

Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun

# Upphandling och arbete i EU



Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun

# **Upphandling och arbete i EU**

- Sieps 2010:3 -

Rapport nr 3  
April 2010

Utges av Svenska institutet för europapolitiska studier

Rapporten finns tillgänglig på  
[www.sieps.se](http://www.sieps.se)

Författarna står själva för analys och slutsatser

Omslag: Svensk Information AB

Tryck: EO Grafiska AB

Stockholm i april 2010-03-26

ISSN 1651 – 8942

ISBN 978 – 91 – 86107 – 18 - 5

## **FÖRORD**

Det har från slutet av 1990-talet funnits ett växande intresse av att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Denna fråga var aktuell när direktiven om offentlig upphandling senast förnyades inom Europeiska unionen. En diskussion förs också i många medlemsländer, inte minst på regional och kommunal nivå, där upphandlingsbesluten ofta fattas.

År 2007 beviljades Kerstin Ahlberg och Niklas Bruun forskningsmedel av Sieps för projektet ”Sociala hänsyn och offentlig upphandling på den inre marknaden”. Föreliggande rapport utgör slutredovisning av detta projekt.

De frågor som författarna ställer rör det nationella utrymmet för sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Kan man till exempel inom ramen för EU:s regler främja jämställdhet, integration av funktionshindrade, god arbetsmiljö och goda arbetsvillkor? Författarna anser att så är fallet. De har undersökt hur stor handlingsfrihet medlemsländerna har och menar att Sverige skulle kunna utnyttja det utrymme som finns bättre än vad man hittills har gjort. Författarna hävdar att i jämförelse med till exempel Danmark och Finland har Sverige än så länge förhållit sig passivt när det gäller möjligheten att lagstiftningsvägen integrera sociala och etiska hänsyn vid offentlig upphandling.

Rapporten presenteras som en del i forskningsprojektet Sociala Europa.

Anna Stellingher  
Direktör, Sieps

## **OM FÖRFATTARNA**

Niklas Bruun är professor i privaträtt vid Helsingfors universitet. Han är ofta anlitad för expertuppdrag av EU, ILO och FN. Fr.o.m. år 2010 är han även gästprofessor vid Stockholms universitet för att leda det sexåriga forskningsprogrammet *Regulating Markets and Labour*.

Kerstin Ahlberg är forskningsredaktör vid Stockholms universitets juridiska institution och hedersdoktor vid juridiska fakulteten. Hon har varit chefredaktör för tidskriften *Lag & Avtal* och chef för Arbetslivsinstitutets arbetsrättsenhet.

## **INNEHÅLL**

<b>SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER</b> .....	8
<b>KOMMENTAR FRÅN FÖRFATTARNA</b> .....	14
<b>1 BAKGRUND</b> .....	17
<b>2 EU:S UPPHANDLINGSREGLER - EN ÖVERSIKT</b> .....	19
<b>3 UPPHANDLINGSFÖRFARANDET OCH DIREKTIVREGLERNA</b> .....	22
3.1 Att bestämma föremålet för upphandlingen .....	22
3.2 Beskrivningen av föremålet för upphandlingen och villkor för anbud .....	23
3.3 Avgränsning av vilka som kan vara med och lämna in anbud .....	24
3.4 Tilldelning av kontraktet .....	25
3.5 Utformning av kontraktet .....	26
3.6 Skillnaden mellan olika typer av kriterier .....	26
<b>4 MÖJLIGHETERNA ATT TA SOCIALA HÄNSYN - FRÅN KOMMISSIONENS FÖRSLAG TILL FÄRDIGT DIREKTIV</b> .....	28
4.1 Möjlighet att reservera vissa kontrakt för skyddade verksamheter .....	29
4.2 Skyldigheter när det gäller arbetarskydd och arbetsvillkor .....	30
4.3 Kvalifikationskriterierna .....	34
4.4 Tilldelning av kontraktet .....	38
4.5 Onormalt låga anbud .....	42
4.6 Särskilda villkor för fullgörande av kontraktet .....	44
<b>5 REGLERINGEN I UTVALDA MEDLEMSLÄNDER OCH DESS TILLÄMPNING</b> .....	46
5.1 Sverige .....	46
5.1.1 Inledning .....	46
5.1.2 Den rättsliga ramen .....	46
5.1.3 Sociala hänsyn i praktiken .....	54
5.2 Danmark .....	64
5.2.1 Inledning .....	64
5.2.2 Den rättsliga ramen .....	64
5.2.3 Sociala hänsyn i praktiken .....	73
5.3 Finland .....	77

5.3.1 Inledning .....	77
5.3.2 Den rättsliga ramen .....	78
5.3.3 Sociala hänsyn i praktiken .....	82
5.4 Tyskland .....	83
5.4.1 Inledning .....	83
5.4.2 Den rättsliga ramen .....	86
5.4.3 Upphandling av kollektivavtalade tjänster .....	91
5.5 Frankrike .....	93
5.5.1 Inledning .....	93
5.5.2 Den rättsliga ramen .....	94
5.5.3 Sociala hänsyn i praktiken .....	97
5.6 Förenade kungariket.....	100
5.7 Upphandlingsregleringen i sex medlemsländer – en jämförelse .....	102
5.7.1 Inledning .....	102
5.7.2 Likheter och skillnader .....	102

## **6 UPPHANDLING OCH SOCIALA ÖVERVÄGANDEN**

<b>- EU-REGLERINGEN I PERSPEKTIV .....</b>	<b>109</b>
6.1 Inledning .....	109
6.2 Den EU-rättsliga ramen .....	111
6.3 ILO:s konvention 94 och målet Rüffert .....	118
6.3.1 Inledning .....	118
6.3.2 ILO:s konvention 94 – bakgrund.....	119
6.3.3 Konventionens innehåll .....	120
6.3.4 Expertkommitténs rapport .....	123
6.3.5 ILO:s arbetskonferens 2008.....	124
6.3.6 Målet Rüffert .....	125
6.3.7 ILO 94 och fallet Rüffert.....	128
6.3.8 Rättsliga konsekvenser.....	130
6.3.9 Var finns spänningarna mellan ILO 94 och unionsrätten? ...	132
6.3.10 Kan konflikten mellan ILO 94 och unionsrätten lösas? ...	134
6.3.11 Sammanfattning .....	136

## **7 NÅGRA TYPFALL .....**

7.1 Krav på löner och minimiarbetsvillkor .....	138
7.1.1 Inledning .....	138
7.1.2 Krav på villkor enligt kollektivavtal .....	138
7.1.3 Krav på avtalsbundenhet .....	139
7.2 Arbetsmiljökrav .....	141



7.3	Krav på övertagande av personalen .....	145
7.4	Tillämpningsområdet för upphandling – exemplet kollektivavtalsbaserade pensioner .....	153
7.4.1	Allmänt .....	153
7.4.2	Situationen i Sverige .....	155
7.4.3	EU-rättslig analys.....	156
7.4.4	Fri etableringsrätt och fri rörlighet för tjänster och offentlig upphandling .....	164
7.4.5	Sammanfattande analys .....	164
7.5	Jämställdhet och likabehandling .....	168
7.5.1	Allmänt .....	168
7.5.2	Vad kan krav på lika behandling och jämställdhet innebära?	169
7.5.3	Jämställdhet på tillbakagång? .....	171
	<b>LITTERATURFÖRTECKNING</b> .....	172
	Rättsfall från EU-domstolen .....	177
	<b>ENGLISH SUMMARY</b> .....	180
	<b>SIEPS PUBLIKATIONER</b> .....	186

## SAMMANFATTNING OCH SLUTSATSER

Det har särskilt från slutet av 1990-talet funnits ett omfattande intresse och en stark politisk beställning på att sociala hänsyn på olika sätt ska beaktas i samband med offentlig upphandling. Denna strävan gjorde sig klart gällande i samband med att direktiven om offentlig upphandling förnyades inom Europeiska Unionen i början av detta årtusende,<sup>1</sup> men samma önskemål och krav kommer tydligt till synes i medlemsländerna, inte minst på regional och kommunal nivå, där upphandlingsbesluten ju ofta fattas.

Kraven på att sociala, etiska och miljömässiga hänsyn ska beaktas i det allmänna upphandling är inte överraskande mot bakgrund av samhällsutvecklingen i övrigt. Robert B. Reich har beskrivit samhällsutvecklingen som en övergång till en global superkapitalism, där investerar- och konsumentgrupper har fått ökat inflytande medan exempelvis fackförningarnas inflytande kommit att bli allt mindre.<sup>2</sup> Enligt Reich är ett av de internationella storföretagens svar på denna utveckling att de antar olika koder eller överenskommelser om så kallad *Corporate Social Responsibility* i syfte att visa för konsumenter och andra intressegrupper att företagen är lyhörda för krav på respekt för etiska, sociala och miljömässiga grundvärden. Det ter sig mot denna bakgrund konsekvent att motsvarande krav gör sig gällande också i samband med den offentliga upphandlingen.

Vi vill också understryka att det är minst sagt legitimt att upphandling med skattemedel beaktar de grundläggande värderingar som råder bland de medborgare som i sista hand finansierar kalaset och inom de beslutande organ som styr myndigheterna. Det handlar ju om allmänt accepterade mål för lagstiftningen, såsom att främja jämställdhet, integration av funktionshindrade, god arbetsmiljö och goda arbetsvillkor. Målet att skattebetalarnas pengar ska användas effektivt står ingalunda i konflikt med etiska, sociala eller miljömässiga mål. Tvärtom menar vi att man mycket väl kan genomföra en upphandling på ett sätt som är öppet och transparent och bygger på fri konkurrens, men som samtidigt integrerar dessa mål. Vi visar också att något krav på att man alltid måste acceptera de billigaste anbuden utan att beakta sociala och etiska faktorer inte kan härledas från EU-rätten.<sup>3</sup> Tvärtom ankommer det i sista hand på den nationella lagstif-

---

<sup>1</sup> Se t.ex. Bercusson & Bruun (2005) och avsnitt 4 i denna rapport.

<sup>2</sup> Se Reich (2007) särskilt 50 s ff.

<sup>3</sup> Se avsnitt 6.2.

taren och den upphandlande myndigheten att bestämma vilken kvalitet varorna och tjänsterna ska ha. EU förutsätter endast öppenhet, transparens och icke-diskriminering.

Det sagda gör sig särskilt gällande då vi har att göra med upphandlingar under tröskelvärdena eller som rör så kallade oprioriterade tjänster.<sup>4</sup> Här är de nationella frihetsgraderna relativt stora om medlemsstaten så önskar eftersom denna upphandling faller utanför direktivens tvingande specialreglering.

Problemet har dock varit att det finns många öppna tolkningsfrågor som medför ett oklart rättsläge, vilket har kommit väl till synes i vår analys av olika frågor med anknytning till upphandlingens etiska och sociala aspekter. Detta oklara läge tycks ofta ha lett till en slags radikal försiktighetsprincip i medlemsländerna: Eftersom man inte säkert vet vad som gäller väljer man att hålla sig inom det som säkert är gångbart. Samtidigt kan det faktum att frågor om offentlig upphandling ofta lyder under myndigheter vars uppdrag är att ensidigt främja konkurrens, och som därför saknar kunskaper och erfarenhet på det sociala området och inom miljöområdet, ytterligare ha förstärkt denna försiktighet. Det är inte heller uteslutet att osäkerheten i vissa fall medvetet har utnyttjats av aktörer som rent allmänt anser att sociala hänsyn eller miljöhänsyn inte hör hemma i upphandlingssammanhang, utan att sådana ”upphandlingsfrämjande element” bör hänvisas till specialregleringar inom dessa områden. Att ett sådant tankemönster är utbrett framgår såväl av vår rekonstruktion av hur EU:s upphandlingsdirektiv förhandlades fram (se t.ex. avsnitt 4.2 och 4.4) som av litteraturen om hur dessa har implementerats i medlemsländerna.

Det finns goda argument mot en sådan uppfattning. I sin upphandling har stat och kommuner ett instrument för att främja sociala målsättningar som kan vara mer effektivt än enbart specialregleringar om exempelvis arbetsmiljö eller likabehandling. Utsikten att inte kunna vara med och konkurrera om ett offentligt kontrakt ger sannolikt presumtiva anbudsgivare ett starkare incitament för att leva upp till kraven på förebyggande arbetsmiljöarbete eller aktiva åtgärder för att främja jämställdhet än (den kanske försumbara) ”risken” att få ett föreläggande från ett tillsynsorgan med begränsade resurser. Därtill kommer att konkurrens på lika villkor rimli-

---

<sup>4</sup> Se bl.a. kapitel 2 och avsnitt 5.7.

gen måste innebära att det allmänna använder de verktyg som det förfogar över för att hindra att företag som åsidosätter sina lagstadgade skyldigheter får konkurrensfördelar.

Om man, som det svenska Konkurrensverket föreslår, i namn av regelförenkling avskaffar en reglering som antidiskrimineringsförordningen riskerar man i realiteten tvärtom att sanktionera brott mot gällande lagstiftning. Liksom alla andra svenska myndigheter har Konkurrensverket en lagstadgad skyldighet att främja jämställdhet.<sup>5</sup> Av detta märks inga spår i förslaget. Det faktum att myndigheterna inte följer upp att antidiskrimineringsklausulerna efterlevs eller att avtalsviten möjligen kan innebära oproportionerliga sanktioner kan, som vi ser det, vara argument för att tillämpningen ska skärpas och förordningen ändras, men inte för att den ska upphävas.

Vår genomgång visar att Sverige jämfört med andra länder har tillämpat försiktighetsprincipen till ytterlighet. Detta är såtillvida överraskande som det ju i Sverige har funnits och finns en relativt stark opinion för att beakta sociala hänsyn vid upphandling, inte minst på kommunal nivå. Det förefaller dock som om denna opinion fått möta en rad juridiska osäkerhetsargument, som i sista hand lett till att lagstiftningen mer eller mindre ignorerat önskemålen om att beakta sådana krav.

Sverige har valt att som utgångspunkt ge upphandlingslagstiftningen ett vidsträckt tillämpningsområde och att endast i begränsad utsträckning utnyttja den flexibilitet som medlemsstaterna har utanför upphandlingsdirektivens tillämpningsområden. Här utmärker sig Sverige bland de länder som vi studerat. I stort sett samma regler tillämpas på alla upphandlingar oberoende av om de faller inom direktivens tillämpningsområden eller ej. Bland annat gäller samma tilldelningskriterier på alla i lagen avsedda upphandlingar oberoende av deras omfattning och typ. Detta har stor betydelse då tröskelvärdet för offentliga byggtreprenadkontrakt ligger exempelvis på 4,8 miljoner euro och de oprioriterade tjänsterna täcker både social- och hälsovård och undervisning.

I Sverige har man även i mindre grad än i Danmark, Finland, Frankrike och Tyskland betonat möjligheten att beakta sociala hänsyn vid tilldelning av kontraktet. I dessa länder betonar man myndighetens rörelsefrihet då

---

<sup>5</sup> Se t.ex. Regeringsformen 1 kap. 2 §

det gäller att välja utförare av kontraktet. I samtliga länder framhävs dock att myndigheterna har större frihet då det gäller kontraktets innehåll, men också här är man relativt försiktig i Sverige. I Danmark kräver myndigheterna att leverantören betalar lön enligt kollektivavtalen och i Finland föreskriver upphandlingslagen direkt att entreprenören ska följa ”åtminstone de minimivillkor för ett anställningsförhållande som enligt Finlands lag och bestämmelserna i kollektivavtal skall iakttas i ett likartat arbete”.

Den njudda inställningen till sociala hänsyn vid upphandling i Sverige kommer också till synes i det faktum att den svenska upphandlingslagen inte tillåter att kontrakt reserveras för skyddade verkstäder eller andra program för skyddad anställning, vilket är möjligt enligt artikel 19 i det klassiska direktivet. Upphandlingsutredningen hade föreslagit att Sverige skulle ta fasta på artikel 19 men förslaget ströks vid beredningen av propositionen och fanns inte med när denna överlämnades till riksdagen.

Det hovsamma förslaget i betänkandet ”Bättre arbetsmiljöregler II”<sup>6</sup> från år 2007 har inte heller avsatt några spår i lagstiftningen (se avsnitt 5.1.2). Där föreslogs att den som begär in anbud på en tjänst ska ha en skyldighet att utforma förfrågningsunderlaget på ett sätt som ger entreprenören bättre möjlighet att uppfylla sina skyldigheter enligt arbetsmiljölagstiftningen. Förslaget hade sin bakgrund i dansk lag.<sup>7</sup>

Också den omfattande debatten om huruvida Sverige som EU-medlem kan ratificera ILO-konventionen 94 kan ses som ett uttryck för den allmänna försiktighet som fått Sverige att avstå från att föreskriva krav på, möjliggöra eller att ens rekommendera upphandlande myndigheter att ta sociala hänsyn i samband med upphandling.<sup>8</sup>

Det enda undantaget från denna hållning från lagstiftarens sida har utgjorts av det stadgande i upphandlingslagen som ansetts möjliggöra användningen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt. Denna möjlighet har med stöd av en förordning gjorts till en skyldighet för de 30 största statliga myndigheterna för kontrakt på över 750.000 kr. Det är symptomatiskt att konkurrensmyndigheten redan har föreslagit att detta krav borde upphävas.

---

<sup>6</sup> SOU 2007:43.

<sup>7</sup> Se avsnitt 5.2.2

<sup>8</sup> Se SOU 2006:28 s. 315-366.

Slutsatsen blir att Sverige än så länge ligger efter de i denna studie jämförda länderna, eventuellt med undantag för Förenade kungariket, när det gäller att utnyttja möjligheterna att lagstiftningsvägen integrera sociala och etiska hänsyn i offentlig upphandling. Detta rättstillstånd tycks ingalunda vara resultatet av en övervägd policy, utan snarare en indirekt följd av en radikal försiktighetsprincip i kombination med en brist på politisk vilja att utnyttja de möjligheter som finns samt låg motivation hos konkurrensmyndigheterna att driva frågan.

När vårt projekt befann sig i slutskedet lade regeringen emellertid fram en lagrådsremiss med förslag om ett nytt målsättningsstadgande som bygger på Upphandlingsutredningens slutbetänkande (se avsnitt 5.1.2). Enligt lagrådsremissen ska en bestämmelse införas i de båda upphandlingslagarna enligt vilken myndigheterna bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling i den utsträckning som det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art. Det är ett steg på vägen. Om det skulle stanna vid detta torde dock den försiktighetsprincip som vi har beskrivit bli bestående. Faktum kvarstår att Lagrådets kritik när direktiven skulle genomföras är lika relevant idag: med sin ytterst komplicerade och direktivnära utformning lämnar lagarna fortfarande snart sagt alla tolkningsproblem – inte minst på det område som står i fokus för vår rapport – åt de myndigheter som ska tillämpa dem.

Det gäller t.ex. vilka konsekvenser den nya lagstiftningen med anledning av Laval-domen (se avsnitt 7.1.2) har i upphandlingssammanhang. Den nya lagstiftningen kommer endast att ange förutsättningarna för att fackliga organisationer ska kunna använda stridsåtgärder för att driva igenom lönekrav mot utländska entreprenörer som tillfälligt utstationerar arbetstagare till Sverige. Frågan om vilka krav upphandlande myndigheter kan ställa när det gäller löner och andra anställningsvillkor behandlas inte alls i lagstiftningsärendet. Det kan tilläggas att regeringen i propositionen till lagen om valfrihetssystem uttalade att vissa krav i kollektivavtal kan ställas på leverantörerna i dessa system, utan att ge några exempel på vilka typer av kollektivavtalsvillkor det skulle kunna vara (se avsnitt 5.1.2). Myndigheter som vill tillämpa kontraktsvillkor som rör löner och anställningsvillkor i den mån det är förenligt med upphandlingsreglerna kommer kanske inte att våga göra det när ingen vägledning ges vare sig i förarbeten eller på annat sätt.

Vi har noterat att Lissabonfördraget på olika sätt stärker medlemsstaternas rätt att främja sociala mål vid offentlig upphandling utan att hamna på kollisionskurs med unionen. Utgångspunkten för EU-regleringen i denna fråga har också konsekvent varit att EU inte ålägger medlemsstaterna att göra sociala överväganden, men tillåter det inom vissa ramar. Det paradoxala slutresultatet av att medlemsstaterna har getts detta handlingsutrymme har blivit att motståndarna i Sverige fått dubbla trumf på hand. Först har de med framgång motsatt sig användningen av sociala klausuler med hänvisning till att deras användningsområde är ”oklart” och rättsläget ”diffust”. Sedan har de inte behövt bära ansvaret för den värdebase-erade politik som de facto har bedrivits, utan har kunnat skylla ifrån sig på EU och den förment rigida EU-rätten.

Det finns alltså anledning att återföra frågan om utgångspunkterna för den offentliga upphandlingen till samhällsdebattens och politikens nivå: Önskar man driva sociala målsättningar inklusive jämställdhetsmålsättningar vid användning av skattebetalarnas pengar eller vill man ensidigt betona ekonomisk effektivitet på kort sikt? Vi tror att en acceptabel hållbar policy för den offentliga upphandlingen måste integrera också sociala och etiska aspekter, vi menar att också EU-regleringen ger ett rimligt utrymme för detta och vi hoppas att denna rapport kan bidra till att återföra frågan till dagordningen.

## **KOMMENTAR FRÅN FÖRFATTARNA**

2007 beviljades vi forskningsmedel av SIEPS för projektet Sociala hänsyn och offentlig upphandling på den inre marknaden. Det är en vittomfattande rubrik och redan av vår projektbeskrivning framgick att vi tänkte begränsa oss till sådana ”sociala hänsyn” som rör arbete. Rubriken på denna rapport, som är projektets slutrapport, är följaktligen Upphandling och arbete i EU.

I projektbeskrivningen konstaterade vi att de nya upphandlingsdirektiv som EU hade antagit 2004 ger ett visst utrymme för att väga in sociala hänsyn, samtidigt som vissa frågor kvarstår; bl.a. vilken typ av sociala kriterier en upphandlande myndighet kan få använda och på vilka stadier i förfarandet som de kan göras gällande. Syftet med projektet var att undersöka dessa.

Det har vi också gjort. Under resans gång har det emellertid inträffat saker som gett oss anledning att delvis fokusera på frågor som vi knappt hade föreställt oss tidigare. Först kom EU-domstolens dom i målet Rüffert som innebar att inte bara upphandlingsdirektiven utan även utstationeringsdirektivet sätter gränser för vad upphandlande myndigheter kan kräva av leverantörer som kommer från andra medlemsstater. Vissa typer av krav är förbjudna oberoende av på vilket stadium av upphandlingen eller i vilken form – som kvalifikationskriterier, tilldelningskriterier eller villkor för kontraktets fullgörande – de ställs. Det här gjorde att vi blev tvungna att vidga vårt perspektiv och även undersöka förhållandet mellan EU:s och ILO:s regler. Ett år efter Rüffert väckte så Europeiska kommissionen talan mot Tyskland i ett mål som indirekt rör själva grunden för kollektivavtalssystemet, nämligen parternas fria förhandlingsrätt. Därmed ansåg vi det nödvändigt att också undersöka i vilka situationer en myndighet över huvudtaget är skyldig att tillämpa EU:s upphandlingsregler, en fråga som vi annars knappast hade berört. Alla dessa frågor är av stor betydelse särskilt från ett svensk perspektiv, vilket givetvis har varit vår utgångspunkt.

För att finna svaren på de frågor vi ställer har vi gått tillväga på följande vis:

För det första har vi rekonstruerat förhandlingarna om de nya upphandlingsdirektiven i ministerrådet och Europaparlamentet och hur dessa växte fram genom att närläsa alla dokument som är tillgängliga i Rådets register (och de är numer ganska många) och på Parlamentets webbplats. Av dessa



framgår vilka förslag olika delegationer har lagt fram, hur dessa har argumenterat och hur de ställer sig till andra delegationers krav, samt, inte minst hur Europeiska kommissionen och Parlamentet har agerat. På detta sätt har vi fått en belysning av olika artiklar i de antagna direktiven som fungerar som ett slags ”förarbeten”.

För det andra har vi utgått från att EU-rättens innebörd formas i ett samspel som verkar i båda riktningarna mellan nationell rätt och regleringen på EU-nivå och undersökt hur sex medlemsländer har genomfört de nya direktiven i det avseende som är i fokus för vårt projekt. Vi menar alltså att exempelvis den danska eller den tyska lagstiftarens uppfattning om vilket utrymme medlemsstaterna har för att beakta sociala kriterier vid offentlig upphandling är lika beaktansvärd som någon annans, åtminstone så länge inte EU-domstolen säger något annat. Urvalet av länder har – förutom av ett naturligt nordiskt perspektiv - styrts av en ambition att studera såväl några stora och inflytelserika medlemsländer som några mindre och inte lika inflytelserika och länder vars regeringar intog motsatta ståndpunkter under förhandlingarna om de nya upphandlingsdirektiven från 2004. Bland länderna ingår såväl sådana som har ratificerat ILO:s konvention 94 om arbetsklausuler i offentlig kontrakt som länder som inte gjort det.

För det tredje har vi, där det har varit relevant, beaktat folkrättsliga instrument som medlemsstaterna är bundna av och som även EU-domstolen brukar tillmäta betydelse.

Vi har också i någon utsträckning undersökt hur myndigheter i de studerade länderna faktiskt utnyttjar möjligheten att ta sociala hänsyn i samband med upphandling, men några omfattande empiriska studier har inte varit möjliga att genomföra. Gemensamt för samtliga länder, möjligtvis med undantag för Danmark, är att inte ens deras egna centrala myndigheter har någon riktig överblick över detta. De exempel vi nämner tjänar alltså framför allt som illustration till hur reglerna kan användas.

Reglernas innebörd är en sak, den politiska viljan att utnyttja de möjligheter de kan ge är en annan. Enligt vår mening är det intressant att även få en uppfattning om hur stark denna vilja är på olika händer och i olika länder. Här har vi kunnat konstatera att den politiska viljan förefaller högst varierande.

Så några förklaringar om terminologin i vår rapport.

Offentlig upphandling sköts inte enbart av myndigheter utan också av vissa privaträttsliga organ. De senare kallas i upphandlingsregleringen för ”upphandlande enheter”. I de avseenden som är av intresse för vårt projekt gäller samma regler för båda typerna av upphandlare. För enkelhetens skull nöjer vi oss därför med att tala om ”myndigheter” även om vi syftar både på myndigheter och upphandlande enheter. Av samma anledning skiljer vi inte mellan ”anbudsgivare” och ”anbudssökande”.

En upphandling består av olika stadier som noggrant måste hållas isär. I varje stadium används skilda typer av kriterier som steg för steg bidrar till att sälla fram den leverantör som ska få kontraktet. Trots att de skilda typerna av kriterier alltså inte ska blandas ihop, finns inte någon enhetlig terminologi för dessa, och inte heller vi har alltid använt samma ord för samma företeelse. I denna rapport är följaktligen ”urvalskriterier” och ”kvalifikationskriterier” synonymer, och det som i den svenska upphandlingslagen kallas ”särskilda kontraktsvillkor” kallar vi ibland ”villkor för fullgörande av kontraktet” eller ”tillkommande kontraktsvillkor”.

Vi använder också konsekvent beteckningen ”EU-domstolen” för det som fram till den 1 december 2009 var EG-domstolen, även när vi skriver om rättspraxis av äldre datum. På samma sätt talar vi om ”unionsrätten” också då vi syftar på sådana äldre regler som antagits av EEG eller EG och därmed rätteligen är ”gemenskapsrätt”.

Vårt arbete med denna rapport har kunnat genomföras med ekonomiskt stöd från SIEPS. Jörgen Hettne från SIEPS har också bistått med råd och dåd. Mikkel Møller Johansen hjälpte oss med att finna material från Danmark. Doktorand Andrea Sundstrand, Stockholms universitet, och Charlotta Frenander, Konkurrensverket, gav nyttiga kommentarer på en preliminär version av rapporten. Vi tackar ödmjukast för all hjälp även om vi naturligtvis själva svarar för slutprodukten.

Under projektets gång har vi delvis delat upp arbetet mellan oss, varefter vi har läst och bearbetat varandras texter. För innehållet i den slutliga rapporten står vi därför båda gemensamt.

## 1 BAKGRUND

Idén att det allmänna ska använda sin upphandling för att främja sociala mål är inte ny. Redan i slutet av 1800-talet antog det brittiska underhuset en resolution om *fair wages*, som innebar att privata företag som ingick avtal med offentliga myndigheter var tvungna att betala ”skäliga löner” åt de anställda. Idén är inte heller, som man kanske kunde tro, något som uppstått i socialistiska eller socialdemokratiska samhällen, tvärtom. Det var i utpräglade marknadsekonomier som man först började ställa krav på att den som fick ett offentligt kontrakt skulle förbinda sig att exempelvis ge arbete åt arbetslösa eller betala skälig lön. Förutom i Storbritannien, antogs sådana regleringar först i amerikanska delstater och därpå även på federal nivå i USA (se avsnitt 6.3).

Efter andra världskriget hade de här tankarna fått så stor uppslutning världen över att FN:s fackorgan för sysselsättnings- och arbetslivsfrågor, Internationella arbetsorganisationen (ILO), kunde anta konvention 94 angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part. Den centrala bestämmelsen i konventionen förpliktar ratificerande stater att i sina upphandlingskontrakt ta in klausuler enligt vilka leverantören är skyldig att ge de arbetstagare som ska utföra arbetet minst den lön, arbetstid och övriga arbetsvillkor som gäller för arbete av samma art på den plats där arbetet utförs.

Mot den här bakgrunden kan det tyckas förvånande att frågan om, och i så fall i vilken utsträckning, EU:s medlemsstater ska använda sin upphandling för att främja olika sociala mål har varit så kontroversiell. I samband med att EU:s upphandlingsdirektiv skulle revideras i början av milleniet hördes röster på den fackliga sidan som förespråkade att direktiven direkt skulle ålägga nationella myndigheter att integrera sociala hänsyn i sin upphandling. Så långt var varken medlemsstaternas regeringar eller Europaparlamentet beredda att gå. Medlemsstaterna skulle själva få avgöra om de ville använda sin upphandling på detta sätt. Ändå kunde de nya upphandlingsdirektiven år 2004<sup>9</sup> antas först efter förlikningsförhandling-

---

<sup>9</sup> 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 (försörjningsdirektivet); Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

ar mellan Rådet och Parlamentet, och den stora stöttestenen var hur stort utrymme för att tillämpa sociala och miljörelaterade kriterier som medlemsstaterna skulle ges. Parlamentet hade en mer tillåtande inställning än Rådet. Europeiska kommissionen, där ansvaret för upphandlingsfrågorna ligger på Generaldirektoratet för den inre marknaden, har traditionellt intagit en mycket restriktiv hållning.

Det blir mindre förvånande när man betänker att synen på upphandlingspolitiken rent allmänt har ändrats med de nyliberala strömningarna från 1980-talet och framåt. Det centrala målet för ”modern” upphandlingspolitik är att det allmänna ska få så mycket valuta för skattepengarna som möjligt.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Paradoxalt nog har denna utveckling skett samtidigt som de privata företagen alltmer uppmuntras att tillämpa andra kriterier än strikt ekonomiska och ta socialt ansvar i sina affärer med underleverantörer (*”corporate social responsibility”*).

## 2 EU:S UPPHANDLINGSREGLER – EN ÖVERSIKT

Upphandlingen i medlemsstaterna styrs i detalj genom EU-reglering. Syftet är att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och risken för att upphandlande myndigheter gynnar inhemska aktörer och diskriminerar utländska företag direkt eller indirekt.

Den centrala regleringen är två direktiv, 2004/17 om upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (det så kallade försörjningsdirektivet) och 2004/18 om upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster (det ”klassiska” direktivet). I juli 2009 antog ministerrådet och Parlamentet ytterligare ett direktiv som särskilt reglerar upphandling inom försvars- och säkerhetsområdet.<sup>11</sup> De kompletteras av två direktiv som ska garantera att medlemsstaterna också har effektiva förfaranden för prövning av om en upphandling har gått rätt till<sup>12</sup>.

Därtill kommer ett par rättsakter av mer ”teknisk” karaktär, som ska bidra till att förenkla upphandlingen. Det är en förordning på 562 sidor om vilken terminologi som ska användas för att beskriva kontraktsföremålet (*common procurement vocabulary, CPV*, en förkortning som används även i den svenska språkversionen av direktiven)<sup>13</sup> och ett direktiv med 160 sidor standardformulär som medlemsstaterna rekommenderas att hålla sig till för sina meddelanden om offentlig upphandling<sup>14</sup>.

---

<sup>11</sup> Europaparlamentets och Rådets direktiv 2009/81/EG av den 13 juli 2009 om samordning av förfarandena vid tilldelning av vissa kontrakt för byggtreprenader, varor och tjänster av upphandlande myndigheter och enheter på försvars- och säkerhetsområdet och om ändring av direktiven 2004/17/EG och 2004/18/EG. Direktivet ska vara genomfört i medlemsstaterna senast den 21 augusti 2011.

<sup>12</sup> Rådets direktiv 89/665/EEG av den 21 december 1989 om samordning av lagar och andra författningar för prövning av offentlig upphandling av varor och bygg- och anläggningsarbeten; Rådets direktiv 92/13/EEG av den 25 februari 1992 om samordning av lagar och andra författningar om gemenskapsregler om upphandlingsförfaranden tillämplade av företag och verk inom vatten-, energi-, transport- och telekommunikationssektorerna. Båda direktiven har ändrats genom direktiv 2007/66 som skulle vara genomfört i medlemsstaterna senast den 20 december 2009.

<sup>13</sup> Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV).

<sup>14</sup> Kommissionens direktiv 2001/78/EG av den 13 september 2001 om ändring av bilaga IV till rådets direktiv 93/36/EEG, bilagorna IV, V och VI till rådets direktiv 93/37/EEG, bilagorna III och IV till rådets direktiv 92/50/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 97/52/EG, samt bilagorna XII-XV, XVII och XVIII till rådets direktiv 93/38/EEG, i dess ändrade lydelse enligt direktiv 98/4/EG (direktiv om användning av standardformulär vid offentliggörande av meddelanden om offentlig upphandling).

Gemensamt för alla dessa rättsakter är att de enbart omfattar upphandlingar över vissa tröskelvärden, som är olika beroende på vad som ska upphandlas och vilken typ av myndighet som gör det. Tröskelvärdena räknas om vartannat år efter hur eurons kurs står sig i relation till andra valutors.<sup>15</sup> Men tröskelvärdena är inte det enda som avgör om direktiven blir tillämpliga. Upphandling av vissa typer av tjänster styrs bara delvis av direktiven även om kontraktssumman ligger över tröskelvärdena, medan en del andra tjänster är helt undantagna. För de tjänster som bara delvis omfattas av direktiven (t.ex. hälso- och sjukvård, socialtjänster, hotell- och restaurangtjänster och undervisning och yrkesutbildning, se bilaga XVII B i försörjningsdirektivet och bilaga II B i det klassiska direktivet.) gäller inte artikel 55 respektive artikel 53 om tilldelningsgrunderna, vilket är av intresse för ämnet för denna rapport. Det här är tjänster som betraktas som ”oprioriterade”, ett uttryck som man ibland ser i t.ex. domar från EU-domstolen.

Det betyder inte att medlemsstaterna är fria att göra som de vill vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven. EU-domstolen har i sin praxis slagit fast att fördragets regler och principer om den inre marknaden gäller även för dessa. Bestämmelserna om fri rörlighet för varor (artikel 34 FEUF, tidigare artikel 28 EG) etableringsfrihet (artikel 49 FEUF, tidigare artikel 43 EG) och fri rörlighet för tjänster (artikel 56 FEUF, tidigare artikel 49 EG) och de principer om icke-diskriminering och likabehandling, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande som följer av dessa ska alltså respekteras.

Denna praxis från EU-domstolen gäller dock enbart kontrakt som har betydelse för den inre marknaden, dvs. om de har ett gränsöverskridande intresse. När det gäller upphandlingar som inte omfattas av direktiven får de upphandlande myndigheterna därför själva bedöma om de alls kan vara av intresse för ekonomiska aktörer i andra medlemsstater. Om inte, blir unionsrätten över huvud taget inte tillämplig. Det är en avgörande skillnad jämfört med vid upphandlingar som omfattas av direktiven. De anses definitionsmässigt ha en sådan betydelse för den inre marknads funktion att de ska bjudas ut inom hela EU/EES.

---

<sup>15</sup> Tröskelvärdena ligger sedan den 1 januari 2010 på mellan 125 000 och 4 845 000 euro, se Kommissionens förordning (EG) nr 1177/2009 av den 30 november 2009 om ändring av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG avseende de tröskelvärden som ska tillämpas vid upphandlingsförfaranden.

Direktiven utgår givetvis från samma fördragsartiklar och principer som EU-domstolens praxis gör, och i huvudsak skulle de kanske kunna beskrivas som ett slags tillämpningsföreskrifter. Men på åtminstone en punkt som har särskild betydelse för detta projekt innehåller de en regel som inte har någon motsvarighet i EU-domstolens praxis. Enligt direktiven ska kontraktet tilldelas antingen den anbudsgivare som begär det lägsta priset, eller den som kommer med det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt ur den upphandlande myndighetens synvinkel. Men rättspraxis om de upphandlingar som inte omfattas av direktiven säger inte enligt vilka grunder man ska välja ut vem som ska få kontraktet, så länge tilldelningskriterierna är tydliga, icke diskriminerande och möjliga att kontrollera.

