

Kollektivavtalet beskrivs av Sigeman som ett avtal med drag av lagstiftning.<sup>229</sup> Ett argument som förvisso kan accepteras mot bakgrund av vilken ställning kollektivavtalet har i den svenska arbetsrätten, där kollektivavtalet inte bara binder de avtalsslutande parterna, utan även påverkar tredje man.<sup>230</sup>

Samtidigt framgår det tydligt av regeringsformen att riksdagen ensam stiftar lag, varför ett kollektivavtal enligt svensk rätt inte kan utgöra lagstiftning.<sup>231</sup> Analogin syftar snarast på avtalets rättsverkningar. Kollektivavtalet utgör, till skillnad mot andra avtal, en viktig rättskälla på det arbetsrättsliga området då lagstiftaren i stor utsträckning låter parterna komma överens sinsemellan.<sup>232</sup> Varseblivningen av kollektivavtalet som lag kan eventuellt hjälpa oss att förstå reaktionerna på EU-domstolens avgöranden i Laval-målet. Motståndet grundas då i uppfattningen att ett svenskt kollektivavtal har fullgod täckning på svensk arbetsmarknad, närmast lag, varför också då EU-domstolen borde acceptera nuvarande ordning. Givet att den svenska arbetsrättsliga modellen också syftar till att förhindra social dumpning, så bör det onekligen inte äga betydelse huruvida bestämmelserna framgår av lag eller ej.<sup>233</sup> En sådan invändning tar dock inte hänsyn till unionsrättsliga överväganden om den inre marknaden och de fyra friheterna.<sup>234</sup>

Kollektivavtalet måste, bland annat mot bakgrund av regeringsformen, sägas vara ett civilrättsligt formalavtal.<sup>235</sup> Då kollektivavtal antar formen av ett avtal, medför det en viljeförklaring mellan två parter att nå samförstånd i anställningsfrågor. Inledningsvis kan det konstateras en viktig skillnad rörande partssammansättningen. Ett kommersiellt avtal på den inre marknaden, vilket i denna uppsats är ett resultat av en offentlig upphandling som föregått avtalets ingående, har innan upphandlingen flertalet potentiella leverantörer. Leverantörer kan i detta kapitel för enkelhetens skull beskrivas som avtalsparter, potentiella och faktiska. De faktiska avtalsparterna kan skifta beroende på vilken potentiell avtalspart som lämnar det bästa anbudet i kombination med accept av de särskilda kontraktsvillkor som stipuleras i upphandlingsförfarandet.<sup>236</sup> Kort sagt är inte avtalsparterna nödvändigtvis samma år efter år, utan de kan förändras. Vid förhandlingar av ett kollektivavtal är dock parterna samma år efter år, de förändras inte utan utgörs alltid av samma arbetsgivarorganisation på ena sidan och samma arbetstagarorganisation på andra sidan.

---

<sup>229</sup> Sigeman 2010, s. 81.

<sup>230</sup> Hansson 2010, s. 156.

<sup>231</sup> RF 1 kap 4§.

<sup>232</sup> Nyström 2011, s. 63.

<sup>233</sup> Se dock Hansson 2010, s. 89.

<sup>234</sup> Se kap. 1.

<sup>235</sup> För ett utvecklat resonemang, se Hansson 2010, s. 59 ff; se också SOU 2015:78, s. 122.

<sup>236</sup> För särskilda kontraktsvillkor, se kap 2 i denna uppsats.

Incitamenten att nå ett kollektivavtal är också större jämfört med ett kommersiellt avtal som ovan beskrivits. Ur arbetsgivarens perspektiv finns det en överhängande risk för stridsåtgärder vid ett kollektivavtalslöst tillstånd,<sup>237</sup> samtidigt som kollektivavtalet, ur ett arbetstagarperspektiv ger inflytande. Det finns därför en risk att oklarheter helt enkelt skjuts åt sidan, med hopp om att en tvist inte uppstår, för att nå arbetsfred.<sup>238</sup> En annan aspekt som särskiljer ett kollektivavtal är att det föreligger ett lagstadgat formkrav för ingående.<sup>239</sup> Formkravet har bäring på avtalet ingående, samtidigt som ett formkrav kan avhjälpa brister i parternas samsyn i avtalets innehåll. Formkravet hjälper således till vid tolkning av avtalet.

### 3.2.3 Det kollektivavtalsliknande villkoret

Det finns ingen entydig definition av vad ett kollektivavtalsliknande villkor är. Ett kollektivavtal är däremot ett avtal mellan arbetsmarknadens parter som reglerar förhållanden inom ramen för en anställning, det kan röra såväl lön som arbetstid eller andra särskilda förmåner.<sup>240</sup> För svensk del utgör lönebildningen en central del i kollektivavtalet, då den inte sker någon annanstans. Vad är då kollektivavtalsliknande villkor, eller villkor enligt kollektivavtal? SOU 2015:78 menar att det är ”villkor som normalt regleras i centrala kollektivavtal om lön och anställningsvillkor”.<sup>241</sup> En definition som kan sägas vara riktig utifrån ett språkligt perspektiv, men som inte egentligen skänker någon ytterligare klarhet hur kollektivavtalsliknande villkor förhåller sig till unionsrätten och det civilrättsliga avtalet.

Som en definition av vad ett kollektivavtal är går det att ansluta sig till utredningens bedömning, men definitionen skänker inte något ljus i frågan; vad innebär det att ett villkor *liknar* kollektivavtal. Kollektivavtalsliknande villkor måste, för att vara i överensstämmelse med unionsrätten, vara transparenta och tydliga. Villkoren ska *likna* kollektivavtalet, i så måtto att det av lydelsen i avtalet ska framgå vilka förpliktelser leverantören åtar sig. Att peka på ett kollektivavtal och hänvisa till dess paragrafer är inte att använda sig av kollektivavtalsliknande villkor, det är att använda sig av kollektivavtalsvillkor. Ett villkor *utvunnet* ur ett kollektivavtal är därför ett begrepp som bättre beskriver ett kollektivavtalsliknande villkor.

### 3.2.4 Industriavtalet och lönebildningen

Sedan den första juridifieringsvågen har lönebildningen stått i fokus i den rättspolitiska debatten. Förhandlingen av de många olika kollektivavtalen var splittrad med resultat att löneökningarna ledde till en ökad inflation, en

---

<sup>237</sup> Se ovan.

<sup>238</sup> Hansson 2010, s. 271.

<sup>239</sup> 23§ MBL.

<sup>240</sup> Se *Risken för social dumpning*, kap. 3.1.

<sup>241</sup> SOU 2015:78, s. 59.

faktor som anses ha fördjupat den ekonomiska krisen i början av 90-talet.<sup>242</sup> Löneökningarna var mycket höga, med resultat att inflationen drevs upp och reallöneökningar uteblev.<sup>243</sup> Samtidigt kom regeringen med en uppmaning till arbetsmarknadsparterna om att samordning på lönebildningsområdet krävdes, med risk för att staten återigen skulle intervensera. Relativt snabbt därefter kom industrins fackförbund med en invit om förhandling till SAF som accepterade, och blott sex månader senare kunde Industriavtalet presenteras.<sup>244</sup>

Avtalets funktion är att erbjuda en formaliserad förhandlingsordning med syfte att komma ifrån de utdragna förhandlingar som tidigare var vanligt.<sup>245</sup> Utgångspunkten tas i den internationellt konkurrensutsatta industrisektorn och förhandlingarna inleds tre månader innan avtalet löper ut, genom att industrins parter för fram sina olika krav. Förhandlingarna ska mynna ut i ett kollektivavtal med en procentuell kostnadsökning, industriavtalets märke.<sup>246</sup> Industriavtalets märke har en lönenormerande roll på så vis att det är den internationellt konkurrensutsatta industrin som sätter ramarna för kommande avtalsförhandlingar inom andra sektorer.<sup>247</sup> Syftet med avtalet är att på ett kontrollerat sätt höja lönerna samtidigt som en låg arbetslöshet kan bibehållas och köpkraften består.<sup>248</sup> En central stödpunkt med industriavtalet är den breda uppslutning som finns bakom avtalet, sjutton arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer som representerar en större del av industrisektorerna inom Svenskt Näringsliv, LO, TCO och Saco.<sup>249</sup>

### 3.2.5 Industriavtalet som en framtida modell

Vid tiden för tillkomsten av Saltsjöbadsavtalet och Industriavtalet hade riksdagen den oinskränkta makten att stifta lag. Idag måste riksdagen dock förhålla sig till ett unionsrätten i allmänhet, och principen om unionsrättens företräde i synnerhet. På arbetsrättens område har det således skett omfattande förändringar. Svante Nycander har forskat om Sveriges arbetsmarknad under 1900-talet, och enligt honom ligger Saltsjöbadsavtalet bakom det relativa samförstånd som präglade svensk arbetsmarknad och lönebildningen under stor del av nittonhundratalet.<sup>250</sup> Också Nils Elvander, professor i statsvetenskap, extraherar en bärande likhet mellan Saltsjöbadsavtalet och Industriavtalet. Han beskriver avtalen som en ”symbol för en allmän samförståndsanda på arbetsmarknaden”.<sup>251</sup> Även

---

<sup>242</sup> Sigeman 2010, s 78. Se också Elvander 2002, s. 195.

<sup>243</sup> Elvander 2002, s. 195-196.

