Fastighetsverksamheten genom Locum AB

TJÄNSTEUTLÅTANDE

2020-11-20

FSN dnr 2020-0322

LOC nr 2020-0690

Klass: K1

Fastighets- och servicenämnden

Yttrande över remiss Motion 2020:31 om sociala och arbetsrättsliga krav vid upphandlingar

Ärendebeskrivning

Fastighets- och servicenämnden har beretts yttra sig över remiss-Motion 2020:31 av Jens Sjöström m.fl. (S).

Beslutsunderlag

Förvaltningschefens tjänsteutlåtande
Remiss Motion 2020:31 av Jens Sjöström m.fl. (S) om sociala och arbetsrättsliga krav vid upphandlingar.

Förslag till beslut

Fastighets- och servicenämnden föreslås fatta följande beslut.

1. Förvaltningschefens tjänsteutlåtande (FSN 2020-0322) utgör fastighets- och servicenämndens yttrande över remiss-Motion 2020:31 av Jens Sjöström m.fl. (S)

Förvaltningens förslag och motivering

Sammanfattning
Fastighets- och servicenämnden har beretts yttra sig över remiss-Motion 2020:31 av Jens Sjöström m.fl. (S). I motionen föreslås att utökade krav på sociala och arbetsrättsliga villkor ställs vid upphandlingar av avseende exempelvis infrastrukturprojekt och fastighetsinvesteringar.

Bakgrund
Regionstyrelsen har den 7 juli 2020 överlämnat remiss Motion 2020:31 om sociala och arbetsrättsliga krav vid upphandlingar (RS 2020-0547) för yttrande senast 28 december 2020.

Motionen gör gällande att Region Stockholms upphandlingar avseende exempelvis infrastrukturprojekt och fastighetsinvesteringar ofta upphandlas på lägsta pris i jakten på pressade kostnader, vilket i sin tur leder till oskäliga arbetsvillkor hos de entreprenörer som genomför projekten. De som står

bakom motionen föreslår därför att:

1. Det vid upphandlingar avseende infrastrukturprojekt och andra stora byggprojekt ska ställas krav på villkor i nivå med kollektivavtal.

2. Det utöver ovanstående krav även ska ställas krav på att anlitad entreprenör innehar särskilda försäkringar i nivå med FORA-paket.

3. Att antalet led av anlitade underentreprenörer bör begränsas.

Överväganden
Under nedanstående punkter beskrivs förvaltningens synpunkter på respektive redovisat förslag ovan:

1. Beträffande att vid upphandlingar avseende infrastrukturprojekt och andra stora byggprojekt ställa krav på villkor i nivå med kollektivavtal, följer förvaltningen gällande lagstiftning och upphandlingsmyndighetens rekommendationer. Förvaltningen har påbörjat arbetet sedan en längre tid tillbaks och exempelvis har sådana krav redan ställts i upphandlingen av FM-tjänster avseende Städ och vaktmästeri, upphandling av markskötsel (parkarbetare) samt nu senast i upphandlingen av ramavtal avseende byggservice.

2. När det kommer till att ställa krav utöver vad som anges i upphandlingslagstiftningen bedömer förvaltningen att det är svårt med avseende på exempelvis försäkringslösningar. Krav som ställs i upphandlingar måste vara transparenta så att anbudsgivare från andra länder än Sverige bereds möjlighet att lämna anbud då hela lagstiftningen syftar till att möjliggöra den så kallade inre marknaden inom EU. Detta innebär att det inte går att enkelt hänvisa anbudsgivare till att de ska teckna ett FORA-paket, utan ska denna typ av krav ställas i upphandlingsdokumenten behöver dessa skrivas ut i klartext. Om Region Stockholm (eller upphandlingsmyndigheten) tar fram verktyg och exempeltexter på hur dessa krav ska formuleras i ett upphandlingsdokument för att anses uppfylla transparenskravet, skulle det eventuellt kunna vara möjligt så länge övriga principer i upphandlingslagstiftningen är uppfyllda. Förvaltningen riskerar annars att förlora eventuella överprövningar med möjliga kostsamma förseningar för viktiga projekt som följd.