## **3 UPPHANDLINGSFÖRFARANDET OCH DIREKTIVREGLERNA**

Till de två centrala upphandlingsdirektiven finns bilagor med förteckningar över sådana organ i varje medlemsstat som är skyldiga att rätta sig efter dem. Men förteckningarna är enbart vägledande. Reglerna gäller alla statliga, regionala och lokala myndigheter och offentligrättsliga organ plus sammanslutningar av ”en eller flera” sådana myndigheter eller organ, oavsett om de finns med i förteckningen eller ej. Försörjningsdirektivet (2004/17) gäller dessutom även offentliga företag, dvs. företag som en myndighet har ett direkt eller indirekt bestämmande över genom ägarskap, ekonomiska intressen eller gällande regler, och privata företag som bedriver verksamhet med särskilt eller exklusivt tillstånd från en myndighet.

Direktiven innehåller regler för alla upphandlingens faser, för att garantera att anbudsgivare i hela EU/EES ska ges reella och lika möjligheter att delta, och för att förhindra att ovidkommande hänsyn kommer in i urvalsprocessen. I var och en av dessa faser kan olika typer av sociala hänsyn aktualiseras. Som vi skall se längre fram varierar dock utrymmet för att beakta dessa mellan de olika faserna, vilket innebär att man måste vara nogga med att hålla isär dem.

Hänvisningarna till olika direktivartiklar i beskrivningen nedanför gäller om inget annat sägs direktivet om upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (2004/18). I de avseenden som är intressanta i detta projekt är försörjningsdirektivet i princip identiskt.

### **3.1 Att bestämma föremålet för upphandlingen**

EU-regleringen handlar om *proceduren* för upphandlingen. Det som ligger innan dess berörs inte. En myndighet som har identifierat ett behov är alltså i princip fri att bestämma hur det behovet skall tillgodoses, ja om det överhuvudtaget förutsätter att man köper något, eller om man hellre ska tillgodose det genom verksamhet i egen regi. Den enda begränsningen om myndigheten bestämmer sig för att lösa problemet genom en upphandling är att föremålet för upphandlingen, *kontraktsföremålet*, inte får definieras så att anbudsgivare från andra medlemsstater konsekvent missgynnas. Men om en kommun bestämmer sig för att upphandla t.ex. driften av ett gruppboende för psykiskt utvecklingsstörda eller en utbildning för långtidsarbetslösa har ju själva föremålet för upphandlingen i sig ett socialt



syfte. Ingen ifrågasätter det. Men det kan få betydelse för möjligheterna att ta annat än rent ekonomiska hänsyn under upphandlingsprocessen.

### **3.2 Beskrivningen av föremålet för upphandlingen och villkor för anbud**

Redan *beskrivningen av kontraktsföremålet i förfrågningsunderlaget* kan emellertid bli avgörande för om en viss aktör kan delta i upphandlingen eller ej. Direktiven innehåller följaktligen regler om detta. Där sägs bl.a. (artikel 23) att de tekniska specifikationerna ska tillåta anbudsgivare att delta på lika villkor och att de inte får innebära omotiverade hinder för att upphandlingen öppnas för konkurrens. Därför ska de anges antingen som hänvisningar till olika typer av standarder eller i form av prestanda eller funktionskrav (vilket kan inbegripa miljöegenskaper) eller som en kombination av dessa. Prestanda och funktionskrav måste dock vara så specifika att anbudsgivarna kan få en bestämd uppfattning om föremålet för upphandlingen. Om det ska ha vissa miljöegenskaper, kan myndigheten få hänvisa till något miljömerke, förutsatt att detta uppfyller en rad krav som anges i artikel 23.7. Den hänvisningen fungerar dock bara som en beskrivning av de prestanda och funktioner som krävs, och den upphandlande myndigheten måste också godta andra typer av bevis än den specifika miljömärkningen som kan styrka att kraven är uppfyllda.

De tekniska specifikationerna får enligt huvudregeln inte heller innehålla uppgifter om tillverkning, ursprung eller särskilt framställningsförfarande, och inte heller hänvisningar till varumärke, patent eller typ, ursprung eller tillverkning om det leder till att vissa företag eller produkter gynnas framför andra (artikel 23.8).

Myndigheten får också begära att de som lämnar in anbud anger hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man, och vilka underleverantörer som i så fall föreslås (artikel 25).

I förfrågningsunderlaget kan den också ange var den som vill bjuda på kontraktet kan få information om vilka skyldigheter när det gäller skatter, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller där tjänsten ska

utföras (artikel 27)<sup>16</sup>. Om myndigheten tillhandahåller sådan information ska den dessutom kräva att de som deltar i upphandlingen bekräftar att de har tagit med dessa skyldigheter när det gäller arbetarskydd och arbetsvillkor i beräkningen när de har utformat sina anbud.

### **3.3 Avgränsning av vilka som kan vara med och lämna in anbud**

Vilka företag som över huvud taget kan vara med och konkurrera om det aktuella kontraktet avgörs sedan dels av vilka krav myndigheten ställer på presumtiva anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning och yrkesmässiga och tekniska kapacitet och om de uppfyller kraven på anbudsgivare/anbudssökandes personliga ställning – de s.k. *kvalifikations- eller urvalskriterierna* – dels av vilket *upphandlingsförfarande* som myndigheten använder.

Myndigheten får alltså kräva att de som vill delta i upphandlingen har en viss ekonomisk, finansiell och teknisk och/eller yrkesmässig kapacitet. Kraven måste dock ha samband med föremålet för upphandlingen och stå i proportion till detta (artikel 44). I artiklarna 47 – 52 beskrivs vilka typer av bevis för att dessa kvalifikationskriterier är uppfyllda som myndigheten kan begära in. Om myndigheten har ställt upp sådana kvalifikationskriterier inte bara får utan måste den sortera bort anbud från aktörer som inte uppfyller dem.

En annan typ av kvalifikationskriterier definieras direkt i direktivet och innebär att anbudsgivare får, eller till och med ska, uteslutas från upphandlingen på grund av att de personligen är olämpliga. En ekonomisk aktör som har dömts för att ha deltagit i en kriminell organisation eller för bestickning, bedrägeri eller penningtvätt ska alltid uteslutas (artikel 45.1). En förutsättning är dock att domen har vunnit laga kraft. I några andra fall av oegentligheter får (men måste inte) en aktör uteslutas även om det inte finns en lagakraftvunnen dom. Det är om han exempelvis har dömts för brott mot yrkesetiken (artikel 45.2 c), har gjort sig skyldig till allvarliga

---

<sup>16</sup> I rubriken till artikeln används ordet ”anställningsskydd” i stället för ”arbetarskydd”. Sak samma i artikel 55.d. I övriga språkversioner som vi kan kontrollera (danska, tyska, engelska, finska, franska) finns inte någon sådan diskrepans, och de flesta använder uttryck som närmast motsvaras av det svenska ”arbetarskydd”. Den engelska talar dock om ”employment protection”.

fel i yrkesutövningen ”som på något sätt kan styrkas” (45.2 d) eller inte har betalat in sociala avgifter (45.2 e). Som kommer att framgå längre fram kan brott mot yrkesetikern eller allvarliga fel i yrkesutövningen bestå i bristande efterlevnad av vissa arbetsrättsliga regler.

Ytterligare en grund för att utesluta en aktör från upphandlingen är om han inte kan visa att han är behörig att utöva den aktuella yrkesverksamheten i det land där han är etablerad (artikel 46).

När det gäller förfarandena för upphandlingen kan myndigheten välja fritt mellan *öppet* och *selektivt* förfarande vid upphandling enligt det klassiska direktivet. Vid upphandling i försörjningssektorn är upphandlande enheter även fria att välja så kallat förhandlat förfarande. I en öppen upphandling ges alla som uppfyller kvalifikationskriterierna möjlighet att delta. Vid en selektiv upphandling meddelar myndigheten på lämpligt sätt att den kommer att göra en upphandling, och så får hugade spekulanter anmäla att de vill delta. Myndigheten behöver sedan bara bjuda in ett begränsat antal av dessa, som med direktivets ord kallas anbudssökande, att faktiskt lämna in ett anbud. Dock måste alltid ”tillräckligt många lämpliga” anbudssökande bjudas in för att garantera verklig konkurrens, och enligt det klassiska direktivet aldrig färre än fem (artikel 44.3). Och urvalet måste förstås göras enligt objektiva och icke-diskriminerande principer, som ska framgå redan av meddelandet om upphandling.

Utöver dessa två normala förfaranden finns det ytterligare ett antal förfaranden som bara får användas under särskilda förhållanden.

### **3.4 Tilldelning av kontraktet**

När anbuderna har öppnats och myndigheten har sorterat bort anbudsgivare som inte uppfyller kvalifikationskriterierna ska återstående anbud jämföras. Och då finns alltså bara två möjligheter om upphandlingen hör till dem som helt och hållet omfattas av direktivet. Kontraktet ska tilldelas antingen den anbudsgivare som begär det lägsta priset, eller den som kommer med det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt ur den upphandlande myndighetens synvinkel (artikel 53). I det senare fallet kan med andra ord olika kvalitativa faktorer vägas mot priset.

Om kontraktet ska tilldelas den som kräver det lägsta priset är saken jämförelsevis enkel. Att bedöma vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt kan

vara svårare. Dessutom råder det delade meningar om vilket slags kriterier som får tas in i bedömningen av vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De måste dock vara ”kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet” och artikel 53 ger exempel på vad det kan vara. Här nämns bl.a. miljöegenskaper. Av skäl 46 i direktivets ingress framgår att även kriterier som syftar till att tillgodose sociala krav kan användas, men det har inte kommit till uttryck i artikeln. Myndigheten måste i förväg göra klart vilken vikt den kommer att ge de olika kriterierna i förhållande till varandra.

Oavsett om man ska välja det lägsta eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet finns det dock en möjlighet att förkasta anbud som är onormalt låga. Men först måste myndigheten ge anbudsgivaren en chans att förtydliga vilka förutsättningar anbudet bygger på (artikel 55). Förtydligandena kan t.ex. röra hur anbudet stämmer överens med de regler om anställningsskydd<sup>17</sup> och arbetsförhållanden som gäller på den ort ”där tillhandahållandet ska ske”.

### **3.5 Utformning av kontraktet**

När myndigheten har avgjort vilken anbudsgivare som ska få kontraktet återstår att färdigställa detta. Det är då, enligt artikel 26, tillåtet att ställa ”särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras”; i upphandlingslitteraturen talar man ibland om dessa som ”*tillkommande kontraktsvillkor*”, andra gånger om ”*särskilda kontraktsvillkor*” eller ”*utförandevillkor*”. I artikeln sägs särskilt att kraven kan omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn. Samtidigt framhålls att dessa kontraktsvillkor måste vara förenliga med gemenskapsrätten. En annan förutsättning för att kontraktet ska kunna innehålla sådana här villkor är att de har framgått redan av meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget.

### **3.6 Skillnaden mellan olika typer av kriterier**

EU-domstolen har i ett flertal domar klargjort skillnaderna mellan kvalifikationsvillkor, tilldelningskriterier och tillkommande/särskilda kontraktsvillkor och understrukit att de inte får blandas ihop.<sup>18</sup> En anledning är att

---

<sup>17</sup> Se fotnot 16.

<sup>18</sup> Se t.ex. C-532/06 Lianakis.

det annars finns risk att kontraktet går till den anbudsgivare som har störst erfarenhet eller ekonomisk styrka i stället för till den som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket strider mot direktiven.<sup>19</sup> Ur den upphandlande myndighetens synvinkel kan det kanske kännas tryggast att satsa på ett mindre oprövat kort. Men en anbudsgivare kan ju t.ex. vara beredd att uppfylla ett särskilt villkor för fullgörande av kontraktet – om han får det – även om han inte har gjort det tidigare eller gör det när anbudet lämnats in. Han skall då ha chans att få sitt anbud bedömt efter de förutsättningarna. På så sätt kan marknaden öppnas för nya aktörer.

---

<sup>19</sup> Treumer (2009) s 103.

## **4 MÖJLIGHETERNA ATT TA SOCIALA HÄNSYN - FRÅN KOMMISSIONENS FÖRSLAG TILL FÄRDIGT DIREKTIV**

Upphandlingsdirektiven syftar till att, med stöd av artikel 95 i EG-fördraget (nu artikel 114 FEUF), förverkliga den inre marknaden. Med den utgångspunkten är det kanske inte förvånande att de förslag till direktiv som kommissionen lade fram år 2000<sup>20</sup> inte innehöll många spår av sociala eller miljömässiga överväganden, som blev så viktiga under de följande årens förhandlingar mellan medlemsstaternas regeringar och mellan EU:s institutioner fram till de slutligen antagna direktiven.<sup>21</sup>

En allt livligare debatt hade förts om möjligheten att ta andra hänsyn än rent ekonomiska vid upphandling, och frågan hade också aktualiserats i några mål i EU-domstolen, men det kommissionen ville åstadkomma med att ersätta de gällande direktiven från 1992 och 1993 var snarare att upphandlingen skulle bli ännu mer ”affärsmässig”. Det skulle ske bl.a. genom att urvals- och tilldelningskriterierna gjordes mer strikta, och genom tydligare bestämmelser om hur de tekniska specifikationerna skulle vara utformade. Samtidigt skulle reglerna förenklas och restriktionerna lättas för sektorer där avregleringen det gångna decenniet hade hunnit så långt att det nu rådde ”verklig konkurrens”.

De enda antydningarna i direktivförslagen om att staten som upphandlare eventuellt skulle vilja främja några andra samhällliga mål än rent ekonomiska fanns i ”skäl” i direktivens ingresser och i ett fåtal bestämmelser som hade kopierats från de gällande direktiven. De innebar alltså inget nytt. Det var:

- Ett skäl i ingressen där det sades att utförandevillkor kan ha till ändamål ”att gynna sysselsättning för människor som är socialt utsatta eller utslagna eller att motverka arbetslöshet”.
- En inledande artikel till direktivens kapitel om allmänna specifikationer och kontraktshandlingar som erinrade om att myndigheter och upphandlande enheter får begära information om underleverantörer och ställa krav om arbetarskydd och arbetsvillkor i övrigt.

---

<sup>20</sup> KOM(2000) 275; KOM(2000) 276.

<sup>21</sup> Vi bortser här från att förslaget innehöll flera bestämmelser som skulle öka möjligheterna för små och medelstora företag att delta i anbudsgivningar, vilket enligt Kommissionen räknas till de sociala hänsynen.

- En artikel som preciserade den ovan nämnda och som, med ett par tillägg, motsvarar artikel 27 respektive 39 i de direktiv som sedermera antogs. Den sade att myndigheten eller den upphandlande enheten får ange var anbudsgivare kan få upplysningar om skyldigheter när det gäller arbetarskydd och arbetsvillkor i övrigt på den plats där tjänster eller byggtreprenader ska utföras, och att myndigheten, om den tillhandahåller sådan information, ska kräva att anbudsgivarna bekräftar att de beaktat dessa skyldigheter när de utformar sina anbud.
- Miljöhänsyn berördes bara på ett enda ställe i respektive direktivförslag. I artikeln om tilldelningsgrunder nämndes ”miljöegenskaper/miljöpåverkan” som ett exempel på kriterier som kan tas med vid bedömningen av vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Såvitt framgår av noterna från de följande förhandlingarna i ministerrådet hörde Danmark och Sverige (sedan den svenska ordförandeperioden avslutats) till de medlemsstater som mest aktivt förespråkade att det skulle finnas möjlighet att väga in sociala och miljömässiga aspekter i upphandlingen. Frankrike och Belgien understödde dem ofta. Bland motståndarna fanns särskilt Förenade Kungariket och Österrike. Även Europeiska kommissionen invände inledningsvis bestämt mot alla sådana förslag, men svängde efter hand när det gällde hänsynen till yttre miljö (alltså inte arbetsmiljö), vilket också märks i de nu gällande direktiven. Möjligheterna att beakta miljöaspekter kommer till ett mycket tydligare och mer konsekvent uttryck, och de bestämmelserna ger inte alls samma intryck av att vara frammanlagde i en förlikningskommitté. De miljörelaterade kraven lämnas i fortsättningen i huvudsak utanför den här rapporten, eftersom vårt projekt fokuserar på arbetslivsrelaterade aspekter.

Motsättningarna mellan medlemsstaternas regeringar och sedermera även mellan ministerrådets majoritet och Europaparlamentet kretsade kring följande avsnitt i direktivförslagen:

#### **4.1 Möjlighet att reservera vissa kontrakt för skyddade verksamheter**

Belgien begärde redan från början att direktiven inte skulle tillämpas på

upphandlingar inom sådana delar av myndigheternas verksamhet som inte var utsatta för fri konkurrens. Kommissionen och Österrike motsatte sig med bestämdhet en sådan regel.<sup>22</sup> Vad den belgiska regeringen hade i tankarna var olika typer av skyddade verksamheter. Med hjälp av Europaparlamentet fick den till slut gehör för sin uppfattning även om bestämmelsen inte utformades som ett generellt undantag, utan som en möjlighet att reservera deltagande i en upphandling för vissa kategorier av anbudsgivare.<sup>23</sup> Artiklarna (19 respektive 28) lyder i de antagna direktiven:

***”Reserverade kontrakt***

*Medlemsstaterna får reservera deltagandet i offentliga upphandlingsförfaranden för skyddade verkstäder eller föreskriva att kontrakten skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor.*

*Denna bestämmelse skall nämnas i meddelandet om upphandling.”*

## **4.2 Skyldigheter när det gäller arbetarskydd och arbetsvillkor**

Som redan nämnts föreslog kommissionen att de artiklar som rörde arbetsrättsliga förpliktelser skulle föras över oförändrade från de gällande direktiven till de nya. De innebar att den upphandlande myndigheten får ange var anbudsgivare kan få upplysningar om skyldigheter när det gäller arbetarskydd och arbetsvillkor i övrigt på den plats där tjänster eller byggentreprenader ska utföras, och att myndigheten, om den tillhandahåller sådan information, ska kräva att anbudsgivarna bekräftar att de beaktat dessa skyldigheter när de utformar sina anbud.

Flera medlemsstater ansåg att de här artiklarna borde skärpas.

Danmark begärde för det första att även bestämmelser om miljöskydd skulle läggas till listan över skyldigheter som myndigheterna skulle få

<sup>22</sup> 13185/00 Följenot från Ordförandeskapet till Coreper, 14.11.2000.

<sup>23</sup> P5\_TC1-COD(2000)0115 Europaparlamentets ståndpunkt vid första behandlingen den 17 januari 2002 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv .../.../EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader.



lämna information om och kräva att anbudsgivare beaktar när de räknar fram sina anbud. Flera delegationer motsatte sig detta.<sup>24</sup> Men just på den punkten hade Danmark så småningom framgång.

Betydligt mer långtgående krav framställdes när det gällde arbetsvillkor, krav som aldrig kom att avsätta några spår i den slutliga texten.

Särskilt den svenska regeringen drev på för att det inte skulle råda något tvivel om att det går att kräva att den som får ett offentligt kontrakt ska ge sina anställda marknadsmässiga löner och andra villkor. Den föreslog följaktligen att den upphandlande enheten skulle kunna ”ålägga marknadsaktören att tillämpa arbets- och anställningsvillkor som inte är mindre förmånliga än de som redan gäller i den yrkeskategori eller industri som berörs” i den medlemsstat där tjänsten eller arbetet ska utföras.<sup>25</sup>

Därtill ville den foga följande skäl till direktivets ingress:

*”Detta direktiv påverkar inte tillämpningen av ILO:s konvention nr 94 om arbetstagarklausuler i offentliga kontrakt. Direktivet hindrar inte en medlemsstat från att ratificera denna konvention<sup>26</sup>”*

Den tyska regeringen sade sig vara beredd att acceptera ett sådant nytt skäl. Kommissionen däremot gjorde klart att den ansåg att detta vore oförenligt med gemenskapsrätten och att europeisk rätt måste respekteras vid genomförande av ILO-konventionerna. På den punkten fick den stöd av Förenade Kungariket, medan Österrikes regering i och för sig höll med om att gemenskapsrätten måste respekteras samtidigt som den framhöll att ett EU-direktiv aldrig kan hindra en medlemsstat från att ratificera en ILO-konvention.<sup>27</sup>

Även Danmark och Belgien ville utforma leverantörens skyldigheter när det gäller arbets- och anställningsvillkor på ett mer förpliktande sätt. Att anbudsgivaren intygar att han har tagit hänsyn till dessa skyldigheter vid utformningen av anbudet räcker inte, menade de. Leverantören måste för-

---

<sup>24</sup> 13185/00 Följenot från Ordförandeskapet till Coreper, 14.11.2000.

<sup>25</sup> 15381/01 Not från Ordförandeskapet till: Arbetsgruppen för offentlig upphandling 8.1.2002.

<sup>26</sup> 15381/01 Not från Ordförandeskapet till: Arbetsgruppen för offentlig upphandling 8.1.2002. Konventionen talar om ”arbetsklausuler”, inte ”arbetstagarklausuler”.

<sup>27</sup> 7490/02 Not från Rådets generalsekretariat till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 24.4.2002.

binda sig att respektera dem. Dessutom föreslog de att huvudleverantören, enligt direktivet, i sin tur skulle *kräva* respektive *garantera* att även eventuella underentreprenörer följer gällande bestämmelser om arbets- och anställningsvillkor.<sup>28</sup>

Kommissionen backade nu från sitt eget ursprungliga förslag och föreslog att hela detta stycke skulle utgå ur artikeln och i stället göras om till ett skäl i ingressen.<sup>29</sup> I och för sig är det självklart att anbudsgivarna ska respektera arbets- och sociallagstiftningen, men det bör inte figurera i huvudtexten eftersom syftet med upphandlingsdirektiven är att samordna upphandlingsförfarandena, inte att införa särskilda krav när det gäller arbets- och sociallagstiftningen eller andra bestämmelser, resonerade den.<sup>30</sup> Det räcker att informera anbudsgivarna om dessa skyldigheter i ett skäl. Detta blev ett återkommande argument från kommissionen när parlamentet och olika medlemsländer ville förtydliga möjligheterna att ta sociala hänsyn i direktivtexten.

I de direktiv som sedermera antogs finns båda styckena kvar i artikeln, som nu lyder:

*”Artikel 27*

***Skyldigheter avseende bestämmelser om beskattning, miljöskydd, anställningsskydd och arbetsvillkor***

*1. En upphandlande myndighet får, eller kan av en medlemsstat åläggas att, i förfrågningsunderlaget ange hos vilket eller vilka organ en anbudssökande eller anbudsgivare kan få relevanta uppgifter om skyldigheter avseende de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller i den medlemsstat, region eller ort där tjänsterna eller entreprenaden skall utföras och som skall tillämpas på dessa entreprenader eller tjänster under fullgörandet av kontraktet.*

*2. En upphandlande myndighet som tillhandahåller den information som avses i punkt 1 skall kräva av anbudsgivare eller anbuds-*

---

<sup>28</sup> 10269/01 Not från Rådets generalsekretariat till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 27.6.2001.

<sup>29</sup> 15381/01 Not från Ordförandeskapet till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 8.1.2002.

<sup>30</sup> KOM(2002) 236.

*sökande i ett upphandlingsförfarande att de bekräftar att de vid utformningen av sina anbud har tagit hänsyn till de skyldigheter avseende bestämmelser om arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller på den plats där tjänsten eller entreprenaden skall utföras.*

*Första stycket skall inte påverka tillämpningen av artikel 55 om granskning av onormalt låga anbud.”*

Den stadgar alltså inte att leverantören är skyldig att också faktiskt respektera dessa bestämmelser. Däremot finns, som kommissionen föreslog, ett skäl (34) i direktivets ingress som ska upplysa presumtiva anbudsgivare om denna skyldighet. Där sägs också att det kan anses som ett allvarligt fel eller ett brott mot yrkesetiken om en leverantör inte uppfyller sina arbetsrättsliga förpliktelser och att det kan leda till att denne utesluts från upphandlingen. Texten lyder nu:

*”(34) Gällande lagar, förordningar och kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetarskydd, på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå, är tillämpliga vid fullgörandet av ett offentligt kontrakt om dessa bestämmelser och tillämpningen av dem överensstämmer med gemenskapsrätten. För gränsöverskridande verksamhet, när arbetstagare i en medlemsstat utför tjänster i en annan medlemsstat i samband med fullgörandet av ett offentligt kontrakt, fastställs i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster(11) de minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet gentemot de utstationerade arbetstagarerna. Om det i nationell rätt ingår bestämmelser i detta avseende, kan det om dessa förpliktelser inte uppfylls betraktas som ett allvarligt fel eller som ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik, som kan medföra att den ekonomiska aktören utesluts från det offentliga upphandlingsförfarandet.”*

Relationen mellan huvudleverantör och underleverantör nämns som synes inte alls. Av en annan artikel i direktiven framgår att myndigheterna kan begära att anbudsgivarna talar om hur stor del av kontraktet som de tänker lägga ut på tredje part och även vilka underentreprenörer som de vill anlita. Samtidigt sägs det uttryckligen att detta inte påverkar anbudsgivarens ansvar som huvudman. Direktivet är med andra ord neutralt i den frågan.

### 4.3 Kvalifikationskriterierna

Statliga och kommunala uppdragsgivare vill sannolikt inte anlita företag som inte sköter sig som arbetsgivare. Ett ”proaktivt” sätt att undvika det vore om de tillsammans med anbudet kunde begära att få någon form av underlag, t.ex. dokumentationen av företagets systematiska arbetsmiljöarbete, som gav en uppfattning om anbudsgivarnas kapacitet som arbetsgivare, och att det var ett villkor för att få delta i upphandlingen. Ett annat sätt är att utesluta anbudsgivare som tidigare har visat sig misskötsamma.

Men kommissionens förslag till regler om vilka krav myndigheten kan ställa på anbudsgivares ekonomiska och finansiella ställning, på deras yrkesmässiga och tekniska kapacitet och på deras laglydighet innehöll i inget uttryckligt stöd för den myndighet som skulle vilja ta hänsyn även till deras förmåga och skötsamhet som arbetsgivare – utöver att de som bevisligen inte fullgjort sin skyldighet att betala sociala avgifter skulle kunna uteslutas från upphandlingen. Två andra uteslutningsgrunder, brott mot yrkesetiken respektive allvarligt fel i yrkesutövningen, skulle kunna tänkas innefatta exempelvis brott mot arbetsrättsliga lagar eller kollektivavtal, men det framgick i så fall inte av kommissionens förslag.

Följaktligen framförde både medlemsstaterna och parlamentet en rad förslag som syftade till att myndigheterna skulle kunna ta hänsyn till skyddet för arbetstagarna genom kvalifikationskriterierna.

#### 4.3.1 Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Den danska regeringen föreslog, stödd av Sverige, att myndigheterna, som bevis på en anbudsgivares tekniska kapacitet, även skulle kunna begära en beskrivning av de åtgärder som denne hade vidtagit för att skydda miljön och arbetsmiljön.<sup>31</sup> Österrike, Tyskland, Grekland, Spanien, Portugal och Förenade kungariket var emot. Kommissionen betonade att de aspekter man ska ta hänsyn till måste ha samband med kontraktets genomförande. Den var beredd att se över texten men den skulle under inga omständigheter ta med skydd av arbetsmiljön i ett reviderat förslag.<sup>32</sup>

---

<sup>31</sup> 13074/01 Not från Rådets generalsekretariat till Ständiga representanternas kommitté (Coreper), 26.10.2001.

<sup>32</sup> 15381/01 Not från Ordförandeskapet till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 8.1.2002.

Det ville däremot Europaparlamentet göra. Parlamentet föreslog två ändringar: leverantören skulle kunna avkrävas 1) en beskrivning av den tekniska utrustning och de metoder som används för att säkra kvaliteten, miljöskyddet och skyddet av arbetstagarnas säkerhet och hälsa och 2) uppgifter om tekniker och tekniska organ som ansvarar för kvalitetskontrollen, miljöstyrningen och arbetstagarnas säkerhet och hälsa.<sup>33</sup>

I den slutliga direktivtexten blev detta:

*”Artikel 48*

*f) Vid offentlig upphandling av byggtreprenader och tjänster, och uteslutande i lämpliga fall, uppgifter om de miljöskyddsåtgärder den ekonomiska aktören kan komma att tillämpa vid verkställandet av kontraktet.”*

Frågan är hur formuleringen ska uppfattas. Rådets motivering till det här ledet i den gemensamma ståndpunkten är motsägelsefull:

*”Rådet har godkänt innehållet [i parlamentets ändring 93], men föredrog att införa en mer allmän synpunkt, led f som endast hänvisar till miljöstyrning.”<sup>34</sup>*

Om Rådet godkände innehållet i parlamentets ändring borde uttrycket ”miljöskyddsåtgärder” omfatta även arbetsmiljöåtgärder, även om ordvalet i första hand ger associationer till åtgärder för den yttre miljön. Skäl 44 i direktivets ingress, vilket ser ut att korrespondera med artikel 48.2 f, ger emellertid intrycket att det i första hand är åtgärder för den yttre miljön som åsyftas.

### **4.3.2 Anbudsgivares personliga ställning**

På Parlamentets initiativ klargjordes också att brott mot vissa arbetsrättsliga förpliktelser kan betraktas som allvarliga fel eller brott mot yrkesetiken.

---

<sup>33</sup> P5\_TC1-COD(2000)0115 Europaparlamentets ståndpunkt vid första behandlingen den 17 januari 2002 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv .../EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader.

<sup>34</sup> 11029/02 ADD 1 Utkast till Rådets motivering Ärende: Gemensam ståndpunkt antagen av rådet inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, 5.3.2003.

I artikeln om anbudssökandes eller anbudsgivares personliga ställning ville parlamentet lägga till hela fyra uteslutningsgrunder som rörde arbetsrättsliga försummelse och delvis tycktes överlappa varandra. För det första skulle det vara obligatoriskt att utesluta dem som med lagakraftvunnen dom har dömts ”för underlåtenhet att följa bestämmelser och lagstiftning som rör kollektivavtal och andra anställningsrelaterade och sociala aspekter i ett land där de är etablerade eller i ett annat land (t. ex. det land från vilket en tidigare upphandlande myndighet kommer)”. För det andra skulle det vara möjligt att utesluta anbudsgivare som bevisligen har brutit mot någon av ILO:s åtta kärnkonventioner eller mot arbetsmiljölagstiftningen.<sup>35</sup>

Inget av dessa förslag kom in i de bindande artiklarna. Enligt kommissionen kunde uteslutning för brott mot arbetslagstiftningen eller kollektivavtal motiveras redan enligt de då gällande direktiven.<sup>36</sup> Den hänvisade till sitt tolkningsmeddelande från 2001 där det sägs att det är medlemsstaternas sak att i sin egen lagstiftning avgöra om det är ett allvarligt fel i yrkesutövningen att inte fullgöra vissa skyldigheter på det sociala området.<sup>37</sup> Med kommissionens sätt att se räckte det därför med att påminna om detta i ett skäl i direktivets ingress.

Spåren av parlamentets förslag hittar man därför i två sådana skäl. Skäl 43, som direkt relaterar till artikel 45 om uteslutning av anbudsgivare eller anbudssökande på grund av deras personliga ställning, preciserar att bristande efterlevnad av nationella bestämmelser som genomför direktivet om en allmän ram för likabehandling i arbetslivet (2000/78) och direktivet om lika behandling mellan män och kvinnor (76/207) som lett till lagakraftvunnen dom kan betraktas som ett brott mot yrkesetiken eller ett allvarligt fel i yrkesutövningen. Som nämnts ovan kan, enligt skäl 34, även brott mot gällande regler om anställningsvillkor och arbetarskydd och mot regler som genomför utstationeringsdirektivet vara ett allvarligt fel eller brott mot yrkesetiken.

---

<sup>35</sup> P5\_TC1-COD(2000)0115 Europaparlamentets ståndpunkt vid första behandlingen den 17 januari 2002 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv .../.../EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtrenader.

<sup>36</sup> KOM(2002) 236.

<sup>37</sup> KOM(2001) 566.

Man kan fråga sig om det finns någon tanke bakom det faktum att detta står i två olika skäl. Det är svårt att se någon sådan tanke. Troligtvis beror det bara på den särskilda logik som uppstår under dessa förhandlingar, som ofta sker under tidspress och under en korseld av lobbying från olika håll som inte precis främjar koherens och logisk struktur i den slutliga texten. I detta fall var skäl 34 i princip färdigt redan i ett tidigt skede av förhandlingarna, medan hänvisningen till de båda likabehandlingsdirektiven i skäl 43 kom till först i förlikningskommittén. Där drev parlamentet fortfarande kravet att anbudsgivarens policy för personer med funktionshinder och hans tillämpning av likabehandlingsprincipen skulle kunna användas som ett tilldelningskriterium (se 4.4 nedan).<sup>38</sup> På den punkten fick parlamentet ge sig; och kanske var tillägget om likabehandlingsdirektiven i skäl 43 vad parlamentet fick i utbyte.

Parlamentet ville att också brott mot ILO:s kärnkonventioner skulle kunna leda till uteslutning av anbudsgivare. Även i Rådet fanns det en stark förspråkare för att upphandlingen ska kunna användas för att främja respekten för internationella arbetsnormer, nämligen Belgien. I ett uttalande i samband med att Rådet antog sin gemensamma ståndpunkt konstaterade den belgiska delegationen att vissa framsteg hade gjorts för att tillåta upphandlande myndigheter att ta etiska, sociala och miljömässiga hänsyn, men fann ändå anledning att betona följande:

*”1. Det bristande iakttagandet av de ekonomiska och sociala rättigheter som fastställs i Internationella arbetsorganisationens konventioner bör klart likställas med ett allvarligt fel i yrkesutövningen avseende tillträde till offentlig upphandling.*

*I detta avseende noterade Belgien den tolkning som givits av rådets juridiska avdelning när det gäller skäl 22a som motiverar bestämmelserna i artikel 46 om möjligheten att utesluta en marknadsaktör*

---

<sup>38</sup> 12952/03 Följenot Ärende: – Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader (”klassiskt direktiv”)

– Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (”försörjningsdirektiv”) Arbetsdokument, 26 .9.2003.

*från det offentliga upphandlingsförfarandet (dok. 8439/02 MAP 18 CODEC 524).<sup>39</sup>*

*2. Samma etiska hänsyn bör tas vid genomförandet av kontrakt, både när det gäller tillverkningen av de varor som skall levereras och hur dessa produceras och transporteras, särskilt beträffande varor med ursprung i tredje land.*

*3. Belgien skulle slutligen önska att det inrättas ett tillsynsorgan som kan bidra till att säkerställa kontrollen av att ekonomiska och sociala rättigheter iakttas av de anbudssökande, anbudsgivande eller kontraktstilldelade företagen vid offentlig upphandling som görs av en upphandlande myndighet från Europeiska unionens medlemsstater.”<sup>40</sup>*

På denna punkt var kommissionen helt kallsinnig och lyckades övertyga Rådet majoritet. Varken skäl 34 eller skäl 43 nämner ILO:s konventioner. Det behöver inte betyda att det är uteslutet för en medlemsstat att betrakta brott mot dessa som ett allvarligt fel som kan motivera att en anbudsgivare utesluts från upphandlingen. Kommissionens argumentation mot detta tycks t.ex. ha varit politisk, inte juridisk. Det förefaller också av andra stycket i den belgiska regeringens uttalande som om Rådets rättstjänst har tolkat gemenskapsrätten på ett sätt som är förenligt med Belgiens krav.

#### **4.4 Tilldelning av kontraktet**

Allra mest segdragen blev kontroversen kring frågan om vilka typer av kriterier som den upphandlande myndigheten kan beakta när den till sist ska avgöra vilken anbudsgivare som ska få ett kontrakt. Majoriteterna i Rådet respektive Parlamentet höll fast vid sina motstridiga ståndpunkter ända till förlikningsförhandlingarna.

Detta var också en punkt där kommissionen var som mest bestämd, och den motsatte sig under förhandlingarna absolut allt tal om sociala kriterier i artikeln om tilldelningsgrunder. Bara om man med ”socialt kriterium” menar ett kriterium som gör det möjligt att bedöma kvaliteten hos en tjänst

---

<sup>39</sup> Det dokument som nämns inom parentes innehåller inget om vad rättstjänsten har sagt, och vi har inte heller lyckats hitta någon annan dokumentation där detta återges.