<sup>244</sup> Elvander 2002, s. 197.

<sup>245</sup> Elvander 2003, s. 18.

<sup>246</sup> Industriavtalet, s. 20.

<sup>247</sup> Adlercreutz och Mulder 2013, s. 37.

<sup>248</sup> 1§ industriavtalet, se också s. 8.

<sup>249</sup> Adlercreutz och Mulder 2013, s. 37; Elvander 2003, s. 15; se också SvJT 2001 s. 314.

<sup>250</sup> Nycander 2002, s. 129.

<sup>251</sup> Elvander s. 202.

Numhauser-Henning pekar på just industriavtalet som ett mycket gott exempel på hur den svenska modellen kan fungera.<sup>252</sup>

Den svenska modellen sägs dock stå under press, och det krävs samförstånd hos parterna för att i framtiden kunna behålla greppet om den svenska modellen.<sup>253</sup> De senaste decennierna har det gått att se en förändring av den svenska statsförvaltningen, en förändring som kan härledas till EU:s anspråk på utökat kompetensområde. Den svenska arbetsrättsliga modellen har varit föremål för EU-domstolens bedömning genom rättsfall som Laval<sup>254</sup>, och mer indirekt genom mål som Rüffert<sup>255</sup> och Viking line.<sup>256</sup> En betydande förändring som kan ses är en ökad juridifiering, alltså att domstolarnas makt över politiska beslut har ökat.<sup>257</sup> Ett tydligt exempel på juridifieringen är just Laval-målet från 2005 där ett domslut tvingar fram politiska förändringar i linje med domslutet.<sup>258</sup> I sammanhanget är det värt att peka på Brittaniadomen från 1989 där motsatsen skedde.<sup>259</sup> Politikerna är därför i någon mån klavbundna till en överstatlig rättsordning de inte kan påverka via den svenska riksdagen. Det finns skäl att fundera över hur den svenska arbetsrättsliga modellen ska omformas för att passa in i den överstatliga miljö som nu påverkar. Jag vill påstå att det fortfarande finns politiska verktyg att tillgå.

Den svenska modellen bygger på kollektivavtal, och att arbetsmarknadsparterna når samförstånd i lönebildningen. Lagstiftaren är således inte delaktig. Nyström påpekar att EU-domstolen i princip bara accepterar lagstiftning för genomförande av direktiv.<sup>260</sup> Sigeman menar å sin sida samtidigt att kollektivavtal *i princip* är lagstiftning. Mot bakgrund av Laval-målet resonerar Hansson i termer av att EU-domstolen förutsätter någon typ av statlig inblandning i lönebildningen. Han menar att det inte är ett uttryckligt krav, ”snarare en förgivettagen förutsättning bakom EU-rätten”,<sup>261</sup> alltså finns det en föreställningsbakgrund att lönebildningen förutsätter en statlig inblandning för att vinna legitimitet.<sup>262</sup>

Rosén-Andersson m.fl. påpekar att EU-domstolen i målet Kommissionen mot Grekland<sup>263</sup> sagt att det går att ställa vissa konkreta krav motsvarande de som finns i ett kollektivavtal, utan att som sådant ställa krav på utpekade kollektivavtal. Förutsättningen är att kraven är proportionerliga till upphandlingsföremålet, endast omfattar den del av verksamheten som

---

<sup>252</sup> SvJT 2001 s. 314.

<sup>253</sup> Algotsson 2008, s. 323.

<sup>254</sup> Mål C-341/05 – Laval

<sup>255</sup> C-346/06 – Rüffert

<sup>256</sup> Mål C-438/05 – Viking line.

<sup>257</sup> Algotsson 2008, s. 323.

<sup>258</sup> Se mål C-341/05 – Laval; samt Prop. 2009/10:48 som ändrade svensk rätt så att den skulle vara bättre överensstämmande med unionsrätten.

<sup>259</sup> Se AD 1989 nr 120 och därpå följande Prop. 1990/91:162 där lagstiftningen förändrades i riktning bort från AD:s domslut för att bättre iakttä den svenska modellens syfte.

<sup>260</sup> Nyström 2011, s. 60.

<sup>261</sup> Hansson 2010, s. 89.

<sup>262</sup> Hansson 2010, s. 89.

<sup>263</sup> Mål C-489/06 – Grekland.

upphandlas och att det stämmer överens med vad som uttalats av EU-domstolen samt unionsrätten i övrigt.<sup>264</sup>

Jag anser att det är en väl långtgående slutsats att det endast skulle vara staten som ska ges möjlighet att driva lönebildningen. Mot bakgrund av EU-domstolens dom i målet Kommissionen mot Grekland samt att Utstationeringsdirektivet uttryckligen öppnat upp för den svenska arbetsrättsliga modellen, ser jag möjligheter för arbetsmarknadens parter att ta rollen som en tydlig och transparent aktör, liksom en lagstiftare, under förutsättning att det genom kompromisser går att nå samförstånd.

Jag identifierar dock ett problem. Industriavtalet har idag funnits närmare tjugo år, men samarbetet fortgår inte helt utan komplikationer, särskilt mot bakgrund av årets avtalsrörelse där ett antal fackförbund valde att bortse från industriavtalets normerande verkan.<sup>265</sup> Det går att dra paralleller till allmänningens dilemma. Ellinor Ostrom, nobelpristagare i ekonomi 2009 har i sin forskning behandlat allmänna resurser och hur de används, och har där vidareutvecklat teorin.<sup>266</sup> Ostrom använder som pedagogiskt exempel en by där varje bonde har ett antal betesdjur och egna betesmarker. Samtidigt finns det en allmänning vilken alla bönder kan använda fritt. Samtliga bönder förstår att bruket av allmänningen innebär en personlig vinning, men samtidigt medför det att allmänningen blir överutnyttjad om alla tänker likadant. På sikt kanske allmänningen rent av blir överutnyttjad. Även om enskilda bönder inser problemet, så är hans egen påverkan marginell varför det saknas incitament att minska sitt eget utnyttjande av resursen. Effekten kan snarast bli omvänd, om han vill få någon egen nytta av resursen måste han snabba på sitt utnyttjande innan resursen är uttömd. Situationen beskrivs inom samhällsvetenskapen som en ”social fälla” eftersom alla aktörer kan inse att samarbete gynnar kollektivet, men så länge det går att vinna egna fördelar så görs det.<sup>267</sup>

Något som då knyter samman Saltsjöbadsavtalet och Industriavtalet, mot bakgrund av allmänningens dilemma är viljan till samförstånd – ett samförstånd som växte fram till följd av en period av konflikt. Samtidigt konstaterar Karl-Göran Algotsson att politiska partier ibland tar ställning utifrån vad som gynnar den egna maktställningen, istället för en författningsspolitisk princip. Det viktiga är alltså att beslutet gynnar den egna organisationen, om det är rätt eller fel är mindre viktigt.<sup>268</sup> För att industriavtalet ska kunna lösa problemet med lönebildningen förutsätter det att arbetsmarknadens parter enas. Numhauser-Henning tycks dessutom se

---

<sup>264</sup> Rosén-Andersson m.fl. 2015, s. 365.

<sup>265</sup> I årets avtalsrörelse sprack LO:s samordning och sex fackförbund bröt sig ur. Trots att märket var satt på 2.2 procent yrkade förbunden inom 6F högre löneökning, se hemsidan för 6F; (Hämtad 2016-05-07) <http://www.6f.se/Nyheter/tabid/9284/ID/76/Fackforbunden-inom-6F-presenterar-sina-krav-infor-avtalsrorelsen.aspx>.

<sup>266</sup> Ostrom 2009, s. 31.

<sup>267</sup> Ostrom 2009, 7.

<sup>268</sup> Algotsson 2008, s. 326.

lagstiftaren som en av de pådrivande krafterna vid industriavtalets tillkomst, en roll som den därför återigen bör ikläda sig.<sup>269</sup>

Det sagt är det viktigt att hålla fokus på vad som utgör sakfrågan. Unionen äger möjlighet att omstörta den svenska arbetsmarknadsmodellen som tjänat Sverige väl. Sakfrågan är hur den svenska lönebildningen förhåller sig till unionsrätten, inte bruket av kollektivavtal.

---

<sup>269</sup> SvJT 2001 s. 314 *ff.*

# 4 Kontraktsvilkorens faktiska innehåll

## 4.1 Inledning

Upphandlingsförfarandet är just bara ett förfarande, en ram, som syftar till att skapa förutsättningar för att ingå ett avtal. Den anbudsgivare som lämnat bäst anbud kommer få möjlighet att teckna avtal med beställaren. Avtalet som tecknas är ett kommersiellt (tjänste)avtal, och ska som sådant betraktas som ett civilrättsligt avtal mellan en beställare och en leverantör. Genom vita jobb-modellen såsom den tillämpas i Malmö stad så skulle avtalet innehålla villkor ur ett kollektivavtal.<sup>270</sup> Eventuella problem i avtalsrelationen löses i enlighet med vad avtalet stipulerar i fråga om påföljder.