3. Att begränsa antalet UE-led har utretts av förvaltningen i samråd med advokatbyrån Ramberg Advokater. Rambergs bedömning är att det inte torde vara förenligt med gällande upphandlingslagstiftning, men betonar att det saknas vägledande praxis för det aktuella fallet. Förvaltningen kommer att arbeta för att påverka aktörerna inom branschen så att de själva begränsar antalet UE-led. Förvaltningen kommer också att i samband med upphandlingar göra en bedömning av för- och nackdelar med att ställa det här kravet såsom för övriga krav, utifrån risker och konsekvenser av en eventuell överprövning.

Miljökonsekvenser
Beslutet medför oförändrade miljökonsekvenser.

Ekonomiska konsekvenser
Beslutet medför inga ekonomiska konsekvenser.

.....
Anette Henriksson
Förvaltningschef

Beslutsexpediering:
Akt

RAMBERG

Locum AB
Jessica Midelf

Stockholm den 4 november 2019

Angående möjligheter att begränsa antal underleverantörer

Frågan
Ramberg har fått fråga från Locum om det är möjligt att i en upphandling eller avtal sätta upp en begränsning på att en entreprenör inte får ha underleverantörer i fler än två led. Denna PM inleds med en genomgång av relevanta lagbestämmelser, för att därefter ta upp ett antal rättsfall, för att slutligen resonera om proportionalitetsprincipen och de risker som föreligger med olika handlingsalternativ.

Lagen
Lagstiftarens utgångspunkt har varit att det alltid är möjligt för en anbudsgivare att använda sig av underleverantörer. Detta gäller såväl i upphandlingen, genom att annans kapacitet åberopas för att över huvud taget kunna lämna anbud, som under utförandet av avtalet. Detta motiveras dels av lagtextens utformning, dels av beaktandesats 2 till direktiv 2014/24/EU, där EU har angivit att ett av upphandlingsdirektivets grundläggande syften är att säkerställa att små- och medelstora företag har möjlighet att konkurrera om offentliga kontrakt. För att det ska vara möjligt har man därefter utformat bestämmelser i 14 kap 6-8 §§ Lagen om offentlig upphandling (LOU).

Det ska noteras att bestämmelserna i 14 kap LOU endast tar sikte på upphandlingssituationen och möjligheten att använda sig av andra företags kapacitet för att kunna lämna anbud. För åberopande av annans kapacitet gällande t.ex. referensuppdrag krävs dock att det företag vars kapacitet som åberopas även används som underleverantör. Bestämmelserna i 14 kap tar heller inte sikte på frågan om ”underleverantörens underleverantör”, d.v.s. 14 kap reglerar endast möjligheten att åberopa annans kapacitet, där den vars kapacitet åberopas alltid blir direkt underleverantör till den upphandlande myndigheten.

Det finns även en reglering i 17 kap som berör underleverantörer. Av 17 kap 6 § framgår att en upphandlande myndighet kan kräva att leverantören lämnar in uppgifter om hur stor del av kontraktet som kommer att fullgöras av annan, samt vilka underleverantörer som avses anlitas. Att man enbart nämnt ”underleverantörer” och inte ”underleverantörers underleverantörer” i lagtexten, ska inte tas till intäkt för att det endast är underleverantörer i första led som omfattas. Lagstiftaren har avsett att inkludera underleverantörer i alla led, då bestämmelsen återfinns bland regleringarna om arbetsrättsliga (m.fl.) villkor. Bestämmelsen om angivande av underleverantörer (inkl deras underleverantörer) är dock i sig inte begränsad till att gälla arbetsrättsliga villkor, utan kan användas även för andra syften.

Ramberg Advokater KB
Jakobsbergsgatan 13
Box 3137
103 62 Stockholm
Sweden
Phone +46 8 546 546 00
Fax +46 8 546 546 99
www.ramberglaw.se
Reg.no 969776-1121
VAT No SE969776112101
Domicile: Stockholm

Utifrån hur lagen är utformad är det därmed relativt tydligt att det inte är möjligt att begränsa leverantörens sätt att organisera sig för att utföra arbetet. Fokus ligger istället på att presentera organisationen. Innebär det att det finns ett totalförbud mot att förbjuda underleverantörer i flera led? Även om det finns en tydlig inriktning i lagen, är det svårt att utläsa ett absolut förbud. Vi återkommer till denna fråga nedan under rubriken ”Proportionalitetsprincipen”.