<sup>40</sup> 5807/03 ADD 1 Addendum till I/A-punktsnot från Rådets generalsekretariat till Ständiga representanternas kommitté/rådet, 5.3.2003.



som riktar sig till en viss missgynnad grupp kan ett sådant vara tillåtet, om det bidrar till valet av det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet, menade kommissionen. I övrigt hänvisade den till EU-domstolens praxis som enligt kommissionens uppfattning inte tillät att sociala kriterier beaktas vid kontraktstilldelningen, annat än som ett ”tilläggskriterium” om myndigheten får in flera anbud som är ekonomiskt likvärdiga.<sup>41</sup>

Kommissionens tolkning av rättspraxis var emellertid omstridd. Flera medlemsstater, däribland Sverige och Danmark, ansåg att uppräknningen med exempel på kriterier som kan användas när tilldelningen ska ske på grundval att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet borde kompletteras med sociala kriterier mot bakgrund av den senaste rättspraxisen från EU-domstolen.<sup>42</sup> Danskarna var efter ett tag beredda att avstå från detta, under förutsättning att sociala hänsyn i stället uttryckligen angavs i den artikel som talade om villkor för fullgörande av kontraktet.<sup>43</sup> Belgiens regering begärde dels att ”sysselsättningsfrämjande egenskaper” skulle fogas till listan med exempel på möjliga kriterier, dels att ett korresponderande skäl skulle fogas till direktivets ingress.<sup>44</sup> Parlamentet i sin tur ville att även ”anbudsgivarens tillämpning av likabehandlingsprincipen” skulle nämnas bland de kriterier som kunde beaktas.<sup>45</sup>

Särskilt det sistnämnda förslaget avvisades med emfas av kommissionen. Om man skulle ta hänsyn till faktorer som inte är knutna till kontraktsföremålet, t.ex. anbudsgivarens policy för funktionshindrade eller hur denne tillämpar likabehandlingsprincipen, skulle upphandlingsdirektivet förvanskas och bli ett instrument huvudsakligen för andra politikområden. Syftet med direktivet är att garantera lika tillträde till marknaderna för offentlig upphandling och att de offentliga medlen används på ett ”sunt” sätt, och anbudsgivarens tillämpning av likabehandlingsprincipen gör det inte möjligt att avgöra vilket anbud som ger bästa valuta för pengarna.

---

<sup>41</sup> KOM(2001) 566.

<sup>42</sup> 13185/00 Följenot från Ordförandeskapet till Coreper, 14.11.2000.

<sup>43</sup> 15381/01 Not från Ordförandeskapet till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 8.1.2002.

<sup>44</sup> 13185/00 Följenot från Ordförandeskapet till Coreper, 14.11.2000.

<sup>45</sup> P5\_TC1-COD(2000)0115 Europaparlamentets ståndpunkt vid första behandlingen den 17 januari 2002 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv .../.../EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader.

Parlamentets förslag handlade i stället om att ge företrädare för ett ”socialt ansvarsmedvetet” företag, argumenterade kommissionen.<sup>46</sup>

Och några nya exempel på kriterier som kunde användas vid kontraktstilldelningen kom aldrig in i själva artikeln. På den här punkten är de antagna direktiven identiska med kommissionens ursprungliga förslag. Däremot enades delegationerna så småningom om att möjligheten att använda tilldelningskriterier som tillgodoser sociala behov skulle tas upp i ett skäl i direktivens ingresser. Det första utkastet löd:

*”Det är enligt samma villkor som en upphandlande myndighet får använda kriterier som syftar till att tillgodose sociala krav som tillgodoser behov – fastställda i specifikationerna för upphandlingen – hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper, till vilka förmåns- tagarna/användarna av de byggtreprenader, varor och tjänster som är föremål för upphandlingen hör.”<sup>47</sup>*

Den formuleringen sade sakligt sett inget utöver vad kommissionen redan hade medgett: socialt motiverade tilldelningskriterier skulle kunna användas om det som ska upphandlas är avsett för särskilt missgynnade befolkningsgrupper. Några delegationer vill därför sätta punkt redan efter ”sociala krav”, medan andra kunde godta texten till och med ”missgynnade befolkningsgrupper”.<sup>48</sup> I den kompromiss som regeringarna slutligen enades om hade de lagt till ett par ord som innebär att beskrivningen inte är uttömmande. I skäl 46 står nu ”som syftar till att tillgodose sociala krav som bland annat tillgodoser behov...” [vår understrykning].

Men det framfördes också andra förslag som skulle ge de upphandlande myndigheterna större frihet när de värderade anbuden. Enligt kommissionens direktivförslag skulle kontraktet tilldelas antingen den anbudsgivare som begär det lägsta priset, eller den vars anbud är ekonomiskt mest fördelaktigt ”för den upphandlande myndigheten”. Tilldelningskriterierna måste dessutom vara ”direkt förbundna” med kontraktets föremål. Både Sverige och Danmark begärde att orden ”för den upphandlande myndigheten” skulle strykas och att man skulle mjuka upp formuleringen att kri-

---

<sup>46</sup> KOM(2003) 503.

<sup>47</sup> 8439/1/02 Not från Rådets generalsekretariat till Rådet, 14.5.2002.

<sup>48</sup> 8439/1/02 Not från Rådets generalsekretariat till Rådet, 14.5.2002.

terierna måste vara ”direkt förbundna” med föremålet för kontraktet.<sup>49</sup>

Det senare kravet fick ökad tyngd sedan EU-domstolen i september 2002 kommit med sin dom i målet *Concordia Bus Finland* (C-513/99) och såväl Rådet som kommissionen och parlamentet höll med om att skrivningen var för restriktiv. Men vad skulle det stå i stället? I sin gemensamma ståndpunkt fastnade Rådet för ”kriterier som motiveras av” föremålet för upphandlingen<sup>50</sup> medan parlamentet bestämt förespråkade ”kriterier som är förbundna med” detta.<sup>51</sup> Och kommissionen ansåg att formuleringen i den gemensamma ståndpunkten motsvarade vad parlamentet ville uppnå med sin ändring.<sup>52</sup> Men båda parter stod på sig och först i förlikningskommittén kunde Rådet och Parlamentet enas om att tilldelningskriterierna ska vara ”kopplade till” kontraktsföremålet, som det står i de antagna direktiven. Att utreda betydelskillnaderna mellan dessa begrepp – i 24 olika språkdräkter – torde inte vara det lättaste, om det ens är värt ett försök.

Förslaget att orden ”för den upphandlande myndigheten” skulle strykas vann däremot inte tillräckligt gehör. Detta var ytterligare en av de punkter där kommissionen argumenterade kraftfullt. ”Att stryka orden ’för den upphandlande myndigheten’ skulle göra det möjligt att ta hänsyn till vaga, ofta inte mätbara, kriterier med hänsyn till en eventuell nytta för ’samhället’ i vid bemärkelse”, skrev kommissionen i sitt yttrande över parlamentets förslag till ändringar. Sådana tilldelningskriterier skulle inte längre fylla sin funktion, som är att göra det möjligt att bedöma anbudens inneboende kvalitet och avgöra om de ger bästa valuta för pengarna för upphandlaren. Därmed skulle målet för upphandlingsdirektivet omkullkastas och dessutom skulle det uppstå allvarlig fara för att anbudet inte behand-

---

<sup>49</sup> 10269/01 Not från Rådets generalsekretariat till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 27.6.2001 och 15381/01 Not från Ordförandeskapet till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 8.1.2002.

<sup>50</sup> 11029/02 Gemensam ståndpunkt antagen av rådet inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av bygg-entreprenader, varor och tjänster, 7.3.2003.

<sup>51</sup> P5\_TC1-COD(2000)0115 Europaparlamentets ståndpunkt vid första behandlingen den 17 januari 2002 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv .../.../EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader.

<sup>52</sup> KOM(2003) 503.

las på samma sätt, menade den.<sup>53</sup> Rådets majoritet höll med och stod på sig förlikningsförhandlingarna igenom.<sup>54</sup>

Artikelns om tilldelningsgrunder i de antagna direktiven lyder sålunda i relevanta delar:

***”Tilldelningsgrunder***

*1. Utan att nationella lagar och andra författningar om ersättning för vissa tjänster påverkas skall den upphandlande myndigheten tillämpa följande kriterier vid tilldelning av offentliga kontrakt:*

*a) Om tilldelningen sker på grundval av det anbud som ur den upphandlande myndighetens synvinkel är det ekonomiskt mest fördelaktiga, olika kriterier som är kopplade till föremålet för det offentliga kontraktet i fråga, t.ex. kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet.*

*b) I annat fall, enbart det lägsta priset.”*

## **4.5 Onormalt låga anbud**

Som redan nämnts (se avsnitt 4.3) gick det inte att enas om att brott mot ILO:s konventioner skulle kunna vara grund för att utesluta en anbudsgivare från upphandlingen. Men ILO:s konventioner var på tapeten också när man förhandlade om den artikel som säger hur myndigheterna ska bära sig åt om de får in onormalt låga anbud. Kommissionen hade föreslagit att artikeln skulle överföras oförändrad från de gamla direktiven. Enligt denna skulle myndigheterna, innan de förkastade ett onormalt lågt anbud, ta hänsyn till anbudsgivarens förklaringar om besparingar som beror på tillverkningssätt eller sätt att utföra tjänsten, tekniska lösningar eller ovanligt gynnsamma förhållanden som han räknar med samt originaliteten i hans projekt.

Parlamentet ville att myndigheten också skulle vara skyldig att begära in

---

<sup>53</sup> KOM(2003) 503.

<sup>54</sup> 11029/02 ADD 1 Utkast till Rådets motivering Gemensam ståndpunkt antagen av rådet inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster, 5.3.2003.

förklaringar som gäller anbudsgivarens och underleverantörernas efterlevnad av arbetsrättsliga regler ”inbegripet – vid leverans av varor och tillhandahållande av tjänster från tredje land – efterlevnad av de internationella erkända grundläggande arbetsnormer”.<sup>55</sup>

Även här var kommissionen ovillig att ta in någon uttrycklig hänvisning till ILO:s konventioner. I en motivering, som nog får betraktas som en smula blåögd, skriver den: ”det [bör] noteras att målet med direktivet om ’offentlig upphandling’ inte är att se till att dessa konventioner efterlevs. Om de är införlivade i nationell rätt kan deras efterlevnad kontrolleras vid urvalet av anbudsgivare”.<sup>56</sup>

När det gäller efterlevnaden av nationella arbetsrättsliga regler fick parlamentet dock ett visst gehör. Kommissionen medgav att myndigheterna kunde ha ett intresse av att kontrollera att priserna inte är för låga på grund av att de arbetsrättsliga skyldigheterna inte uppfylls. ”Kommissionen godtar därför detta ändringsförslag med ett påpekande i texten att listan på förklaringar inte är uttömmande”, skriver den.<sup>57</sup>

Artikel 55 i det antagna direktivet lyder nu

*”1. Om det för ett visst kontrakt finns anbud som förefaller vara onormalt låga i förhållande till varorna, byggtreprenaden eller tjänsterna, skall den upphandlande myndigheten, innan anbudet förkastas, skriftligen begära sådana förtydliganden om anbudens innehåll som den anser sig behöva. Dessa förtydliganden kan särskilt gälla*

*d) överensstämmelse med de bestämmelser om anställningsskydd och arbetsförhållanden som är i kraft på den ort där tillhandahållandet skall ske,”*

Eventuella underleverantörer nämns som synes inte, vilket parlamentet

---

<sup>55</sup> P5\_TC1-COD(2000)0115 Europaparlamentets ståndpunkt vid första behandlingen den 17 januari 2002 inför antagandet av Europaparlamentets och rådets direktiv .../.../EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader.

<sup>56</sup> KOM(2002) 236.

<sup>57</sup> Ibidem.

hade föreslagit. Å andra sidan markerar ordet ”särskilt” att listan enbart ger exempel på förklaringar som kan avkrävas anbudsgivaren.

#### **4.6 Särskilda villkor för fullgörande av kontraktet**

Det som idag är artikel 26 i direktiv 2004/18 (artikel 38 i direktiv 2004/17) skulle enligt kommissionens ursprungliga förslag helt kort slår fast att myndigheten ”får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall genomföras, på villkor att de är förenliga med gemenskapsrätten”. Punkt och slut. Till denna artikel fanns, som nämnts, ett skäl i direktivets ingress där det sades att sådana tillkommande kontraktsvillkor t.ex. kan ha till syfte ”att gynna sysselsättning för människor som är socialt utsatta eller utslagna eller att motverka arbetslöshet”.

Kommissionen framhöll i rådsarbetsgruppen för offentlig upphandling att detta inte innebar någon förändring i förhållande till gällande rätt. Frankrike och Belgien underströk att bestämmelsen är av intresse för de sociala aspekterna, och Frankrike föreslog, understött av Belgien och Danmark, att följande tillägg skulle göras även i artikeltexten: ”De kan framför allt ha till syfte att främja anställning av missgynnade eller utslagna personer eller att bekämpa arbetslösheten”. På så sätt skulle den bindande bestämmelsen motsvara vad som sades i direktivets ingress.<sup>58</sup> Förenade Kungariket och Tyskland invände mot förslaget och ville nöja sig med att ange exempel i direktivets ingress. Österrike ansåg att de särskilda kontraktsvillkoren borde ha anknytning till föremålet för upphandlingen.<sup>59</sup>

Men liksom Danmark kopplade t.ex. Frankrike förhandlingarna om denna artikel till förhandlingarna om artikeln om tilldelningsgrunderna (se ovan). Om de fick igenom sina önskemål när det gällde de särskilda kontraktsvillkoren, kunde de tänka sig att kompromissa när det gällde tilldelningsgrunderna. Därför kunde Rådet redan tidigt under förhandlingarna enas om att göra det tillägg till artikeln som de önskade, och om ett relativt

---

<sup>58</sup> 5083/01 5083/01 Not från Rådets generalsekretariat till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 12.1.2001.

<sup>59</sup> 13074/01 Not från Rådets generalsekretariat till Ständiga representanternas kommitté (Coreper), 26.10.2001.

fylligt skäl med exempel på socialt motiverade kontraktsvillkor som är förenliga med direktivet.<sup>60</sup>

I de antagna direktiven lyder artikeln...

*”Artikel 26*

***Villkor för fullgörande av kontraktet***

*En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.”*

...och skälet:

*”(33) Villkoren för fullgörandet av ett kontrakt är förenliga med detta direktiv om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och om de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Villkoren kan till exempel syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. Som exempel kan nämnas skyldighet att i samband med fullgörandet av ett kontrakt anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar, att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner (International Labour Organisation) om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder än som krävs enligt den nationella lagstiftningen.”*

Myndigheten kan alltså åtminstone ställa som ett villkor för kontraktet att leverantören följer ILO:s konventioner.

---

<sup>60</sup> 15381/01 Not från Ordförandeskapet till Arbetsgruppen för offentlig upphandling, 8.1.2002.

# 5 REGLERINGEN I UTVALDA MEDLEMSLÄNDER OCH DESS TILLÄMPNING

## 5.1 Sverige

### 5.1.1 Inledning

Möjligheterna att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling dryftas i inte mindre än fem betänkanden från svenska offentliga utredningar sedan 1999.<sup>61</sup> Sverige var också pådrivande för att dessa möjligheter skulle komma till tydligt uttryck i förhandlingarna om de nya upphandlingsdirektiv som antogs 2004. Den svenska regeringen föreslog t.ex. ett skäl i direktivens ingresser som angav att dessa inte skulle påverka tillämpningen av ILO:s konvention 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part och inte heller hindra medlemsstaterna från att ratificera denna (se avsnitt 4.2).

De många utredningsförslagen och den politiska viljeinriktningen i förhandlingarna i ministerrådet till trots, är den lagstiftning som genomför direktiven i nationell rätt påfallande försiktig i detta avseende. Flera orsaker bidrar säkert till detta. Dels tycks lagstiftaren konsekvent föredra ”*safety first*” när innebörden av EU:s regler är oviss, dels har EU-domstolens praxis i målen Laval och Rüffert haft en avkylande effekt. Det är sannolikt inte heller utan betydelse att regeringsmakten har skiftat.

I kontrast till det svaga engagemanget på den centrala politiska nivån, finns uppenbarligen ett stort intresse hos svenska kommuner och landsting för att ta sociala hänsyn vid upphandlingar.

### 5.1.2 Den rättsliga ramen

Den 1 januari 2008, nästan två år för sent, fick Sverige två nya upphandlingslagar: Lag (2007:1091) om offentlig upphandling som genomförde det ”klassiska” direktivet 2004/18/EG, och Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, genom vilken ”försörjningsdirektivet” 2004/17/EG införlivades i svensk rätt.

De lagförslag som regeringen hade remitterat till Lagrådet innan proposi-

---

<sup>61</sup> SOU 1999:139; SOU 2001:31; SOU 2006: 28; SOU 2007:43 SOU 2009:97.



tionen lades fram fick omfattande kritik från detta. Lagrådet konstaterade att de föreslagna lagarna hade utformats för att ligga så nära direktiven som möjligt, både när det gäller struktur och språklig utformning. På så sätt skulle de oklarheter som finns i direktiven och bestämmelserna många gånger komplexa utformning överföras till den svenska lagstiftningen. Detta var, enligt lagrådets mening, högst otillfredsställande, då det innebär att man bara för vidare alla tolkningsproblem till den nationella lagstiftningen och därmed till de många som ska tillämpa bestämmelserna. I propositionen sade sig regeringen delvis ha beaktat denna kritik genom att redaktionella ändringar på förslag av Lagrådet i stor utsträckning hade gjorts.<sup>62</sup>

Inte desto mindre ansluter lagtexterna nära till direktiven. Och de myndigheter som till äventyrs vill använda sin upphandling för att främja något socialt syfte lämnas i stort sett i sticket. Någon vägledning utöver vad som uttryckligen står i direktiven för vad som är möjligt att göra får de inte, och ännu mindre någon uppmaning eller något direkt åläggande att göra det. Där direktiven ger medlemsstaterna möjlighet att välja mellan ”får” och ”ska”, har den svenska lagstiftaren konsekvent valt det icke förpliktande.

Båda lagarna innehåller ett särskilt kapitel 15, som reglerar upphandlingar som inte alls, eller bara delvis, omfattas av EU:s direktiv, dvs. kontrakt under tröskelvärdena eller gällande s.k. oprioriterade tjänster (med lagens beteckning B-tjänster). Genom att de enskilda bestämmelserna här i stor utsträckning hänvisar tillbaka till lagens övriga kapitel blir skillnaderna i realiteten små. Den huvudsakliga skillnaden är att kapitel 15 tillåter något enklare procedurer. De regler som har betydelse för möjligheten att ta sociala hänsyn är emellertid identiska.

Motsvarigheten till artikel 27 i det ”klassiska” direktivet finns i upphandlingslagens 6 kap. 12 § som säger att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget ”får” upplysa om vilka organ som kan lämna information om de bestämmelser om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd

---

<sup>62</sup> Prop. 2006/07:128, s 129.

<sup>63</sup> Såväl i de två direktiven som i de båda svenska upphandlingslagarna är de bestämmelser som har betydelse för möjligheten att ta sociala hänsyn i princip identiska. För enkelhetens skull kommer vi därför att nöja oss med att beskriva direktiv 2004/18 respektive SFS 2007:1091. Alla referenser till artiklar respektive paragrafer gäller följaktligen dessa två rättsakter.

och arbetsvillkor som kommer att gälla.<sup>63</sup> Här hade det enligt direktivet varit möjligt att göra sådan information obligatorisk.

Den centrala bestämmelsen om sociala hänsyn i upphandlingslagen finns i 6 kap. 13 § (15 kap. 14§ för upphandlingar som inte omfattas av direktiven), som säger att upphandlande myndigheter ”får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras” (artikel 26 i direktivet). I propositionen understryker regeringen skillnaden mellan särskilda kontraktsvillkor å ena sidan och kvalifikationskriterier och tilldelningskriterier å den andra.<sup>64</sup> Den tillägger att kontraktsvillkoren måste ha någon koppling till föremålet för kontraktet och vara proportionella i förhållande till detta. Det innebär att de endast kan avse den del av leverantörens verksamhet som omfattas av det som upphandlas. Ett krav som skulle avse även andra delar av verksamheten skulle kunna stå i strid med proportionalitetsprincipen. Ett villkor i upphandlingskontraktet måste också både vara möjligt att kontrollera och rent faktiskt kontrolleras av den upphandlande myndigheten.

Regeringen konstaterar också att särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området huvudsakligen begränsas till köp av tjänster och bygg- och anläggningsarbeten eftersom det är villkor som rör arbetets utförande.<sup>65</sup> Vid upphandling av varor däremot kan villkor som påverkar organisation eller policy för en entreprenör från en annan medlemsstat vara diskriminerande eller medföra ett otillåtet handelshinder. Men om upphandlingen omfattar både varor och tjänster/bygg- och anläggningsarbeten, eller om kontraktet gäller en vara som inte är tillverkad ännu, utan som leverantören ska tillverka på uppdrag av den upphandlande myndigheten, då kan denna tillämpa särskilda kontraktsvillkor.

När det gäller vilka slag av kontraktsvillkor med socialt syfte som kan ställas refererar regeringen till skäl 33 i direktivet. Det kan vara villkor som syftar till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, att bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. Det kan gälla att anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning av arbetslösa

---

<sup>64</sup> Prop 2006/07:128 s 200.

<sup>65</sup> Ibidem.

eller ungdomar, att (t.ex. vid varuupphandling) följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner om de inte är införlivade i den nationella lagstiftningen eller att anställa funktionshindrade.<sup>66</sup> Den tillägger: ”I linje härmed bör, enligt regeringens mening, krav kunna ställas på arbetsmiljön när arbete utförs inom ramen för ett upphandlingskontrakt”. Andra exempel är antidiskrimineringsklausuler och krav på tillgänglighet och användbarhet för personer med funktionshinder.<sup>67</sup>

En fråga som rör möjligheten att ta sociala hänsyn är på vilka grunder en leverantör kan uteslutas från en upphandling. Enligt 10 kap. 2 § i upphandlingslagen får en leverantör uteslutas bl.a. om den är dömd för brott avseende yrkesutövningen eller bevisligen har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen. Bestämmelsen motsvarar artikel 45.2.d och c i direktivet. Arbetslivsinstitutet framhöll i sitt remissvar över upphandlingsutredningens delbetänkande att innebörden av begreppet allvarligt fel i yrkesutövningen borde utvecklas. Även här hade regeringen kunnat referera till direktivet, närmare bestämt skäl 34 och 43. Där framgår att det kan vara ett allvarligt fel eller ett brott mot yrkesetikerna att inte uppfylla sina förpliktelser enligt medlemsstaternas regler om anställningsvillkor och arbetarskydd, om utstationerade arbetstagares rättigheter eller om likabehandling i arbetslivet, och att en ekonomisk aktör som betar sig så kan uteslutas från upphandlingen. Men i kontrast till den i övrigt mycket direktivnära implementeringen nämner regeringen inget av detta. Den konstaterar kort och gott att paragrafen har sin motsvarighet i den då gällande lagen om offentlig upphandling och att bestämmelsen alltså inte är ny.<sup>68</sup> När den ska precisera begreppet i sin författningskommentar nämner den enbart överträdelse av miljölagstiftningen, lagstiftningen om otillåten samverkan vid offentlig upphandling och annat konkurrensbegränsande samarbete som exempel på allvarliga fel i yrkesutövningen.<sup>69</sup>

Det kan tilläggas att Regeringsrätten hösten 2009 beviljade prövningstillstånd i Kammarrätten i Stockholm i ett mål där en leverantör hade uteslutits från en upphandling på grund av att en företrädare för bolaget hade

---

<sup>66</sup> Aa s 352.

<sup>67</sup> Aa s 201.

<sup>68</sup> Aa s 241.

<sup>69</sup> Aa s 390.

<sup>70</sup> Regeringsrätten mål nr 832-09, beslut den 17 september 2009.

dömts för flera ekonomiska brott i yrkesutövningen.<sup>70</sup> Den fråga som skulle prövas till ledning för den framtida rättstillämpningen var hur gamla brott som kan läggas anbudsgivaren till last, med hänsyn till proportionalitetsprincipen. Upphandlingen ägde rum 2008, domen på ett års fängelse var från 2006 och det senaste brottet hade begåtts 2003. Med hänsyn till brottens svårighetsgrad, karaktär och tillvägagångssätt kom Kammarrätten fram till att det inte stred mot proportionalitetsprincipen att utesluta anbudsgivaren. Att brott som kan föranleda uteslutning många gånger ligger flera år tillbaka i tiden är en oundviklig konsekvens av att det i fall som detta krävs en lagakraftvunnen dom, resonerade domstolen.<sup>71</sup> Bolaget har ånyo begärt prövningstillstånd i Regeringsrätten.

Ett tecken på att en anbudsgivare inte uppfyller sina arbetsrättsliga skyldigheter kan vara att anbudet är onormalt lågt. Ett sådant anbud kan förkastas, men inte förrän anbudsgivaren har fått en chans att förklara sig. Här anger upphandlingslagens 12 kap. 3 §, precis som direktivet, att myndigheten då kan begära upplysningar om bl.a. huruvida entreprenören iakttar de bestämmelser om arbetarskydd och arbetsförhållanden som gäller på orten där arbetet ska utföras.

Tilldelningsgrunderna beskrivs i upphandlingslagens 12 kap. 1 §. Uppräkningen med exempel på kriterier som kan beaktas när myndigheten avgör vilken entreprenör som ska få kontraktet är hämtad direkt från direktivets artikel 53. I direktivets skäl 46 som anknyter till artikeln nämns som ytterligare exempel ”sociala krav som bland annat tillgodoser behov – fastställda i specifikationen för upphandlingen – hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper, till vilka förmånstagarna/användarna av de byggentreprenader, varor och tjänster som är föremål för upphandlingen hör”. Detta har inte satt något spår i själva artikeln och följaktligen inte heller i den svenska upphandlingslagen, vare sig i lagtext eller förarbeten.

Man kan alltså, sammanfattningsvis, inte beskylla den svenska lagstiftaren för att ha överutnyttjat det utrymme för att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling som 2004 års direktiv ger – kanske snarare tvärtom. Upphandlingsutredningen föreslog t.ex. att Sverige skulle ta fasta på artikel 19 i direktivet och tillåta myndigheterna att reservera vissa kontrakt

---

<sup>71</sup> Kammarrätten i Stockholm avdelning 3, mål nr 6427-09, dom den 21 januari 2010.

för skyddade verkstäder eller föreskriva att de ska fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning där majoriteten av de anställda är så funktionshindrade att de inte kan arbeta på normala villkor, men regeringen höll inte med. Den hänvisade här till remissinstanser som ansett att en bestämmelse om reserverade kontrakt kräver ytterligare preciseringar bl.a. när det gäller hur begreppen ”skyddade verkstäder” och ”program för skyddad anställning” ska tolkas, eller att förslaget skulle kunna få ogynnsamma marknadsstörande effekter.<sup>72</sup>

I slutet av 2009 återkom regeringen emellertid till frågan om sociala hänsyn.<sup>73</sup> Upphandlingsutredningen, som hade gjort en fördjupad analys i sitt slutbetänkande (SOU 2006:28), föreslog bl.a. att man skulle införa en bestämmelse som innebar att myndigheterna bör ställa miljökrav och sociala krav vid upphandling i den utsträckning som det är påkallat med hänsyn till upphandlingens art. Men genomförandet av direktiven var då redan starkt försenat och propositionen lades fram innan betänkandet hade hunnit beredas i Regeringskansliet. Beredningen av ärendet fick sedan stå tillbaka för arbetet med att genomföra ändringarna i rättsmedelsdirektiven.<sup>74</sup> I en lagrådsremiss föreslår regeringen nu att Upphandlingsutredningens förslag ska genomföras i de båda upphandlingslagarna samtidigt med ändringarna i rättsmedelsdirektivet.<sup>75</sup> En proposition är aviserad till slutet av mars 2010.

Den föreslagna regeln är alltså utformad som ett målsättningsstadgande – upphandlande myndigheter och enheter *bör* beakta miljömässiga och sociala hänsyn, men kan inte ställas till svars om de inte gör det. Regeringen noterar att det kan finnas invändningar mot att ställa upp moraliska eller etiska uppföranderegler i lagstiftning, men kommer ändå fram till att det finns starka skäl att skapa ett incitament för de upphandlande myndigheter och enheter som ännu inte prövar möjligheten att integrera miljöhänsyn och sociala hänsyn i sina upphandlingar.<sup>76</sup> Det beror inte minst på ”den

---

<sup>72</sup> Prop 2006/07:128 s 186 f.

<sup>73</sup> Prop 2006/07:128 s 201.

<sup>74</sup> 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 provning av offentlig upphandling

<sup>75</sup> Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, lagrådsremiss den 17 december 2009.

<sup>76</sup> Aa s 255 f.

ökade betoningen av miljöaspekter och sociala aspekter i gemenskapsrätten och Sveriges inställning i dessa frågor”, skriver regeringen. Den framhåller här att Sverige under lagstiftningsarbetet med direktiven intog ståndpunkten att miljöhänsyn och sociala hänsyn ska integreras i upphandlingsprocessen.

Det kan tilläggas att regeringen nu också uttryckligen påpekar att även brott mot social lagstiftning och allvarliga fel i yrkesutövningen som rör sociala frågor ”naturligtvis” kan vara grund för att utesluta en anbudsgivare.<sup>77</sup> I den tidigare propositionen nämndes ju enbart brott mot miljölagstiftningen och mot regler om olika slag av konkurrensbegränsande samarbeten som exempel på uteslutningsgrunder.

Ett annat utredningsförslag som är av intresse i sammanhanget lades fram i betänkandet Bättre arbetsmiljöregler II från 2007.<sup>78</sup> Där föreslogs att den som begär in anbud på en tjänst ska beakta att de som ska utföra arbetet inte får utsättas för risker, och utforma förfrågningsunderlaget på ett sätt som ger entreprenören möjlighet att uppfylla sina skyldigheter enligt arbetsmiljölagstiftningen. Regeln skulle gälla vid såväl privata som offentliga upphandlingar på minst en miljon kronor. Tanken var att beställaren skulle ha ett slags informationsplikt så att förfrågningsunderlaget normalt skulle ange vilka särskilda arbetsmiljöproblem som kan förekomma i den verksamhet som tjänsten avsåg och som entreprenören särskilt måste beakta. Denne skulle då kunna räkna in kostnader för t.ex. skyddsanordningar eller skyddsutrustning när anbudet utformas. Det här förslaget har inte har lett till några lagstiftningsinitiativ,

En mer hårdhänt metod för att främja en riskfri arbetsmiljö i samband med upphandling har helt nyligen föreslagits i betänkandet Marknadsorienterade styrmedel på arbetsmiljöområdet, som lagts fram av en utredning tillsatt av den nuvarande regeringen.<sup>79</sup> Den föreslår en ny regel i arbetsmiljölagen som säger att den som lämnar in anbud på en tjänst i en upphandling där lagen om offentlig upphandling är tillämplig helt enkelt ska uteslutas från upphandlingen ”om denne inte har fullgjort vad i denna lag och med stöd av den föreskrivs om skyldighet att undersöka

---

<sup>77</sup> Aa s 252 f.

<sup>78</sup> SOU 2007:43.

<sup>79</sup> SOU 2009:97.

riskerna i verksamheten”. Skyldigheten att göra riskbedömningar gäller alla arbetsgivare som utför arbete i Sverige oavsett om det är tillfälligt eller permanent (och följer därtill av EU:s ramdirektiv om arbetsmiljö<sup>80</sup>), och den som inte gör det begår ett allvarligt fel i yrkesutövningen, resonerar utredaren. En anbudsgivare som inte har genomfört en relevant riskbedömning i enlighet med dessa föreskrifter är alltså diskvalificerad. Genom hänvisningen till upphandlingslagen har utredningen tänkt sig att kravet ska begränsas till upphandlingar ovanför tröskelvärdena. För att närmare beskriva vad kravet innebär hänvisar den till Arbetsmiljöverkets föreskrifter om systematiskt arbetsmiljöarbete (AFS 2001:1): Enligt dessa ska arbetsgivaren ”regelbundet” undersöka arbetsförhållandena och bedöma riskerna, och det särskilt när ändringar i verksamheten planeras. Riskbedömningen ska dokumenteras skriftligt och ange vilka risker som finns och om de är allvarliga eller inte. Det är dock inte avsikten att det ska göras en särskild riskbedömning för just den aktuella upphandlingen, framhåller utredningen. Den kommer ”naturligtvis” normalt att avse anbudsgivarens vanliga verksamhetsområde.<sup>81</sup>

Förslaget är ännu inte remissbehandlat. Svenskt Näringslivs ledamot i utredningens referensgrupp har dock avgivit ett skarpt särskilt yttrande. Hon sammanfattar sin kritik så att den förslagna bestämmelsen är ”felaktig ur systematisk synvinkel, den är sakligt sett opåkallad, den strider mot gemenskapsrätten och den är obegriplig ur ett verkansperspektiv”.

Ett alternativ till upphandling enligt lagen om offentlig upphandling finns sedan den 1 januari 2009 i lagen om valfrihetssystem, LOV (SFS 2008:962). Den kan tillämpas på bl.a. omsorgs- och stödverksamhet för äldre och för personer med funktionsnedsättning och på hälso- och sjukvårdstjänster, dvs. sådana tjänster som bara delvis omfattas av upphandlingsdirektiven. Här konkurrerar anbudsgivarna inte med priset, utan alla leverantörer som uppfyller de krav som kommunen eller landstinget har ställt ska få ett kontrakt. Brukarna/patienterna får sedan välja vilken av alla dessa leverantörer som de ska vända sig till. Lagen säger inget annat om möjligheten att ta sociala hänsyn vid upphandlingen än upphandlingslagen gör. I propositionen gick regeringen dock in på frågan om det

---

<sup>80</sup> Rådets direktiv 89/391/EEG av den 12 juni 1989 om åtgärder för att främja förbättringar av arbetstagarnas säkerhet och hälsa i arbetet.

<sup>81</sup> SOU 2009:97 s 77 ff.

skulle vara tillåtet att kräva att leverantörerna tecknar kollektivavtal. Mot bakgrund av domen i målet Ruffert gjorde regeringen bedömningen att det inte går att ställa ett sådant krav i ett valfrihetssystem. Däremot kan, enligt regeringen, vissa i kollektivavtalet förekommande krav ställas på leverantören, förutsatt att de står i överensstämmelse med EG-rätten, bland annat de grundläggande principerna, och att den upphandlande myndigheten följer upp och kontrollerar att kraven efterlevs. Den gav dock inga exempel på vilka typer av kollektivavtalsvillkor det skulle kunna vara.<sup>82</sup>

Ett drygt halvår efter att lagen hade trätt i kraft kom den första domen som rörde denna fråga, efter att företaget Club Vitalab AB hade klagat över utformningen av ett förfrågningsunderlag från Region Skåne.<sup>83</sup> Där fanns följande formulering: ”Vårdgivaren har skyldighet att för anställda vid vårdenheten teckna kollektivavtal med berörda personalorganisationer”. Region Skåne hävdade att detta inte var avsett som ett krav utan som information om gällande lagstiftning. Men enligt länsrätten kunde formuleringen, tillsammans med det faktum att den fanns under rubriken ”Allmänna villkor”, inte gärna uppfattas på annat sätt än som ett villkor som de sökande måste uppfylla för att få delta i valfrihetssystemet. Och det kravet stod enligt domstolen i strid med bestämmelserna om likvärdig behandling och icke- diskriminering i LOV.

### **5.1.3 Sociala hänsyn i praktiken**

#### **Jämställdhet och anti-diskriminering**

2002 infördes en ny paragraf 18 b i den då gällande upphandlingslagen, enligt vilken myndigheterna fick ställa särskilda villkor för hur uppdraget skulle genomföras. Sådana särskilda kontraktvillkor skulle, enligt propositionen, kunna användas i olika syften. Ett väsentligt syfte var att föreskriva särskilda arbets- eller anställningsvillkor för ett arbete som ska utföras, och regeringen fann det särskilt angeläget att myndigheterna utnyttjade möjligheten att föra in antidiskrimineringsklausuler i sina upphandlingskontrakt. Det skulle t.ex. kunna gälla generella åtaganden att

---

<sup>82</sup> Prop. 2008/09:29 s 77 f.

<sup>83</sup> Länsrätten i Skåne län mål nr 5538-09 E.



följa gällande antidiskrimineringslagstiftning och att ha upprättat en jämställdhetsplan på arbetsplatsen. Det kunde även avse krav på åtgärder för att främja etnisk mångfald på arbetsplatsen och åtaganden att upprätta en antidiskrimineringspolicy.<sup>84</sup>

2006 utfärdade den dåvarande regeringen så en förordning om antidiskrimineringsvillkor i upphandlingskontrakt (2006:260). Den ålägger de 30 största statliga myndigheterna att införa sådana villkor i upphandlingskontrakt som gäller tjänster och byggentreprenader i Sverige och löper på minst åtta månader och har ett värde av 750 000 kr eller mer. Syftet är att öka medvetenheten om och efterlevnaden av diskrimineringslagstiftningen. 2007 fick Konkurrensverket i uppdrag att utvärdera förordningen. Verket skulle undersöka om syftet hade uppnåtts, hur bestämmelserna hade påverkat små och medelstora företags möjligheter att lämna anbud och hur de förhåller sig till regeringens arbete med att förenkla olika regler för både företag och upphandlande myndigheter.