Det aktualiserar frågor rörande avtalets faktiska innehåll samt hur avtalet ska tolkas. Följande aspekter måste därmed beaktas. Tjänsteavtalet träffas av två parter, beställare och leverantör, vilka härrör från upphandlingsförfarandet. Samtidigt innehåller vita jobb-modellen, såsom tillämpade i Malmö stad, en direkt hänvisning till specifika svenska kollektivavtal ingångna av arbetsmarknadens parter. Det kommersiella avtal som träffats mellan två parter innehåller, utöver den direkta ordalydelsen, en gemensam vilja mot bakgrund av upphandlingsförfarandet och andra överväganden. Samtidigt inkorporeras ett kollektivavtal i parternas avtal, där de särskilda kontraktsvilkoren stipulerar att en given paragraf i ett utvalt kollektivavtal ska tillämpas i en specifik situation. Kollektivavtalet har tillkommit genom tämligen formaliserade förhandlingar mellan arbetsgivar- och arbetstagarorganisationer, och som avtal betraktat finns det där då ytterligare en ordalydelse och gemensam vilja, men med ett annat syfte och mellan andra parter. Om det uppstår en tvist i det kommersiella avtalet, mot bakgrund av de särskilda kontraktsvilkoren uppstår en problematisk situation. Vem ska avgöra innebörden av de särskilda kontraktsvilkoren – parterna som tvistar om ett upphandlingskontrakt, eller parterna som ingått kollektivavtalet?

### 4.1.1 Ordalydelse eller den gemensamma partsavsikten – vad går först?

Allmänt sett syftar avtalstolkning till att klargöra vad parterna avsett med grund i det material som läggs fram, ofta med utgångspunkt i det skriftliga avtalet.<sup>271</sup> Det handlar alltså i korthet om att avgöra vad en oklar text har för

---

<sup>270</sup> Se ovan, *Det materiella innehållet*, kap. 2.3.

<sup>271</sup> Adlercreutz och Gorton 2010, s. 39.



innebörd,<sup>272</sup> och för att dra paralleller till lagtolkning så brukar juristen gå till lagförarbeten för att utröna vad som gömmer sig bakom en svårtolkad paragraf. Vid avtalstolkning finns inga formella lagförarbeten, däremot går det att titta på partsavsikten vid tillkomsten av avtalet, för att utröna dess avtalsrättsliga innehåll.<sup>273</sup> Schmidt förklarar ”att vad parterna gemensamt åsyftat också skall bestämma avtalets innebörd”,<sup>274</sup> konkret uttryckt ska alltså den gemensamma partsavsikten gestaltas. Schmidts ståndpunkt är den, att för det fall den gemensamma partsavsikten kan urskiljas ska den ges en framträdande roll vid avtalstolkning.<sup>275</sup> Ramberg och Ramberg påtalar samtidigt, då det kan vara svårt att i efterhand avgöra vad parterna behandlat under avtalets tillblivande måste den gemensamma partsavsikten uttolkas med försiktighet.<sup>276</sup> Något som Schmidt också verkar ge uttryck för i sin ståndpunkt ovan. Adlercreutz påpekar att den gemensamma partsavsikten har en större betydelse än vad ordalydelsen kan sägas ha, då textens lydelse egentligen bara är ett ”bevismedel för vad som avtalats”.<sup>277</sup>

Tolkning av kollektivavtal kan i stort göras på samma sätt som ovan beskrivits. De första förslagen på en kollektivavtalslag innehöll ett uttryckligt stadgande kring hur tolkning av kollektivavtal skulle ske, något som uppmärksammas av Hansson.<sup>278</sup> Stadgandet, som tillkommit på inrådan av lagrådet, framgick av prop. 1910 nr 96 och stipulerade att det ”vid tolkning af kollektivavtal skall tagas hänsyn ej blott till den upprättade handlingens innehåll utan även till hvad som förekommit vid förhandlingar rörande aftalets tillkomst eller eljest skäligen kan tjäna till ledning i fråga om tolkningen”.<sup>279</sup> Vad som ges uttryck för är att den gemensamma partsavsikten ska vara vägledande vid tolkning av kollektivavtal.<sup>280</sup> Något som får betydelse då den gemensamma partsavsikten ska avgöras är det faktum att kollektivavtalet träffar en vidare krets, jämfört med ett kommersiellt avtal. En av kollektivavtalets funktioner är att påverka hela kollektivet av arbetstagare, medan ett kommersiellt avtal endast påverkar avtalsparterna.

Således, utifrån en samlad syn, bör slutsatsen bli att den gemensamma partsviljan har störst inverkan på avtalet, samtidigt måste partsviljan utredas noggrant för att klart kunna ligga till grund för avtalsinnehållet. Först i andra hand kommer avtalets ordalydelse. Malmö stad riskerar därför hamna i en prekär situation för det fall tvist uppkommer mot bakgrund av de särskilda kontraktsvillkoren. En risk som inte kan sägas vara försumbar mot bakgrund

---

<sup>272</sup> SvJT 1959 s. 497.

<sup>273</sup> Ramberg och Ramberg 2010, s. 148.

<sup>274</sup> SvJT 1959 s. 497 ff.

<sup>275</sup> SvJT 1959 s. 497 ff.

<sup>276</sup> Ramberg och Ramberg 2010, s. 165.

<sup>277</sup> Adlercreutz och Gorton 2010, s. 57, 58.

<sup>278</sup> Hansson 2010, s. 226.

<sup>279</sup> Prop. 1910 nr. 96, s. 3.

<sup>280</sup> Konstaterandet är i sig inte uppseendeväckande, men kan mot bakgrund av diskussionen i tidigare kapitel huruvida kollektivavtalet ska betraktas som lag eller ej, skänka en tydlighet i att avtalet är just ett avtal mellan två parter (som förvisso träffar fler än kontrahenterna). Se vidare Hansson 2010, s. 226 ff

av fackförbundens uppföljande och utvärderande roll i enlighet med vita jobb-modellen.<sup>281</sup>

#### 4.1.2 Vilka parter avses, då den gemensamma partsavsikten ska avgöras?

Parter i ett kollektivavtal är arbetsmarknadsparterna, men vid en tvist rörande kollektivavtalet är det sällan de avtalstecknande parterna som tvistar,<sup>282</sup> jämfört med ett kommersiellt avtal som endast i undantagsfall kan aktualisera tvister mellan andra än parterna. Den gemensamma partsavsikt som ska sökas är tecknande parters avsikt, inte tvistande parters.<sup>283</sup> Vid en tvist i en fråga som regleras av särskilda kontraktsvillkor, exempelvis vad som ska anses utgöra en minimilön, så kan inte därför inte parterna i det upphandlingskontraktet själva avgöra frågan.

Till följd av att den gemensamma partsavsikten primärt är vägledande för avtalets innehåll, måste de kollektivavtalsslutande parterna regelmässigt finnas tillgängliga för att uttolka avtalsinnehållet. Således räcker det inte att ha det skrivna avtalet i handen för att utröna den verkliga innebörden.<sup>284</sup> I förhållande till denna uppsats tema så innebär det följande. En beställare och leverantör som genom en offentlig upphandling nått ett avtal som innehåller vita jobb-modellen, måste för att kunna uttolka innebörden av de särskilda kontraktsvillkoren vända sig till de parter som tecknat kollektivavtalet.

#### 4.1.3 Några överväganden om hävning

Skadestånd och hävning är välkända påföljder i svensk rätt, samtidigt krävs det för att hävning ska aktualiseras, tämligen långtgående överträdelse av avtalet. Utgångspunkten är att avtal ska hållas, *pacta sunt servanda*, varför hävning av ett avtal ska utgöra en sista påföljd.<sup>285</sup> För att påföljden hävning ska kunna göras gällande förutsätts att avtalsbrotten är väsentligt. Väsentlighetsrekvisit återfinns bland annat i köplagen (1990:931), lag (1987:822) om internationella köp<sup>286</sup> och konsumenttjänstlagen (1985:716)<sup>287</sup> Ramberg och Ramberg framhåller också ett antal faktorer som kan lämna ledning huruvida väsentlighetsrekvisitet är uppfyllt. Ett brott mot en central förpliktelse pekar i högre grad på att väsentlighetsrekvisitet ska vara uppfyllt, jämfört med ett brott mot en biförpliktelse.<sup>288</sup> Upprepade

<sup>281</sup> Se *Det materiella innehållet*, kap. 2.3.

<sup>282</sup> Schmidt 1997, s. 187-188.

<sup>283</sup> Hansson 2010, s. 273.

<sup>284</sup> SOU 2015:78, s. 59.

<sup>285</sup> Ramberg och Ramberg 2010, s. 228.

<sup>286</sup> United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG).

<sup>287</sup> Ramberg och Ramberg s. 228; KöpL §§ 25, 39, 54 och 55; CISG, art. 25, 49, 51, 64, 70, 72 och 73; KtjL §§ 21, 29 och 46.

<sup>288</sup> Ramberg och Ramberg 2010, s. 228, p.1.

avtalsbrott påverkar också väsentlighetsbedömningen.<sup>289</sup> Om den ena parten framhåller vikten av en viss sak, exempelvis vikten av att följa de kollektivavtal som avtalsvillkoren pekar på, så ska det påverka väsentlighetsbedömningen.<sup>290</sup> Samtidigt ska väsentlighetsbedömningen påverkas i mildrande riktning om den avtalsbrytande parten drabbas orimligt hårt av hävningen.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> Ramberg och Ramberg 2010, s. 228, p.6.

<sup>290</sup> Ramberg och Ramberg 2010, s. 228, p.3.