Praxis

Frågan om begränsningar av anbudsgivares möjlighet att använda annat företags kapacitet i samband med upphandlingar har varit föremål för prövning vid ett antal tillfällen. Som exempel kan nämnas EU-domstolens mål C-406/14. I punkt 33 framgår:

> ”Artikel 48.3 i direktivet[1] anger tvärtom en, i princip oinskränkt, möjlighet för anbudsgivare att anlita underleverantörer för att fullgöra ett kontrakt. Bestämmelsen föreskriver nämligen en möjlighet för anbudsgivare att visa att de uppfyller de minimikrav som uppställts av den upphandlande myndigheten beträffande teknisk och yrkesmässig kapacitet genom att anlita andra enheters kapacitet, under förutsättning att de visar att de förfogar över de resurser som är nödvändiga för att fullgöra det kontrakt de tilldelats men inte är ensamma om att genomföra.”

Även EU-domstolens nyligen avkunnade C-63/18 är relevant för frågan. Frågan rörde om det är lagligt att i nationell rätt ha en bestämmelse om en maximal volym som får fördelas till underleverantörer (30 % i det aktuella fallet). I punkt 32 i domen framgår följande:

> ”Den italienska regeringen har närmare bestämt framhävt den omständigheten att den begränsning för anlitande av underleverantörer som avses i det nationella målet motiveras av särskilda till Italien hänförliga omständigheter, där underentreprenad alltid har varit ett medel för att bedriva kriminell verksamhet. Genom att begränsa den del av kontraktet som kan läggas ut på underentreprenad medför den nationella lagstiftningen att det blir mindre attraktivt för kriminella organisationer att delta i offentliga inköp, vilket skulle hindra infiltration av maffian vid offentliga inköp och således skydda allmän ordning.”

[1] ”En ekonomisk aktör får vid behov och i ett visst kontrakt utnyttja andra enheters kapacitet, oberoende av den rättsliga arten av förbindelserna mellan aktören och dessa enheter. I detta fall skall han bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet, t.ex. genom att lägga fram enheternas åtagande att förse den ekonomiska aktören med nödvändiga resurser.”

Domstolen kom, trots denna invändning, fram till följande slutsats i punkterna 43-45:

> ”En begränsning av underentreprenad av det slag som avses i det nationella målet kan därför inte anses förenlig med direktiv 2014/24.
>
> Denna slutsats påverkas inte av de argument som har åberopats av den italienska regeringen med innebörden att de kontroller som den upphandlande myndigheten ska göra enligt nationell rätt är ineffektiva. En sådan omständighet, som – vilket framgår av den italienska regeringens egna yttranden – följer av de särskilda reglerna för dessa kontroller, påverkar således inte att den nationella åtgärd som avses i det nationella målet är restriktiv. Den italienska regeringen har dessutom inte på något sätt i målet kunnat visa att de olika regler i artikel 71 i direktiv 2014/24, vilka möjliggör för medlemsstaterna att begränsa användandet av underentreprenad, och de skäl för uteslutning av underleverantörer som följer av artikel 57 i samma direktiv och till vilka det hänvisas i artikel 71.6 b i direktivet, inte kan genomföras på ett sådant sätt att den målsättning som eftersträvas med den nationella lagstiftning som avses i det nationella målet uppnås.
>
> Mot bakgrund av samtliga ovan angivna omständigheter ska tolkningsfrågan besvaras som följer. Direktiv 2014/24 ska tolkas så, att det utgör hinder för en sådan nationell lagstiftning såsom den i det nationella målet enligt vilken anbudsgivare högst kan lägga ut 30 procent av kontraktets samlade värde på underentreprenad till tredje man.”

Båda dessa avgöranden har fastställt vad som anges i lagen, d.v.s. att en upphandlande myndighet inte får begränsa en leverantörs rätt att använda annans kapacitet. Det sistnämnda avgörandet är intressant, trots att det gällde en nationell bestämmelse. Domstolens resonemang är principiellt och utgår från den centrala frågan om begränsningar avseende underleverantörer. Praxis är därmed tydlig och vi har vid genomgången av praxis inte funnit avgöranden från svenska domstolar som går emot detta. Det ska betonas att praxis rör frågor om åberopande av annans kapacitet, och inte de fall där en underleverantör används utan att dennes kapacitet åberopas. Genomgången av praxis har inte heller funnit sådana avgöranden. Praxis ger med andra ord inte något tydligt svar på om det är i enlighet med lagen att begränsa antalet led som underleverantörer får finnas i.