Konkurrensverket kunde konstatera att i stort sett alla de utpekade myndigheterna hade använt antidiskrimineringsvillkor i sina kontrakt. Slutsatsen blev ändå att förordningen bör upphävas. Visserligen har den i någon mån medfört en ökad medvetenhet om diskrimineringslagstiftningen, särskilt reglerna om aktiva åtgärder, men den har inte tillämpats på ett sätt som gör att den är effektiv för att motverka diskriminering hos leverantören. Myndigheterna har nämligen inte använt sig av några sanktioner och har i de flesta fall inte ens följt upp att villkoren verkligen tillämpas (vilket enligt rapporten torde strida mot gemenskapsrätten). Därför är det kanske inte så förvånande att det bara är en liten andel av företagen som har avstått från att lämna anbud på grund av antidiskrimineringsklausulerna. Myndigheterna själva har tyckt att arbetet med dessa är mer betungande än företagen har gjort, trots att de alltså inte har följt upp villkoren. Det är också företrädesvis myndigheterna som förespråkar att förordningen ska upphävas. Konkurrensverket håller med om att det åter bör bli frivilligt att använda sådana här klausuler. De flesta myndigheter kommer då säkert att avstå, å andra sidan kommer de myndigheter som fortsätter sannolikt att anstränga sig för att tillämpa dem korrekt. Verket påpekar till sist att antidiskrimineringsvillkor redan idag tillämpas på frivillig basis, inte minst av

---

<sup>84</sup> Prop 2001/02:142 s 44.

kommuner, och att det finns behov av råd och vägledning inom området. Och där har tillsynsmyndigheten och (de tidigare) diskrimineringsombudsmännen tillsammans utarbetat allmänna råd, så att myndigheterna för första gången har en samsyn i dessa frågor.<sup>85</sup>

## **Möjligheten att kräva kollektivavtalsenlig lön**

Redan länge har det stått tämligen klart att en upphandlande myndighet inte kan kräva som villkor för kontraktet att entreprenören ska teckna kollektivavtal för sina anställda. Sådana krav har underkänts i svensk rättspraxis om tillämpningen av lagen om offentlig upphandling, och i en expertutredning till 1998 års upphandlingskommitté konstaterades att det knappast vore acceptabelt ur EU-rättslig synvinkel att en myndighet kräver att entreprenören ska vara bunden av svenskt kollektivavtal. Det vore ett mer ingripande krav än de som följer av utstationeringsdirektivet och riskerar att strida mot EU-rättens proportionalitetsprincip.<sup>86</sup>

Däremot skulle det, enligt samma utredning, sannolikt vara fullt gångbart med kontraktsvillkor som går ut på att gängse lönenivå enligt kollektivavtalet för branschen ska tillämpas. Efter EU-domstolens dom i målet Ruffert vet vi att det inte är så enkelt.

Det förefaller dock som om båda typerna av villkor fortfarande förekommer. Konkurrensverket lät 2009 göra en konsultrapport för att få en uppfattning om i vilken utsträckning myndigheter ställer arbetsrättsliga villkor i samband med upphandling av tjänster och entreprenader.<sup>87</sup> I 300 förfrågningsunderlag för upphandling av avfallshantering, hemtjänst/gruppboende, fastighetsunderhåll, lokalvård och vuxenutbildning sökte man efter klausuler som innehöll vissa ord eller begrepp, bl.a. kollektivavtal.<sup>88</sup> Därefter gjorde konsulten en översiktlig bedömning av i vilken mån villkoren var förenliga med EG-rätten och de svenska upphandlingslagarna.

41 procent av underlagen innehöll något av de eftersökta begreppen, och det allra vanligaste var ordet kollektivavtal. Det betyder långt ifrån att alla

---

<sup>85</sup> Konkurrensverkets rapportserie 2009:2, s 68 ff.

<sup>86</sup> Bilaga 3 till SOU 2001:31, s 456.

<sup>87</sup> Arbetsrättsliga villkor i den offentliga upphandlingen Analys av förfrågningsunderlag, Stefan Elg, Allego.

<sup>88</sup> Övriga ord/begrepp var verksamhetsövergång, övergång av verksamhet, personalövertagande, övertagande av personal, LAS, MBL och fackliga förhandlingar.

dessa ställde krav på tecknande av kollektivavtal eller på kollektivavtalsenliga löner. Sådana villkor fanns i ungefär 10 procent av underlagen. När AB Bostäder i Borås upphandlade renovering av tvättstugor lät det t.ex. så här:

*”1. Entreprenör skall vara bunden av kollektivavtal för arbetet. På begäran anges tillämpligt kollektivavtal. (Denna punkt gäller dock inte s k enmansföretag).”*

Det fanns också villkor som tycktes utgå från att leverantören skulle vara bunden av kollektivavtal, även om det inte uttryckligen framställdes ett sådant krav, t.ex.:

*”Leverantör är skyldig att vid akuta fall utföra arbete på obekvämt arbetstid. Ersättning skall härvid utgå enligt entreprenörens kollektivavtal.”*

*”Alla löner enligt gällande kollektivavtal.”*

Det var ändå bara i enstaka fall som entreprenören faktiskt förväntades vara bunden av kollektivavtal. Vanligtvis krävde man bara att arbetstagnarna skulle ha kollektivavtalsenliga villkor:

*”Om leverantören inte tecknat svenskt kollektivavtal skall ändå motsvarande villkor gälla för leverantörens anställda.”*

I några fall begränsades kravet till att gälla de olika försäkringar som regleras i kollektivavtalen, dvs. det fanns inget krav på kollektivavtalsenliga löner:

*”Om anbudsgivaren inte har tecknat kollektivavtal skall arbetskadeförsäkring, sjukförsäkring, tjänstepension och avtalspension motsvarande gällande kollektivavtal tecknas och betalas för anställd personal. Vidare skall intyg från försäkringsbolag och pensionsförvaltare bifogas anbudet.”*

De upphandlare som förutsatte att leverantören skulle teckna svenska kollektivavtal eller i varje fall tillämpa motsvarande villkor krävde som regel också att detsamma skulle gälla för eventuella underentreprenörer, och ålade huvudentreprenören att försäkra sig om det. Det var inte ovanligt att brott mot dessa förpliktelser sades vara grund för att häva kontraktet.

Enligt den preliminära bedömningen i konsultrapporten var alla villkor i stil med de ovanstående otillåtna.

En annan typ av villkor som också refererade till respekten för kollektivavtalen var betydligt vanligare:

*”Utföraren får ej heller vidtaga sådan åtgärd som kan antas medföra åsidosättande av lag eller kollektivavtal för arbetet eller annars strida mot vad som är allmänt godtaget inom utförarens kollektivavtalsområde.”*

Konsultrapportens författare antar att dessa formuleringar härrör från standardavtalen AB och ABT och bedömer dem som acceptabla, om än med ett frågetecken. För den arbetsrättsligt bevandrade är formuleringen kanske mer bekant från 39 § MBL som anger på vilka grunder en facklig organisation kan lägga in veto mot en entreprenad.

Det kan tilläggas att det många gånger är svårt att vara säker på vad den upphandlande myndigheten har avsett med formuleringar som är utbrutna ur sitt sammanhang. Vad menas när det står att ”leverantören är arbetsgivare och ansvarig för att gällande lagar och författningar och kollektivavtal iakttas”? Är det ett villkor, dvs. förutsätter myndigheten att anbudsgivarna ska teckna kollektivavtal, eller är det enbart ett klagörande av var arbetsgivaransvaret ligger och en påminnelse om vad som – generellt – innefattas i en arbetsgivares ansvar för det fall denne faktiskt har tecknat kollektivavtal?

## **Övertagande av personal**

När en myndighet bestämmer sig för att ”outsourca” verksamhet som den hittills bedrivit i egen regi eller upphandlar en ny entreprenör inom något område, händer det att det blir en övergång av verksamhet i överlåtelsedirektivets mening.<sup>89</sup> I så fall har överlåtarens anställda, enligt 6 b § i lagen om anställningsskydd, rätt att få fortsatt anställning hos den nya leverantören. Därmed följer också av 28 § i MBL att den nya arbetsgivaren som regel blir skyldig att under det första året tillämpa anställningsvillkoren i den tidigare arbetsgivarens kollektivavtal.

Men kan en upphandlande myndighet alltid kräva att den som får kontraktet ska ta över personal? Enligt en dom från 1998 av Kammarrätten

---

<sup>89</sup> Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

i Göteborg är detta inte möjligt när ett byte av entreprenör inte innebär en övergång av verksamhet i direktivets mening, eftersom det begränsar anbudsgivarnas frihet att använda den egna organisationens kompetens.<sup>90</sup> Frågan har inte prövats i högsta instans, men det är en vanlig uppfattning att Kammarrättens tolkning är riktig. Vid byte av entreprenör som inte medför en verksamhetsövergång skulle det i så fall vara möjligt att kräva att leverantören tar över personal bara om det kan motiveras med kvaliteten hos den tjänst som ska upphandlas, t.ex. brukares och vårdtagares behov av kontinuitet i vården eller de mycket speciella kvalifikationer som krävs för en viss verksamhet. Problemet är att begreppet ”övergång av verksamhet” delvis definieras av ifall den nya leverantören tar över personal från den tidigare. Om det föreligger en övergång måste avgöras från fall till fall, och ju större del av personalen som faktiskt tas över, desto större är sannolikheten för att det är så. Man hamnar med andra ord i ett cirkelresonemang.

Konkurrensverket får följaktligen många frågor om vad som gäller om den upphandlande myndigheten vill att leverantören ska överta personal. Ett exempel kom från en myndighet som vid värderingen av anbudet ville ge poäng efter hur många av myndighetens anställda anbudsgivarna var beredda att ta över. För att Konkurrensverket ska få underlag för vidare informationsåtgärder och för sin tillsyn kartlade man därför även denna typ av villkor i den analys av förfrågningsunderlag som gjordes.

Av de 300 förfrågningsunderlagen innehöll 17 villkor som rörde övertagande av personal. Alla utom fyra handlade om upphandling av hemtjänst/gruppboende, dvs. olika former av social omsorg. De övriga rörde hämtning och omhändertagande av farligt avfall, kontorsservice och vaktmästeritjänster, kalibrering och service av provningsutrustning respektive städentreprenad. Nästan undantagslöst konstaterade den upphandlande myndigheten uttryckligen att upphandlingen skulle medföra en verksamhetsövergång och att leverantören skulle vara tvungen att överta personal enligt 6 b § i LAS och erbjuda den villkor enligt 28 § i MBL. Nästan undantagslöst motiverade man också varför detta var ett krav. Den överlägset vanligaste motiveringen var att personalkontinuitet var viktig för berörda vårdtagare/brukare.

---

<sup>90</sup> Kammarrätten i Göteborg, Mål nr 3696-1998, dom den 28 augusti 1998.

Enligt rapportförfattaren var alla dessa villkor förenliga med upphandlingsdirektiven och de svenska upphandlingslagarna, om än med viss tvekan i fem fall. Ett av dessa gällde hantering av farligt avfall, där endast "en personal" skulle omfattas av verksamhetsövergången och ingen motivering gavs till varför kommunen ställde detta krav. Ett annat exempel var från Svensk Bilprovnings upphandling av bl.a. kalibrering av provutrustning. I förfrågningsunderlaget sades inte att upphandlingen innebar en verksamhetsövergång, men att Bilprovningen "gärna ser" att berörda servicetekniker erbjuds anställning hos den anbudsgivare med vilket avtal tecknas, för att säkerställa att kvaliteten vad avser kalibrering och service av provutrustning uppfyller de höga krav som ställs på en ackrediterad verksamhet.

Även om det inte sägs uttryckligen i rapporten förefaller det klart att kraven på övertagande av personal är utformade som kontraktsvillkor. Möjligen kan man fråga sig om Bilprovningen i exemplet ovanför har använt det som ett tilldelningskriterium.

#### Sysselsättningsfrämjande åtgärder

Det börjar också komma exempel på att upphandlingar används för att främja sysselsättningspolitiska mål. Botkyrka kommun beslutade 2008 om nya riktlinjer för sina upphandlingar, som bl.a. ska ge ungdomar mellan 16 och 24 år en möjlighet till praktisk utbildning i arbetslivet. Bakgrunden var de omfattande och allvarliga sociala problem som strukturell arbetslöshet bland ungdomar har skapat i södra Stockholm och särskilt i Botkyrka. Vid vissa upphandlingar ställs därför som villkor för att leverantören ska få kontraktet att denna anställer unga *trainees* som Arbetsförmedlingen anvisar, med minimilöner enligt en överenskommelse mellan kommunen och Kommunalarbetareförbundets lokala sektion.

Sedan kommunen utannonserat en entreprenad angående markskötsel och krävt att leverantören skulle anställa en *trainee* per entreprenadområde klagade en privatperson hos Konkurrensverket där ärendet för närvarande handläggs. Flera kommuner har liknande projekt på gång.<sup>91</sup>

Respekt för ILO:s konventioner och rättvisemärkning

---

<sup>91</sup> Intervju med Mathias Sylwan, Sveriges Kommuner och Landsting.

Allt fler kommuner vill också ta sociala hänsyn när de upphandlar varor, inte bara tjänster, och 26 kommuner har t.o.m. diplomerats som *Fair Trade Cities* vilket innebär att de har förbundit sig att handla varor som uppfyller villkoren för rättvisemärkning. Rättvisemärkningen förutsätter bl.a. att varorna har tillverkats under förhållanden som respekterar ILO:s åtta kärnkonventioner, men det är också en del andra krav som måste uppfyllas.<sup>92</sup>

Sveriges Kommuner och Landsting har i sin rådgivning till medlemmarna gjort bedömningen att det är möjligt att ha en upphandlingspolicy som säger att kommunen eller landstinget ska främja upphandling av varor som är framställda under ”etiskt hållbara former” och diplomas som *Fair Trade Cities*, så länge den inte begränsar sig till att stödja en viss organisations märkning. SKL rekommenderar att kraven på leverantörerna i så fall formuleras som särskilda villkor för kontraktets utförande, så att man inte utestänger dem som inte redan har etiskt producerade produkter. SKL understryker också att det är nödvändigt att fortlöpande kontrollera att kraven faktiskt följs, för att inte bryta mot likabehandlingsprincipen. Organisationen jurister håller just på att ta fram stöddokument för hur kommuner och landsting skulle kunna leva upp till detta till en rimlig kostnad.

Även Miljöstyrningsrådet menar att upphandlande myndigheter kan ställa sociala/etiska krav vid upphandling av varor, men är lite mer försiktigt när det gäller frågan om rättvisemärkning. Det framgår av en vägledning som rådet publicerade i slutet av 2008.<sup>93</sup> Miljöstyrningsrådets uppfattning är av intresse eftersom det ägs gemensamt av stat och näringsliv genom Miljödepartementet, Svenskt Näringsliv och Sveriges Kommuner och Landsting, och alltså står för något slags samsyn på upphandlingsfrågorna.

Vägledningen innehåller förslag till hur etiska krav eller villkor kan formuleras och följas upp. När det gäller respekten för ILO:s kärnkonventioner heter det bl.a. så här:

---

<sup>92</sup> De åtta kärnkonventionerna är nr 87 och 98 om föreningsfrihet och förhandlingsrätt, nr 138 om avskaffande av barnarbete, nr 100 och 111 om likalön och diskriminering, nr 29 och 105 om förbud mot tvångsarbete och slavarbete och nr 182 om de värsta formerna av barnarbete.

<sup>93</sup> Vägledning Sociala och etiska krav i offentlig upphandling, Miljöstyrningsrådet, 2008-12-04.

*”Det internationella erkännandet av ILO:s kärnkonventioner innebär att det kan anses vara lägsta nivå på arbetsförhållanden världen över och samtidigt en uppmaning till såväl länder som både privata och offentliga organisationer att medverka till att de efterlevs. De flesta system eller standarder för socialt ansvar innefattar de grundläggande arbetsnormerna. EG:s upphandlingsdirektiv omnämner att ett s k särskilt villkor kan innebära en skyldighet för en leverantör att följa grundläggande ILO-konventioner om dessa inte ratificerats, vilket bör tolkas att sådana krav är såväl proportionerliga och icke-diskriminerande.*

*Kravet på förenings- och förhandlingsfrihet kan dock innebära problem och tolkningssvårigheter. Fackföreningar, förutom den statliga, är förbjudna i Kina och i Indien är bl.a. förhandlingsrätten inskränkt för vissa arbetstagare. I Indien finns också särskilda fackföreningar uppdelade efter dels religion eller folkgrupp, dels politiska partier. Hinduer och muslimer tillhör ofta olika fackföreningar även om de har likartade yrken och arbetar på samma plats. Amnesty Internationals rapporter visar på bl a att situationen i Colombia och Burma är undermålig vad gäller föreningsfrihet.*

*FN har i sin ”Global Compact” samlat det internationella näringslivet kring tio grundläggande principer: mänskliga rättigheter, arbetsvillkor, korruption och miljö. Principen nr 3 formuleras enligt följande: ”Värna föreningsfrihet och ett faktiskt erkännande till kollektiva förhandlingar” vilket de facto innebär att företagen ska sträva och arbeta för att arbetstagare ges möjlighet till kollektiva förhandlingar och att arbetstagare ska kunna associera sig utan negativa påföljder.”*

De flesta etiska märkningar (Rättvisemärkt, Rainforest Alliance m.fl.) inkluderar samtliga kärnkonventioner, men just på grund av problematiken kring förenings- och förhandlingsrätten kan certifiering ibland ske även om konventionerna nr 87 och 98 inte respekteras, enligt vägledningen. Författarna rekommenderar att myndigheterna är uppmärksamma på detta vid tillämpningen av olika märkningar, och föreslår en särskild formulering för kontraktsvillkoren när det gäller förenings- och förhandlingsrätten:



*”Obs!: Vad gäller föreningsfriheten (konvention nr 87 och 98) kan det vara mer lämpligt att formulera enligt ex vis följande: ’I länder där föreningsrätten är begränsad eller under utveckling, ska leverantören medverka till att anställda, individuellt eller i grupp, får möta företagsledningen för att diskutera löne- och arbetsvillkor utan negativa konsekvenser’.”*

Vägledningen går också in på frågan om det är möjligt att ställa krav som rör arbetsmiljön vid produktionsanläggningen vid upphandling av varor. Svaret blir att det bör vara tillåtet om man, beroende på vad det är som ska köpas in, bedömer att det finns risk för att ILO:s grundläggande konventioner om arbetarskydd (som inte hör till de åtta kärnkonventionerna) åsidosätts. Tillverkning av gatsten tas som ett exempel.

Däremot är Miljöstyrningsrådet som sagt tveksamt till om upphandlande myndigheter kan försvära sig till att köpa just rättvisemärkta varor eller om kommuner kan utropa sig till *Fair Trade Cities*. I vägledningen görs en jämförelse mellan miljömärkningar, som enligt direktiven i vissa fall kan användas som tekniska specifikationer för den vara som ska upphandlas, och rättvisemärkena. Miljömärkena används för att beskriva vilka egenskaper varan i sig ska ha, men myndigheten kan inte kräva att varan faktiskt bär just detta märke utan är skyldig att även godta andra bevis på att den har de eftersökta egenskaperna. Rättvisemärkena däremot säger inget om prestanda och funktion hos själva varan, utan om de förhållanden som de tillverkas under. Och problemet, som Miljöstyrningsrådet ser det, är att det ställs betydligt fler krav än att ILO:s konventioner ska iaktas för att en vara ska bli rättvisemärkt. Den ska t.ex. produceras av småbönder och arbetare i tredje världen som har en långsiktig relation med köparen, produkten ska förädlas i ursprungslandet i så hög grad som möjligt och social, ekonomisk och demokratisk utveckling i ursprungslandet ska gynnas. Det är målsättningar som, hur eftersträvansvärda de än må vara, kan leda till att man prioriterar varor och leverantörer i strid mot lagens regler om konkurrens och likabehandling av anbudsgivare, heter det i vägledningen, som här upprepar den tidigare tillsynsmyndigheten Nämnden för offentlig upphandlings ståndpunkt.

Däremot kan en rättvisemärkning tjäna som bevis på att leverantören följer grundläggande ILO-konventioner och rättar sig efter nationell lagstiftning om minimilön och andra arbetsvillkor. Men om det är vad den upp-

handlande myndigheten begär, så måste den också godta andra typer av bevis än rättvisemärkning.

Det är alltså omstritt ifall det är förenligt med upphandlingslagarna (och med kommunallagen) att tillämpa en policy där rättvisemärkta varor ges försteg. Det enda rättsavgörande som, oss veterligt, finns är en dom från hösten 2008 där Länsrätten i Östergötlands län avslag en kommuninnevänares klagomål över att Linköping ansökt om diplomering som *Fair Trade City*. Det stred i varje fall inte mot kommunallagen, enligt länsrätten, som i domskälen också noterade att det är tillåtet att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

## **5.2 Danmark**

### **5.2.1 Inledning**

Under förhandlingarna om EU:s nya upphandlingsdirektiv hörde Danmark tillsammans med Sverige till de länder som starkast förespråkade att direktiven tydligt skulle ge myndigheterna möjlighet att ta olika sociala hänsyn i sin upphandling. Sedan direktiven antagits finns nu också en uttalad politisk vilja att utnyttja de möjligheter som direktiven ger.

Danmark har också ratificerat ILO:s konvention 94 om arbetsklausuler i kontrakt i vilka offentlig myndighet är part och anser att den fortfarande är lika relevant, lika giltig och lika välbehövlig som när den antogs 1949. Sålunda deklarerade den danska regeringen vid ILO:s arbetskonferens 2008 sin avsikt att fortsätta tillämpa konventionen oberoende av att dess förenlighet med EG-rätten har ifrågasatts efter EU-domstolens dom i målet Rüffert.<sup>94</sup>

### **5.2.2 Den rättsliga ramen**

Danmark implementerade 2004 års upphandlingsdirektiv genom två kungörelser (bekendtgørelser) som trädde i kraft redan den 1 januari 2005. Det kunde göras mycket enkelt, tack vare en lag från 1990 som ger ansvariga ministrar behörighet att utan inblandning av Folketinget anta regler som genomför EU-direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig

---

<sup>94</sup> Ahlberg (2008).

upphandling.<sup>95</sup> De båda kungörelserna<sup>96</sup> innehåller bara ett fåtal artiklar som talar om att upphandlande myndigheter ska följa upphandlingsdirektivens regler och anger vad som gäller i Danmark i de avseenden där direktiven ger medlemsstaterna ett val. Den fakultativa bestämmelsen i det klassiska direktivets artikel 27 (artikel 39 i försörjningsdirektivet) görs t.ex. tvingande. En dansk anbudsförfrågan ska alltså obligatoriskt ange var anbudsgivarna kan få information om vilka skyldigheter i fråga om skatter, miljöskydd, arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller där tjänsten ska utföras.<sup>97</sup> Direktiven är fogade som bilagor till kungörelserna och får genom dessa verkan som direkt straffsanktionerad lag i Danmark.

Samma år antog Folketinget också en allmän lag om offentlig upphandling som gäller upphandlingar som inte omfattas av EG-direktiven.<sup>98</sup> Lagen trädde i kraft den 1 september 2005. Under parlamentsbehandlingen diskuterades framförallt hur lagförslaget var ägnat att främja konkurrensen. Möjligheten att ta sociala hänsyn berördes dock i viss mån.

I regeringspropositionen nämns i kommentaren till artikel 8 om tilldelningskriterier att sociala hänsyn i viss utsträckning kan användas som underkriterium vid beslut om tilldelning av ett kontrakt. Propositionen hänvisar här till EU-domstolens dom i mål C-225/98 om tillåtligheten av ett kriterium som gällde den lokala sysselsättningen. Samtidigt framhåller den ansvariga ministern möjligheten att använda ”socialklausuler” som villkor för fullgörande av kontraktet:

*”I den forbindelse bemærkes, at de foreslåede bestemmelser ikke er til hinder for, at udbyder i udbudsmaterialet kan fastsætte særlige kontraktvilkår vedrørende entreprenørens pligt til at varetage sociale hensyn under udførelsen af kontrakten, jf. Udbudsdirektivets artikel 26.”* (Bemærkninger til Lov nr. 338/2005, Folketinget arkiv, 2. samling 2005 L42)

---

<sup>95</sup> Lov nr. 366 af 8. juni 1990 om samordning af fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige bygge- og anlægskontrakter og offentlige indkøb m.v., Se Nielsen (2007) s. 188 f.

<sup>96</sup> Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af offentlige vareindkøbskontrakter, offentlige tjenesteydelseskontrakter og offentlige bygge- og anlægskontrakter; Bekendtgørelse om fremgangsmåderne ved indgåelse af kontrakter inden for vand- og energiforsyning, transport samt posttjenester.

<sup>97</sup> Se nærmere Nielsen (2005) s. 145.

<sup>98</sup> Lov nr. 338 af 18. maj 2005 om indhentning af tilbud på visse offentlige og offentligt støttede kontrakter.

Kommentaren har sannolikt sin bakgrund i att det redan vid denna tidpunkt var relativt vanligt i Danmark att socialt motiverade krav ställdes som sådana kontraktsvillkor.

Själva lagtexten innehöll dock inga formuleringar som antyder att en myndighet kan ta någon form av sociala hänsyn, vare sig som tilldelningskriterium eller som kontraktsvillkor. Frågan togs upp i enskilda utlåtanden och av enskilda politiker i Folketinget. Sysselsättningsministeriet förespråkade i sitt utlåtande att beaktande av sociala hänsyn särskilt skulle nämnas som ett möjligt tilldelningskriterium:

*”I det nye udbudsdirektiv er indført en bestemmelse (art. 53), der præciserer gældende ret, således at ordregiver kan tage såvel sociale som miljømæssige hensyn ved tildeling af kontrakt. Den nye tilbudslov bør indeholde en lignende præcisering, således at der også på dette område kan stilles sociale og miljømæssige klausuler.”* (Høringssvar lov nr. 338, Folketingets arkiv, 2005, 2. samling L42).

Folketingets behöriga utskott avvisade dock sysselsättningsministeriets önskemål med följande motivering:

*”I udbudsdirektivet er nu udtrykkeligt anført miljømæssige hensyn som eksempel på underkriterium. Dette findes allerede i gældende tilbudslov og vil blive videreført med lovforslaget. Udbudsdirektivet omtaler imidlertid ikke sociale hensyn som et udtrykkeligt eksempel. Dette skyldes, at tildelingskriterierne altid skal være forbundet med kontraktgenstanden, og når det drejer sig om sociale hensyn er denne forbindelse ikke lige så ofte tilstede, som når det drejer sig om de øvrige i udbudsdirektivet nævnte eksempler.*

*Dette er imidlertid ikke ensbetydende med, at der aldrig kan inddrages sociale hensyn som underkriterier. EF-Domstolen har således anerkendt hensynet til ansættelse af lokale langtidsløst ansatte som et konkurrenceparameter i en situation, hvor tilbudsgiverne stod lige på de øvrige kriterier. Dette vil også være muligt efter nærværende lovudkast.*

*Hertil kommer, at der kan fastsættes særlige vilkår for den vindende tilbudsgivers gennemførelse af kontrakten, herunder varetagelsen af visse sociale hensyn. Udbudsdirektivet har nu en*

*udtrykkelig bestemmelse herom. Adgangen til at fastsætte sådanne kontraktvilkår vil også gælde uden en sådan udtrykkelig bestemmelse i lovforslaget. Det kan dog være hensigtsmæssigt at uddybe retstilstanden vedrørende sociale hensyn i bemærkningerne.”* (Folketingets arkiv, 2. samling 2005, Bilag til Erhvervsudvalgets behandling af L42).

Det behöriga utskottet tog dock inte fasta på tanken att närmare utveckla rättsläget när det gäller möjligheterna att beakta sociala aspekter i samband med upphandling. Frågan nämns över huvud taget inte i utskottets betänkande, och satte inte heller några spår i den antagna lagen.

Artikeln om tilldelningskriterier säger nu att kontraktet – såvida inte den upphandlande myndigheten ställer in upphandlingen – ska tilldelas antingen den leverantör som erbjuder det lägsta priset eller den som avger det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till flera olika kriterier. Dessutom innehåller den ett tredje stycke som säger att myndigheten kan förkasta ett anbud om det med övervägande sannolikhet kan antas att anbudsgivaren är ur stånd att genomföra arbetet med tillfredsställande kvalitet, på ett ändamålsenligt och sunt/forsvarbart (*forsvarlig*) sätt och i rätt tid. Ordalydelsen, särskilt ordet ”*forsvarlig*”, kan ge intrycket att bestämmelsen ger myndigheten ett relativt vitt utrymme för bedömning. Enligt de sparsamma förarbetena har den samma funktion som direktivens regel om onormalt låga anbud. Den kan alltså återopas om det är sannolikt att ett anbud exempelvis bygger på att arbetet ska utföras till undermåliga arbets- och anställningsvillkor. Trots sin tillåtande formulering ska regeln dock tolkas restriktivt.<sup>99</sup>

Specifikt för statens upphandling av drifts- och anläggningstjänster fanns dessutom sedan tidigare särskilda bestämmelser i det s.k. utbudscirkuläret, utfärdat av Finansministeriet.<sup>100</sup> Det fortsatte att gälla oförändrat. Cirkuläret ålägger myndigheterna att regelbundet genomföra upphandlingar för att se om det är mer fördelaktigt att viss verksamhet läggs ut på entreprenad i stället för att bedrivas i egen regi, och innehåller regler om hur detta ska gå till. En särskild bestämmelse rör personalens förhållanden. Den lyder:

---

<sup>99</sup> Forslag til Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, fremsat den 23. februar 2005 af økonomi- og erhvervsministeren.

<sup>100</sup> Cirkulære om udbud og udfordring af statslige drifts- og anlægsopgaver.

### ***”Personalemæssige forhold m.v.***

*§ 8. Ledelsen for den udbydende institution skal sikre, at der i forbindelse med overvejelser og beslutning om udbud, der kan medføre personaleoverdragelser, sker en tidlig inddragelse af personalet i overensstemmelse med de relevante gældende love, regler og overenskomster mv.*

*Stk. 2. I forbindelse med orientering af personalet skal ledelsen tilkendegive, om institutionen agter at udarbejde kontrolbud.*

*Stk. 3. Sociale forpligtelser i institutionens personalepolitik kan stilles tilsvarende til en ekstern leverandør i form af sociale klausuler.*

*Stk. 4. I det omfang, der er knyttet miljø eller arbejdsmiljømæssige krav til arbejdets udførelse, kan disse krav indgå i kontrakten med leverandøren.*

*Stk. 5. Hvor hensynet til handicappede medarbejdere gør det ønskeligt, skal der stilles særlige krav til arbejdets udførelse og/eller de faciliteter, der anvendes ved arbejdets gennemførelse.*

*Stk. 6. Hvor hensynet til borgernes adgang til virksomheden, der udfører opgaven på vegne af statsinstitutionen, gør det ønskeligt, skal der stilles særlige krav til handicapvenlige adgangsforhold og faciliteter i øvrigt.”*

*Stk. 7. Krav som nævnt i stk. 3 – 6 skal udformes med respekt for EU's ligebehandlingsprincip.*

Bestämmelsen talar som ”personalövergångar”. Den gäller med andra ord inte enbart i fall då upphandlingen kan komma att medföra en verksamhetsövergång i den mening som avses i direktivet om övergång av verksamhet, då ju tvingande EU-arbetsrättsliga regler medför förpliktelser mot personalen för den arbetsgivare som får kontraktet.<sup>101</sup> Enligt utbudscirkuläret kan alltså statliga arbetsgivare vid upphandling ställa krav på den externa leverantörens personalpolitik, arbetsmiljöförhållanden och

---

<sup>101</sup> Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företaget eller verksamheter.

anpassning till medarbetare med funktionshinder, oavsett om en regelrätt verksamhetsövergång blir aktuell.

Något som kan ha betydelse för arbetstagarna är den möjlighet att utarbeta kontrollbud som nämns i stycke 2. Det betyder att den upphandlande myndigheten gör en intern beräkning av vad det kostar att utföra tjänsten i egen regi och använder den som måttstock när den värderar de anbud som den får in utifrån.<sup>102</sup> Det kan då visa sig att det är ekonomiskt mest fördelaktigt för den upphandlande myndigheten att fortsätta bedriva verksamheten i egen regi, men kontrollbudet kan också ge en uppfattning om ifall ett anbud är onormalt lågt. I båda fallen kan slutresultatet bli att upphandlingen avbryts. Möjligheten att upprätta kontrollbud används av såväl statliga som kommunala myndigheter.

Ett exempel på hur den kan fungera finns i ett ärende från 2007 i Klagenævnet for Udbud.<sup>103</sup> Silkeborg kommun hade begärt in anbud på städningen i skolorna och samtidigt gjort ett kontrollbud. Den entreprenör som hade gett in det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet hade räknat att städningen kunde utföras med 12 % färre arbetstimmar än kommunens eget anbud. Trots att kontrollbudet alltså var mer kostsamt beslöt byrådet att kommunen skulle fortsätta städa i egen regi. Motiveringen var att det var helt orealistiskt att entreprenören skulle kunna ge de arbetstagare som entreprenören skulle ta över tillräckligt goda arbetsmiljöbetingelser och samtidigt uppfylla kommunens krav på städningens standard och kvalitet. Konkurrencestyrelsen anmälde ärendet till Klagenævnet som underkände kommunens beslut. Men Vestre landsret, dit saken överklagades, gick emot Klagenævnet. Enligt domstolen hade kommunen behandlat alla anbudsgivare lika. Kommunen själv kunde inte med sitt kontrollbud likställas med dessa, och hade rätt att när som helst avbryta upphandlingen.<sup>104</sup>

Förutom detta mål, som ju bara indirekt rörde möjligheten att ta arbetsmiljömässiga hänsyn vid tilldelningen av kontrakt, tycks det inte finnas någon dansk rättspraxis på området.

---

<sup>102</sup> Se t.ex. Udarbejdelse af kontrolbud på [www.uvm.dk](http://www.uvm.dk) eller Protokollat om medarbejdernes inddragelse og medvirken ved omstilling, udbud og udlicitering, KL, Amtsrådsforeningen, Frederiksberg kommune och Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte.

<sup>103</sup> Klagenævnet for Udbud, kendelse den 24 april 2007.

<sup>104</sup> Vestre Landsret, kendelse den 15 maj 2009.

Även arbetsmiljøloven innehåller en bestämmelse som har betydelse vid upphandling – såväl offentlig som privat – av tjänsteentreprenader. Den infördes redan den 1 januari 2002 och innebär att beställaren/upphandlaren ska ta hänsyn till konsekvenserna för arbetsmiljön vid utformning av anbudsunderlag/förfrågningsunderlag och även i övrigt medverka till att arbetet utförs på ett säkert sätt. Bestämmelsen lyder:

*”§ 33 a. Den, der udbyder en tjenesteydelse, skal ved udarbejdelsen af sit udbudsmateriale i forbindelse med udbudet påse, at der er taget hensyn til sikkerheden og sundheden ved opgavens udførelse. Udbyder skal endvidere sørge for, at udbudsmaterialet indeholder relevante oplysninger om særlige, væsentlige arbejdsmiljøforhold, der er forbundet med opgavens udførelse med henblik på, at den, der udfører opgaven, får kendskab hertil.*

*Stk.2. Udbyder skal i øvrigt medvirke til, at den udbudte opgave kan udføres sikkerheds- og sundhedsmæssigt fuldt forsvarligt af den arbejdsgiver, der har fået opgaven tildelt.”*

Till detta kommer att Danmark alltså har ratificerat ILO:s konvention 94 och rekommendationen nr 84 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt. Enligt konventionen ska, som redan nämnts, offentliga kontrakt garantera de arbetstagare som utför arbetet i fråga (offentligt byggnads eller entreprenadarbete, offentliga tjänsteleveranser mm) arbetsvillkor som inte är mindre fördelaktiga än dem som enligt lag, kollektivavtal eller andra källor gäller för motsvarande arbete i samma bransch på den plats där arbetet utförs. Konventionens tillämpning i Danmark har genomförts genom en så kallad cirkulärskrivelse som Finansministeriet skickade ut 1966 och som förnyades 1990 i samband med att Danmark genomförde tidigare upphandlingsdirektiv.<sup>105</sup> Enligt cirkuläret är centrala statliga myndigheter skyldiga att ta in sådana klausuler i sina upphandlingskontrakt, och kommunala myndigheter uppmanas att göra detsamma.

Detta får betydelse inte minst när det är en leverantör från ett annat EES-land som vinner upphandlingen och utstationerar arbetstagare till Danmark.

---

<sup>105</sup> Cirkulæreskrivelse om gennemførelse af den af Den internationale Arbejdskonference vedtagne konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter; Cirkulæreskrivelse om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter om bygge- og anlægsarbejde. Se Nielsen, Ruth (2005). 297 ff och Rapport fra Udvalget om sociale klausuler (2000).



På samma sätt som Sverige saknar Danmark lagstadgad minimilön. De lägsta lönerna i olika branscher är uteslutande bestämda i kollektivavtal. Dessutom är kollektivavtalen liksom i Sverige privaträttsliga avtal och allmängiltigförklaring förekommer inte. När det gällde löner i samband med utstationering tillämpade Danmark därför länge samma modell som Sverige. I den lag som implementerar utstationeringsdirektivet nämndes ingenting om löner. Det betydde alltså att myndigheterna också vid gränsöverskridande upphandling i förfrågningsunderlaget endast kunde hänvisa till lönenivåer som var bestämda i branschens kollektivavtal.