<sup>291</sup> Ramberg och Ramberg 2010, s. 228, p.8.

# 5 Nya LOU-direktivet

## 5.1 Från sociala hänsyn till arbetsrättsliga skyldigheter

Nya direktivet på upphandlingsområdet är en omarbetning från tidigare direktiv men medför likväl en del förändringar. Av intresse för denna uppsats är skäl 37, 40 och 98 samt art 18.2. Art 18.2 kan i förhållande till tidigare direktiv sägas vara en omarbetning och skärpning av art. 26. Artikeln tål att återges i sin helhet;

”Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektiv- avtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.”<sup>292</sup>

Sociala hänsyn har i det nya direktivet fått en större betydelse då paragrafen jämfört med gamla LOU-direktivet och lydelsen innebär ett förtydligande.<sup>293</sup> Begreppsbyggnaden utökas också med *arbetsrättsliga skyldigheter*. Formuleringarna i det nya LOU-direktivet är inte lika vaga jämfört med gamla LOU-direktivet. Det ska ses mot bakgrund av debatten inom EU där bland annat kommissionen velat att offentlig upphandling ska vara ett bättre verktyg för att kunna förverkliga samhällspolitiska mål på det sociala området.<sup>294</sup>

Nya LOU-direktivet behandlar nu tre olika områden jämfört med tidigare två områden – miljö-, sociala- och arbetsrättsliga skyldigheter. Ordalydelsen är allmänt hållen, och tillämpningen överlämnas till medlemsstaten.<sup>295</sup> Artikelns målgrupp är förändrad, tidigare adresserades upphandlande myndighet medan det nu av lydelsen framgår att ”medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder”.<sup>296</sup> Av gamla LOU-direktivet framgår det endast att unionsrätten *tillåter* krav på bland annat sociala hänsyn.<sup>297</sup> Medlemsstaterna är därför tvingade att ta ställning till sociala hänsyn och arbetsrättsliga skyldigheter vid införlivande av direktivet. Det ska jämföras med gamla LOU-direktivet då medlemsstaterna inte direkt adresserades och därför kunde förbise frågan om sociala hänsyn vid införlivande av direktivet. Skrivningen bär tydliga drag av utstationeringsdirektivet, och i preambeln understryks den vikt som utstationeringsdirektivet ska tillmätas vid

---

<sup>292</sup> Dir. 2014/24/EU, art 18.2.

<sup>293</sup> SOU 2015:78, s. 63.

<sup>294</sup> SOU 2013:12, s. 375 ff; se också KOMM (2001), s. 3, p. 7.

<sup>295</sup> Dir. 2014/24/EU, art 18.2: se också SOU 2015:78, s. 64.

<sup>296</sup> Dir. 2014/24/EU, art 18.2.

<sup>297</sup> Dir. 2004/18/EG, art. 26.

tillämpning och utformning av arbetsrättsliga krav. Jämfört med gamla LOU-direktivet innebär lydelsen en skärpning.<sup>298</sup> Det stadgas också att minimilöner är en fråga för den enskilda medlemsstaten, men att de måste vara i överensstämmelse med utstationeringsdirektivet och unionsrätten i övrigt.<sup>299</sup> Två frågor förtjänar dock särskilt belysas.

a) *Vad betyder begreppet arbetsrättsliga skyldigheter och vad innebär det att det tydliggörs i direktivet?*

Framförallt borde det innebära att arbetsrättsliga frågor kommer bli en prioriterad fråga framgent. Att lyfta ut just arbetsrättsliga skyldigheter från övriga sociala hänsyn tyder på områdets särställning i den europeiska socialpolitiken. Ett faktum som inte kan sägas vara uppseendeväckande då anställningsvillkor påverkar den inre marknaden mot bakgrund att arbete kan ses som en vara.<sup>300</sup> Priset för varan kan då förändras beroende på arbetstagarens sociala rättigheter men framförallt beroende på den lön arbetstagaren får. Kostnaderna härrörande från bland annat löner korrelerar med anbudet, och den logiska ekvationen blir därför att låg lön medför låga kostnader och därmed ökar risken för social dumpning.

Arbetsrättsliga skyldigheter beskrivs ”som en särskild form av sociala hänsyn” och begreppet sägs innefatta ”allt som rör arbetsrätten”.<sup>301</sup> Det har alltså en mycket vidsträckt innebörd och liksom sociala hänsyn är det inte helt klarlagt vad som innefattas. Klart är att villkor enligt kollektivavtal ingår i begreppet, samtidigt framgår det av skäl 98 att villkor som avser fullgörande av kontrakt måste tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet.<sup>302</sup> Ett kollektivavtalsliknande villkor måste alltså vara av sådan karaktär att det inte strider mot unionsrätten och andra upphandlingsrättsliga principer. Att svensk införlivning av utstationeringsdirektivet tidigare inte var en av EU-domstolen accepterad införlivning stod tämligen klart i samband med Laval-målet.<sup>303</sup> Förändringen som skedde efter EU-domstolens dom var av sådan karaktär att rätten till stridsåtgärder begränsades, svenska kollektivavtal förändrades inte.<sup>304</sup> Därför är det inte klarlagt om villkor enligt svenska kollektivavtal kan sägas innefattas i begreppet arbetsrättsliga skyldigheter, utan det måste avgöras från fall till fall.

b) *Vad innebär det att medlemsstaten ska vidta lämpliga åtgärder?*

Ordalydelsen<sup>305</sup> medför att medlemsstaterna inte längre kan bortse från frågan om sociala hänsyn, men framförallt *arbetsrättsliga skyldigheter*. Ett aktivt ställningstagande måste därför ske. Enligt min mening kan ett

<sup>298</sup> Dir. 2014/24/EU skäl 98 samt Dir. 2004/18/EG skäl 34.

<sup>299</sup> Dir. 2014/24/EU, skäl 98.

<sup>300</sup> Att arbete kan sägas utgöra en vara är något kontroversiellt, se Hansson 2010, s. 54.

<sup>301</sup> SOU 2015:78, s. 109.

<sup>302</sup> Dir. 2014/24/EU, skäl 98.

<sup>303</sup> Mål C-341/05 – Laval

<sup>304</sup> Se SOU 2008:123 samt Nyström 2011, s. 158 ff.

<sup>305</sup> Dir. 2014/24/EU, art. 18.2.

bakomliggande syfte vara att tvinga fram olika nationella förhållningssätt, som i sin tur skulle ge en tydligare bild av medlemsstaternas inställning till arbetsrättsliga skyldigheter. På sikt skulle det på så sätt skapas ett unionsrättsligt underlag, något som dels kan ligga till grund för kommande direktiv och som dels kan hjälpa EU-domstolen vid tillämpning av direktivet.

## 5.2 Svensk ambition och framtida utsikter

Då ordalydelsen i direktivet tydligt särskiljer frågan om arbetsrättsliga skyldigheter går det knappast att göra någon annan bedömning än att det inom EU finns en ambition att i högre grad ställa sådana krav. Det sagt innebär det inte per automatik att det ger Sverige större möjligheter att tillämpa svenska kollektivavtal i upphandlingskontrakt. Jag bedömer inte att nya LOU-direktivet utökar området avseende vad som ska anses vara inom ramen för unionsrätten. Om möjligt inskräps betydelsen av utstationeringsdirektivet ännu mer i det nya LOU-direktivet genom lydelsen i preambeln.<sup>306</sup> Att arbetsrättsliga skyldigheter särskiljs från sociala hänsyn är enligt mig ett välkommet förtydligande, och kommer troligen medföra stora förändringar inom EU som helhet. Däremot bedömer jag inte att det nya LOU-direktivet ger någon ökad möjlighet att ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor i Sverige mot bakgrund av att det inte finns en tydlig lönenivå att hänvisa till.

Det nya LOU-direktivet kommer således medföra ett ökat fokus på arbetsrättsliga skyldigheter i offentliga kontrakt inom EU, varför Sverige gör klokt i att noggrant utreda frågan. Kommittédirektivet föreskriver att utredaren ska lämna förslag på hur villkor enligt kollektivavtal kan införas i den nya nationella upphandlingslagstiftningen.<sup>307</sup> Ambitionen ådagaläggs alltså mycket snabbt, arbetsrättsliga skyldigheter ska betraktas som villkor enligt kollektivavtal. Jag menar att frågan är ställd på ett sätt som påtagligt begränsar möjligheterna att förutsättningslöst genomföra nya LOU-direktivets syfte.<sup>308</sup> En sådan begränsning kan visa sig vara ett missgrepp. Som jag ser det finns det en ännu ej uttalad ambition inom EU. Mot bakgrund av att det nya LOU-direktivet särskiljer arbetsrättsliga skyldigheter från sociala hänsyn och unionens historiska förmåga att långsamt utöka sitt kompetensområde, ser jag en risk att EU kommer vilja harmonisera arbetsrätten i större utsträckning än vad som nu är fallet.<sup>309</sup> Kommittédirektivet borde därför utformats med en friare lydelse, så att utredaren mer förutsättningslöst kunnat angripa nya LOU-direktivets syfte. Sverige skulle vara betjänt av att låta en kompetent utredare fritt angripa betydelsen av arbetsrättsliga skyldigheter. Enligt mitt förmenande borde regeringen därför efterfrågat hur arbetsrättsliga skyldigheter skulle införas i

<sup>306</sup> Dir. 2014/24/EU, skäl 37.