Proportionalitet och slutsatser

Vare sig lag eller praxis ger tydliga svar på frågan om det är acceptabelt att begränsa antalet led som underleverantörer får finnas i. Det bör dock i vissa fall vara möjligt att utifrån principen om proportionalitet begränsa antalet led som underleverantörer får finnas i. Det förutsätter dock att behovet är sådant att det inte finns något annat lämpligt sätt att säkerställa att behovet uppnås. Det är svårt att hitta situationer där

uppfyllandet av behovet beror på antalet led med underleverantörer. En sådan situation skulle kunna uppstå där det föreligger säkerhetsskyddsfrågor och där det utifrån säkerhetsskyddslagstiftningen bör begränsas hur många personer och även organisationer som tar del av säkerhetsskyddsklassificerad information. Om så är fallet och den upphandlande myndigheten kunde påvisa detta, är den typ av omständighet något som bör kunna leda till ett förbud mot underleverantörer i för många led, eller för den delen kring antalet underleverantörer som sådana.

Fråga skulle även kunna vara om ett behov gällande kontroll av t.ex. betalning av arbetsgivaravgifter eller liknande, skulle kunna utgöra ett sådant behov som ger rätt till begränsningar. Det skulle i sådant fall förutsätta att det inte är möjligt, eller förknippat med sådana svårigheter att det i praktiken inte är realistiskt, att göra en sådan kontroll om antalet underleverantörer till underleverantörerna finns i för många led. Då det torde vara möjligt att ställa krav på en avtalspart att redovisa alla i entreprenaden ingående bolag samt detaljer kring t.ex. arbetsgivaravgifter, är det i praktiken svårt att se att en sådan omständighet kan utgöra grund för en begränsning.

Svaret på frågan om proportionalitet måste naturligtvis sökas i det enskilda fallet, och det är på intet sätt uteslutet att en sådan tillämpning kan vara laglig. Som framgår av resonemanget ovan, är det dock förknippat med vissa utmaningar. Det ligger därmed nära till hands att en domstol, såvida inte omständigheterna är mycket tydliga (t.ex. exemplet med säkerhetsskyddslagen), kommer att besluta att en begränsning av rätten för underleverantörer att använda underleverantörer i för många led, strider mot LOU, särskilt med beaktande av det ovan refererade målet från EU-domstolen C-63/18.

Konsekvenser

Som framgår av genomgången, är det sannolikt att en begränsning av användande av underleverantörers underleverantörer i normalfallet inte är i enlighet med LOU. Det innebär som konsekvens att sannolikheten för en överprövning får bedömas som relativt stor, och att även utfallet av en överprövning får bedömas gå Locum emot. Undantaget är den situation där det föreligger ett tydligt behov kopplat till begränsningen, men som framgick av C-63/18 krävs långtgående och konkreta behovsbeskrivningar.

Skulle upphandlingen inte bli överprövad blir begränsningen av underleverantörers underleverantörer ett avtalsvillkor, naturligtvis under förutsättning att det även är inskrivet i avtalet, eller att avtalet hänvisar till en sådan bestämmelse. Då det föreligger avtalsfrihet och ett sådant krav knappast kan strida mot 36 § Avtalslagen, kommer Locum i sådant fall att kunna tillämpa villkoret i enlighet med de konsekvenser som ett brott mot villkoret ger. En sådan konsekvens kan t.ex. vara att leverantören måste upphöra med ett sådant anlitande, ett vite eller liknande.

RAMBERG ADVOKATER

Björn Bergström

Socialdemokraterna
FRAMTIDSPARTIET

Ankom
Region Stockholm
2020 -06- 23
Dnr. RS 2020-0547

MOTION
2020:31
2020-06-23

Motion av Jens Sjöström, Talla Alkurdi, Robert Johansson, Petra Larsson och Rolf Lindell (S) angående sociala och arbetsrättsliga krav vid upphandlingar

Region Stockholm gör många stora investeringar i bland annat infrastruktur och upphandlar för miljardbelopp framförallt utförande av sjukvård och kollektivtrafik.

Byggandet av framtidens kollektivtrafik är viktigt för den fortsatta, klimatmässigt hållbara, tillväxten i stockholmsregionen. Även upprustningen av våra fastigheter för framtidens hälso- och sjukvård är viktigt för att hålla takt med sjukvårdens utveckling. Tyvärr blir dessa infrastrukturprojekt dyrare än beräknat och i jakten på pressade kostnader väljs alltför ofta lägsta pris framför kvalitet. Det här leder till ökad press och stress för personalen, sämre arbetsmiljö och i sina yttersta fall allvarliga olyckor och död.