Efter Lavaldomen<sup>106</sup> stod det på samma sätt som i Sverige klart att denna modell inte längre var gångbar. Även i Danmark tillsattes därför en trepartskommitté på våren 2008 för att utreda den situation som uppstått. Kommittén levererade sitt förslag redan efter ett par månader. Förslaget ledde snabbt till en regeringsproposition som godkändes av det danska parlamentet i december samma år och den 1 januari 2009 trädde den nya lagstiftningen i kraft.

De nya reglerna klargör att danska fackföreningar kan utnyttja stridsvapnet mot utländska tjänsteleverantörer för att åstadkomma ett kollektivavtal som reglerar löner (men inte andra anställningsvillkor) för utstationerade arbetstagare. Möjligheten att ta till stridsåtgärder är begränsad i fyra avseenden:

- Lönerna skal motsvara de löner som danska arbetsgivare är tvungna att betala för motsvarande arbete.
- Lönen ska regleras av ett kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa organisationerna på den danska arbetsmarknaden och tillämpas på det danska territoriet som en helhet.
- Den utländska tjänsteleverantören måste få information om villkoren i kollektivavtalet.
- Villkoren i avtalet måste uppfylla kraven på klarhet och transparens; de måste alltså innehålla uppgift om den lön som ska betalas.

Detta innebär att Danmark på åtminstone två punkter aktivt har utnyttjat möjligheten att tillämpa oklarheterna i gemenskapsrätten på ett sätt som så litet som möjligt inverkar på eller förändrar dansk arbetsrätt.

---

<sup>106</sup> Se C-341/05 Laval.

För det första har Danmark använt artikel 3.8 i utstationeringsdirektivet på ett nytt sätt. Enligt denna kan en medlemsstat som inte har ett särskilt system för att allmängiltigförklara kollektivavtal utgå från ”kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsgivar- och arbetstagarorganisationerna på nationell nivå och som tillämpas inom hela det nationella området”. Motsvarande stadgande i den danska utstationeringslagen informerar den utländska tjänsteleverantören om att han kan komma att bli tvungen att betala de löner som föreskrivs i vissa slag av kollektivavtal.

För det andra förefaller den danska tolkningen av begreppet minimilön i direktivet vara relativt extensiv. Enligt artikel 3.1 definieras detta av nationell lag och/eller praxis i värdstaten, och Danmark har utnyttjat alla möjligheter att definiera lönebegreppet på nationell nivå. Enligt förarbetena till ändringarna i utstationeringslagen borde det vara möjligt att konvertera kostnader som den danska arbetsgivaren har enligt kollektivavtalet (t.ex. för semester och olika ledigheter) till fasta lönekostnader. Resonemanget bygger på att man i annat fall skulle behandla danska arbetsgivares kostnader för inhemska arbetstagare enligt kollektivavtalet annorlunda än den utländska tjänsteleverantörens kostnader.

Den danska lagstiftningsprocessen var extremt snabb och effektiv. Kommitténs rapport var ytterst kortfattad (21 sidor) och dess slutsatser omfattades enhälligt av såväl fackföreningarna som arbetsgivarorganisationerna. Inte heller ifrågasattes de av vare sig regering eller parlament. Det tycks helt enkelt finnas ett grundläggande samförstånd mellan parterna på den danska arbetsmarknaden kring strävan att bevara deras traditionella autonomi. Det yttre tryck som Laval-domen utövar på det danska arbetsmarknadssystemet förefaller närmast ha enat parterna och den danska regeringen bakom en praktisk lösning som så långt möjligt bygger på traditionerna i den danska modellen och dess funktionssätt.

Samma grundläggande samförstånd om vikten av att värna om kollektivavtalssystemet förklarar den danska regeringens fasthållande vid att offentliga kontrakt ska innehålla en klausul som ålägger entreprenören att ge sina anställda anställningsvillkor i nivå med gällande kollektivavtal.

### 5.2.3 Sociala hänsyn i praktiken

Till myndigheternas hjälp har Konkurrencestyrelsen utarbetat en särskild vägledning om möjligheten att ta sociala hänsyn i samband med upphandling som bl.a. baserar sig på EU-kommissionens tolkningsmeddelande från 2001.<sup>107</sup>

Inledningsvis framgår av denna vägledning att danska myndigheter på senare år har visat ett stigande intresse för att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling. Där konstateras också att upphandlingsdirektiven inte reglerar vad som ska upphandlas, och att följaktligen inget hindrar att själva kontraktsföremålet i sig har ett socialt syfte, t.ex. vid upphandling av en utbildning för långtidsarbetslösa eller inköp av specialutrustning för funktionshindrade.

Socialt motiverade krav kan också ingå i de tekniska specifikationerna av kontraktsföremålet. Ett exempel är att datorer som myndigheten vill köpa in ska kunna användas av synskadade.

Även krav på produktionsprocessen kan ingå i de tekniska specifikationerna, förutsatt att de är nödvändiga för att tillgodose myndighetens behov, att de har en koppling till kontraktsföremålet och att de inte är diskriminerande vare sig för vissa verksamheter eller för verksamheter från vissa länder. Det betyder att myndigheten bl.a. kan ställa sådana krav på produktionsprocessen som härleds från tvingande nationella och europeiska regler inom det sociala området. Vid upphandling av byggnads- och anläggningsarbete kan den t.ex. ställa upp särskilda tekniska föreskrifter om hur byggplatsen ska inrättas och arbetet utföras för att stämma överens med särskilda regler och erkända normer och standarder som har betydelse för hälsa och säkerhet på arbetsplatsen. Det följer av den danska arbetsmiljölagen.

När det gäller användningen av sociala kriterier vid avgörandet av vem som ska tilldelas kontraktet framhåller Konkurrencestyrelsen först att det inte finns något utrymme för sociala hänsyn när man undersöker anbudsgivarnas ekonomiska, finansiella och tekniska förmåga, om inte kontraktsföremålet i sig har ett socialt syfte. Vid värderingen av vilket

---

<sup>107</sup> Sociale hensyn ved offentlige indkøb – en vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved udbud. Konkurrencestyrelsen 2004. Finns på nätet [www.ks.dk](http://www.ks.dk).

anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt kan däremot sådana kriterier komma in.

Mot bakgrund av kommissionens tolkningsmeddelande och en genomgång av EU-domstolens praxis konstaterar Konkurrencestyrelsen att det är tillåtet att använda miljömässiga och sociala tilldelningskriterier då de är kopplade till kontraktsföremålet, inte ger myndigheten som ska ingå kontraktet ett obetingat fritt val, är uttryckligen omnämnda i utbudsmaterialet och står i överensstämmelse med EU-fördragets bestämmelser.

Samtidigt framhålls det i vägledningen att EU-domstolen i målen Beentjes och Kommissionen mot Frankrike har accepterat ett socialt motiverat tilldelningskriterium – bekämpande av arbetslösheten – som inte var kopplat till kontraktsföremålet. Kommissionen har tolkat denna praxis så, att ett sådant ”tilläggs-kriterium” enbart kan vägas in i värderingen av anbuderna om två eller flera anbud är prismässigt likställda. På denna punkt anmäler den danska Konkurrencestyrelsen emellertid en avvikande åsikt:

*”Denne fortolkning er dog omstridt og synes ikke at kunne begrundes ved en umiddelbar gennemgang af de pågældende domme.”<sup>108</sup>*

Konkurrencestyrelsen påpekar också att det finns större möjligheter att ta sociala hänsyn såväl vid urvalet av anbudsgivare som vid tilldelningen av kontrakt, när upphandlingen gäller kontrakt under direktivens tröskelvärden eller s.k. oprioriterade tjänster, och alltså inte styrs av direktiven utan av den danska upphandlingslagen. Enligt denna kan den upphandlande myndigheten t.ex. som urvalskriterium lägga vikt vid hur leverantörerna vid sina tidigare uppdrag har sett till att arbetet kunnat utföras på ett sätt som är försvarbart från säkerhets- och hälsosynpunkt. De kan också ta hänsyn till om leverantörerna har arbetsmiljöcertifikat eller motsvarande dokumentation som visar att de uppfyller höga krav på arbetsmiljön. Givetvis måste EG-fördragets allmänna bestämmelser och principer respekteras även då, bl.a. principerna om transparens, icke diskriminering och proportionalitet.

I konsekvens med den regel i arbetsmiljölagen som beskrivits ovan tar vissa kommuner vid värderingen av anbuderna t.ex. i beaktande hur

---

<sup>108</sup> Aa s. 15.

anbudsgivarna tänkt sig att tillvarata arbetsmiljöns krav.<sup>109</sup> När Silkeborgs kommun upphandlade transporter 2009 formulerades det så här:

*”Efter lovgivningen skal Silkeborg Kommune som udbyder i udbudsmaterialet opfordre tilbudsgivere til i tilbudsmaterialet at beskrive, hvordan tilbudsgiver vil varetage de særlige, væsentlige arbejdsmiljøforhold, som udbyder har oplyst om i udbudsmaterialet, og hvordan tilbudsgiver løbende vil føre effektivt tilsyn og kontrol med sikkerheden og sundheden i forbindelse med håndteringen af disse. Kommunen har besluttet, at denne redegørelse – som altså skal gives under alle omstændigheder – skal indgå som et tildelingskriterium.”* (EU-Udbud af befordring af Silkeborg Kommunes Borgere, 10. juni 2009)

Störst utrymme för att ställa socialt motiverade krav har myndigheten, enligt vägledningen, om den formulerar dem som villkor för hur kontraktet ska fullgöras. Ett sådant krav ska framgå av utbudshandlingarna, det ska vara sakligt, icke diskriminerande och proportionellt och får som regel inte exporteras. ”Exportförbudet” innebär att kravet enbart får ställas när prestationen ska utföras i Danmark, dvs. typiskt sett vid upphandling av entreprenader eller tjänster.

I Konkurrencestyrelsens vägledning talas om två slag av sådana fullgörandevillkor. Det ena syftar till att integrera personer som står utanför arbetsmarknaden. Det andra syftar till att skydda anställningen för redan anställda eller förebygga att de blir utslitna. Ett exempel är att kontraktet till viss del ska fullgöras av personer med varaktig nedsättning av arbetsförmågan, som varit arbetslösa viss tid eller som av vissa skäl inte har möjlighet att försörja sig själva eller sin familj. Det kan även vara ett krav på att den som får kontraktet – för den tid som kontraktet gäller och de anställda som ska utföra arbetet – ska ha eller införa en formulerad arbetsmiljöpolitik eller en personalpolitik som syftar till att främja anställningsskyddet för de anställda eller likabehandling av arbetstagare med olika etnisk tillhörighet.

Därtill kommer att det finns ett s.k. socialt index utarbetat av det danska Socialministeriet. Detta index används för att mäta det sociala ansvaret

---

<sup>109</sup> Busck, s 28.

inom en viss verksamhet (offentlig eller privat). Det kan användas i ett fullgörandevillkor på det sättet att den leverantör som fått kontraktet åläggs att inom en viss tid efter det att det aktuella arbetet inlett svara på frågor med anknytning till index.

I vägledningen påpekas att ett företag från ett annat EU-land inte kan uteslutas från en upphandling för att det inte har tecknat ett danskt kollektivavtal. Det myndigheterna kan kräva för att leva upp till Danmarks åtaganden enligt ILO:s konvention 94 är att företagen ger sina anställda löner och andra anställningsvillkor som motsvarar dem i kollektivavtal.

Ett exempel på en sådan klausul kan man finna i en inbjudan till upphandling som gäller städningsarbete på den "Kongelige Teater":

*"Ordregiver er i medfør af ILO-konvention nr. 94 om arbejdsklausuler i offentlige kontrakter forpligtet til at sikre, at leverandøren og eventuelle underleverandører tilsikrer arbejdere løn (herunder særlige ydelser), arbejdstid og andre arbejdsvilkår, som ikke er mindre gunstige end dem, der i henhold til en gældende kollektiv overenskomst, voldgiftskendelse, nationale love eller administrative forskrifter gælder for arbejde af samme art inden for vedkommende fag eller industri på den egn, hvor arbejdet udføres."*<sup>110</sup>

Exemplet är en standardformulering, som bland andra konsulentverksamheten Dansk Servicerrådgivning använder när den bistår olika offentliga organisationer vid upphandlingar. I en kommunal upphandlingsinbjudan används den citerade formuleringen med följande tillägg:

*"Der skal anvendes en kollektiv overenskomst, der er repræsentativ for, hvad der i øvrigt gælder i Danmark i den pågældende branche."*<sup>111</sup>

Trots att vägledningen ger rikhaltiga exempel på olika slag av sociala kriterier och klausuler handlar inget om jämställdhet mellan könen. Det är inte heller särskilt vanligt i praxis att danska myndigheter specifikt ställer sådana krav vid sin upphandling. Det kan förvåna då man jämför

---

<sup>110</sup> Udbudsbekendtgørelse af tjenesteydelsesaftale, Det Kongelige Teater, 27.11.2008.

<sup>111</sup> Udbudsbekendtgørelse af tjenesteydelsesaftale, Sønderborg Kommune, 27.6.2009.

med situationen i andra länder och med tanke på hur Danmark annars tycks vilja utnyttja det utrymme för sociala hänsynstaganden som finns. Övervakningsorganet CEDAW för FN-konventionen om avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor påtalade 2009 detta som ett missförhållande.<sup>112</sup>

Dansk Servicerådgivning använder dock följande standardformulering i kontraktsvillkoren, då de utarbetar kontrakt för stat eller kommun:

*“Tjenesteyderen er forpligtet til at sikre overholdelse af grundlæggende rettigheder. Herunder må tjenesteyderen ikke forskelsbehandle som følge af køn, race, religion, seksuel orientering, politisk anskuelse, handicap, alder og etnisk tilhørsforhold.*

*Tjenesteyderen skal endvidere bestræbe sig på, at deltage i integrationen af udsatte grupper som for eksempel længerevarende ledige, personer med anden etnisk baggrund end dansk og personer med nedsat arbejdsevne.”*

En fråga som anknyter till användningen av sociala klausuler är hur myndigheterna konkret följer upp att den anbudsgivare som får kontraktet verkligen lever upp till sina åtaganden i det här avseendet, och om det föreligger några sanktioner om de inte gör det. Konkurrencestyrelsen understryker i sin vägledning att kontrakten bör innehålla sanktioner, i yttersta fall hävning av kontraktet, men påpekar samtidigt att de måste vara proportionella.

Det svårt att få fram information om hur myndigheterna övervakar och sanktionerar dessa kontraktsvillkor i praktiken. Köpenhamns Kommun har dock nyligen vidtagit åtgärder som ska säkra en löpande dialog mellan kontraktsparten och kommunen för att se till att innehållet i ILO-konventionen 94 och de sociala klausulerna är kända och också iakttas.

## **5.3 Finland**

### **5.3.1 Inledning**

Finland har särskilt inom den kommunala sektorn en gammal tradition

---

<sup>112</sup> Se CEDAW/C/Den/CO/7. Concluding observations 7.8.2009. s 29 ([www.un.org](http://www.un.org)).

med att offentliga kontrakt kunnat delas ut till byggnadsföretag som stått nära olika politiska partier. Sålunda har det inte heller varit helt främmande att man kunnat knyta olika villkor – också sådana som gäller sociala frågor – till kontrakten.

Tillämpningen av lagstiftningen om offentlig upphandling har genererat ett stort antal rättstvister, vilka numera behandlas i marknadsdomstolen i första instans. Tvister som direkt gällt sociala villkor har dock inte förekommit i Finland, vilket delvis beror på att upphandling ofta rör branscher där allmänt bindande kollektivavtal har en stark ställning och där det ter sig självklart att branschens kollektivavtal blir tillämpligt på arbete som utförs inom ramen för kontraktet.

Den finska lagstiftningen utgår från en indelning av upphandlingskontrakten i tre kategorier: För det första har vi kontrakt som överstiger EU-direktivens tröskelvärden och betecknas som EU-upphandlingar. För det andra har vi det man brukar kalla nationella upphandlingar där tröskelvärdena är betydligt lägre och där förfarandet har gjorts mer flexibelt. Och för det tredje har vi s.k. små upphandlingar på vilka upphandlingslagstiftningen överhuvudtaget inte tillämpas, dock nog allmänna rättsprinciper om icke diskriminering. I Finland görs årligen ca. 1.600 EU-upphandlingar, ca 40.000 nationella upphandlingar och ca 1,3 miljoner små upphandlingar. För närvarande behandlas en regeringsproposition som går ut på att höja tröskelvärdena för de nationella upphandlingarna för att minska antalet tvister och göra det enklare för småföretag att konkurrera.

### **5.3.2 Den rättsliga ramen**

#### **Allmänt**

Finland genomförde EU:s nya upphandlingsdirektiv år 2007 genom att anta två lagar, lagen om offentlig upphandling (348/2007, LOU) och lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster (349/2007, SLOU).

I de flesta hänseenden ansluter lagens formuleringar relativt ordagrant till direktivtexterna.

För de nationella upphandlingarna ingår dock ett särskilt kapitel i lagen (kap. 9) som innehåller förenklade regler om hur anbudsförfrågan ska se



ut samt om val av anbud.<sup>113</sup> Det är t.ex. möjligt att ange de kriterier som ska tillämpas vid val av entreprenör i prioritetsordning (se § 69). Viktningen av kriterierna behöver alltså inte anges på förhand som fallet är vid EU-upphandling (se § 41). Detta gör att man allmänt i Finland menar att tilldelningskriterierna är mera flexibla vid nationella upphandlingar än vid EU-upphandling. Det har särskilt framhävts i kapitlet om nationella upphandlingar att ”vid tjänsteupphandling eller byggnadsentreprenader där den sakkunskap, den yrkeskunskap eller de kvalifikationer som innehas av de personer som ansvarar för tillhandahållandet av tjänsten eller byggarbetet intar en särställning, kan som kriterium också användas kvalitetsledning, kvalifikationer, erfarenhet och yrkeskunskap som överskrider de minimivillkor som ställs på anbudsgivaren för att kontraktet skall kunna fullgöras” (§ 72). Detta innebär att personalens kompetens kan vara en viktig faktor särskilt vid upphandling av tjänster inom utbildning, planering, forskning, social- och hälsovården och mera krävande byggnadsentreprenader.

Man kan på sociala grunder också göra vissa undantag från upphandlingsförfarandet, bl.a. kan man reservera rätten att delta i en upphandling för arbetscentraler, inom vilka man sysselsätter funktionshindrade, eller för motsvarande enheter eller föreskriva att kontrakten skall fullgöras inom ramen för program för skyddad anställning, om majoriteten av de berörda arbetstagarna är personer med funktionshinder som på grund av funktionshindrets art eller svårighet inte kan utöva yrkesverksamhet på normala villkor. Av upphandlingsannonserna ska det i så fall framgå att kontraktet är reserverat för arbetscentraler eller för fullgörande inom ramen för program för skyddad anställning (§ 14).

Enligt upphandlingslagens § 49 kan den upphandlande myndigheten fastställa särskilda villkor för upphandlingskontraktet, vilka kan avse miljöaspekter och sociala aspekter, som genomförande av yrkesutbildning på arbetsplatsen, iakttagande av Internationella arbetsorganisationens konventioner, arbetsförhållanden och arbetsvillkor eller anställande av personer med funktionshinder. På den här punkten är den finska lagtexten alltså mer utförlig än direktivet, med konkreta exempel på socialt motiverade

---

<sup>113</sup> Hänvisningar till lagrum i detta avsnitt gäller lagen om offentlig upphandling 348/2007 om inget annat sägs.

villkor som kan ställas. Detta förutsätter dock att villkoren är icke-diskriminerande och följer EU:s regelverk och att de anges i upphandlingsansökan eller anbudsförfrågan.

I detta stadgande har den finska lagstiftaren också tillfört ett moment, som syftar till att uppfylla Finlands internationella åtaganden enligt ILO-konventionen 94 som ratificerades redan 1951.

*”Till ett entreprenadkontrakt mellan en statlig centralförvaltningsmyndighet och en privat arbetsgivare som tilldelats kontraktet i ett anbudsförfarande skall innan kontraktet undertecknas fogas en klausul enligt vilken det i anställningsförhållanden förknippade med kontraktet skall följas åtminstone de minimivillkor för ett anställningsförhållande som enligt Finlands lag och bestämmelserna i kollektivavtal skall iakttas i likartat arbete”.*

Sedan man i 1971 års arbetsavtalslag infört en allmän skyldighet för arbetsgivare att följa villkor i allmängiltiga kollektivavtal i den bransch där de verkar, har den här typen av villkor i upphandlingskontrakten framförallt betydelsen att man kan koppla effektivare sanktioner än de rent arbetsrättsliga till kravet på att följa kollektivavtal.

### **Allmänt bindande kollektivavtal**

Via bestämmelserna om allmänt bindande kollektivavtal iden finska arbetsavtalslagens kap. 2 §§ 7 – 8 kan kollektivavtal nämligen förplikta även arbetsgivare som inte tillhör arbetsgivarorganisation (som ingått avtalet), alltså icke organiserade arbetsgivare. Också den som inom ramen för ett upphandlingsprojekt verkar som arbetsgivare blir bunden av denna skyldighet och allmänt bindande kollektivavtal finns för de flesta branscher.

Reglerna innebär att arbetsgivaren i sina anställningsförhållanden som minimivillkor ska tillämpa bestämmelserna i det riksomfattande kollektivavtal som bör anses vara representativt inom vederbörande bransch. Arbetsgivaren är skyldig att tillämpa de bestämmelser om anställningsvillkor och anställningsförhållanden som gäller för det arbete arbetstagaren utför eller ”därmed närmast jämförbart arbete” (arbetsavtalslagen 2 kap. § 7.1)

För att ett företag via denna bestämmelse ska bli bundet av ett kollektivavtal ska två kriterier vara uppfyllda:

a) Kollektivavtalet ska vara riksomfattande och representativt för ifrågasvarande bransch.

b) Kollektivavtalet ska normera sådant arbete som ifrågasvarande arbetstagar utför (eller därmed närmast jämförbart arbete).

När det gäller det första kriteriet dras gränserna för branscherna enligt huvudregeln upp i enlighet med de definitioner som uppställs i respektive kollektivavtal. Vid tolkning kan man även söka stöd i stadgarna för de föreningar som är parter i kollektivavtalet. Avsikten är att en arbetstagarförening genuint representerar sådana arbetstagar som utför arbete som faller under avtalet.

Bedömningen av vilka kollektivavtalsvillkor som ska tillämpas i det enskilda fallet inom "ifrågasvarande" bransch kan allmänt taget sägas utgå från det rådande finska kollektivavtalssystemets struktur. Inom industrin där industriförbundsprincipen klart dominerar utgörs vederbörande bransch av t.ex. metall-, pappers-, byggnads- och kemiska branschen. Inom servicenäringsbranschen ingår ofta avtal för olika yrkesgrupper, varvid branschen måste definieras utifrån yrkestillhörighet, i vissa fall utbildning. Kollektivavtalssystemets struktur definierar sålunda i två hänseenden "ifrågasvarande bransch". Dels har principerna för organisering inom branschen betydelse, dels inverkar ingångna avtal och kriterierna för deras tillämpning. Frågan om vilket kollektivavtal som kan bli aktuellt på grund av bransch eller yrke brukar inte så ofta förorsaka svårigheter.

Arbetsavtalslagens bestämmelser om allmänt bindande kollektivavtal har ofta kallats minimilönelagstiftning. Men ett allmänt bindande kollektivavtals rättsverkningar gäller inte enbart lönevillkor utan även andra anställningsvillkor. Systemet med allmänt bindande kollektivavtal skapar därmed konkurrensneutralitet vad gäller löner och andra anställningsvillkor.

I de fall då inget kollektivavtal finns i branschen ska "sedvanlig och skälig" lön betalas (2 kap. § 10 arbetsavtalslagen). Också detta krav kan naturligtvis i enlighet med ovanstående kopplas till ett upphandlingskontrakt.

Upphandlingslagen och sociala överväganden i övrigt

De särskilda socialt motiverade kontraktvillkor som kan fastställas av den upphandlande myndigheten (förutsatt att de anges i upphandlingsannonsen eller anbudsförfrågan) kan enligt lagens förarbeten förutom genomförande av yrkesutbildning på arbetsplatsen gälla även sysselsätt-

ningsaspekter som strävan att sysselsätta långtidsarbetslösa och motsvarande grupper. I praktiken uppställer dock kravet på likabehandling av anbudsgivarna en gräns i detta hänseende. Trots att det med tanke på kommunens skatteintäkter och sysselsättningsläget i kommunen vore fördelaktigt att ge ett kontrakt åt ett företag som har sin hemvist i kommunen är detta inte möjligt att beakta i något som helst skede av upphandlingen.

Enligt upphandlingslagens § 50 kan den upphandlande myndigheten i anbudsfrågan ange de myndigheter av vilka anbudsgivaren kan få uppgifter om skyldigheter avseende bestämmelserna om beskattning, miljöskydd, arbetarskydd, arbetsförhållanden eller arbetsvillkor. Den upphandlande myndigheten ska kräva att anbudsgivarna bekräftar att de utformat sina anbud med hänsyn till sådana skyldigheter.

Sociala faktorer kan även påverka bedömningen av anbudssökandes eller anbudsgivares lämplighet. Ifall en person har dömts för grova mut- eller bedrägeribrott eller ockerliknande diskriminering i arbetslivet enligt 47 kap. § 3a i strafflagen ska utslutning ske om personen har en ledande position i eller företräder ett företag som står som anbudsgivare (§ 53). Här är utslutning alltså i princip obligatorisk. Men en upphandlande myndighet har också möjlighet att utsluta en anbudssökande eller anbudsgivare ur anbudsförfarandet om en person i motsvarande position har dömts för någon lagstridig handling i samband med sin yrkesutövning eller bevisligen har gjort sig skyldig till någon allvarlig förseelse i sin yrkesverksamhet (§ 54).

### **5.3.3 Sociala hänsyn i praktiken**

Frågan om sociala överväganden inom offentlig upphandling har inte ställts på sin spets i rättspraxis i Finland, trots att det i övrigt förekommer mycket rättstvister rörande offentlig upphandling.

Inom kommunal praxis förekommer det att olika sociala aspekter beaktas och olika myndigheter har också gett direktiv för hur detta kan ske.

På hemsidan för näringsdepartementet betonas också att sociala överväganden kan utnyttjas och man går noggrant genom de fall då detta särskilt kan bli aktuellt. Det kan ske då upphandling ska förbehållas arbetscentraler och vid bedömning av om anbudsgivare överhuvudtaget kan vara lämpliga för uppdraget. I det sistnämnda fallet kan också bedömningen

av anbudsgivarens tekniska prestationsförmåga vägas in. Ifall man i inbjudan att lämna anbud har angivit vissa krav på kunskap eller insikter i sociala frågor kan bristen på kompetens i detta hänseende leda till att anbudsgivaren inte anses lämplig för uppdraget. Vidare hänvisar man till att sociala aspekter också kan tillmätas betydelse då man jämför olika anbud, även om man betonar att här finns begränsningar.

## 5.4 Tyskland

### 5.4.1 Inledning

Den 25 maj 2009 fick portalparagrafen i avdelningen om offentlig upphandling i den tyska *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (Lag mot konkurrensbegränsningar, GWB) en ny lydelse:

*”§ 97 Allmänna principer*

*(4) Kontrakt ska tilldelas yrkeskunniga, leveranskraftiga samt laglydiga och tillförlitliga företag. För fullgörandet av kontraktet kan tillkommande krav ställas på den som tilldelas kontraktet, vilka särskilt rör sociala, miljömässiga och innovativa hänsyn, om de har ett objektivt samband med kontraktets föremål och framgång av specifikationerna för upphandlingen. Andra eller längre gående krav får ställas på den som tilldelas kontraktet endast om detta anges i federal lag eller delstatslag.*

*(5) Kontraktet tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.”*<sup>114</sup>

[Vår översättning].

---

<sup>114</sup> „§ 97 Allgemeine Grundsätze

*(4) Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.*

*(5) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“*

Därmed blev det för första gången uttryckligen tillåtet enligt tysk federal lag att ställa socialt motiverade krav i samband med upphandling.

Det betyder inte att företeelsen som sådan var ny, tvärtom. Redan i slutet av 1970-talet var det vanligt att tyska myndigheter använde sin upphandling bl.a. för att främja likalön och jämställdhet mellan könen eller för att säkra arbete åt funktionshindrade.<sup>115</sup> Ett annat vanligt krav var att anbudsgivarna skulle lova att betala lön enligt kollektivavtalet på orten för att kunna få ett offentligt kontrakt. De upphandlande myndigheterna stödde sig då på förordningar och administrativa cirkulär på delstatsnivå, om inte helt enkelt på sedvänja.

I slutet av 1980-talet och början av 1990-talet blev denna praxis dock alltmer ifrågasatt både från rättsliga och politiska utgångspunkter.<sup>116</sup> Det som stod i skottgluggen var framför allt de utbredda förfaranden som innebar att anbudsgivare som kunde visa att de hade vidtagit positiva åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen eller som anställde lärlingar fick företräde framför andra anbudsgivare. Sociala hänsyn vägdes alltså in när myndigheterna värderade vilket anbud som var det mest fördelaktiga. De användes med andra ord som tilldelningskriterier, vilket ansågs strida mot EG-rätten.

1998 genomfördes en omfattande reform då reglerna om offentlig upphandling av kontrakt över direktivens tröskelvärden fördes över till GWB, från att tidigare ha funnits i budgetlagstiftningen (reglerna om upphandlingar under tröskelvärdena hör än idag till budgetlagstiftningen). Det innebar ett byte av perspektiv, då budgetlagstiftningens syfte enbart är att garantera att offentliga medel förvaltas på ett korrekt och ekonomiskt sätt, medan syftet med GWB är att skydda konkurrensen.<sup>117</sup> Enligt de nya reglerna skulle kontrakt tilldelas ”yrkeskunniga, leveranskraftiga och tillförlitliga företag” och bland dessa den anbudsgivare som gav det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Andra eller längre gående krav fick bara ställas med stöd av lag på federal eller delstatlig nivå. Även om lagen inte uttryckligen talade om socialt motiverade villkor ansågs det fortfarande möjligt att ställa sådana. Skillnaden mot tidigare var att det hädanefter var tillåtet bara om det fanns stöd i lag.

---

<sup>115</sup> McCrudden (2007), s 310 ff.

<sup>116</sup> Aa, s 346 ff.

<sup>117</sup> Aa s 350 ff.

När det gällde vilken typ av socialt motiverade villkor som kunde ställas hade fokus i debatten flyttats till de s.k. *Tariftreueklauseln* som i varje fall tolv av de 16 delstaterna då tillämpade. Både den federala myndighet som hade tillsyn över upphandlingar och konkurrensmyndigheten *Bundeskartellamt* ansåg att dessa var olagliga.<sup>118</sup> När Berlin som första delstat efter 1998 års reform antog en lag om offentlig upphandling som innehöll krav på att anbudsgivare skulle betala kollektivavtalsenlig lön, blev den snabbt föremål för rättsprövning i den federala högsta domstolen *Bundesgerichtshof*, BGH. Den överlämnade i sin tur målet till författningsdomstolen *Bundesverfassungsgericht*, BVerfG, och det dröjde ända till 2006 innan domstolen slutligen förklarade att lagen var fullt förenligt med konstitutionen och övrig tysk rätt.<sup>119</sup>

Medan processen fortfarande pågick hade ett förslag om en federal lag som skulle ålägga dem som får offentliga kontrakt att betala kollektivavtalsenlig lön lagts fram av en regeringskoalition av socialdemokrater och gröna, men röstats ned av oppositionen i parlamentets andra kammare *Bundesrat*.

Den lagändring som har genomförts 2009, och som alltså uttryckligen gjort det möjligt att ställa socialt motiverade villkor för fullgörande av offentliga kontrakt, är resultatet av en kompromiss mellan kristdemokrater och socialdemokrater. Den är bara ett av flera bevis på att uppfattningarna bland tyska politiker om det önskvärda i att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling inte nödvändigtvis skiljer sig åt längs partilinjerna på något enkelt sätt.<sup>120</sup>

Frågan om sociala hänsyn vid offentlig upphandling är av flera anledningar högaktuell i Tyskland.

En utveckling som har oroat och förenat parterna i regeringskoalitionen är de tyska kollektivavtalens snabbt minskande täckningsgrad, en oro som inte blivit mindre efter EU-domstolens dom i målet Ruffert. Följaktligen har regeringen, för att hindra att kollektivavtalssystemet undermineras och

---

<sup>118</sup> Aa s 351 ff.

<sup>119</sup> BVerfG, 1 BvL 4/00 vom 11.7.2006.

<sup>120</sup> I en studie gjord på uppdrag av Europeiska kommissionen sägs hur politiker och upphandlande enheter i Tyskland "Generally speaking" är emot att man tar sociala hänsyn vid offentlig upphandling, och att skiljelinjerna går mellan å ena sidan kristdemokrater och liberaler och å den andra socialdemokrater och de Gröna, se Trybus,(2008).

i någon mån för att motverka effekterna av Ruffert-domen, drivit igenom ändringar även i den arbetsrättsliga lagstiftningen vilka får betydelse vid upphandling (vilket vi återkommer till).

2008 fick den tyska regeringen så ett nytt och annorlunda problem på halsen som även det kan sägas röra möjligheten att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling. Då väckte nämligen Europeiska kommissionen talan om fördragsbrott för att kommunala arbetsgivare i Tyskland sluter avtal om förvaltning av sina anställdas pensionsmedel direkt med försäkringsgivare som utpekats i kollektivavtal, utan att försäkringstjänsterna upphandlas.<sup>121</sup> Frågan är alltså om avtalsfriheten för arbetsmarknadsparterna på den offentliga sektorn begränsas av upphandlingsreglerna när de sluter kollektivavtal om olika typer av försäkringar.

#### **5.4.2 Den rättsliga ramen**

Regelverket kring offentlig upphandling i Tyskland är intrikat och skiktat i (minst) fyra lager.

Den övergripande federala regleringen är som nämnts *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen*, GWB, vars fjärde del innehåller generella regler för upphandlingar över EU-direktivens tröskelvärden.

GWB kompletteras av den s.k. *Vergabeverordnung* (VgV) som bl.a. anger de aktuella tröskelvärdena och hur kontraktets värde ska beräknas. VgV hänvisar i sin tur till tre särskilda förordningar som innehåller detaljerade regler för upphandlingar över tröskelvärdena av byggnads- och anläggningsarbeten (*Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen*, VOB), för varor och tjänster (*Verdingungsordnung für Leistungen*, VOL) och för tjänster av fria yrkesutövare (*Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen*, VOF).

Alla dessa regleringar är alltså federala. Dessutom har delstaterna sina egna lagar om offentlig upphandling, som har tröskelvärden betydligt under direktivens eller inga alls. Detta är betydelsefullt då, enligt uppgift, 80 – 90 procent av de offentliga kontrakten i Tyskland ligger under direktivens tröskelvärden.<sup>122</sup>

---

<sup>121</sup> Mål C-271/08 Kommissionen mot Tyskland

<sup>122</sup> Trybus,(2008) s 3.



Till sist finns även kommunala upphandlingsordningar med regler som återspeglar lokala prioriteringar.<sup>123</sup>

Vilka socialt motiverade krav kan ställas enligt GWB?

Vad innebär då § 97 (4) GWB i sin lydelse från 2009? I motiven till lagändringen säger den tyska regeringen bl.a.:<sup>124</sup>

*”Enligt § 97(4) får alla företag som har den nödvändiga ekonomiska och tekniska leveranskraften och som såtillvida är ”kvalificerade” [”geeignet”] delta i upphandlingen. Dit hör särskilt den tillförlitlighet som innebär att alla företag ska följa de tyska lagarna. Till dem räknas bl.a. de allmängiltigförklarade kollektivavtalen liksom även lika lön för män och kvinnor. Också de internationellt överenskomna grundprinciperna och rättigheterna, som ILO:s kärnkonventioner om förbud mot barnarbete och tvångsarbete, är tvingande beståndsdelar i vår rättsordning och därmed också i upphandlingsreglerna. Företag som verkar i Tyskland och inte beaktar dessa grundprinciper och rättigheter ska principiellt uteslutas från konkurrens om offentliga kontrakt, på grund av bristande tillförlitlighet. Inom ramen för det ekonomiskt lönsamma kan ytterligare sociala, miljömässiga eller innovativa aspekter på upphandlingen tas i beaktande. Dit hör särskilt skydd för klimatet.*

*Krav som går utöver yrkeskunnande, leveranskraft och allmän tillförlitlighet kan ställas enbart om detta är uttryckligen reglerat i federal lag eller delstatslag. I socialförsäkringsbalken (§ 141 SGB IX) har staten medgett möjligheten att särskilt ta hänsyn till skyddade verkstäder vid tilldelningen av kontrakt. För att det ska vara förenligt med EG-rätten att med stöd av lag kräva att kollektivavtal tillämpas inom området för offentlig upphandling måste förutsättningarna i EG:s utstationeringsdirektiv vara uppfyllda, enligt EG-domstolens dom i målet Rüffert.” [Vår översättning]*

Med den nya lydelsen bekräftar paragrafen, enligt regeringen, detta rättsläge samtidigt som den tar upp ytterligare en typ av krav som är kopplade

---

<sup>123</sup> Aa s 4.