<sup>307</sup> Kommittédirektiv 2014:162, s. 7.

<sup>308</sup> För diskussion om begreppen *villkor enligt kollektivavtal gentemot arbetsrättsliga skyldigheter*, se SOU 2015:78, s. 109.

<sup>309</sup> För unionens utökade kompetensområde, se Bergström och Hettne 2014, s. 275.

upphandlingslagarna. En frågeställning som belyst syftet med direktivsbestämmelsen på ett adekvat sätt, vilket också möjliggjort ett klokt och avvägt lagförslag. Genom kommittédirektivet har man klavbundet utredaren till en förutbestämd definition av vad arbetsrättsliga skyldigheter ska vara.

*a) Analys*

Att tillämpa svenska kollektivavtal inom ramen för upphandlingskontrakt låter sig inte göras i nuläget. Det nya direktivet kommer sannolikt inte heller ge några ökade möjligheter att kunna ställa krav på svenska kollektivavtal. Det är en felaktig föresats att problemet med social dumpning och oseriösa aktörer ska lösas genom villkor enligt kollektivavtal. Ur ett nationellt perspektiv är det mycket få leverantörer som inte är anslutna till ett kollektivavtal, utan regleringen skulle snarast syfta till att komma åt leverantörer från andra medlemsstater, eller sådana leverantörer som inte är anslutna till kollektivavtal. Således är det en åtgärd som kan visa sig vara diskriminerande gentemot utländska leverantörer. Därför anser jag det vara en missbedömning att genom lagstiftning införa krav på villkor som liknar kollektivavtal i upphandlingskontrakt. Det sagt lägger utredaren fram ett förslag som till ordalydelsen inte avviker nämnvärt från tidigare lagstiftning. Arbetsrättsliga skyldigheter ska inordnas i ett målsättningsstadgande som ordagrant överensstämmer med nuvarande lydelse, med tillägget *arbetsrättsliga skyldigheter*.<sup>310</sup> Att utredaren inte väljer att lägga fram det av kommittédirektivet föreslagna *villkor enligt kollektivavtal* motiveras med att begreppet är för snävt i förhållande till nya LOU-direktivets lydelse.<sup>311</sup> Förslagets räckvidd borde vara ungefär lika långtgående som nu gällande lagstiftning, lydelsen innebär dock ett förtydligande av bestämmelsens innebörd mot bakgrund av nya LOU-direktivets lydelse.

---

<sup>310</sup> Se 1 kap 9a § LOU. Utredaren föregriper inte heller den tidigare utredningen och skrivningen i lagrådsremissen, se SOU 2015:78, s. 15.

<sup>311</sup> SOU 2015:78, s. 110.

# 6 Analys

## 6.1 Inledning

Själva essensen i den svenska modellen är förhållandevis enkel, den bygger på morot och piska. Arbetsmarknadens parter ges långtgående friheter, samtidigt som lagstiftaren genom lagstiftningshot kan styra parterna åt det önskade hållet. Under ett sådant hot kan parterna nå vettiga samförståndslösningar. I och med Sveriges medlemskap i EU tillkom en tredje part som rubbade maktbalansen i den svenska modellen, och det har sedan Lavaldomen påpekats att den svenska arbetsrättsliga modellen är hotad. Det är dock enligt mig ett tankefel. Genom vårt medlemskap i EU har Sverige överlåtitt viss kompetens, således har det inte inträtt en tredje part, riksdagen utgör fortfarande den slutliga lagstiftaren. Skillnaden är att den svenska lagstiftaren nu måste ta hänsyn till vad EU bedömer relevant. Jag anser därför inte att den svenska modellen är hotad, däremot har EU:s lagstiftare nu samma möjligheter som den svenska lagstiftaren avseende möjligheterna att tvinga parterna till samförstånd.

Att unionsrätten innehåller möjligheter att ställa krav på arbetstagares rättigheter vid fullgörande av offentliga kontrakt i Sverige står tämligen klart. Arbetsmarknadens parter är måna om att ingen ska kunna konkurrera med dåliga arbetsrättsliga villkor, och svenska aktörer överlag verkar vara rörande överens om att den svenska arbetsrättsliga modellen är värd att bevara. Det uppstår dock som synes tillämpningsproblem i gränslandet mellan nationell rätt, unionsrätt och den svenska arbetsrättsliga modellen.

## 6.2 Malmö stads tillämpning av vita jobb-modellen

Uppsatsens baseras på frågan hur kollektivavtalsliknande villkor enligt vita jobb-modellen tillämpas i Malmö stad, vilken påverkan har modellen på upphandlingskontraktet och hur förhåller sig tillämpningen till unionsrätten.. Jag bryter i avsnittet upp frågan i delar för att tydligt utreda de områden där tillämpningen medför vissa frågetecken.

### *a) Kollektivavtalsliknande villkor*

Jag kan konstatera att det finns ett väsentligt problem i Malmö stads tillämpning av kollektivavtalsliknande villkor. Malmö stads särskilda kontraktsvillkor innehåller hänvisningar till paragrafer i Installationsavtalet, samt flera andra kollektivavtal. Ett sådant sätt att hänvisa till olika paragrafer i kollektivavtal är inte att tillämpa kollektivavtalsliknande villkor,



det är att använda sig av specifika kollektivavtalsvillkor. Villkor enligt kollektivavtal måste framgå direkt av kontraktsvillkoren, som utvunna villkor, inte genom hänvisning till paragrafer i ett kollektivavtal.

Då villkoren inte framgår entydigt av kontraktsvillkoren krävs det av den enskilde leverantören en arbetsinsats, av olika grad baserat på individuella förutsättningar, för att kunna tillägna sig betydelsen av kontraktsvillkoren. Det finns en överhängande risk att en leverantör intresserad av att lämna anbud måste anlita ett ombud för att kunna avgöra vad förfrågningsunderlaget innebär. En ordning som riskerar vara konkurrenshämmande och därigenom strida mot syftet med den inre marknaden. Det dunkelt tänkta i sammanhanget är att en leverantör utan kollektivavtal ska tvingas att teckna kollektivavtal. Därigenom ges leverantören tillgång till den specialistkunskap som arbetsmarknadens parter besitter. Malmö stads bruk av kollektivavtalsliknande villkor strider sannolikt mot unionsrätten och transparensprincipen.

#### *b) Den gemensamma partsavsikten*

Malmö stads bruk av att hänvisa till kollektivavtal direkt i avtalstexten riskerar vidare att ställa till problem vid eventuella tvister. Låt säga att fackförbundet vid en kontroll anser sig ha grund för hävning till följd av att en underleverantör inte betalar lön enligt kollektivavtalet. Då beställaren påpekar detta för huvudleverantören och informerar om att avtalet hotas av hävning, kommer frågan med hög sannolikhet bli tvistig. För att avgöra tvisten söks parternas gemensamma avsikt med avtalet, men när det kommer till kollektivavtalet gäller inte deras gemensamma partsavsikt, utan där måste kollektivavtalstecknande parter avsikt sökas innan huvudmålet kan avgöras. Ett av huvudargumenten för att använda fackförbunden som ombud är att de har ingående kunskap om kollektivavtalets innebörd. För att helt avgöra kollektivavtalets innehåll krävs dock den gemensamma partsavsikten, inte fackförbundets enskilda syn på avtalsinnehållet. Som synes öppnar modellen upp för omfattande och utdragna tvister där man i värsta fall tvingas involvera arbetsdomstolen innan huvudtvisten går att lösa. Vad som händer med föremålet för upphandlingen under den tvistiga tiden går bara att spekulera i, men mot bakgrund av att föremålet för upphandlingen är det centrala verkar ordningen onödigt omständlig. Jag kan inte se att ordningen uppenbart strider mot unionsrätten, däremot är det en ordning som borgar för förseningar av leveranser kopplade till upphandlingar.

#### *c) Fackförbundens roll*

Just fackförbundens vidsträckta roll är det som väckt mest ont blod hos motståndarna till vita jobb-modellen, och därför något som bör adresseras också i denna uppsats. Svenskt Näringsliv anmälde ordningen till Konkurrensverket, vilka svarade att uppföljning via ombud inte stred mot unionsrätten. Jag kan bara instämma i den bedömningen, däremot berördes inte det arbetsrättsliga problem som uppstår. Fackförbunden ges genom vita

jobb-modellen en utökad roll då de i egenskap av ombud kan rekommendera beställaren att häva avtalet med leverantören. En leverantör som också är arbetsgivare och har fackförbunden som motpart vid kollektivavtalsförhandlingar. En ordning som förvisso inte uppenbart strider mot unionsrätten, arbetsrätten eller andra civilrättsliga principer.

Genom att vända och vrida på argumenten går det dock att se det olämpliga i att ha fackförbunden som ett uppföljande ombud i ett upphandlingskontrakt. Fackförbundens huvuduppgift är att teckna kollektivavtal med så många arbetsgivare som möjlig, till båtnad för sina medlemmar. Till sin hjälp har fackförbunden stridsåtgärder att tillgå, men genom lex Laval har möjligheter till stridsåtgärder förändrats. Vita jobb-modellen öppnar upp en teoretisk möjlighet för fackförbunden då deras uppgift blir att som ombud för beställaren kontrollera hur leverantören följer upphandlingskontraktet. För det fall leverantören inte uppfyller de krav som kontraktsvillkoren stipulerar ska avtalet hävas, och det är fackförbunden som ska avgöra om leverantören följer det ingångna avtalet eller ej. En ordning som kan betraktas som en utsträckt stridsåtgärd, samt att det riskera visa sig vara en konkurrenshämmande åtgärd. Ordningen strider inte uppenbart mot EU-rätten, men ordningen riskerar bedömas som konkurrensbegränsande.