Ingen vill att dödsfall och allvarliga olyckor ska bli en del av arbetet med att bygga ut tunnelbanan eller något av de andra infrastrukturprojekt som Region Stockholm bedriver. Det kan vi inte acceptera. Men för att motverka det har vi inom politiken ett ansvar. Vi måste ställa krav på villkor i nivå med kollektivavtal. Utöver krav i nivåer med gällande upphandlingslagar anser vi att det i riskfyllda arbeten som detta ska ställas krav på försäkringar i nivå med FORA-paket, däribland inkluderas arbetsskada, pension, föräldraförsäkring, uppsägning, dödsfall, olycksfall och sjukdom. För att möjliggöra effektiv uppföljning bör också antalet underentreprenörsled begränsas. Enligt gällande lagstiftning ska arbetsrättsliga villkor alltid ställas när det är behövligt, alltså när det råder risk för oskäliga arbetsvillkor och/eller osund konkurrens. Våra infrastrukturprojekt och andra stora byggprojekt faller in i den kategorin.

Inom hälso- och sjukvården finns utförare som inte har försäkringar och förmåner i nivå med tillämpliga kollektivavtal på området.

Ett ytterligare orosmoment för personalen sker i upphandlingen av en ny entreprenör. Då finns en oro för att den nya entreprenören inte ska ta över all personal. Krav på verksamhetsövergång ställs i vanliga fall i avtalen med de nya entreprenörerna men för att förtydliga regionens ståndpunkt och minska personalens oro bör dessa krav framgå redan från början.

För att dessa krav ska få effekt måste de ställas redan i upphandlingsdokumentationen. Då vet samtliga anbudsgivare vad som förväntas och kan räkna på sina anbud utifrån det. Kraven måste självklart även gälla underentreprenörer. Generellt ökar risken för missförhållanden och det blir svårare att följa upp ju fler underentreprenörsled det finns, därför bör detta begränsas.

Inom Region Stockholm (f.d. SLL) finns idag en uppförandekod som säger att: ” bedriva vår verksamhet så att den främjar en hållbar utveckling. I enlighet med detta vill vi verka för att de varor och tjänster som köps in är producerade under hållbara och ansvarsfulla förhållanden. / …/ Varor och tjänster som levereras …/…/... ska vara förenliga med bl.a. ILO:s åtta kärnkonventioner och FN:s deklaration mot korruption”. Vår uppförandekod öppnar alltså för möjligheten att ställa tydligare krav på sociala villkor vid upphandling.

Även Upphandlingsmyndigheten bestämmelser om arbetsrättsliga villkor ger stöd i detta. Upphandlingsmyndigheten skriver: ”Upphandlande myndigheter och enheter i vissa fall (beroende på storleksordning, ”tröskelvärde”) är skyldiga att ställa arbetsrättsliga villkor. Dessa ska avse lön, semester och arbetstid enligt ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige. /…/ De arbetsrättsliga villkoren ska fastställas i enlighet med angivna nivåer om lön, semester och arbetstid som följer av ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen.” Det

finns ytterligare verktyg att ta till. Enligt ny lagstiftning inte bara kan, utan ska myndigheter ställa krav på lön och andra villkor vid upphandlingar. Region Stockholm har hittills inte inkluderat dessa krav i sina riktlinjer.

Det är dags för att dessa delar tydligare inarbetas i Region Stockholms upphandlingsarbete. Personalens arbetsmiljö och arbetsvillkor är livsviktiga och ingenting som vi kan riskera att slumpa bort.

Mot bakgrund av detta föreslår vi:

att tilldelad leverantör ska uppfylla de villkor som gäller enligt SLL:s uppförandekod och Upphandlingsmyndighetens bestämmelser om arbetsrättsliga villkor.

att i syfte att ytterligare konkretisera första att satsen, riktlinjer för upphandlingsdokumentation uppdateras med krav på villkor i nivå med kollektivavtal, krav på försäkringar i nivå med FORA-paket (inklusive försäkring vid arbetsskada, pension, föräldraförsäkring, uppsägning, dödsfall, olycksfall och sjukdom), krav på verksamhetsövergångar samt begränsning i antalet underentreprenörsled.

att dessa uppdaterade riktlinjer remitteras till berörda fackliga organisationer innan antagande.

Jens Sjöström

Talla Alkurdi

Robert Johansson

Petra Larsson

Rolf Lindell