<sup>124</sup> Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode Drucksache 16/10117, 13.08.2008, s 16 f.

till fullgörandet av kontraktet. Därmed gör den klart att den upphandlande myndigheten får kräva ett särskilt beteende av anbudsgivaren under den tid som kontraktet fullgörs, även om företaget annars uppför sig annorlunda på marknaden.

Som exempel tar regeringen krav kopplade till det konkreta kontraktet på att företaget ska anställa lärlingar eller långtidsarbetslösa, eller på löner som är tillräckliga för att garantera att vaktpersonal är kvalificerad. Det står också uppdragsgivaren fritt att kräva att gatsten som köps från utlandet har framställts under förhållanden som respekterar ILO:s grundläggande konventioner.

Andra exempel är krav på åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen och garantera likalön under utförandet av det konkreta kontraktet. Motsvarande krav kan ställas i förfrågningsunderlaget och i samband med tilldelningen av kontraktet, skriver regeringen, som för övrigt påminner om att likalönsprincipen är en internationell grundprincip som står över EU-rätten. Att iaktta den hör följaktligen till den nödvändiga tillförlitligheten.

Till sist påpekar regeringen att allmänna företags- eller affärspolitiska krav utan samband med det konkreta kontraktet, t.ex. allmänna utbildningskvoter, kvotering av kvinnor till ledande poster, generella krav på sysselsättning av långtidsarbetslösa, inte hör hemma i upphandlingssituationen.

## **Sociala villkor i delstaternas upphandlingslagar**

### *Krav på kollektivavtalsenlig lön*

Efter 1998 års reform, som innebar att det i fortsättningen krävdes lagstöd för att ställa krav på lön enligt kollektivavtalet på orten, antog elva av de 16 delstaterna upphandlingslagar med sådana s.k. *Tarifreuregelungen*.<sup>125</sup> I några av dessa delstatslagar gällde kravet enbart vid bygg- och anläggningsarbeten, i andra omfattade det även upphandlingar av andra typer av tjänster. På grund av ändrade politiska styrkeförhållanden har Nordrhein-Westfalen och Sachsen-Anhalt senare upphävt dessa. Giltighetstiden för

---

<sup>125</sup> Schulten & Pawicki, (2008).

motsvarande lag i Schleswig-Holstein var begränsad redan från början, och lagen upphör att gälla den 31 december 2010. Tidsbegränsningen för Hamburgs upphandlingslag, som skulle ha upphört att gälla 2008, togs tvärtom bort, så att lagen nu gäller tillsvidare.

Gemensamt för dem när de antogs var att de hänvisade anbudsgivarna med underleverantörer till kollektivavtalet för den ort där arbetet skulle utföras. Efter domen i målet Rüffert stod det klart att de enbart kunde tvingas att betala lön enligt kollektivavtal som är allmängiltigförklarade, vilket dessa regionala avtal sällan är. Den tyska regeringen har sålunda uppmuntrat delstaterna att justera sina *Tariftreueregelungen* utan att helt och hållet avskaffa dem. Arbetsmarknadsministeriet hoppas på att EU-domstolen ska få ta ställning till ett nytt mål som liknar Rüffert och komma till ett slut som modifierar praxis betydligt.<sup>126</sup> Politiker i regeringskoalitionen har uttalat att det absolut kan finnas skäl att föreskriva att ett icke allmängiltigförklarat kollektivavtal ska tillämpas och att det bara är vid en första anblick som Rüffert-domen ger intrycket att det aldrig skulle vara möjligt. Det skulle t.ex. kunna ha att göra med särskilt höga anspråk på kvalifikationerna hos den som får kontraktet. En myndighet som vill göra bruk av den här möjligheten måste dock kunna motivera sitt beslut så väl att det håller för en rättslig prövning.<sup>127</sup> Såväl Niedersachsen som övriga delstater har följt regeringens rekommendation och ändrat sina lagar så att de numer hänvisar till allmängiltigförklarade kollektivavtal

Men, till skillnad från i många andra länder, har möjligheten att allmängiltigförklara kollektivavtal i Tyskland setts som något som ska användas enbart i undantagsfall. Därför ställer kollektivavtalslagen, *Tarifvertragsgesetz*, upp en rad villkor för att ett avtal ska kunna göras allmängiltigt. En förutsättning är att avtalet redan måste täcka minst 50 procent av arbetstarna inom sitt område. Ett annat villkor är att majoriteten i ett partssammansatt utskott måste tillstyrka allmängiltigförklaring. Ända sedan början av 1990-talet har det blivit allt vanligare att dessa två förutsättningar inte är uppfyllda. Samtidigt har både Tysklands enande och EU:s utvidgning öppnat marknaden för låglönekonkurrens. Ovanpå det kom så Rüffert-domen. Den här utvecklingen har lett till att man stegvis har ändrat den

---

<sup>126</sup> Tysk arbetsrätt – fyra aktuella processer, Telemeddelande (A) till UD från Sveriges ambassad i Berlin 2008-12-17, UD-EU Dnr 271.

<sup>127</sup> Stratmann (2008).

arbetsrättsliga lagstiftningen. 1998 införde man i utstationeringslagen *Arbeitnehmer-Entsendegesetz* en möjlighet för Arbetsmarknadsministeriet att allmängiltigförklara rikstäckande kollektivavtal utan att höra det partsammansatta utskottet. Det gäller alltså inte avtal på delstatsnivå och från början kunde enbart kollektivavtal för byggbranschen allmängiltigförklaras på detta sätt. För övriga branscher gällde fortfarande villkoren i *Tarifvertragsgesetz*. Tillämpningsområdet för denna bestämmelse har emellertid utvidgats i två steg, först 2007 och nu senast i april 2009, och omfattar nu kollektivavtal i tolv branscher. Samtidigt göt regeringen nytt liv i den gamla lagen om minimivillkor i arbetslivet, *Mindestarbeitsbedingungen-gesetz*, som dittills aldrig hade tillämpats, så att kollektivavtal i branscher som inte omfattas av utstationeringslagen och som inte täcker 50 procent av arbetstagarna ska kunna läggas till grund för beslut om minimilön för branschen. Utan dessa lagändringar skulle Rüffert-domen ha fått till följd att det för de allra flesta branschen inte skulle ha funnits någon form av minimilönereglering över huvud taget i Tyskland som en utstationerande arbetsgivare hade varit skyldig att följa. De nya reglerna mildrar alltså i någon liten mån effekterna av Rüffert-domen. Men faktum kvarstår: Kollektivavtal på delstatsnivå, som inte kan göras allmängiltiga ens med de nya reglerna, ger oftast betydligt högre löner än de allmängiltigförklarade. Låglönekonkurrens kan alltså inte motverkas på samma sätt som förut.

Men delstaternas upphandlingslagar innehåller också andra regler med socialt syfte än kravet på lön enligt (numer allmängiltigförklarade) kollektivavtal. I alla kompletteras *die Tariftreueklausel* med regler som på något sätt gör huvudleverantören ansvarig för eventuella underleverantörers försummelser när det gäller lön och anställningsvillkor. En annan regel som är snart sagt identisk överallt är att anbud som ligger 10 procent lägre än närmast högre anbud ses som onormalt låga, varför myndigheten är skyldig att kontrollera hur de har beräknats.

## Övrigt

Ett par mer ovanliga exempel finns också. Enligt § 3 i Hessens upphandlingslag kan myndigheten vid beslut om tilldelning av ett kontrakt ta hänsyn till om och i vilken utsträckning anbudsgivaren medverkar till grundläggande yrkesutbildning. Om två anbudsgivare har lämnat i övrigt likvärdiga anbud kan myndigheten välja att ge anbudet till det företag som i förhållande till sin företagsstruktur är mest engagerat i sådan utbildning.

*Hamburgisches Vergabegesetz* föreskriver i § 3a att inga varor som har utvunnits eller framställs utan att ILO:s åtta kärnkonventioner har respekterats får upphandlas. För att få ett leverantörskontrakt måste anbudsgivaren därför förbinda sig att fullgöra prestationen uteslutande med varor som utvunnits eller tillverkats under iakttagande av ILO:s kärnkonventioner. Detta gäller även varor som används inom ramen för byggentreprenader och tillhandahållande av tjänster.

### **5.4.3 Upphandling av kollektivavtalade tjänster**

Som nämnts inledningsvis ställdes den tyska regeringen 2008 inför ett helt nytt problem som rör möjligheten att ta sociala hänsyn i samband med offentlig upphandling.

Bakgrunden var följande: Enligt en tysk lag om ålderspension kan en arbetstagare begära att arbetsgivaren ”omvandlar” en del av hans eller hennes lön till pension. Om arbetsgivaren inte vill inrätta en egen, företagsbaserad fond för att förvalta och betala ut dessa pensionsförmåner, kan han anlita en utomstående försäkringsgivare. Vissa av lagens regler är semidispositiva. Bl.a. är det möjligt att reglera urvalet av försäkringsgivare genom kollektivavtal, så att arbetsgivarens valmöjligheter begränsas. Detta ska tjäna arbetstagarnas intresse av att deras pengar förvaltas på ett transparent sätt, och bidrar dessutom till att hålla nere arbetsgivarens förvaltningskostnader.<sup>128</sup>

Arbetsgivarorganisationen *Vereinigung kommunaler Arbeitgeberverbände* (VKA) och fackförbundet *Ver.di* har utnyttjat den här valmöjligheten i sitt kollektivavtal. Enligt detta ska löneomvandlingen anförtros offentliga kompletterande pensionskassor (*öffentliche Zusatzversorgungseinrichtungen*), sparbankerna (*Sparkassen-Finanzgruppe*) eller de ömsesidiga försäkringsinrättningarna för kommuner (*Kommunalversicherern*). Arbetsgivarna sluter följaktligen avtal om gruppförsäkring direkt med någon av dessa, utan upphandling.

När en arbetstagare begär att en del av lönen ska avsättas till pensionen, överför arbetsgivaren pengarna dit. Avsättningen beror helt och hållet på om den enskilda arbetstagaren själv väljer att skjuta upp uttaget av lön för att få bättre pension när det blir dags, och det är enbart arbetstagarens egna

---

<sup>128</sup> Haghgu, Kingreen & Pieroth (2009).

medel som avsätts. Arbetsgivaren betalar inga avgifter.

Europeiska kommissionen hävdar nu att kommuner och kommunala bolag måste ge även andra försäkringsgivare än dem kollektivavtalet pekar ut chansen att vara med och tävla om uppdraget i en offentlig upphandling i hela Europa. Kommunerna är offentliga uppdragsgivare i upphandlingsdirektivens mening och tillhandahållande av försäkringar som inte hör till de lagstadgade socialförsäkringarna omfattas av direktiv 92/50 (nu 2004/18), menar kommissionen. Därför har den väckt talan för fördragsbrott (C-271/08).

Den tyska regeringen har invänt att det skulle strida mot den fria förhandlingsrätten, som skyddas såväl av den tyska konstitutionen som av gemenskapsrätten, om arbetsgivarna skulle vara skyldiga att genomföra en upphandling för löneomvandlingen och välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det skulle då inte finnas något att förhandla om, och arbetstagarsidan skulle vara helt utestängd från inflytande över vilken försäkringsgivare som skulle anlitas. Därför bör sådana här situationer vara undantagna från upphandlingsreglerna av samma skäl som EU-domstolen i målen *Albany* och *van der Woude* undantog kollektivavtal från de centrala konkurrensreglerna i EG-fördraget, menar regeringen.<sup>129</sup>

Under alla omständigheter är förutsättningarna för att tillämpa upphandlingsrätten inte uppfyllda i detta fall, hävdar regeringen. För det första bör kommunerna just när de reglerar arbetstagarnas villkor inte betraktas som offentliga uppdragsgivare. För det andra är att avtalen mellan kommunerna och försäkringsgivarna inga offentliga tjänsteavtal, eftersom löneomvandlingen är helt beroende av arbetstagarens eget initiativ och bara omfattar egendom som tillhör honom eller henne själv. Arbetsgivaren är bara en förvaltare av de medel som överförs till försäkringsgivaren på en privatpersons uppdrag.

Europeiska kommissionen tillbakavisar alla dessa invändningar. Det kan tilläggas att både Sveriges och Danmarks regeringar har intervenerat i målet på Tysklands sida, då utgången i målet kan få stor betydelse också för svenska och danska kollektivavtal om tilläggsförsäkringar.<sup>130</sup>

---

<sup>129</sup> Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäischen Gemeinschaften vom 15. November 2006.

<sup>130</sup> Ahlberg (2009).

## 5.5 Frankrike

### 5.5.1 Inledning

I Frankrike finns en lång tradition av att använda myndigheternas upphandling för att främja sociala mål. Samtidigt har landets domstolar intagit en restriktiv hållning, så att politiska initiativ för en mer ”social” upphandling många gånger har omintetgjorts. Detta har inte avskräckt politikerna från att försöka på nytt, men idag är det andra sociala syften som eftersträvas än förr.

Redan innan Frankrike ratificerade ILO:s konvention 94 var det t.ex. vanligt att myndigheterna krävde att de som fick ett offentligt kontrakt skulle ge sina arbetare lön och andra arbetsvillkor enligt kollektivavtalet på orten.<sup>131</sup> Genom successiva ändringar i lagen om offentlig upphandling, *Code des marchés publics*, såg den franska lagstiftaren sedan till att konventionens krav uppfylldes till fullo. Men den senaste versionen av lagen kräver inte längre att offentliga kontrakt ska innehålla arbetsklausuler i enlighet med konventionen.<sup>132</sup>

Under 1990-talet började staten emellertid konsekvent använda sin upphandling för att försöka råda bot på arbetslösheten och numer är det nästan uteslutande sådana arbetsmarknadspolitiska syften som eftersträvas. Anbudsgivares beredvillighet att bidra till olika arbetsmarknadspolitiska projekt användes även som tilldelningskriterium (se t.ex. EU-domstolens mål C- 225/98 *Kommissionen mot Frankrike*). Till en början skedde detta med stöd av regeringsförfordningar, men efter hand som administrativa domstolar underkände den här typen av villkor infördes i stället lagar som skulle göra rättspraxis överspelad.<sup>133</sup> 2005 antogs t.ex. en lag för att stärka den sociala sammanhållningen, den s.k. *loi Borloo*<sup>134</sup> genom vilken artikel 53 i *Code des marchés publics* ändrades så att myndigheterna uttryckligen tilläts att ta hänsyn till anbudsgivarens förmåga att integrera grupper med svårigheter i arbetslivet när den avgjorde vem som skulle få ett kontrakt.

---

<sup>131</sup> McCrudden (2007), s 358.

<sup>132</sup> ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations Individual Observation concerning Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) France (ratification: 1951) Published: 2007 No. (ilolex) 062007FRA094.

<sup>133</sup> McCrudden (2007) s 358 f.; Pongérard-Payet, (2006).

<sup>134</sup> Loi n°2005-32 du 18 janvier 2005 de programmation pour la cohésion sociale.

Genom lagen om lika rättigheter och möjligheter för funktionshindrade från samma år<sup>135</sup> fick lagen om offentlig upphandling också en ny artikel som innebar att leverantörer som inte levde upp till sin skyldighet enligt artikel L323-I i *Code du Travail* att ha en viss andel personer med funktionshinder anställda helt enkelt inte fick lämna in anbud. Den upphandlingsregeln tycks dock inte längre vara i kraft.

### 5.5.2 Den rättsliga ramen

Den 1 augusti 2006 reviderades *Code des marchés publics* för att anpassas till EU:s nya upphandlingsdirektiv. Redan av artikel 5 är det tydligt att inte enbart ekonomiska hänsyn ska styra upphandlingen. Där sägs att myndigheten, när den preciserar vilka behov en upphandling ska tillgodose, ska beakta målet med en hållbar utveckling.<sup>136</sup> Det framgår inte uttryckligen av artikeln, men här avses hållbar utveckling i dess vidaste bemärkelse, vilket innefattar såväl ekonomisk effektivitet som hänsyn till miljö och sociala framsteg. Enligt en vägledning, producerad i samarbete mellan de två ministerier som har ansvar för statsfinanserna respektive näringsliv och sysselsättning, innebär detta att upphandlande myndigheter är skyldiga att överväga om de ska ställa krav som kan gynna en hållbar utveckling när det gäller en eller flera av dessa tre beståndsdelar. Denna skyldighet sägs sträcka sig så långt att en myndighet som avstår från att ta sådana hänsyn måste, på begäran av tillsynsmyndigheterna, kunna motivera varför detta inte varit möjligt.<sup>137</sup>

Referensen till en hållbar utveckling återkommer i artikel 14 om villkor för fullgörande av kontraktet. Sådana tillkommande kontraktsvillkor kan innehålla sociala eller miljörelaterade inslag som främjar en hållbar utveckling genom att förena ekonomisk utveckling, skydd och förbättring av

---

<sup>135</sup> Loi n°2005-102 du 11 février 2005 pour l'égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

<sup>136</sup> « I. - La nature et l'étendue des besoins à satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable. Le ou les marchés ou accords-cadres conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins. »

<sup>137</sup> Public procurement contracts and access to employment for persons excluded from the labour market Guide for the use of public purchasers, produced by the workshop on social aspects of public procurement contracts, s 9.



miljön och sociala framsteg. De får dock inte leda till att tänkbara anbuds-givare diskrimineras och de måste anges i meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget.<sup>138</sup>

Frankrike har också utnyttjat direktivens möjlighet att låta myndigheterna reservera vissa kontrakt för skyddade verksamheter och liknande organisationer där majoriteten av arbetstagarna är funktionshindrade och på grund av sina funktionshinder inte kan yrkesarbeta på normala villkor (artikel 15).<sup>139</sup>

Artikel 29 räknar upp i vilka fall upphandlingen måste göras enligt de procedurer som *Code des marchés publics* föreskriver. För upphandlingar av tjänster och ramavtal som inte nämns där är myndigheterna, enligt artikel 30, oberoende av kontraktssumman fria att lägga upp upphandlingen på något annat sätt. Det som åsyftas tycks vara sådana så kallade oprioriterade tjänster som anges i bilagorna XVII B respektive II B i de båda EU-direktiven. Den här möjligheten framhålls som användbar särskilt när man upphandlar tjänster som direkt syftar till integrering av funktionshindrade och andra personer som har svårt att få fotfäste på arbetsmarknaden.<sup>140</sup>

Men integrering av personer med svårigheter på arbetsmarknaden nämns alltså, efter *loi Borloo*, även som exempel på ett tänkbart tilldelningskriterium. Artikel 53-I lyder (vår översättning):

---

<sup>138</sup> « *Les conditions d'exécution d'un marché ou d'un accord-cadre peuvent comporter des éléments à caractère social ou environnemental qui prennent en compte les objectifs de développement durable en conciliant développement économique, protection et mise en valeur de l'environnement et progrès social.*

*Ces conditions d'exécution ne peuvent pas avoir d'effet discriminatoire à l'égard des candidats potentiels. Elles sont indiquées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. »*

<sup>139</sup> « *Certains marchés ou certains lots d'un marché peuvent être réservés à des entreprises adaptées ou à des établissements et services d'aide par le travail mentionnés aux articles articles L. 5213-13, L. 5213-18, L. 5213-19 et L. 5213-22 du code du travail et L. 344-2 du code de l'action sociale et des familles, ou à des structures équivalentes, lorsque la majorité des travailleurs concernés sont des personnes handicapées qui, en raison de la nature ou de la gravité de leurs déficiences, ne peuvent exercer une activité professionnelle dans des conditions normales. »*

<sup>140</sup> Public procurement contracts and access to employment for persons excluded from the labour market 2007 (not 4); Legal and Policy Review of SRPP frameworks in selected EU Member States, Annex 1, ILO International Training Centre 2008.

*”För att ge kontraktet till den sökande som har lagt fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet grundar sig den upphandlande myndigheten*

*1. antingen på flera icke diskriminerande kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, i synnerhet kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, förmåga att skydda miljön, förmåga att integrera grupper med svårigheter i yrkeslivet(...)*

*2. eller, med hänsyn till föremålet för kontraktet, ett enda kriterium, som är priset.”* [Vår översättning] <sup>141</sup>

Ytterligare en bestämmelse med socialt syfte är artikel 53-IV, som ger företräde åt vissa typer av anbudsgivare om två anbud visar sig vara identiska eller likvärdiga, bl.a. kooperativ och skyddade verksamheter.

I den äldre versionen av lagen fanns en artikel som innebar att alla offentliga kontrakt skulle innehålla klausuler där leverantören förband sig att tillämpa löner och anställningsvillkor i enlighet med ILO:s konvention 94. Av detta finns numer, som nämnts, inga spår vare sig i *Code des marchés publics* eller i någon specialreglering.<sup>142</sup> Där finns enbart, liksom i de två EU-direktiven, en bestämmelse som anger att myndigheten, om ett anbud förefaller onormalt lågt, kan undersöka bl.a. hur det förhåller sig till de anställningsvillkor som gäller på orten där arbetet ska utföras.

---

<sup>141</sup> « 1. - Pour attribuer le marché au candidat qui a présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, le pouvoir adjudicateur se fonde :

*1° Soit sur une pluralité de critères non discriminatoires et liés à l'objet du marché, notamment la qualité, le prix, la valeur technique, le caractère esthétique et fonctionnel, les performances en matière de protection de l'environnement, les performances en matière d'insertion professionnelle des publics en difficulté, le coût global d'utilisation, la rentabilité, le caractère innovant, le service après-vente et l'assistance technique, la date de livraison, le délai de livraison ou d'exécution. D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché ;*

*2° Soit, compte tenu de l'objet du marché, sur un seul critère, qui est celui du prix. »*

<sup>142</sup> ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (CEACR) Individual Observation concerning Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) France (ratification: 1951) Published: 2007 No. (ilolex) 062007FRA094; ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations Individual Observation concerning Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) France (ratification: 1951) Published: 2009 No. (ilolex) 062009FRA094.

Detta har lett till en skriftväxling mellan ILO:s expertkommitté, som övervakar hur medlemsstaterna lever upp till konventioner som de har ratificerat, och den franska regeringen. Regeringen förklarar omsvängningen med att den franska arbetsrätten, inklusive de allmängiltigförklarade kollektivavtalen, är bindande för alla arbetsgivare. Därmed har arbetsrätten ett så brett tillämpningsområde och kollektivavtalen en sådan täckningsgrad att konventionens bestämmelser har förlorat sitt värde.<sup>143</sup> Expertkommittén svarar att konventionen vore meningslös om den enbart bekräftade att den som utför ett offentligt kontrakt måste rätta sig efter gällande arbetsrättsliga lagar. Syftet med den är att försäkra arbetstagarna lön, arbetstid och andra anställningsvillkor enligt den reglering – kollektivavtal, skiljedom, lag eller förordning – som är mest förmånlig för arbete av samma slag på samma ort. Att införa arbetsklausuler i de offentliga kontrakten är alltså, enligt kommittén, fortfarande lika värdefullt i fall då lagstiftningen enbart lägger fast minimivillkor som kan överskridas i centrala eller lokala kollektivavtal. Att arbetsgivarna i Frankrike också måste följa de allmängiltigförklarade kollektivavtalen är inte heller tillräckligt, eftersom konventionen hänvisar till kollektivavtal mellan representativa organisationer oavsett om de är allmängiltigförklarade eller ej. Dessutom kräver konventionen att det finns effektiva sanktioner, t.ex. att kontraktet hävs eller att betalningen hålls inne, om leverantören inte rättar sig efter arbetsklausulen. Den arbetsrättsliga lagstiftningen innehåller inga sådana sanktioner, skriver expertkommittén, som med beklagande anser sig tvungen att konstatera att fransk rätt inte längre uppfyller konventionens krav.<sup>144</sup>

### 5.5.3 Sociala hänsyn i praktiken

Ändå finns det som synes en stark politisk vilja att använda upphandlingen för vissa sociala syften. Den kommer till synligt uttryck i några av lagens paragrafer. Den yttrar sig i praktiska initiativ för att hjälpa myndigheterna på vägen, som den vägledning från två ministerier som nämnts ovan. Den visar sig också i de mål som regeringen har satt upp.<sup>145</sup> Under perioden 2009 – 2012 ska t.ex. en bestämd andel av statens upphandling ("*dans les*

---

<sup>143</sup> CEACR 2007 (se not 12).

<sup>144</sup> CEACR 2009 (se not 12).

<sup>145</sup> Circulaire du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics.

*segments comportant au moins 50 % de main d'œuvre, 10 % au moins du montant des achats courants de l'Etat*") göras från företag/organisationer vilkas verksamhet går ut på att integrera socialt utsatta personer i arbetslivet och från skyddade verksamheter. Till 2012 ska staten också utveckla krav för etisk upphandling när det gäller arbetsrätt och arbetsvillkor, för att främja grundläggande sociala rättigheter enligt ILO:s kärnkonventioner överallt.

Men trots att lagen om offentlig upphandling ända sedan 2001 har gjort det möjligt, tycks det fortfarande vara relativt ovanligt att myndigheterna använder "socialklausuler" i sin upphandling. Förklaringen sägs vara osäkerhet om vad som gäller rättsligt sett.<sup>146</sup>

Och frågan är hur stort utrymme för sociala hänsyn den nya *Code des marchés publics* verkligen ger. Möjligheten att använda anbudsgivarnas förmåga att integrera långtidsarbetslösa som ett tilldelningskriterium (*le mieux-disant social*) kallas av en författare som en illusorisk, eller till och med förgiftad, gåva till de upphandlande myndigheterna (*un cadeau trompe-l'œil ou empoisonné*).<sup>147</sup> Författaren beskriver hur Frankrikes förvaltningsdomstolar, med Conseil d'Etat i spetsen, gång på gång under årens lopp har underkänt olika försök att tillämpa *le mieux-disant social*. Domstolarna har ansett att detta tilldelningskriterium är diskriminerande, eftersom det gynnar företag vars verksamhet går ut på att integrera socialt utsatta personer (*entreprises d'insertion*) och eftersom blotta existensen av ett sådant kriterium kan avhålla andra företag från att delta. Enligt denna praxis är alltså inte enbart diskriminering på grund av nationalitet förbjuden, utan alla slag av diskriminering.<sup>148</sup> Förutom att det har ansetts diskriminerande, har domstolarna också i alla mål hittills ansett att krav på att leverantören ska göra sysselsättningspolitiska åtaganden har saknat koppling till kontrakt föremålet.

En smula ironiskt är att Conseil d'Etat till och med dömde ut det regeringscirkulär som hade inspirerat Région Nord-Pas-de-Calais och Département du Nord att använda ett tilläggs-kriterium som gällde anställning av

---

<sup>146</sup> *Appréciation de la mise en œuvre des clauses sociales dans les marchés publics* Appel a projets de recherche 2008, s 7.

<sup>147</sup> Pongérard-Payet (2006) . Se även Supplisson (2006).

<sup>148</sup> Roberto Caranta menar att fransk rätt här otvivelaktigt är strängare än EU-domstolens praxis, som enbart handlar om diskriminering på grund av nationalitet. Se Caranta (2008).

långtidsarbetslösa i målet *Kommissionen mot Frankrike*.<sup>149</sup> EU-domstolen medgav ju i det målet uttryckligen att ett sådant kriterium kan vara förenligt med upphandlingsdirektiven. Artikelförfattaren menar dock att EU-domstolen kunde ha kommit fram till samma slutsats som den franska Conseil d'Etat, om den bara hade haft anledning att också gå in på frågan om *le mieux-disant social* var diskriminerande. Nu hade kommissionen inte lagt upp sin talan så, utan nöjt sig med att angripa det faktum att det användes som ett tilldelningskriterium. Därmed ger domen kanske intrycket att EU-domstolen ger en stark sanktion åt detta kriterium, vilket artikelförfattaren uppenbarligen ifrågasätter.<sup>150</sup>

Under alla omständigheter, menar hon, kan statsmakterna inte gå förbi rättspraxis från Conseil d'Etat genom att skriva in *le mieux-disant social* i lagtexten, och dessutom måste de foga sig i unionsrättens krav. Det innebär att detta tilldelningskriterium är kringskuret av så många villkor (det får inte vara diskriminerande, det måste vara kopplat till kontraktsföremålet och det får inte ge myndigheterna obegränsad valfrihet) att det i praktiken är oanvändbart utom i fall då upphandlingen gäller en tjänst som i sig har ett socialt syfte. För att undvika tvister bör myndigheterna därför som regel avstå från att använda det, rekommenderar hon.<sup>151</sup>

I den vägledning för de upphandlande myndigheterna som två ministerier gav ut ett år senare understryker dessa att ett tilldelningskriterium som gäller integration av socialt utsatta grupper endast kan användas när det arbete eller den tjänst som ska upphandlas hör ihop med någon form av "integrationsinitiativ".<sup>152</sup> Fördelen med att använda det som ett tilldelningskriterium och inte bara ställa upp det som ett kontraktsvillkor enligt artikel 14 sägs vara att det uppmuntrar presumtiva leverantörer att lämna in anbud som är mer sofistikerade i det här avseendet, än om de bara skulle vara tvungna att rätta sig efter ett kontraktsvillkor som myndigheten ställer upp. Därför rekommenderas myndigheterna att använda båda i kombination, så att tilldelningskriteriet understödjer kontraktsvillkoret och vice versa.

---

<sup>149</sup> Pongérard-Payet (2006) s. 636.

<sup>150</sup> Aa. s 640.

<sup>151</sup> Aa s 641.

<sup>152</sup> Guide for the use of public purchasers s 21.

## 5.6 Förenade kungariket

I Förenade kungariket infördes de nya reglerna om offentlig upphandling så att de trädde i kraft den 31 Januari 2006 genom två olika lagstiftningshelheter: The Public Contracts Regulations 2006 och The Utilities Contracts Regulations 2006.<sup>153</sup>

Den engelska lagstiftningen måste ses mot bakgrunden av att man redan från slutet av 1990-talet har lagstiftning som slår fast att all upphandlings- och myndighetsverksamhet bör ha målsättningen att uppnå ”best value for money”, vilket kan försvåra beaktandet av sociala aspekter. Man betonar alltså att all upphandling vid sidan av EU-domstolens praxis också måste beakta dessa tvingande målsättningar inom den offentliga sektorn, vilka dock inte skall tillåtas underminera kvalitetskrav.<sup>154</sup>

Den brittiska lagstiftningen innehåller så vitt vi kunnat observera inga krav på sociala överväganden som skulle innebära något nytt i förhållande till direktivens ordalydelser. Möjligheten att reservera kontrakt för vad som kallas skyddade verkstäder på svenska (art 19) finns reglerad i Public Contracts Regulation § 7. Så är fallet trots att implementeringen i övrigt innehåller en rad särskilda element hämtade från den brittiska rättstraditionen.

Brittiska myndigheter är dock inte främmande för att sociala aspekter ska spela in vid upphandlingen. Man har utfärdat olika rekommendationer som står att finna också på regeringens hemsida med rapporten ”Social issues in purchasing” i spetsen. I den sammanfattas en rad identifierade nyckelområden där sociala frågor kan tillmätas betydelse:

Rapporten hänvisar bland annat till de av Internationella arbetsorganisationen (ILO) definierade åtta kärnkonventionerna och konstaterar att Förenade kungariket i egenskap av medlem i ILO har en skyldighet att verka för att dessa kärnkonventioner uppfylls såväl i Förenade kungariket som i andra länder. Vidare tar den särskilt upp behovet att främja lika möjligheter för funktionshindrade personer och man går igenom de olika synvinklar som härvidlag måste beaktas i samband med upphandlingsprojekt. För

---

<sup>153</sup> Public Procurement, England and Wales, Public Procurement, Northern Ireland, Statutory Instruments 2006 No. 5, The Public Contracts Regulations 2006 och Statutory Instruments 2006 No. 6, The Utilities Contracts Regulations 2006.

<sup>154</sup> Se Social Issues in Purchasing. Office of Government Commerce 2006.

det tredje behandlar rapporten sysselsättnings- och praktikfrågor. Den reder också ut frågor om "fair trade" och upphandling, och här ligger huvudpunkten i framställningen på att understryka vilka restriktioner som föreligger snarare än att påpeka var möjligheterna finns. När det gäller diskrimineringslagstiftningen särskilt i relation till köns- och rasdiskriminering är den brittiska regeringen betydligt mera uppmanande och i denna del har man också utarbetat konkreta policydokument där man betonar att det är en skyldighet för myndigheterna att främja likabehandling och icke diskriminering på dessa områden (och gällande handikappade).<sup>155</sup> Särskild betydelse i detta hänseende tycks myndigheternas skyldighet att göra en jämställdhetsbedömning, equality impact assessment, ha. Här har särskilt det statliga organet för etnisk jämställdhet (Commission for Racial Equality) varit aktivt med rekommendationer redan från 2002.<sup>156</sup> Man betonar också att tidigare brott mot diskrimineringslagstiftning kan motivera uteslutning av en anbudsgivare, men att en sådan anbudsgivare bör erbjudas en möjlighet att visa att denna gjort bot och bättring efter det domen och att uteslutning inte kan ske om anbudsgivaren visar sedermera har infört en aktiv jämställdhetspolitik.

Frågan om att skärpa skyldigheten att främja icke-diskriminering och likabehandling i samband med offentlig upphandling har varit en viktig fråga vid beredningen av den stora lagstiftningsreform som beretts i Förenade kungariket och där lade regeringen våren 2009 fram en proposition.<sup>157</sup>

Den gamla traditionen med brittiska minimilöner i form av "Fair Wages Resolution", som avskaffades år 1982 under premiärminister Margret Thatchers regering, förefaller i någon mån leva kvar som en branschtradition. Inom den brittiska byggnadsbranschen har man t.ex. inför de olympiska spelen i London år 2012 fört en kampanj för att säkra rättvisa löner inom de många byggnadsprojekt som påbörjats inför olympiaden.

Också i samband med utstationering av arbetstagare från andra länder till Förenade kungariket, exempelvis vid utförande av projekt som upphandlats av offentlig myndighet, anses brittiska minimilöner gälla. Under senare

---

<sup>155</sup> Se "Procurement and Equality" och "Make Equality Count" ([www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk)).

<sup>156</sup> Se McCrudden (2007) s. 424.

<sup>157</sup> Gov. Equality Bill 24.4.2009.

år har det förekommit uppmärksammade konflikter i samband med att utländska arbetstagare utstationerats dit. En sådan lokal konflikt utbröt vid företaget East Lindsey Oil Refinery, som hade utkontrakterat vissa större projekt till ett italienskt företag. Detta utförde arbetet med användning av sin egen personal, som bestod av utstationerade portugisiska och italienska arbetstagare. Konflikten ledde till landsomfattande stridsåtgärder, där man kritiserade att brittiska arbetstagare inte hade tillträde till ”brittiska jobb”.

Frågan om sociala aspekter och offentlig upphandling förefaller inte ha föranlett tvister eller rättsprocesser i Förenade kungariket.

## **5.7 Upphandlingsregleringen i sex medlemsländer – en jämförelse**

### **5.7.1 Inledning**

Vi har studerat hur regleringen och de politiska instanserna i sex medlemsstater tar tillvara möjligheterna att integrera sociala hänsyn i den offentliga upphandlingen – så som detta framgår av dokument som lagar, officiella vägledningar, forskningsrapporter och tidskriftsartiklar. När vi nu jämför de sex ländernas regleringar är vi medvetna om att ländernas skilda traditioner för hur man reglerar kan ge en missvisande bild av skillnadernas betydelse.

Dessutom innebär det faktum att vi inte – annat än i enskilda undantagsfall – har studerat innehållet i enskilda upphandlingskontrakt, att vi inte kan uttala oss om i vilken mån myndigheterna faktiskt använder sig av de i olika dokument utpekade möjligheterna att ta sociala hänsyn.

De överväganden och värderingar som framgår i lagstiftning, lagberedning och tillämpningsdirektiv är dock viktiga förutsättningar för att det ska ske något i praktiken. Och här tycker vi oss se en skillnad i grundläggande angreppssätt.

### **5.7.2 Likheter och skillnader**

När upphandlingsdirektiven förhandlades fram mellan medlemsstaternas regeringar hörde Sverige och Danmark, ofta understödda av Frankrike, till de länder som mest konsekvent förespråkade att möjligheten att ta sociala hänsyn skulle ges tydligare uttryck i direktiven. Man kunde kanske vänta



sig att alla tre då också så mycket som möjligt hade utnyttjat det utrymme som direktiven ger i den faktiska implementeringen på nationell nivå. Så har det emellertid inte blivit. Den svenska politiken har varit försiktigare än den i de andra två länderna – och faktiskt även än den i Tyskland och Finland, vars regeringar tycks ha intagit ett slags mellanposition i ministerrådet. Att Förenade kungariket, som stod för det kanske hårdaste motståndet mot alla förslag i den här riktningen, har genomfört direktiven i konsekvens med denna hållning är givetvis föga förvånande.

Skillnaderna kommer till uttryck både lagarnas utformning och i hur aktivt regeringarna har uppmuntrat myndigheterna att använda sin upphandling för främja sociala syften.