#### *d) Hävning vid kontraktsbrott*

Enligt vita jobb-modellen utgör en överträdelse av uppställda sociala krav ett väsentligt avtalsbrott varför hela kontraktet ska hävas. Avtalsförhållandet kan alltså upplösas trots att föremålet för upphandlingen levereras enligt vad avtalet stipulerar. I det hypotetiska fallet kan en leverantör som underlåter att införa de särskilda kontraktsvillkoren i ett kontrakt med en underleverantör mista hela kontraktet. Samtidigt är det oklart om det särskilda kontraktsvillkoret kan göras gällande mot en underleverantör, om det inte inkorporerats såsom villkoren förutsätter. Underlåtelse att införliva de särskilda kontraktsvillkoren utgör här ett väsentligt kontraktsbrott, utan att det egentligen skett en överträdelse mot modellens syfte och ändamål. Om föremålet för upphandlingen levereras enligt ingånget avtal, måste det sägas vara en långtgående åtgärd att häva avtalet mot bakgrund av en överträdelse mot ett kollektivavtal. Påföljderna som de är uppställda, och konsekvenserna vid en överträdelse av en sådan biförpliktelse strider sannolikt mot proportionalitetsprincipen.

Det går samtidigt inte uttala sig generellt, utan man måste ta hänsyn till de individuella förhållanden som råder. Upprepade och omfattande brott mot ett kollektivavtal, eller upprepade underlåtelser att införliva kontraktet i förhållande till tredje man kan vara nog för att väsentlighetskriteriet ska vara uppfyllt med följd att hävningen ska anses vara korrekt.

Påföljderna för ett enskilt brott mot de särskilda kontraktsvillkoren verkar onekligen långtgående, och kan inte sägas stå i paritet med kontraktet i övrigt. En individuell bedömning är dock alltid påkallad. En ordning som

inte kan sägas stå i strid med någon upphandlingsrättslig princip, däremot är stor försiktighet påkallad om ett brott mot vita jobb-modellen aktualiseras. En felaktig hävning kan i sammanhanget bli mycket kostsam.

#### *e) Sammanfattning*

Malmö Stads tillämpning av vita jobb-modellen behöver i delar förändras, framförallt hur kontraktsvillkoret är utformat. Ett tydligare och uttytt kollektivavtalsvillkor hade stämt bättre överens med unionsrätten i stort. Vad gäller vita jobb-modellen i allmänhet finns det ett par ord att säga. Då modellen är tillkommen ensidigt av fackförbunden utan inblandning från arbetsgivarparterna uppstår gärna tvivel över modellens verkliga syfte. Därför uppstår också den starka polarisering som råder rörande vissa moment i vita jobb-modellen. En gemensam lösning över ideologiska gränser hade kunnat skapa en bra modell för att förhindra social dumpning och oseriösa aktörer. Något som måste sägas vara huvudmålet.

### **6.3 Kollektivavtalsliknande villkor och det grundläggande problemet**

Huvudanledningen till att vi inte kan tillämpa utstationeringsdirektivets så som det är avsett är att vi i Sverige saknar minimilön, och den enkla åtgärden skulle vara att i lag fastslå en minimilön. En åtgärd som inte kan anses vara aktuell mot bakgrund av uppslutningen kring den svenska arbetsrättsliga modellen. Motståndet mot att allmängiltigförklara kollektivavtal är också stort, framförallt från fackförbunden även om motståndet sedan utstationeringsdirektivets införlivande blivit mer nyanserat.

En möjlig väg framåt är att ställa krav på villkor utvunna ur kollektivavtal. Det är sannolikt något som EU-domstolen kunnat acceptera då de skänker upphandlingsförfarandet en önskvärd transparens. En sådan lösning riskerar dock öppna upp för oönskade dominoeffekter.

Inte sällan styrs mindre beställare av en större organisation, varför det finns tydliga vinster med att samordna lydelsen av kontraktsvillkor. Skälen kan vara varierande, men ett skäl kan vara att den juridiska kompetens finns centralt och av kostnadsskäl är det därför inte rimligt att varje beställare ska utforma egna kontraktsvillkor. Ett tydligt exempel är Malmö stad som utformat ett enhetligt kontraktsvillkor som ska tillämpas i alla underordnade förvaltningar vilka upphandlar olika tjänster. Det är också så vita jobb-modellen inkorporeras.

Om uppgiften att utvinna kollektivavtal flyttas upp på statlig nivå, genom att exempelvis Medlingsinstitutet tar på sig rollen att utvinna kollektivavtalsvillkor till ett större antal beställare, så går det att ställa frågan om inte det föreligger ett allmängiltigförklarat kollektivavtal. Något som på

ett tydligt sätt gjort utstationeringsdirektivet tillämpligt. På lång sikt riskerar utvunna villkor således medföra en maktförskjutning från arbetsmarknadens parter till beställande myndighet och staten. En utveckling som fackförbunden inte ser som en framkomlig väg, och därmed borde dörren stängas för bruket av villkor utvunna ur kollektivavtal. Det måste understrykas att det sluttande planet bara är en hypotetisk risk, men som sådan kan den likväl sätta stopp för utvunna villkor.

Kollektivavtalsliknande villkor ter sig egentligen bara som en lek med ord i dess nuvarande utformning, och som juridiskt inte förändrar att kollektivavtal tillämpas. En tillämpning som EU-domstolen underkänt tidigare. Vid en prövning i EU-domstolen finner jag det mindre troligt att tillämpningen, såsom den föreligger i Malmö stad, skulle accepteras. Mot bakgrund av ändamålet med utstationeringsdirektivet måste en mer grundläggande förändring ske för att förändringen ska vara godtagbar.

## 6.4 Ett nytt samförståndsavtal

Jag anser att problemet som EU-domstolen adresserat, bland annat i Lavaldomen, är att Sverige inte har en transparent lönebildningsmodell som unionen kan acceptera. Det är alltså inte bruket av kollektivavtal som ogillas, det är lönebildningens avsaknad av transparens i förhållande till andra medlemsstater och dess aktörer. EU-domstolen efterfrågar tydliga och stabila former för lönebildningen, och en helt accepterad form är lagstiftning. Det är dock inte enda modellen, utstationeringsdirektivet tillåter exempelvis kollektivavtal under vissa förhållanden.

För att bevara den svenska modellen intakt, och på ett sätt som alla inblandade parter kan vara nöjda med, bör arbetsmarknadensparter försöka nå samförståndslösningar. Strukturer som Industriavtalet och Saltsjöbadsavtalet är sådana samförståndslösningar. Forskare ur flera discipliner har alla nått slutsatsen att avtalen varit en framgångsfaktor, något som historiskt verkat till båtnad för den svenska modellen. Anledningen till att avtalen kan ses som en sådan framgång är det samförstånd som funnits, lagstiftaren har identifierat ett problem och under hot om lagstiftning har parterna gemensamt och i samförstånd förhandlat fram ett avtal som lösning på problemet. I fallet med Industriavtalet var problemet kraftigt ökade reallöneökningar som drev på inflationen, och hämmade reallöneökningarna.

Att unionen skulle kräva ett statligt ingripande för att krav på kollektivavtal skulle vara i överensstämmelse med unionsrätten ser jag som en något för långtgående slutsats, särskilt mot bakgrund av att utstationeringsdirektivet tillåter centrala kollektivavtal så länge de är i överensstämmelse med unionsrätten. EU-domstolen efterfrågar en tydlighet i upphandlingsförfarandet. Kollisionen sker i den svenska lönebildningen som inte har de krav på transparens som EU-domstolen efterfrågar. Löner framförhandlas av arbetsmarknadens parter utan insyn för de som saknar

medlemskap. Att skapa sig en uppfattning om de olika lönenivåerna är mot bakgrund av de många lokala avvikelserna omöjligt. Det är transparensproblemet som EU-domstolen invänder mot, det är dock inte detsamma som att den enda utvägen skulle vara statlig intervention.

Jag förespråkar en alternativ väg i enlighet med den svenska modellen. Arbetsmarknadens parter har vid två tillfällen lyckats behålla kontrollen av lönebildningen genom att i avtal nå samförståndslösningar. Vad den svenska lönebildningen står inför nu är också hot om lagstiftning, men inte från Sveriges riksdag, utan från EU. Unionens propåer om förändring går att skönja i bland annat EU-domstolens domar. Problemet med att propåerna kommer via EU-domstolens domar är att de kan ses som ett försöka att kullkasta den svenska arbetsrättsliga modellen, snarare som en uppmaning att förändra den. När svensk lagstiftare tidigare uppmanat till förändring har det skett genom en mer konkret uppmaning, och som sådant har de varit mindre hotfulla.

En stor skillnad med att EU kommer med sådana propåer gör att den svenska lagstiftaren tvingas finna en ny roll, eller i vart fall underordna sig enligt principen om EU-rättens företräde. Istället för att genom lagstiftning försöka införa villkor enligt kollektivavtal, borde Sveriges regering uppmana arbetsmarknadens parter att återigen ta initiativet genom att i en bred överenskommelse nå ett tydligt samförståndsavtal.