I Frankrike säger t.ex. redan en av de inledande artiklarna i den nya upphandlingslagen att myndigheterna, när de preciserar vilka behov en upphandling ska tillgodose, ska beakta målet med en hållbar utveckling, ett begrepp som här innefattar såväl ekonomisk effektivitet som hänsyn till miljön och sociala framsteg. Referensen till den hållbara utvecklingen återkommer sedan i andra av lagens artiklar, t.ex. den som handlar om villkor för fullgörande av kontrakt. Även portalparagrafen i den federala lag som reglerar den direktivstyrda upphandlingen i Tyskland understryker att upphandlingen ska tillgodose fler intressen än de rent ekonomiska. Detta utvecklas i lagmotiven där regeringen särskilt nämner respekten för de allmängiltiga kollektivavtalen, för likalönsprincipen och för ILO:s kärnkonventioner som förutsättningar för att ett företag ska vara kvalificerat att delta i upphandlingen. Några liknande målsättningar kommer inte till uttryck i den svenska lagstiftningen, även om den tillåter att myndigheterna ställer upp vissa socialt motiverade kontraktsvillkor.

Skillnaden i inställning märks också på hur lagstiftarna har behandlat upphandlingar som inte alls, eller bara delvis, omfattas av EU-direktiven.<sup>158</sup> Danmark har en separat lagstiftning för dessa upphandlingar vilket tydliggör att utrymmet för att ta sociala hänsyn är större vid sådana upphandlingar. Även i Tyskland är dessa reglerade i särskilda lagar, här på delstatsnivå. Enligt den federala tyska upphandlingslagen GWB kan delstaternas lagar ställa längre gående krav på anbudsgivarna, och flera av

---

<sup>158</sup> I flera länder är majoriteten av upphandlingarna sådana som inte omfattas av upphandlingsdirektiven. Se t.ex. avsnittet om Finland i denna rapport och Trybus (2008), s 3, som anger att 80 – 90 procent av upphandlingarna i Tyskland ligger under tröskelvärdena.

dem innehåller socialt motiverade regler som inte har någon motsvarighet i GWB. I Danmark och Frankrike framhåller de centrala myndigheternas vägledningar att möjligheten att ta sociala hänsyn är större vid upphandlingar som inte omfattas av direktiven. Vi har sökt förgäves i förarbetena till de svenska lagarna efter tecken på att den svenska lagstiftaren över huvud taget har noterat att förutsättningarna för den icke direktivstyrda upphandlingen skulle kunna vara annorlunda på den här punkten. Det är desto mer förvånande då till och med kommissionen i sitt tolkningsmeddelande från 2001 skriver:

*”När det gäller upphandlingar som inte omfattas av direktiven kan offentliga inköpare fritt sträva efter sociala mål, förutsatt att det sker i överensstämmelse med EG-fördragets grundläggande bestämmelser och principer. Det åligger medlemsstaterna att avgöra om de upphandlande myndigheterna kan eller skall befrämja sådana mål genom offentlig upphandling.”<sup>159</sup>*

Sverige är också det enda av de sex länderna som inte har utnyttjat möjligheten enligt direktivets artikel 19 att reservera vissa kontrakt för verksamheter där majoriteten av de anställda är så funktionshindrade att de inte kan arbeta på normala villkor. På den punkten har till och med Förenade kungariket gått längre.

I konsekvens med ovanstående har både i Danmark och Frankrike centrala myndigheter utformat vägledningar som i positiva ordalag och med konkreta exempel ger praktiska råd om hur de här möjligheterna kan utnyttjas. I Sverige finns ingen motsvarande vägledning. Den vägledning som Miljöstyrningsrådet har gjort rör begränsade frågeställningar som har aktualitet huvudsakligen vid upphandling av varor från tredje världen. I den mån Konkurrensverket uttalar sig i ämnet är det som svar på klagomål och direkta frågor om vad som är tillåtet.

Det kan tilläggas att det, i kontrast till det svaga engagemanget på den centrala politiska nivån, finns ett stort intresse hos svenska kommuner och landsting för att ta sociala hänsyn vid upphandlingar. Följaktligen har deras organisation Sveriges kommuner och landsting (SKL) arrangerat återkommande konferenser på temat. SKL förespråkar också att Sverige

---

<sup>159</sup> KOM(2001) 566 s 3.

ska ändra sin lagstiftning så att det blir tillåtet att reservera kontrakt för verksamheter som sysselsätter funktionshindrade enligt ovan.<sup>160</sup>

När det gäller *på vilket sätt* sociala intressen kan tas tillvara i samband med upphandling betonar förarbeten och/eller vägledningar i alla sex länder att myndigheterna har störst möjligheter att ställa socialt motiverade krav om de utformar dessa som villkor för kontraktets fullgörande. Förutsättningen är att de enbart rör det arbete som ska utföras för att fullgöra kontraktet och under den tid som detta löper. Överallt betonar man att utrymmet för att väga in sociala hänsyn vid beslut om vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet är begränsat. Men i Danmark, Frankrike och Tyskland uppmuntras myndigheterna ändå att göra så i de situationer där det är rättsligt möjligt. Som exempel på när det är tillåtet nämns ofta det fall som åsyftas i skäl 46 respektive 55 i upphandlingsdirektivens ingresser och som är fullkomligt självklart, nämligen att man får tillämpa sociala kriterier vid tilldelning av kontrakt där själva kontraktsföremålet har ett socialt syfte. Men den tyska regeringen skriver i motiven till den federala upphandlingslagen att även krav på åtgärder för att främja jämställdhet mellan könen och garantera likalön kan användas som tilldelningskriterier. Den danska Konkurrencestyrelsen är till och med så djärv att den öppet ifrågasätter Europeiska kommissionens tolkning av EU-domstolens praxis i målen Beentjes och Kommissionen mot Frankrike. Konkurrencestyrelsen menar att det inte alls är givet ett socialt motiverat tilldelningskriterium – i målen rörde det bekämpande av arbetslösheten – som inte är kopplat till kontraktsföremålet kan vägas in i värderingen av anbuderna enbart om två eller flera anbud är prismässigt likställda.

Att det vid kontraktstilldelningen är möjligt att ta hänsyn till hur anbudsgivarna tänker lösa de arbetsmiljörisker som arbetet kan komma att innebära tycks vara okontroversiellt i Danmark. Vid upphandlingar under direktivets tröskelvärden och av oprioriterade tjänster kan man, enligt Konkurrencestyrelsen, också ställa krav som rör arbetsmiljön redan i urvals-/kvalifikationskriterierna, dvs. villkoren för att en leverantör över huvud taget ska kunna vara med och tävla om kontraktet. Man kan då lägga vikt vid hur leverantörerna vid sina tidigare uppdrag har sett till att arbetet kunnat utföras på ett sätt som är försvarbart från säkerhets- och hälsosynpunkt

---

<sup>160</sup> Intervju med Mathias Sylwan, Sveriges Kommuner och Landsting.

och om de har arbetsmiljöcertifikat eller motsvarande dokumentation som visar att de uppfyller höga krav på arbetsmiljön.

Frågan om myndigheten kan ställa upp kontraktsvillkor som går ut på att leverantören ska betala sina anställda kollektivavtalsenlig lön har besvarats högst olika i fem av de sex länderna (i Förenade kungariket, där kollektivavtalssystemet är i det närmaste nedmonterat efter Thatcher-åren, har frågan inte varit aktuell).

När upphandlingsdirektiven förhandlades fram mellan medlemsstaternas regeringar stred Sverige för att få in ett skäl i ingressen enligt vilket direktivet inte skulle påverka tillämpningen av ILO:s konvention 94 om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part och inte hindra medlemsstaterna från att ratificera denna. Efter domen i målet Ruffert har frågan varit politiskt död i Sverige, och i den allmänna debatten tycks domen uppfattas så att det är uteslutet att ställa några som helst krav på kollektivavtalsenlig lön vid upphandling om inte kollektivavtalen är allmängiltiga. Det är, enligt vår uppfattning som vi utvecklar längre fram, en alldeles för enkel tolkning. Ruffert-domen rör överhuvudtaget inte EU:s upphandlingsregler, vilket även Europeiska kommissionen har påpekat.<sup>161</sup>

Danmark, Finland och Frankrike har alla ratificerat konvention 94 och är alltså skyldiga att leva upp till den samtidigt som deras upphandlingslagar måste vara förenliga med EU-rätten. De tre ratificerande länderna har haft skilda strategier för att lösa detta.

I Frankrike hade man när man genomförde direktiven och redan innan Ruffert-domen kom utmönstrat den regel i upphandlingslagen som innebär att myndigheterna måste kräva att leverantörerna tillämpade löner och andra anställningsvillkor som uppfyllde kraven i konventionen. Den franska regeringen anser nu att det inte behövs några sådana kontraktsvillkor eftersom alla arbetsgivare som utför arbete i landet är skyldiga att följa de allmängiltigförklarade kollektivavtalen. ILO:s expertkommitté anser inte att det är tillräckligt för att uppfylla konventionens krav.

Den nya finska upphandlingslagen innehåller till skillnad från den franska en bestämmelse som säger att det i kontraktet ska finnas en klausul enligt vilken entreprenören ska följa ”åtminstone de minimivillkor för

---

<sup>161</sup> Buying social: A guide to taking account of social considerations in public procurement, Draft – 3 april 2009, Europeiska kommissionen.

ett anställningsförhållande som enligt Finlands lag och bestämmelserna i kollektivavtal skall iakttas i ett likartat arbete”. I realiteten innebär detta liksom i Frankrike att leverantörerna blir skyldiga att följa allmängiltiga kollektivavtal eftersom praktiskt taget hela den finska arbetsmarknaden täcks av sådana. Skillnaden är att myndigheten – när kravet på kollektivavtalsenliga anställningsförmåner också är ett villkor i upphandlingskontraktet och inte bara en arbetsrättslig regel – kan förena villkoret med en effektivare sanktion, i yttersta fall hävning av kontraktet.

Även i Danmark, där det inte finns några allmängiltiga kollektivavtal, fortsätter myndigheterna att kräva att leverantörerna ska betala lön enligt kollektivavtal, låt vara att det måste vara kollektivavtal av en viss typ om det är en upphandling där arbetet kan komma att utföras av arbetstagare som har utstationerats från ett annat EES-land.

Också många delstater i Tyskland, som inte har ratificerat konventionen, fortsätter att kräva att den som får ett offentligt kontrakt ska betala lön enligt kollektivavtal. Efter Rüffert-domen stod det visserligen klart att kollektivavtalen i så fall måste vara allmängiltiga eftersom Tyskland har ett sådant system. Det har gjort att Tyskland har ändrat sin arbetsrättsliga lagstiftning så att det ska bli betydligt lättare att allmängiltigförklara kollektivavtal än tidigare. Dessutom håller regeringen i propositionen till den nya federala upphandlingslagen öppet för möjligheten att i sällsynta undantagsfall föreskriva att arbetstagare ska garanteras lön enligt kollektivavtal även när det inte är allmängiltigförklarat.

*Vilka sociala syften* är det då som myndigheterna i de studerade länderna försöker ta tillvara genom sina upphandlingar? Det syfte som kanske oftast lyfts fram, såväl i upphandlingsdirektiven som i vägledningarna på nationell nivå, är integrationen av funktionshindrade och andra personer som har svårt att hävda sig på arbetsmarknaden. De franska myndigheternas vägledning uppehåller sig huvudsakligen kring detta.

Även syftet att garantera arbetstagarna löner i nivå med vad som gäller på platsen där arbetet utförs bedöms uppenbarligen som viktigt och tycks dessutom vara ganska okontroversiellt i de länder där man strävar efter detta.

Att främja jämställdhet mellan kvinnor och män, som traditionellt har varit ett av de sociala syften som eftersträvats i samband med upphandling,

tycks inte bedömas som lika angeläget idag. Såvitt vi har kunnat finna framhålls detta syfte i motivuttalanden, vägledningar och andra uttryck för regeringarnas politik bara i tre av de länder vi studerat – Sverige, Tyskland och Förenade kungariket, men inte Danmark, Finland och Frankrike.

Danmark är annars det land där man finner den mest innehållsrika provkartan på sociala syften som anses värda att främja. Utöver vad som beskrivits ovan, uppmuntras myndigheterna även att se till sådant som arbetstagarnas arbetsmiljö och anställningsskydd.

Ett syfte, till sist, som inte ägnas lika stor uppmärksamhet i politiska dokument på central nivå är möjligheten att främja respekten för grundläggande internationella arbetsnormer vid upphandling av varor och tjänster från utvecklingsländer. Här finns det på vissa håll ett tryck ”underifrån”, t.ex. en önskan från politiker i kommuner och landsting, att kunna garantera att deras upphandlingar inte medverkar till att människors grundläggande rättigheter kränks.

## **6 UPPHANDLING OCH SOCIALA ÖVERVÄGANDEN - EU-REGLERINGEN I PERSPEKTIV**

### **6.1 Inledning**

I detta kapitel behandlar vi frågor som är principiellt viktiga i upphandlings-sammanhang, men som rönt jämförelsevis begränsad uppmärksamhet. Inledningsvis fokuserar vi särskilt på den allmänna EU-rättsliga ramen för upphandlingsregleringen. Det är nämligen inte alldeles självklart hur man ska uppfatta regleringen av offentlig upphandling inom ramen för EU:s fördrag och dess allmänna principer. Dessutom inverkar denna ram på lösningen av enskilda frågor som gäller sociala hänsyn i samband med upphandling. Därefter behandlar vi förhållandet mellan EU-rätten och vissa folkrättsliga förpliktelser som medlemsstaterna har, framför allt ILO:s konvention 94 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt, ett ämne som blivit aktuellt med anledning av EU-domstolens dom i målet Rüffert.<sup>162</sup> I ett senare kapitel kommer vi att närmare behandla några typfall som aktualiserar frågan om vilket utrymme EU-regleringen ger för att integrera sociala hänsyn i upphandlingen .

Inledningsvis är det också skäl att understryka att regleringen av offentlig upphandling är ett gott exempel på en komplex och svåröverskådlig reglering på flera nivåer. Man kan skilja mellan upphandling som regleras uteslutande av fördragsbestämmelser<sup>163</sup>; upphandling som regleras av fördragsbestämmelser och direktiv (och nationell implementeringslagstiftning) samt upphandling som enbart regleras av nationella regler.<sup>164</sup>

Upphandlingsregleringen kompliceras även av att man på alla nivåer kan diskutera såväl vem som är adressat för regleringen som vilken rättslig betydelse olika föreskrifter om hur man ska eller kan genomföra upphandling (t.ex. på nationell nivå) ska tillmätas. Vad avser adressaten kan lagstiftaren åtminstone rikta sig till medlemsstaterna, dvs. den reglerande myndigheten (eventuellt också den övervakande myndigheten), men också

---

<sup>162</sup> C-346/06 Rüffert.

<sup>163</sup> Se t.ex EU-domstolen i målet C-220/06 Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia, där frågan gällde om artiklarna 43 EG, 49 EG och 86 EG var tillämpliga på en liberalisering av posttjänster som skedde inom ramen för särskilda direktiv.

<sup>164</sup> Ett exempel är upphandling av vissa typer av försvarsmateriel, som enligt artikel 346.2 FEUF faller utanför EU:s kompetens.

till den myndighet som är avtalspart och dess motpart, den kontrakterade privata aktören.

En annan företeelse som är värd att notera inledningsvis är att upphandlingshanteringen blivit en omfattande administrativ verksamhet som omsätter stora ekonomiska värden. Det har också lett till att den kommit att utformas till något av ett eget rättsområde med särskilda specialister, vilka ägnar sig åt att undersöka och behandla regleringen. Denna utveckling har även haft sin grund i det faktum att upphandlingsregleringen i rätts-systematiskt hänseende på ett egenartat sätt ligger mitt mellan avtalsrätten (privaträtten) och förvaltningsrätten (den offentliga rätten). Särskilt i länder där gränsdragningen mellan privat och offentlig rätt tillmätts stor betydelse har det varit svårt att rättsligt hantera denna verksamhet. Detta får dock inte undanskymma det faktum att upphandlingsregleringen både på EU-nivån och nationell nivå bör ses som en del av de allmänna reglerna och principerna och att det är motiverat att vid sidan av ”specialistperspektivet” även tillämpa ett ”generalistperspektiv” på upphandlingsregleringen.<sup>165</sup>

Slutligen finns det en faktor som gör att sociala överväganden tenderar att få en mindre roll vid upphandling än vad beslutsfattare inom myndigheten eventuellt önskar, nämligen att rättsläget är så pass oklart. Som framgår av vår rekonstruktion av lagstiftningsproceduren (se kapitel 4) är upphandlingsdirektiven resultat av hårda förhandlingar både mellan regeringar och mellan EU:s institutioner, och ger i de avseenden som detta projekt inte rör uttryck för någon entydig politisk vilja. Där en majoritet av regeringarna eller en av EU:s institutioner inte har velat nämna sociala kriterier i de bindande artiklarna, har man ibland kompromissat genom att referera till dem i skäl i direktivens ingresser – vars betydelse för tolkningen av dem är osäker. Ett annat sätt att undvika att uttryckligen nämna ett (för några) misshagligt kriterium i direktivtexten är att lägga till ordet ”särskilt” i början av en uppräkningslista, så att den inte ska uppfattas som uttömmande utan blir exemplifierande. I åter andra fall har kompromisser varit helt uteslutna, med resultat att direktiven inte säger något på omstridda

---

<sup>165</sup> Detta betonas även av Drijber & Stergiou (2009).



punkter. Kort sagt: lagstiftningsproceduren främjar inte precis klarhet.<sup>166</sup> Då man sedan reglerar de sociala övervägandena, med ”*soft law*” som kommissionens tolkningsmeddelande<sup>167</sup> och liknande rättskällor kommer en gråzon att uppstå, där det inte är självklart vad som gäller.

I en sådan situation tenderar offentliga myndigheter och tjänstemän att följa ett slags försiktighetsprincip. En upphandling är en arbetskrävande och tidsödande procedur och man tar ogärna risken att den måste göras om för att man lagt för stor vikt vid sociala överväganden, utan väljer en försiktig ingång för att vara på den säkra sidan. Såväl lagförarbeten som handledningar i de länder som vi studerat framhåller ofta att olika aktörer bör vara försiktiga med att använda sociala klausuler, eftersom rättsläget är så diffust.

## 6.2 Den EU-rättsliga ramen

Direktiven om offentlig upphandling har antagits med stöd av tre stadganden i det tidigare EG-fördraget, nämligen artiklarna 47(2), 55 och 95.<sup>168</sup> Dessa stadganden reglerar allmänt rätten till etableringsfrihet inom EU och EU:s kompetens att lagstifta i syfte att harmonisera den inre marknaden. Det är alltså inte regler om fri rörlighet för tjänster eller om konkurrens som ligger till grund för lagstiftningskompetensen, då man antagit direktiven om offentlig upphandling.

Detta faktum har föranlett en diskussion om hur fördragets regler om fri rörlighet förhåller sig till upphandlingsförfarandet. Det står ju klart att fördraget syftar till att garantera förverkligandet av dessa principer inte bara generellt utan även på konkreta politikområden, t.ex. i samband med offentlig upphandling. Man kan alltså säga att dessa principer får verkan av ett slags skyldigheter att undvika ”negativa förfaranden” i upphandlingssituationen, dvs. man måste avhålla sig från åtgärder som gynnar na-

---

<sup>166</sup> För den som har arbetsrätt som specialitet är det lätt att se likheter mellan direktiv som har kommit till först efter förlikningsförhandlingar mellan Parlamentet och ministerrådet och sådana kollektivavtal som slutits vid nattmangling under kamp mot klockan innan de varslade stridsåtgärderna ska bryta ut. På punkter där oenighet kvarstår är avtalet (direktivet) antingen tyst eller så slätar man över oenigheten med en allmän formulering – och ingen vet hur AD (EU-domstolen) kommer att tolka avtalet (direktivet) om det uppstår en tvist.

<sup>167</sup> Se KOM (2001) 566.

<sup>168</sup> Motsvarande artiklar i det nya fördraget om Europeiska unionens funktionssätt har nummer 53, 62 och 114.

tionella anbudsgivare. Allmänt taget bör man alltså undvika indirekt eller direkt diskriminering av anbudsgivare på grund av nationalitet och man får inte ställa upp restriktioner för den fria rörligheten för tjänster eller varor i detta sammanhang.

EU-direktiven syftar bland annat till att genomföra världshandelsorganisationen WTO:s avtal *Government Procurement Agreement*, GPA, som slöts 1994. I detta sammanhang kan vi inte gå in på en detaljgranskning av avtalet, som ju är bindande också för Sverige. Allmänt kan noteras att det har tre viktiga målsättningar: För det första införs ett förfarande, som ska garantera icke-diskriminering (särskilt på grund av nationalitet) av konkurrerande företag, för det andra ska det garantera öppenhet och transparens och för det tredje syftar det till att begränsa tillämpningen av icke-ekonomiska faktorer, särskilt vid kontraktstilldelning.<sup>169</sup> Hur GPA ska tolkas är fortfarande en relativt öppen fråga, eftersom få panelförfaranden har inletts med anledning av påstådda brott mot avtalet. I varje fall betonas ofta att GPA ger ett handlingsutrymme på nationell nivå och inte ska ingripa i hur medlemsstaterna reglerar arbetsvillkor eller konflikter mellan t.ex. nationella och lokala myndigheter.<sup>170</sup> Det förefaller därför rimligt att utgå från att den ram som EU-rätten ställer upp för sociala överväganden inte står i strid med GPA.

I upphandlingsdirektiven uppställs särskilt ett krav på att upphandlande myndigheter och enheter ska behandla ekonomiska aktörer likvärdigt och icke diskriminerande samt i övrigt förfara på ett öppet sätt (det klassiska direktivet artikel 2, försörjningsdirektivet artikel 10). Dessa krav på lika behandling och transparens i sekundärlagstiftningen hänger nära samman med fördragets bestämmelser.<sup>171</sup> De kan dock inte som sådana direkt härledas från fördraget och det är t.ex. tveksamt om kravet på öppenhet ska ses som en särskild fördragsfäst princip.<sup>172</sup>

Det viktigt att komma ihåg att fördraget numera innehåller ett flertal artiklar som ger Europeiska unionen en roll och betydelse när det gäller att främja miljöpolitiska, jämställdhetspolitiska, sysselsättningspolitiska,

---

<sup>169</sup> Se McCrudden (2007), s 488 ff.

<sup>170</sup> Se Krüger, Nielsen & Bruun (1998), 211 och McCrudden (2007), s 472.

<sup>171</sup> Se Trepke (2007) s 13 ff.

<sup>172</sup> Se närmare Drijber & Stergiou (2009) s 845 ff.

konsumentpolitiska och socialpolitiska mål.<sup>173</sup> Då man diskuterar förhållandet mellan EU:s politik inom dessa områden å ena sidan och regleringen om offentlig upphandling å den andra finns det alltså skäl att understryka att EU ska främja vissa fastlagda målsättningar inom dessa politikområden lika väl som den ska främja den inre marknaden och skapa förutsättningar för tillträde till marknaden för offentliga kontrakt.

Arrowsmith och Kunzlik har ingående analyserat regleringen av offentlig upphandling och menar att det är viktigt att noga dra gränsen för målsättningen med denna reglering.<sup>174</sup> De betonar – utgående från den rättsliga basen för upphandlingsdirektiven – att regleringen syftar till att garantera öppenhet/transparens, icke diskriminering och marknadstillträde över nationsgränserna i EU. Däremot kan man, enligt Arrowsmith och Kunzlik, inte från fördragets bestämmelser om fri rörlighet eller från direktiven härleda något direkt krav på att medlemsstaterna ska få ”mera värde för pengarna”. De förnekar inte att många medlemsstater själva kan ställa upp ett sådant syfte för sin lagstiftning eller att den praktiska konsekvensen av lagstiftningen kan vara effektivare användning av skattemedel, men de betonar att EU överhuvudtaget inte har kompetens att bestämma hur medlemsstaterna ska hushålla med sina skattemedel eller att ta ställning till hur dessa ska användas. De anför

*“Ensuring the wise expenditure of public money and improving the quality of public services are not per se objectives that the EC is, in general, competent to pursue, and general power to implement policies to this effect cannot be found in the powers to adopt secondary legislation derived from Article 47 (2) EC, Article 55 and Article 95 EC, on which the procurement directives are based. Saving public expenditure and improving the quality of services simply do not in and of themselves contribute to the creation of an internal market.”*

Arrowsmith och Kunzlik diskuterar också det ofta framförda argumentet för uppfattningen att direktiven har ekonomisk effektivitet som mål, nämligen det faktum att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ju införts som ett uttryckligt tilldelningskriterium avseende upphandlingskontrakt.

---

<sup>173</sup> Se artiklarna 3 – 6 i EU-fördraget.

<sup>174</sup> Arrowsmith & Kunzlik (2009), s 30 ff.

De menar att direktiven reglerar den process som ska leda fram till ett upphandlingsavtal på nationell nivå och att de för att tillgodose kraven på transparens även reglerar hur man ska välja kontraktör. Detta kan inte tas till intäkt för att direktivens syfte som sådant sett i dess helhet är ekonomisk effektivitet, menar de.<sup>175</sup>

Arrowsmith och Kunzlik menar att denna syn på regleringen om offentlig upphandling, som är väl underbyggd men inte helt okontroversiell, har flera viktiga implikationer för hur regler om offentlig upphandling ska balanseras mot regler på andra politikområden:<sup>176</sup>

För det första syftar EU-regleringen alltså inte till att garantera att nationella resurser används effektivt. Därigenom blir det inte heller Unionens sak att bestämma hur avvägningen mellan ekonomisk effektivitet och andra policy-överväganden bäst kan göras. I princip är detta frågor som den nationella lagstiftaren bör ta ställning till efter en avvägning av vilka prioriteringar medlemsstaten önskar göra och vad som är de bästa medlen för att förverkliga dessa (tilldelningskriterier, avtalsvillkor etc).

Medlemsstaterna kan ha många skäl för att vilja betona ekonomisk effektivitet och pris vid upphandlingen, eftersom de kanske tror att t.ex. stränga miljökrav kan begränsa antalet potentiella anbudsgivare och höja projektkostnaderna. Under alla omständigheter är detta ett val som bör ske på nationell nivå, betonar Arrowsmith och Kunzlik.<sup>177</sup> EU borde inte och har, som redan framgått, inte ens kompetens att reglera dessa frågor i syfte att främja den inre marknaden.

Å andra sidan blir medlemsstaternas handlingsutrymme beroende av om man ger uttrycket ”åtgärder som behövs för att genomföra den inre marknaden” en restriktiv eller vidsträckt innebörd. I fall man tillämpar en vidsträckt tolkning skapas det lätt ett effektivt instrument för att begränsa medlemsstaternas egna interna prövningsrätt.<sup>178</sup> En strikt attityd till kravet på öppenhet (transparens) kan t.ex. leda till att utrymmet för att beakta policyöverväganden av det slag som nämnts ovan blir ytterst begränsat, inte för att de leder till ökade kostnader, minskad konkurrens och besvärliga

---

<sup>175</sup> Ibid s 34 f.

<sup>176</sup> Ibid s 35 f.

<sup>177</sup> Ibid s. 35.

<sup>178</sup> Ibid. s. 36.

procedurer, utan för att de kan erbjuda ökade möjligheter till missbruk i form av att nationella företag gynnas.

Men kan också tänka sig att EU:s institutioner gör sina egna bedömningar av hur viktiga de mål är som politiken på de andra områdena ska ta tillvara jämfört med synpunkter som gäller den inre marknaden när de väger de senare mot medlemsstaternas intressen. Arrowsmith och Kunzlik betonar dock att det varken är lagstiftaren i EU eller EU-domstolen som ska bedöma hur man ska värdera de mål som politiken på dessa områden representerar. Det är medlemsstaterna som ska bestämma om de önskar främja exempelvis sociala eller miljömässiga mål.<sup>179</sup> Europeiska unionen kan på sin höjd göra en proportionalitetsbedömning och hävda att den politik som man bedriver på nationell nivå på ett orimligt sätt försämrar den inre marknads funktionssätt.

Ett klart erkännande av att EU har en begränsad roll ur ett principiellt perspektiv kan säkerställa att relevanta överväganden beaktas och att EU inte ges en större betydelse än vad fördraget medger. På så sätt kan man förhindra att EU försöker göra sina egna avvägningar mellan politiken för den inre marknaden och andra politikområden, som inte har något att göra med den inre marknaden.<sup>180</sup> Enligt Arrowsmith och Kunzlik skulle detta sannolikt leda till att medlemsstaterna tillerkänns en större flexibilitet än om EU själv hade ansvar för att göra alla policyavvägningar som kan uppstå. Inom ramen för principen om lika behandling kan medlemsstaterna välja att tillmäta en lika stor eller större tyngd åt kriterier med anknytning till olika politikområden än åt ekonomiska kriterier, då man avgör om anbudsgivare har lämnat likvärdiga anbud. Tanken att medlemsstaterna har ett omfattande utrymme för prövning kommer också enligt författarna fram i EU-domstolens domar *Concordia Bus Finland*<sup>181</sup> och *EVN-Wienstrom*.<sup>182</sup> I det första fallet godkändes ett miljökriterium, som endast ytterst få anbudsgivare klarade av att uppfylla, i det andra fallet godkändes ett miljömässigt tilldelningskriterium med 45 procents viktning och domstolen underströk att det ankom på medlemsstaten att göra avvägningen.

---

<sup>179</sup> Denna utgångspunkt hade stöd vid direktivets tillkomst, se Bercusson & Bruun (2005) och Arrowsmith (2004) s 1315 ff.

<sup>180</sup> *Ibidem* s.36.

<sup>181</sup> Mål C-513/99, *Concordia Bus Finland*.

<sup>182</sup> Mål C-448/01, *EVN AG*.

Sammantaget anger Arrowsmith och Kunzlik alltså en rad argument för att EU ska ha en liberal inställning till olika politiska överväganden i samband med offentlig upphandling och att medlemsstaterna ska tillerkännas ett omfattande utrymme för nationell prövning.

Argumenten utgår från att det är lika legitimt att integrera exempelvis sociala hänsyn i offentlig upphandling som det är att göra det på andra områden, och att dessa överväganden ska göras på nationell nivå. Gällande reglering möjliggör endast en begränsad intervention från EU:s sida. Ytterligare betonar författarna att fördraget utgår från att miljöskyddskraven ska integreras i utformningen och genomförandet av unionens politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja en hållbar utveckling.<sup>183</sup> I all sin verksamhet ska unionen dessutom ”syfta till att undanröja bristande jämställdhet mellan kvinnor och män och att främja jämställdhet mellan dem”.<sup>184</sup> Också på EU-nivå är det därför svårt att kategoriskt ta avstånd från att politiska överväganden som rör andra områden måste integreras i målsättningen för den offentliga upphandlingen. Inte heller här kan man alltså ensidigt överbetona synpunkter som har att göra med den inre marknaden. Ytterligare argument för sin syn på medlemsstaternas betydande roll i detta sammanhang finner Arrowsmith och Kunzlik i subsidiaritetsprincipen, som även den talar för att dylika överväganden i första hand ska göras på nationell nivå.<sup>185</sup>

Ytterligare stöd för att sociala överväganden kan inlemmas i EU:s konkurrensreglering finner vi i den nya allmänna gruppundantagsförordningen från 2008.<sup>186</sup> Här anges att statstöd kan ges åt företag för att sysselsätta personer som har svårt att få anställning på den privata arbetsmarknaden, med förordningens terminologi arbetstagare med sämre förutsättningar. Motivet är att dessa kategorier av arbetstagare har särskilt svårt att komma in på arbetsmarknaden och att de offentliga myndigheterna har anledning att vidta åtgärder som stimulerar företagen att anställa sådan personal.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Artikel 11 FEUF.

<sup>184</sup> Artikel 8 FEUF.

<sup>185</sup> *Ibidem* s. 49.

<sup>186</sup> Kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den gemensamma marknaden enligt artiklarna 87 och 88 i fördraget (allmän gruppundantagsförordning) EUT L 214, 9.8.2008, s.1 – 47.

<sup>187</sup> Se förordning nr 800/2008 skäl 64.

Här nämns bland annat

- personer som är över 50 år,
- personer som lever ensamma och har vårdnaden om ett eller flera barn,
- personer som arbetar inom en sektor eller ett yrke i en medlemsstat där obalansen mellan könen är minst 25 % högre än den genomsnittliga könsobalansen inom alla ekonomiska sektorer i den berörda medlemsstaten och som tillhör den underrepresenterade könsgruppen,
- personer som är medlemmar av en etnisk minoritet inom en medlemsstat och som måste förbättra sina språkkunskaper, sin yrkesutbildning eller sin arbetslivserfarenhet för att förbättra sina möjligheter att få fast anställning.

Offentliga myndigheter har alltså ett särskilt ansvar för att främja sysselsättningen av arbetstagare i en svår ställning. Det står därför klart att detta ansvar kan fullgöras också vid offentlig upphandling, under förutsättning att principer om icke-diskriminering och transparens följs.

Arrowsmith och Kunzlik skrev sin analys innan Lissabonfördraget trädde i kraft och de kommenterar inte dess betydelse för regleringen av offentlig upphandling. Det finns flera nyheter i Lissabonfördraget, som är ägnade att stärka den tolkningslinje som de representerar.<sup>188</sup>

För det första definierar Lissabonfördraget EU som en ”social marknads ekonomi” där ”full sysselsättning och sociala framsteg” eftersträvas (artikel 3.3 FEU). Tidigare talade fördraget om en ”gemensam marknad”, ett begrepp som i mindre mån betonar den sociala aspekten.

För det andra fastslås att Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna görs bindande och ska ha samma rättsliga värde som fördragen. Stadgans avdelning IV, med rubriken Solidaritet, innehåller ett flertal sociala rättigheter.

För det tredje innehåller Lissabonfördraget en särskild bestämmelse om att Unionen skall respektera lokalt och regionalt självstyre (artikel 4.2 FEU) samtidigt som subsidiaritetsprincipen framhävs.

---

<sup>188</sup> Rosenkötter & Würsig (2010), 4 ff.

För det fjärde kan man spåra en uppvärdering av betydelsen av olika typer av offentliga tjänster i det nya fördraget: Tjänster av allmänt ekonomiskt intresse regleras i EUF-fördraget artikel 14, samtidigt som ett särskilt protokoll (26) har antagits om tjänster av allmänt intresse som inte är av ekonomisk art och som faller utanför fördragets tillämpningsområde.

Arrowsmiths och Kunzliks argument får särskild tyngd då det gäller upphandling under de i direktiven fastlagda tröskelvärdena och upphandlingar som rör oprioriterade tjänster. Tröskelvärdena ligger på olika nivå för skilda typer av upphandlingskontrakt, men ligger på drygt 4,8 miljoner euro för exempelvis byggtreprenader.<sup>189</sup> Om medlemsstaterna väljer att tillämpa enklare förfaranden på upphandlingar under tröskelvärdena är detta alltså fullt möjligt. Inom ramen för EU-fördraget finns här ett omfattande utrymme för skönsmässiga bedömningar på nationell nivå.

Upphandlingar över tröskelvärdena styrs i detalj av de två direktiven, det ”klassiska” direktivet och ”försörjningsdirektivet”. Som framgått av kapitlet 1 – 4 innehåller dessa en rad uttryckliga regler och öppningar för att beakta sociala hänsyn. I ett senare kapitel försöker vi konkret analysera utrymmet för sociala hänsyn i några typfall där frågan kan komma att aktualiseras. Här kommer vi nu att behandla förhållandet mellan upphandlingsreglerna och EU:s så kallade utstationeringsdirektiv<sup>190</sup> och mellan EU-rätten och ILO:s konvention 94.

## **6.3 ILO:s konvention 94 och målet Ruffert**

### **6.3.1 Inledning**

Då vi diskuterar sociala hänsyn i samband med upphandling är frågan om löner och andra arbetsvillkor utan tvekan av central betydelse. Det står i allmänhet klart att en leverantör är tvungen att tillämpa generell gällande lönekrav, exempelvis lagstadgade nationella minimilöner eller lönevillkor som är allmänt tillämpliga i branschen med stöd av allmängiltigförklarade kollektivavtal. De rättsligt komplicerade frågorna uppstår då gränsöverskridande tjänsteleverantörer inom EU deltar i fullgörandet av offentliga

---

<sup>189</sup> Tillkännagivande (2010:53) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

<sup>190</sup> Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.



kontrakt genom att sända så kallade utstationerade arbetstagare att utföra arbetet. Då kan situationer uppstå där inte bara upphandlingsdirektiven utan även utstationeringsdirektivet och ILO:s konvention 94 är relevanta rättskällor.

### **6.3.2 ILO:s konvention 94 – bakgrund**

Det tankemönster som ligger bakom ILO:s konvention 94 från år 1949 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt har djupa rötter i den moderna arbetsrättshistorien. Vi kan spåra dem tillbaka till 1800-talet, närmare bestämt 1891, då det brittiska underhuset (parlamentet) antog en såkallad resolution om skäliga eller rättvisa löner (*fair wages*).<sup>191</sup> Enligt denna resolution var privata företag, som ingick avtal med offentliga myndigheter tvungna att betala ”skäliga löner” åt sina anställda. Den exakta innebörden av ”skäliga löner” kunde slås fast genom en hänvisning till kollektivavtalet inom en särskild sektor av ekonomin. Liknande villkor intogs senare i lagstiftningen om statsstöd, licenser mm. Statliga och lokala myndigheter tillämpade denna policy när de ingick avtal med privata företag.