Jag föreslår därför att den svenska lagstiftaren kräver av arbetsmarknadens parter att återigen nå ett samförståndsavtal, ett avtal som denna gång måste utgå från upphandlingsrättsliga principer om transparens och icke-diskriminering. Ett samförståndsavtal som beställare kan hänvisa till vid upphandling och som framförallt iakttar utstationeringsdirektivet. En lösning som inte står i kontrast till den svenska modellen, och inte är mer konstigt än att anpassa lönebildningen till inflationen, såsom skedde vid industriavtalets tillkomst.

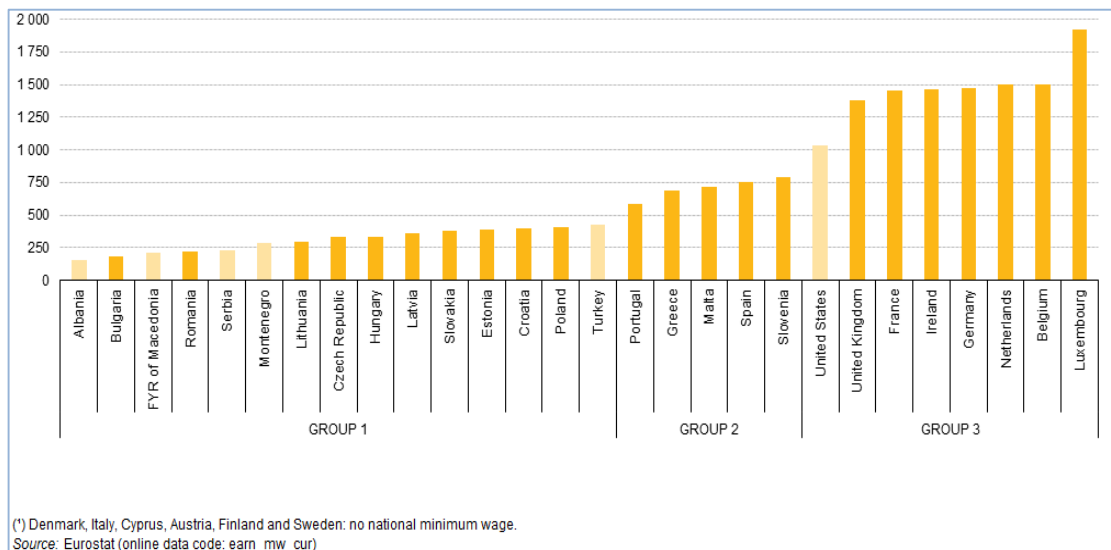
## **6.5 Sammanfattande diskussion**

Det är inte alldeles enkelt att förhindra social dumpning och oseriösa aktörer. Det grundläggande problemet är att vi i Sverige ser EU som en motståndare mot den svenska modellen, en inställning som jag anser vara felaktig. EU är en motståndare mot otydliga regler vilka skapar handelshinder, bidrar till minskad jämlikhet mellan medlemsstaterna och strider mot grundläggande värden inom unionen. EU intar en tydlig position mot social dumpning och oseriösa aktörer. Vad EU uppmärksammat, bland annat genom Laval domen, är att den svenska arbetsrättsliga modellen strider mot upphandlingsrättsliga principer och särskilt kravet på transparens.

Vita jobb-modellen och krav på villkor enligt kollektivavtal är bara försök att komma runt det av EU påtalade problemet. Ett enkelt sätt att stoppa

oseriösa aktörer och hindra social dumpning och är att skapa möjligheter för att tillämpa utstationeringsdirektivet. Genom att öka transparensen i lönebildningen på ett väl avvägt sätt, kan vi under flera år fortsätta att tillämpa vår svenska modell. Den svenska modellen har tjänat Sverige väl, och ur en internationell jämförelse är det mycket få dagar som förloras i strejk och blockad. Vem vet, den svenska modellen kanske rent av kan få stå modell för den europeiska arbetsrätten när den väl kommer.

# Bilaga A



## Statistik över minimilöner per den 1 januari 2015.

Källa: [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/9/90/Minimum_wages%2C_January_2015_%28%29_%28EUR_per_month%29_YB15_II.png)

[explained/images/9/90/Minimum\\_wages%2C\\_January\\_2015\\_%28%29\\_%28EUR\\_per\\_month%29\\_YB15\\_II.png](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/images/9/90/Minimum_wages%2C_January_2015_%28%29_%28EUR_per_month%29_YB15_II.png)





**Förvaltnings- och personalstymmen**

Arbetsgivaren ska i förhållande till förvaltnings- och personalstymmen med bibehållna åsikter enligt arbetsmiljöbalkens förvaltnings- och personalstymmen.

**Förvaltningsregler**

Följ förvaltningsregler i enlighet med anställningsavtalens bestämmelser.

**Arvode och höjningar av anställningsförmåner**

För anställningsförmåner gäller lägst de bestämmelser som framgår av respektive kollektivavtal.

**Arbetsrättsliga bestämmelser som skall lämnas**

- anställningslagen (1977:480) 2 a, 5, 7, 16-18 b, 17-17 b, 24, 28-29 a, 31 och 32 §§.
- förädlingslagen (1995:584) 2 §, 4 § första stycket och 10-22 §§.
- lagen (2002:203) om förbud mot övervakning av distansarbetande arbetstagare och arbetstagare med sömnstörnad anställning, 2-7 §§.
- diskrimineringslagen (2008:567) 1 kap. 4 och 5 §§, 2 kap. 1-4 och 18 §§ samt 5 kap. 1 och 3 §§.
- arbetsmiljölagen (1977:1160) och tillhöriga arbetsmiljöbestämmelser.
- arbetslöshetslagen (1982:873), dock inte 12 §.
- lagen (2005:365) om arbetslöshet vid välfärdsspararbete, dock inte 14 §.
- lagen (2012:854) om utlymning av arbetstagare 2, 5, 10, 13 och 15 §§.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

### Europeiska unionen

Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.  
[cit: gamla LOU-direktivet]

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.  
[cit: Nya LOU-direktivet]

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transport och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG av den 11 december 2007 om ändring av rådets direktiv 89/665/EEG och 92/13/EEG vad gäller effektivare förfaranden för prövning av offentlig upphandling.

### Europeiska kommissionen

Grönbok, *Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden*, Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, Luxemburg, 1996  
[cit: KOMM 1996]

Grönbok, *Främjande av en europeisk ram för företagens sociala ansvar*, Byrån för Europeiska gemenskapernas officiella publikationer, Luxemburg, 2001  
[cit: KOMM 2001 (366) slutlig]

Tolkningsmeddelande, *om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling*. Europeiska unionens officiella tidning (2006/C 179/02)  
[cit: KOMM 2006]

Meddelande från kommissionen till Rådet, Europaparlamentet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén. Bryssel den 25.7.2003 KOM(2003) 458 slutlig. Genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna.  
[cit: KOMM 2003 (458) slutlig]

Handledning, *Socialt ansvarsfull upphandling. En handledning till sociala hänsyn vid offentlig upphandling*. KOM(1258) slutlig.  
[cit: KOMM 2010 (1258) slutlig]

## **Sverige**

### **Propositioner och regeringsskrivelser**

Prop. 1910 nr. 96 – *med förslag till lag om kollektivavtal*  
Prop. 1994/95:19 – *Sveriges medlemskap i Europeiska unionen*.  
Prop. 1990/91:162 – *Om vissa fredspliktsregler*.  
Prop. 2001/02:142 – *Ändringar i lagen om offentlig upphandling m.m.*  
Prop. 2006/07:128 – *Ny lagstiftning om offentlig upphandling m.m.*  
Prop. 2009/10:48 – *Åtgärder med anledning av Lavaldomen*.  
Prop. 2009/10:180 – *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*.

Kommittédirektiv 2014:162 – *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

### **Utredningsbetänkanden**

SOU 1971:88 – *Offentlig upphandling*  
SOU 2005:22, del 2 – *Nya upphandlingsregler*.  
SOU 2006:28 – *Nya upphandlingsregler 2*.  
SOU 2008:123 – *Förslag till åtgärder med anledning av lavaldomen*.  
SOU 2014:51 – *Nya regler om upphandling*.  
SOU 2015:78 – *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

Lagrådsremiss 2016 – *Nytt regelverk om upphandling*.

## Litteratur

Adlercreutz, Axel & Gorton, Lars, *Avtalsrätt. 2, 6.*, [uppdaterade] uppl., Juristförlaget, Lund, 2010.

[cit: Adlercreutz och Gorton 2010]

Adlercreutz, Axel & Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt, 14.*, [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2013.

[cit: Adlercreutz och Mulder 2013]

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, *Kollektivavtal i EU: om allmängiltiga avtal och social dumping*, 1. uppl., Juristförl., Stockholm, 1996.

[cit: Ahlberg och Bruun 1996]

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps, Stockholm, 2010.

[cit: Ahlberg och Bruun 2010]

Algotsson, Karl-Göran, *Grundläggande rättigheter eller handelshinder?: den svenska debatten om EU, föreningsfriheten och rätten till fackliga stridsåtgärder*, Acta Universitatis Upsaliensis, Uppsala, 2008.

[cit: Algotsson 2008]

Bergström, Carl Fredrik & Hettne, Jörgen, *Introduktion till EU-rätten*, 1. uppl., Studentlitteratur, Lund, 2014.

[cit: Bergström och Hettne 2014]

Bernitz, Ulf, *Standardavtalsrätt, 7.*, [omarb.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2008.

[cit: Bernitz 2008]

Bernitz, Ulf, *Finna rätt: juristens källmaterial och arbetsmetoder*, 12., [aktualiserade och kompletterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012.

[cit: Bernitz 2012]

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 5., [omarb. och uppdaterade] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2014.

[cit: Bernitz och Kjellgren 2014]

Elvander, Nils. *Industriavtalet och Saltsjöbadsavtalet: en jämförelse*, Arbetsmarknad & Arbetsliv, årg. 8, nr. 3 s. 191-204, 13 ref., 2002

[cit: Elvander 2002]

Elvander, Nils. *Avtalsrörelsen 2001: den nya lönebildningsregimen på prov*. Ekonomisk Debatt, årg. 3, nr. 1, s. 15-27, 2003

[cit: Elvander 2003]

Engholm, John. *Direkt effekt, Ett föråldrat begrepp?*, SvJT 2010 s. 378.

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, 3., [rev.] uppl., Jure, Stockholm, 2014.  
[cit: Falk 2014]

Hansson, Mikael, *Kollektivavtalsrätten: en rättsvetenskaplig berättelse*, Iustus, Diss. Uppsala: Uppsala universitet 2010.  
[cit: Hansson 2010]

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 1.

Junesjö, Kurt, *Vita Jobb: verktyg mot svartarbete och social dumping vid offentlig upphandling*, 2 omarb. uppl., 2009.  
[cit: Junesjö 2009]

Norberg, Sven. *Vad betyder EU-medlemskapet för domstolarna?*, SvJT 1995 s. 401

Numhauser-Henning, Ann. *Lagstiftning eller självreglering i arbetsrätten? Svaret är både ock*, SvJT 2001 s. 314.

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, 4., omarb. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2011  
[cit: Nyström 2011]

Ostrom, Elinor, *Allmänningen som samhällsinstitution*, Arkiv, Lund, 2009  
[cit: Ostrom 2009]

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem: rättskällelära och lagtolkning*, Almqvist & Wiksell, Stockholm, 1974.  
[cit: Peczenik 1974]

Peczenik, Aleksander. *Juridikens allmänna läror*, SvJT 2005 s. 249.

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 8., [rev.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.  
[cit: Ramberg och Ramberg 2010]

Rosén Andersson, Helena, *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, 1. uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2012.  
[cit: Rosén-Andersson m.fl, 2015]

Schmidt, Folke. *Typfall, partsavsikt och partsculpa – Riktpunkter för avtalstolkning*, SvJT 1959 s. 497.

Schmidt, Folke, *Facklig arbetsrätt*, 4., rev. uppl., Juristförl., Stockholm, 1997.  
[cit: Schmidt 1997]

Sigeman, Tore. *Fackliga stridsåtgärder mot gästande tjänsteföretag — EG-rätten förtydligad*, SvJT 2008 s. 553.

Sigeman, Tore, *Arbetsrätten: en översikt*, 5., [rev. och utök.] uppl., Norstedts juridik, Stockholm, 2010.  
[cit: Sigeman 2010]

## Elektroniska källor

Ekobrottsmyndigheten.se, ”*Vita jobb - en förutsättning för konkurrens på lika villkor*”, hämtad den 28 December 2015.  
<https://www.ekobrottsmyndigheten.se/PageFiles/328/Vita%20jobb.pdf>

Fackförbunden 6F, ”*Fackförbunden 6F presenterar sina krav inför avtalsrörelsen 2016*”, hämtad den 7 Maj 2016:  
<http://www.6f.se/Nyheter/tabid/9284/ID/76/Fackforbunden-inom-6F-presenterar-sina-krav-infor-avtalsrorelsen.aspx>

Fackförbundet Transport, ”*Kan allmängiltiga kollektivavtal lösa transportnäringens problem*”, hämtad den 9 Maj 2016:  
<https://www.transport.se/Transport-tycker1/Kan-allmangiltiga-kollektivavtal-losa-transportnaringens-problem/>  
Industrirådet.se, ”*Industriavtalet – Industrins samarbetsavtal och förhandlingsavtal*”, hämtad den 29 april 2016:  
[http://www.industriradet.se/home/ik2/res.nsf/vRes/ik\\_1281698172484\\_industriavtalet\\_pdf/\\$File/Industriavtalet.pdf](http://www.industriradet.se/home/ik2/res.nsf/vRes/ik_1281698172484_industriavtalet_pdf/$File/Industriavtalet.pdf)

Landsorganisationen i Sverige, ”*Vita jobb i praktiken*”, hämtad den 13 April 2016.  
[http://www.lo.se/start/solidarisk\\_lonepolitik/social\\_offentlig\\_upphandling/vita\\_jobb\\_i\\_praktiken](http://www.lo.se/start/solidarisk_lonepolitik/social_offentlig_upphandling/vita_jobb_i_praktiken)

Landsorganisationen i Sverige, ”*Kollektivavtal som arbetsmarknadsmodell*”, hämtad den 5 mars 2016:  
[https://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vRes/lo\\_sammanfattning\\_kvartal\\_arbmmo\\_dell\\_pdf/\\$File/Sammanfattning\\_Kavtal\\_arbmmo\\_dell.pdf](https://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vRes/lo_sammanfattning_kvartal_arbmmo_dell_pdf/$File/Sammanfattning_Kavtal_arbmmo_dell.pdf)

Malmö Stad, ”*Vita Jobb-modellen*”, hämtad den 13 April 2016.  
<http://malmo.se/Foretagande--jobb/Upphandlingar--leverantorer/Vita-jobb-modellen.html>

Malmö stad, ”*Särskilda kontraktsvillkor Malmö stad*”, hämtade den 13 April 2016.  
[http://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vRes/lo\\_sarskilda\\_kontraktsvillkor\\_pdf/\\$File/Sarskilda\\_kontraktsvillkor.pdf](http://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vRes/lo_sarskilda_kontraktsvillkor_pdf/$File/Sarskilda_kontraktsvillkor.pdf)

Stockholm stad, ”Inriktningsbeslut avseende nytt program för upphandling och inköp samt Vita jobb-modellen”. Hämtad den 23 februari 2016.  
<https://insynsverige.se/documentHandler.ashx?did=1803486>

Upphandling24, ”Ardalan Shekarabi: Nya LOU kommer först 2017”,  
uppgift hämtad den 1 mars 2016:  
<http://upphandling24.se/ardalan-shekarabi-nya-lou-kommer-forst-2017/>

WSI-Tarifarchiv, ”Minimilöner i Europa”, hämtad den 15 mars 2016:  
[http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv\\_43610.htm](http://www.boeckler.de/wsi-tarifarchiv_43610.htm)

## Övriga publikationer

### Medlingsinstitutet

Medlingsinstitutets årsrapport 2015, *Avtalsrörelsen och lönebildningen*.

### Konkurrensverket

Konkurrensverket, *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, juni 2011, kompletterad med sid 4 april 2012.

Konkurrensverket, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*, Uppdragsforskningsrapport 2015:2 av Andrea Sundstrand.  
[cit: KKV 2015:2]

Konkurrensverket, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*, Konkurrensverkets rapportserie 2015:6  
[cit: KKV 2015:6]

### Näringslivets forskningsinstitut

Fahlbeck, Reinhold. *Svenska sympatiåtgärder i internationellt perspektiv*, Projektet – Staten och arbetsmarknaden om konfliktregler och utvecklingskraft, Näringslivets forskningsinstitut Ratio, Lund 2006.

## Övrigt

Malmö Stad, *Slutrapport från pilotprojekt för att förändra och förbättra den offentliga upphandlingen i kommunen*, Malmö Stad 2013-11-19  
[cit: Malmö Stad 2013]

Malmö Stad, *Protokoll fört vid sammanträde med Malmö kommunstyrelse. § 8 Slutrapport från pilotprojekt för att förändra och förbättra den offentliga upphandlingen i kommunen*. Malmö stad 15 januari 2014  
[cit: Beslut Malmö Stad 2014]

Konkurrensverket, *Beslut 2016-01-13, Dnr 171/2015* (Konkurrensverket om Vita jobb-modellen i Malmö stad.)

Konkurrensverket, *Hemställan från Svenskt Näringsliv, aktbilaga 2, Dnr 171/2015* (Konkurrensverket om Vita jobb-modellen i Malmö stad.)



# Rättsfallsförteckning

## **EU-domstolen**

Mål 6/64 – *Costa mot E.N.E.L.*

Mål 14/83 – *Von Colson.*

Mål C-513/99 – *Concordia.*

Mål C-397/01— C-403/01 – *Pfeiffer m.fl.*

Mål C-448/01 – *Wienstrom.*

Mål C-341/05 – *Laval un partneri mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet.*

Mål C-489/06 – *Grekland*

Mål C-346-06 – *Rüffert.*

## **Svenska domar**

NJA 2012 s. 975.

AD 1989 nr 120 – *Britannia*

AD 2015 nr 70 – *Sava Star*

KamR i Sthlm mål nr.1713-1995