Motsvarande instrument utvecklades också i slutet av 1800-talet på andra sidan Atlanten i olika amerikanska delstater.<sup>192</sup> På 1930-talet följde den federala regeringen exemplet. Den första federala lagstiftningen på detta område var *Davis-Bacon Prevailing Wage Act* från 1931. Den slog fast att företag inom byggnadsbranschen, som utförde arbeten för den federala regeringen med stöd av kontrakt som översteg 2 000 dollar, måste betala minst rådande löner (*prevailing wages*) inklusive förmåner. Myndigheten US Department of Labor hade befogenhet att definiera begreppet ”rådande löner”. Under de första åren var ministeriet nöjt om leverantörerna betalade ”*the average wage*”, dvs. en genomsnittslön, som ofta kunde vara lägre.

Den andra federala amerikanska lagstiftningen var *Walsh-Healey Public Contracts Act* från 1936. Den täckte kontrakt för tillverkning och leverans av material, varor och utrustning. Den tillämpades på alla företag som sålde varor till den federala regeringen med avtal som översteg 10.000 dollar. De privata avtalsparterna var förpliktade att betala åtminstone den

---

<sup>191</sup> Bercusson (1978) och Adell (1970), s 52-54.

<sup>192</sup> Se Thieblot (1986).

rådande minimilönen, vilken i normala fall kunde stå att finna i ”*Fair Labor Standards Act*”.<sup>193</sup>

Av naturliga orsaker kom dessa brittiska och amerikanska regleringar att få stor betydelse under 1940-talet med en massiv regeringsupphandling som en följd av Storbritanniens och USA:s deltagande i det andra världskriget.

### **6.3.3 Konventionens innehåll**

Mot bakgrund av de positiva anglo-amerikanska erfarenheterna av detta klassiska arbetsrättsliga verktyg var det inte överraskande att ILO:s konferens år 1949 antog konventionen 94 ”angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part” vilket innebar att det fick en potentiell global användning.

Syftet och ändamålet med konventionen är att garantera att arbetstagare som utför arbeten som utgör en del av ett offentligt kontrakt inte ska åtnjuta sämre arbetsförhållanden eller arbetsvillkor än dem som andra arbetstagare i samma bransch eller industri åtnjuter.<sup>194</sup> Bakgrunden var naturligtvis den att statsmakten var en betydande upphandlare av återuppbyggnadsprojekt efter kriget och att man ville garantera att staten inte använde sin position som kontraktspart för att underminera de kollektivavtal om löner och andra arbetsvillkor som ingåtts på den privata sektorn.

Konventionen har ett omfattande tillämpningsområde. Den täcker inte endast byggnadsindustrin, utan även tillverkning av varor, transport och underhåll av utrustning samt leverans av tjänster. Dess tillämpning har även utsträckt till att omfatta kontrakt med underleverantörer eller parter till vilka ett kontrakt har överlåtit, även om kontrakt med ett lågt värde eller ytterst kvalificerade personer kan undantas. Det är något tveksamt om så kallade offentligt-privata partnerskapsavtal faller under konventionen<sup>195</sup> och det finns ett klart utrymme för tolkning när det gäller konventionens tillämpning på åtgärder gällande finansiellt stöd, koncessioner för att driva

---

<sup>193</sup> Morton (1965).

<sup>194</sup> Nielsen (1995) s 94-101.

<sup>195</sup> Se Report III (Part IB) to the 97th Session, 2008 of the International Labour Conference, ILO, Geneva, 2008, p. 67-68.

en offentlig inrättning<sup>196</sup> (*utility*) samt offentlig upphandling som görs av andra än centrala myndigheter (särskilt regionala och lokala myndigheter). Konventionens största betydelse finns i varje fall i de krav rörande arbetsvillkor som uppställs i samband med offentliga kontrakt. Artikel 2.1 i konventionen lyder:

*”Kontrakt å vilka denna konvention äger tillämpning ska innefatta klausuler som garanterar vederbörande arbetare lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor, som icke är mindre gynnsamma än de som gälla för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren i det område, där arbetet utförs,*

*a) enligt kollektivavtal...”*<sup>197</sup>.

Konventionen förutsätter inte endast att myndigheterna ska garantera skäliga arbetsvillkor, utan kräver även att ratificerande stater inrättar och upprätthåller ett adekvat inspektionssystem för att övervaka och trygga bestämmelsernas effektiva efterlevnad bl.a. med hjälp av lämpliga påföljder.

Under perioden efter antagandet ratificerades konvention 94 endast av ca 60 av ILO:s medlemsländer, vilket antyder att entusiasmen inför denna typ av reglering inte var överväldigande på alla håll. Man bör därför påminna om att en annan metod för att utsträcka tillämpningen av skäliga arbetsvillkor spred sig i snabb takt i Europa efter andra världskriget, t.ex. i Frankrike, Tyskland och Beneluxländerna. Denna metod gick ut på att utsträcka kollektivavtalets bindande verkan till en hel sektor genom en allmängiltigförklaring (*erga omnes*).<sup>198</sup> På så sätt kunde samtliga företag och inte bara de som ingick kontrakt med offentliga myndigheter bindas till de arbetsvillkor som man hade kommit överens om i kollektivavtalsförhand-

---

<sup>196</sup> Enligt ILO:s rekommendation nr. 84 som anknyter till konventionen bör man i fall då privata arbetsgivare beviljas statsstöd eller har ett tillstånd att driva en offentlig nyttinghet, tillämpa bestämmelser som motsvarar dem som tillämpas på arbetsvillkor i offentliga kontrakt enligt konventionen.

<sup>197</sup> Konventionstexten ingår i sin helhet i svensk språkdräkt som bilaga 3 till SOU 2006:28. s. 503 ff. På engelska lyder den citerade texten: *“Contracts to which this Convention applies shall include clauses ensuring to the workers concerned wages (including allowances), hours of work and other conditions of labour which are not less favourable than those established for work of the same character in the trade or industry concerned where the work is carried on – (a) by collective agreement...”*.

<sup>198</sup> Se Ahlberg & Bruun (1996).

lingar. I dessa länder utgjorde allmängiltighetsmekanismen *erga omnes* ett mera utvecklat och omfattande sätt att reglera arbetsmarknaden på än den anglo-amerikanska metoden att upprätthålla "*fair wages*".

Under den senare hälften av 1970-talet började den anglo-amerikanska traditionen ifrågasättas mer och mer. År 1982 beslöt den konservativa regeringen under Margaret Thatcher att upphäva den engelska *Fair Wages Resolution*.<sup>199</sup> Vid samma tidpunkt sade Förenade Kungariket upp sin ratifikation av ILO-konventionen 94. Den brittiska regeringen deklarerade att all offentlig upphandling härnäst skulle basera sig uteslutande på principen "värde för pengarna".<sup>200</sup> Trots att såväl Labour-partiet som det brittiska facket TUC har förbundit sig att återuppliva "*the Fair Wages Resolution*" har detta inte skett efter det att Labour övertog makten år 1997.<sup>201</sup>

Också i USA har kritiken mot "fair wages"-regleringen ökat särskilt bland ekonomisk expertis, arbetsgivare och det republikanska partiet. Man har påstått att kravet på skäliga lönevillkor på ett onödigt sätt ökar kostnaderna för konsumenterna och skattebetalarna.<sup>202</sup> Trots att det republikanska partiet har försökt har det dock inte lyckats upphäva den federala "*Fair Wages Resolution*". En rad delstater med republikanskt styre har dock upphävt delstatlig reglering på området.

En motsvarande politisk dispyt över användning av ett slags Fair Wages-metod har också förekommit i Tyskland på senare år, vilket närmare har belysts ovan.<sup>203</sup> Kraven på att följa kollektivavtal, '*Tarifverträge*', som förekommer i olika delstater har dock av den tyska författningsdomstolen förklarats förenligt med landets konstitution.

---

<sup>199</sup> Hillier (1982) s 58; Riddall, (1981) s. 92 – 93; Clark & Wedderburn (1983), s 210; Rideout (1983) s 357 – 358.

<sup>200</sup> Report III (Part IB) to the 97th Session, 2008 of the International Labour Conference, ILO, Geneva, 2008, p. 64.

<sup>201</sup> Se ovan rörande utvecklingen i Förenade Kungariket, där regleringen främst skett i form av sk. soft law. Se även Report III (Part IB) to the 97th Session, 2008 of the International Labour Conference, ILO, Geneva, 2008, p. 64.

<sup>202</sup> Gould & Bittlingmayer (1980).

<sup>203</sup> Se avsnitt 5.3 ovan om rättsutvecklingen i Tyskland, där det framgår att olika delstater har reglerat denna fråga på olika sätt beroende på politiska styrkeförhållanden.

### 6.3.4 Expertkommitténs rapport

ILO:s expertkommitté gjorde för första gången år 2008 en grundlig analys av konventionen 94.<sup>204</sup>

Kommittén noterade att offentlig upphandling fortfarande är en viktig del av nationalekonomin. Den står för 15 procent av världens bruttonationalprodukt. I Europa är siffran 16 procent i vissa utvecklingsländer är den rentav över 50 procent<sup>205</sup> Många regeringars strävan till privatisering och utkontraktering har under de senaste åren lett till att andelen och betydelsen av offentlig upphandling har ökat markant.

ILO:s expertkommitté är därför av uppfattningen att konvention 94 fortfarande fyller en viktig funktion och bör bevaras. Den risk som förelåg år 1949 består än i dag, nämligen att det lägsta anbudet vid anbudskonkurrens kanske kan ges av den arbetsgivare som betalar de lägsta lönerna, som inte tillhandahåller olycksfallsförsäkring eller säkerhetsutrustning för sina anställda och som har den största andelen ”grå” arbetskraft för vilken inga socialskyddsavgifter eller skatter betalas in och som i praktiken inte täcks av något skydd. Kommitténs rapport speglar en oro för att den internationella konkurrensen, särskilt närvaron av stora multinationella företag med stor och effektiv infrastruktur kan pressa anbudsgivande företag till att reducera arbetskraftskostnaderna. Detta kan leda till lägre löner, längre arbetstider och försämrade arbetsförhållanden såsom otillräckliga sanitetsförhållanden, inkvarterings- och utspisningsutrymmen. Kommittén drar därför slutsatsen att de observationer som gjordes för mer än 60 år sedan är än mer relevanta i dag med tanke på de moderna offentliga myndigheternas strävan att utkontraktera offentliga tjänster med hjälp av olika avtalsarrangemang och investeringar i offentliga/privata partnerskap, vilka i dag tillhandahåller den typ av varor och tjänster som tidigare typiskt sett upphandlades genom offentliga kontrakt.<sup>206</sup>

Mot bakgrund av globaliseringen, förändringar i politiken för offentlig upphandling, privatisering och avreglering i förening med den internationellt accepterade synen på betydelsen av att garantera arbetstagarnas

---

<sup>204</sup> Report III (Part IB) to the 97th Session, 2008 of the International Labour Conference, ILO, Geneva, 2008.

<sup>205</sup> Aa s. 7 – 8.

<sup>206</sup> Aa s. 99/107 – 108.

grundläggande rättigheter<sup>207</sup>, väckte Expertkommittén frågan om det skulle vara möjligt att förbättra och modernisera ILO:s konvention 94 och rekommendation 84 som anknyter till konventionen. Enligt kommittén erbjuder dessa instrument klara, konkreta och effektiva lösningar på problemet hur man ska garantera att offentlig upphandling och konkurrensutsättning inte leder till en socialt oacceptabel konkurrens, som bygger på undermåliga löner och arbetsförhållanden.<sup>208</sup> Kommittén menar också att det inte föreligger någon konflikt mellan kraven enligt ILO:s konvention 94 och de regler som ingår i EU:s två upphandlingsdirektiv.<sup>209</sup>

Båda dessa instrument härstammar från en svunnen tid. Om ILO, som Expertkommittén föreslår, beslutar sig för att delvis revidera konvention 94 kunde detta, enligt vår mening, erbjuda en god möjlighet att rätta till vissa brister eller begränsningar i de nuvarande instrumenten, särskilt det faktum att gränsöverskridande offentliga kontrakt inte faller inom konventionens tillämpningsområde och det stora utrymmet för att låta bli att tillämpa regleringen på offentliga avtal som inte ingås av centrala myndigheter.

Kommitténs uppfattning är dock att syftet och innehållet i konventionen fortfarande är hållbara och att det finns verkliga möjligheter att aktivera medlemsstaternas användning av den även utan en revision.<sup>210</sup>

### **6.3.5 ILO:s arbetskonferens 2008**

Expertkommitténs rapport diskuterade på ILO:s arbetskonferens sommaren 2008.

Arbetsgivarrepresentanterna betonade att en konkurrens med arbetskraftskostnader som sådan inte kan betecknas som något negativt. Dess fördelar och nackdelar måste vägas mot varandra i konkreta fall. En ändamålsenligt fungerande arbetsmarknad bygger på konkurrens och därigenom också på en konkurrens som gäller arbetskraftskostnader. Arbetsgivarsidan konstaterade att konvention 94 har ratificerats endast av ett relativt litet antal medlemsländer och att detta är ett indicium på att den inte längre är

---

<sup>207</sup> Aa s. 99.

<sup>208</sup> Aa s. 60.

<sup>209</sup> Aa s. 86. Detta ställningstagande gjordes alltså innan EU-domstolens dom i Ruffertmålet föll i april 2008.

<sup>210</sup> Aa s. 107 – 111.

ändamålsenlig. Därför är det onödigt att försöka modernisera den eller att marknadsföra den genom olika ratifikationskampanjer.

Arbetstagarrepresentanterna menade att konventionen är ett centralt instrument som kan nyttjas i en situation där vi går mot en ökad globalisering. De underströk att konventionen är tillämplig också i förhållande till underleverantörer och inom andra led i kedjor av avtalsparter. Den är också enkel och logiskt uppbyggd och kan lätt moderniseras och anpassas till ändrade realiteter för att effektivt skydda arbetstagarnas rättigheter också i framtiden, menade arbetstagersidan.

Många regeringar, bl.a. den danska och den norska, stödde en fortsatt tillämpning av konventionen, särskilt med tanke på de möjligheter den erbjuder i en globaliserad värld.

Slutsatsen av diskussionen under arbetskonferensen blev att en överväldigande majoritet av regeringar och arbetstagarrepresentanter hade betonat att konventionen fortfarande är relevant och att vidare utredningar i frågan var önskvärda.

### **6.3.6 Målet Ruffert**

Målet Ruffert, i vilket EU-domstolen kom med ett förhandsavgörande 2008, gällde frågan om en tysk delstatlig lag som byggde på samma princip som ILO:s konvention 94, var förenlig med EU-rätten.

Den omstridda lagen var delstaten Niedersachsens lag om offentlig upphandling (*Landesvergabegesetz Nds.*) som innehöll bestämmelser om upphandlingar där värdet uppgick till minst 10 000 euro. I ingressen till lagen angavs följande:

*”Lagen är till för att hindra att konkurrensen snedvrids inom byggsektorn och den lokala kollektivtrafiken, genom att lågavlönade arbetstagare utför tjänsterna, och för att mildra trycket på de sociala trygghetssystemen. Därför får upphandlande myndigheter vid offentlig upphandling av byggtreprenader och lokal kollektivtrafik endast sluta avtal med företag som betalar sina arbetstagare samma lön som gäller enligt kollektivavtal på orten där tjänsten utförs.”*

Paragraf 3.1 hade rubriken ”Åtagande att följa kollektivavtal” och löd:

*”Byggentreprenadavtal får endast slutas med företag som skriftligen åtagit sig att minst betala sina arbetstagare som utför dessa tjänster samma lön som gäller enligt kollektivavtal på orten där tjänsterna utförs vid den tidpunkt då dessa utförs. Med byggentreprenad enligt första meningen ovan avses tjänster som rör huvudentreprenaden och underentreprenader. Första meningen gäller också för offentlig upphandling av tjänster inom den lokala kollektivtrafiken.”*

Hösten 2003 hade delstaten tilldelat företaget Objekt und Bauregie ett bygg- och anläggningskontrakt. Kontraktet innehöll ett åtagande att betala de arbetstagare som anställdes på byggarbetsplatsen minst samma lön som gällde på orten där tjänsten utfördes enligt kollektivavtalet för offentliga bygg- och anläggningsarbeten.

Objekt und Bauregie anlätade i sin tur ett företag i Polen som underentreprenör. Efter en tid hävde delstaten entreprenadavtalet med Objekt und Bauregie med motiveringen att företaget hade åsidosatt åtagandet att tillämpa kollektivavtalet. Den polska underentreprenören hade bara betalat sina anställda knappt hälften av den föreskrivna minimilönen.

När delstaten kvittade det avtalsvite som den ansåg sig ha rätt till mot ersättningen till Objekt und Bauregie för det arbete som redan hade utförts uppstod tvist mellan dem (Rüffert, som gett namn åt målet, var förvaltare av konkursboet efter Objekt und Bauregie). Den tyska domstolen ansåg att utgången i målet var beroende av en tolkning av artikel 49 EG (nu artikel 56 FEUF) och ställde följande fråga till EU-domstolen:

*”Innebär det en omotiverad inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster enligt EG-fördraget att en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling av byggentreprenader enligt lag endast får anta anbud från företag som i sina anbud skriftligen åtar sig att för utförandet av de aktuella tjänsterna betala sina arbetstagare minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den ort där tjänsterna utförs?”*

EU-domstolen besvarade frågan genom att läsa utstationeringsdirektivet mot bakgrund av artikel 49 (artikel 56 FEUF). Den kom då fram till att delstatens lagstiftning inte i direktivets mening var en sådan lagstiftning



som fastställer minimilöner som är bindande för en tjänsteleverantör vid utstationering av arbetstagare. Lagstiftningen förklarade inte heller kollektivavtalet allmänt bindande och regleringen gällde endast en del av branschen, nämligen offentliga kontrakt. Och eftersom Tyskland har ett nationellt system för att förklara kollektivavtal allmängiltiga kan delstaterna inte kräva att tjänsteleverantörer från andra medlemsländer tillämpar icke allmängiltiga kollektivavtal. EU-domstolen tolkade därmed artikel 3.7 i direktivet, som säger att direktivet inte ska hindra tillämpning av arbets- och anställningsvillkor som är förmånligare för arbetstagarna, ytterst snävt. Sammanfattningsvis kom domstolen fram till att en medlemsstat inte kan ha en sådan lagstiftning som den i Niedersachsen, att gälla för en privat kontraktspart i offentlig upphandling.

Domstolens argumentation kan ifrågasättas utifrån syftet med EU:s socialpolitiska lagstiftning. Dessa syften finns stadgade i artikel 3 EU i kombination med artikel 151 FEUF. Enligt den förra ska EU vara ”en social marknadsekonomi...där full sysselsättning och sociala framsteg eftersträvas”. Enligt den senare är ett av EU:s mål ”att förbättra levnads- och arbetsvillkor och därigenom möjliggöra en harmonisering samtidigt som förbättringarna bibehålls,”. Här talas uttryckligen om en ”harmonisering” till det bättre eller uppåt. Även om man eventuellt kan uppfatta artikel 151 som i första hand programmatisk, har domstolen själv gjort klart att stadgandet har en rättslig betydelse genom att konstatera att de socialpolitiska målsättningarna som inskrivits i artikeln har en klar tolkningsrelevans eller som domstolen uttrycker det: “constitute an important aid, in particular for the interpretation of other provisions of the treaty and of secondary community legislation in the social field.”<sup>211</sup>

EU-domstolens dom är i flera hänseenden problematisk från en rättslig synpunkt. Här är dock avsikten inte att gå in på en generell diskussion om konklusionerna i domslutet, utan endast att diskutera dess relevans med tanke på frågor om offentlig upphandling och ILO:s konvention 94. Det kan dock framhållas att lönenivåerna i målet Rüffert, i motsats till vad som var fallet i målet Laval<sup>212</sup>, var transparenta och lätta att förutse redan när kontraktet ingicks. Det står också klart att lagstiftningen var giltig för tyska företag som deltog i offentlig upphandling och utförde arbete

---

<sup>211</sup> Mål 126/86, Zaera p 14.

<sup>212</sup> Mål C-341/05, Laval.

i Niedersachsen. Domen i målet Rüffert är därför enligt vår uppfattning den första där EU-domstolen inte förutsätter att konkurrens ska ske på lika villkor mellan inhemska och utländska tjänsteleverantörer, utan tvärtom föreskriver att utländska företag ska ges en konkurrensfördel genom att de tillåts betala lägre löner än vad inhemska företag ska betala enligt den lag som refererar till kollektivavtalen i branschen.

### **6.3.7 ILO 94 och fallet Rüffert**

Delstatslagstiftningen i Niedersachsen följer till punkt och pricka den skyldighet som ILO:s konvention 94 föreskriver för de stater som har ratificerat konventionen. Men Tyskland har inte ratificerat den, vilket kan vara den formella orsaken till att varken generaladvokaten i sitt utlåtande eller EU-domstolen i sitt domslut med ett enda ord berör frågan om konventionen.

Konventionen har dock ratificerats av ett ansevärt antal andra medlemsstater i EU: Förenade Kungariket (1950, men som ovan framgick sades ratifikationen upp 1982), Finland (1951), Frankrike (1951), Österrike (1951), Belgien (1952), Nederländerna (1952), Italien (1952), Danmark (1955), Spanien (1971) och bland de nya medlemsstaterna har åtminstone Bulgarien (1955) och Cypern (1960). Också Norge, medlemsstat i EES-avtalet har ratificerat konventionen.

Mot denna bakgrund är EU-domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet i fallet Rüffert remarkabel. Både då utstationeringsdirektivet antogs och implementerades hävdade Europeiska kommissionen entydigt att det inte förelåg någon konflikt mellan direktivet och konvention 94. Som vi kommer att beskriva längre fram förefaller det som om situationen efter Rüffert blir att rättsläget är olika i skilda medlemsstater. De medlemsstater, som har ratificerat konventionen innan de blev bundna av gemenskapsfördraget, kan i enlighet med artikel 351 FEUF fortsätta att tillämpa den åtminstone under en relativt lång övergångsperiod tills de eventuellt kan frigöra sig från konventionen genom att säga upp den.

Vid första påseendet kan det eventuellt förefalla som om följderna av Rüffert-domen kommer att bli begränsade. Den har inga verkningar på rent nationell offentlig upphandling då ingen gränsöverskridande utstationering av arbetstagare förekommer. I praktiken gick det dock inte att bevara den rådande tyska lagstiftningen efter detta domslut. Tillämpningsområdet för

en rent nationell upphandling är numera ytterst begränsat, upphandlingen måste i allmänhet vara öppen också för utländska anbudsgivare. Det hade visserligen i teorin varit tänkbart att tillämpa så kallad omvänd diskriminering och ställa strängare krav på tyska företag än på andra i samband med offentlig upphandling. I praktiken är detta rättsligt tveksamt och politiskt ohållbart. Därför har lagstiftningen i Niedersachsen och liknande lagar i andra delstater reviderats efter EU-domstolens dom i Rüffert-målet.<sup>213</sup>

Utgångspunkten för regleringen av offentlig upphandling inom Europeiska unionen är som ovan framgått att medlemsstaterna fritt ska kunna bestämma hur höga krav de ska ställa, inklusive hur höga löner som ska gälla under förutsättning att de iakttar principen om lika behandling och förbudet mot diskriminering av utländska tjänsteleverantörer. Denna utgångspunkt harmonierar väl med ILO 94. Domen i Rüffert-målet förefaller ha ändrat på detta. På arbete som utförs av utstationerade arbetstagare ska gällande lagstiftning i delstaten inte tillämpas. Detta är inte endast svårt att förena med konvention 94 det står också i ett uppenbart motsatsförhållande till de utgångspunkter som låg till grund för reformarbetet då upphandlingsdirektiven reviderades. Då debatten om de nya direktiven fördes under början av 2000-talet utfärdade Europeiska kommissionen ett tolkningsmeddelande där den presenterade utgångspunkterna för regleringen av offentlig upphandling med följande ord:<sup>214</sup>

*”Generellt får upphandlande myndigheter, vid fastställandet av det som skall upphandlas, fritt välja sådana varor, tjänster eller arbeten, inklusive genom att använda sig av alternativa anbud, vilka motsvarar deras socialpolitiska prioriteringar, förutsatt att detta val inte leder till att tillgängligheten till upphandlingen begränsas och anbudsgivare från andra medlemsstater missgynnas.”*

---

<sup>213</sup> Se ovan avsnitt 5.4.2

<sup>214</sup> KOM (2001) 566.

### 6.3.8 Rättsliga konsekvenser <sup>215</sup>

Om vår slutsats ovan är riktig och det föreligger en spänning mellan ILO 94 och Ruffert uppstår naturligtvis frågan vad detta innebär och hur konflikten eventuellt kan lösas? Frågan bör besvaras med beaktande av att Ruffert primärt handlade om utstationering och inte om upphandling.

En rättslig kollision mellan ILO-konventionerna och unionsrätten regleras av artikel 351 i Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt. Enligt denna artikel ska rättigheter och skyldigheter som grundar sig på konventioner som ingåtts före den 1 januari 1958 eller för stater som senare anslutit sig, före datum för deras anslutning, mellan en eller flera medlemsstater å ena sidan och en eller flera tredje länder å den andra inte påverkas av bestämmelserna i fördragen. Det innebär att fördraget löser potentiella konflikter mellan EU:s fördrag och konventioner som medlemsstaterna ingått tidigare i enlighet med allmänna folkrättsliga principer.<sup>216</sup>

ILO:s konvention 94 har som ovan framgick ratificerats av en lång rad medlemsländer innan de anslöt sig till EU. Konventionen bör därför anses vara en tidigare ingången konvention i den mening som avses i artikel 351 FEUF med den följden att nämnda medlemsstater inte kan påstås bryta mot unionsrätten då de uppfyller sina skyldigheter enligt ILO-konventionen, även om dessa skyldigheter i och för sig skulle strida mot unionsrätten.

Det förhåller sig dock även så att medlemsstaterna enligt andra stycket i artikel 351 FEUF är skyldiga att vidta alla lämpliga mått och steg för att eliminera de konflikter som uppstått om de är bundna vid avtal som inte är förenliga med unionsrätten. Det betyder att dessa medlemsstater exempelvis är skyldiga att verka för en revision av ifrågavarande konvention i syfte att få den att överensstämma med unionsrätten. Om detta misslyckas eller är ineffektivt ska medlemsstaterna i andra hand säga upp, återta eller suspendera ratifikationen av konventionen. Om det är möjligt att säga upp konventionen är en sådan åtgärd tillräcklig för att medlemsstaten ska anses ha uppfyllt sina åtaganden.<sup>217</sup>

---

<sup>215</sup> Resonemangen i detta avsnitt bygger på en artikel av Niklas Bruun, Antoine Jacobs & Marlene Schmidt vilken kommer att publiceras i den engelskspråkiga tidskriften *Transfer* hösten 2010.

<sup>216</sup> Eeckhout (2004), s 338 ff.

<sup>217</sup> Mål C-84/98 Kommissionen mot Portugal, p. 55 – 58.

En dylik händelse inträffade år 1991, då EU-domstolen krävde att medlemsstaterna skulle säga upp ILO-konventionen Nr. 89, eftersom domstolen ansåg att det förbud mot nattarbete för kvinnor som konventionen föreskrev var oförenligt med EU:s jämställdhetsdirektivet 76/207/EEG.<sup>218</sup>

Artikel 14 i konvention 94 ger medlemsstaterna en rätt att säga upp konventionen. Varje medlemsstat som har ratificerat den, kan säga upp den efter att tio år har förflutit sedan den trädde i kraft. Uppsägningen får effekt ett år efter att den har registrerats. ILO-konventionen 94 trädde i kraft den 20 september 1952, så den första möjligheten att säga upp den förelåg den 20 september 1962. Medlemsstater som valde att inte utnyttja denna möjlighet förblev bundna för ytterligare tio år. Därefter uppstod ett nytt tillfälle till uppsägning, och på så sätt återkommer möjligheten att säga upp konventionen var tionde år.

Bland de medlemsstater som har ratificerat konvention 94 är det fram till i dag endast Förenade kungariket som har utnyttjat sin rätt att säga upp den. Det skedde år 1982. För alla andra medlemsstater som är bundna vid konventionen är nästa tillfälle för uppsägning den 20 september 2012. En stat som missar det tillfället blir bunden för ytterligare elva år, dvs. fram till den 20 september 2022 plus ytterligare ett års uppsägningstid.

En medlemsstats skyldighet att säga upp en konvention uppstår först då konflikten mellan unionsrätten och den internationella förpliktelsen har blivit uppenbar. Det är inte helt entydigt när man ska anse att konflikten blivit uppenbar, men ett klart ställningstagande i frågan från EU-domstolen är ett väl etablerat kriterium för att en sådan konflikt existerar.<sup>219</sup> I målet Ruffert berördes överhuvudtaget inte frågan om förhållandet mellan konvention 94 och EU-rätten. Det finns därför än så länge inget klart ställningstagande som belägger att konflikten mellan unionsrätten och konventionen är av en så allvarlig natur att den endast kan lösas genom att medlemsstaterna uppsäger konventionen. Tillsvidare finns alltså inte någon skyldighet för medlemsstaterna att säga upp den. Situationen kan bli en annan om EU-domstolen klart tar ställning i frågan.

---

<sup>218</sup> Mål C-345/89 Stoeckel, ECR 1991, p. I-4047; mål C-158/91 Levy, ECR 1993, p. I-4300.

<sup>219</sup> Se mål C- 203/03 Kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-935.

### **6.3.9 Var finns spänningarna mellan ILO 94 och unionsrätten?**

Utifrån målet Rüffert står det klart att spänningen mellan konvention 94 och unionsrätten framförallt gäller tolkningen av utstationeringsdirektivet men också frågan om vilket innehåll som ges den fördragsfästa rätten till fri rörlighet för tjänster enligt artikel 56 FEUF.

För det första föreligger en uppenbar spänning mellan Rüffert och ILO-konventionen. Detta framgår relativt klart vid av sakskalet 21 – 35 i domen, särskilt 33. Här sägs:

*”Vad gäller de områden som anges i artikel 3.1 första stycket a–g, föreskrivs i direktiv 96/71 nämligen uttryckligen vilken skyddsnivå som värdmedlemsstaten får kräva att företag som är etablerade i andra medlemsstater ska iaktta i förhållande till de arbetstagare som de utstationerar inom värdmedlemsstatens territorium.. ”*

Av artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet som domstolen refererar till följer att det ska vara arbets- och anställningsvillkor som är fastställda i bestämmelser i lagar eller andra författningar, och/eller i kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet. Den skyddsnivå som ska garanteras arbetstagare som utstationeras inom värdmedlemsstatens territorium är, enligt EU-domstolen, ”således i princip begränsad till den skyddsnivå som föreskrivs i artikel 3.1 första stycket a–g i direktiv 96/71, såvida inte arbetstagarna redan har förmånligare arbets- och anställningsvillkor på de områden som anges i denna bestämmelse enligt lag eller kollektivavtal i ursprungsmedlemsstaten.”

Kollektivavtalet för byggnadssektorn som i enlighet med lagen om offentlig upphandling i Niedersachsen blev bindande för varje avtalspart uppfyllde inte dessa villkor. Orsakerna var primärt två: För det första var kollektivavtalet inte generellt tillämpligt på all byggnadsverksamhet inom Niedersachsen, utan endast på den verksamhet som sker inom ramen för den offentliga sektorn och offentlig upphandling. För det andra hade kollektivavtalet som sådant inte allmängiltigt förklarats genom lagbestämmelser i den mening som avses i direktivets artikel 3.1.

Skillnaden mellan utstationeringsdirektivet och ILO-konventionen är att den sistnämnda uttryckligen ska tillämpas endast på offentliga kontrakt och inom den offentliga sektorn. ILO kräver alltså en särreglering och

att medlemsstaten alltid garanterar att den lokala lönenivån tillämpas på upphandlingskontrakt med myndighet som part. Enligt konventionen gäller detta oavsett om det kollektivavtal som reglerar lönenivån är allmängiltigt eller ej. I vissa konkreta situationer förbjuder alltså utstationeringsdirektivet det som ILO-konventionen kräver. Men i målet Rüffert förelåg inte denna konflikt, eftersom Tyskland som framgått inte har ratificerat ILO:s konvention 94.

För det andra kan det finnas en spänning mellan konvention 94 och EU:s fördragsfästa krav på fri rörlighet för tjänster. Utgångspunkten för EU-domstolens överväganden när det gäller den fria rörligheten för tjänster i målet Rüffert är att ett krav på att utländska tjänsteleverantörer måste tillämpa minimilöner i ett lokalt kollektivavtal kan utgöra en ekonomisk börda på dessa tjänsteleverantörer, som kan göra det mindre attraktivt för dem att åta sig dylika tjänster.<sup>220</sup>

Artikel 56 FEUF innebär att medlemsstaterna måste avskaffa all form av diskriminering på grund av nationalitet gentemot personer som tillhandahåller tjänster och som är etablerade i en annan medlemsstat. Enligt fast rättspraxis innebär den också en skyldighet för medlemsstaterna att avskaffa varje inskränkning – även sådana som påverkar inhemska leverantörer och leverantörer från andra medlemsländer lika – som förbjuder, hindrar eller gör det mindre tilltalande för en utländsk leverantör att i ett medlemsland bedriva tjänster som han lagligen bedriver i det land där han är etablerad. I och för sig strider inte varje sådan inskränkning av den fria rörligheten mot artikel 56. Medlemsstaterna får anta regler eller vidta andra åtgärder som utgör hinder mot den fria rörligheten för tjänster om dessa kan motiveras med tvingande hänsyn av allmänintresse (overriding requirements relating to the public interest). Förutsättningen är att inskränkningen dessutom är ägnad att säkerställa förverkligandet av det syfte som eftersträvas, att den inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta syfte (proportionalitetsprincipen) samt att det intresset inte redan är tillgodosett i ursprungslandet.

Den intressanta frågan här är om de begränsningar som härrör från ILO:s konvention 94 kan motiveras med tvingande hänsyn av allmänintresse. EU-domstolens resonemang i målet Rüffert förefaller antyda att det inte

---

<sup>220</sup> Mål C-346/06 Rüffert, p. 37.

kan vara så, eftersom utstationeringsdirektivet uttryckligen tolkas i ljuset av fördragets artiklar om fri rörlighet för tjänster, ”genom en läsning av direktivet mot bakgrund av artikel 49 EG”: EU-domstolen hänvisade till att en sådan åtgärd som den som målet gällde kan utgöra en inskränkning i den mening som avses i artikel 56.<sup>221</sup> Vidare konstaterade den att en sådan åtgärd inte kan anses vara motiverad av målet att skydda arbetstagarna. Den kan inte heller enligt domstolen vara motiverad av målet att skydda den självständiga organisationen av yrkeslivet genom fackföreningar.<sup>222</sup>

Det är naturligtvis tänkbart att EU-domstolen skulle kunna komma till ett annat resultat om den väger in ILO-konventionen i resonemanget, men igen är motsättningen mellan konventionen och domstolens tolkningslinje uppenbar.

### **6.3.10 Kan konflikten mellan ILO 94 och unionsrätten lösas?**

EU-domstolen har tenderat att lösa konflikten mellan grundläggande ekonomiska friheter inom unionen och grundläggande rättigheter (rätten till fackliga stridsåtgärder) genom att ställa upp restriktioner för de grundläggande rättigheterna. Detta har påtalats av många rättsvetare som diskuterat domarna i målen Viking och Laval. Detta förklarar också varför domstolen i Rüffert-målet ägnar endast en kort bisats åt frågan om begränsningen av den fria rörligheten för tjänster skulle kunna motiveras av kollektivavtalsautonomin eller kollektivavtalsprincipen. Om man tar även rätten till kollektiva förhandlingar seriöst kräver avvägningen eller balanseringen mellan grundläggande rättigheter och ekonomiska friheter inom EU en grundligare och mångsidigare analys.

Inom ramen för ett sådant analys skulle man också kunna överbygga konflikten mellan ILO-konventionen och unionsrätten. Utgångspunkten kunde vara EU-domstolens skyldighet enligt artikel 351 FEUF. Denna skyldighet kan också härledas från artikel 53 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna, som nu är bindande, samt från artikel 3.5 i det nya EU-fördraget.

---

<sup>221</sup> P. 39.

<sup>222</sup> P. 41.



EU-domstolen har nämligen från artikel 351 FEUF härlett en underförstådd skyldighet för unionen att försöka påverka medlemsstaternas i deras uppfyllandet av förpliktelser som härstammar från tidigare internationella överenskommelser. Utan en sådan policy kan målet med artikel 351 inte uppnås.<sup>223</sup> I detta hänseende har alla unionens institutioner en skyldighet att inom ramen för vad som är rättsligt möjligt försöka motverka en konflikt mellan EU-rätten och medlemsstaternas äldre åtaganden, genom att tillämpa en folkrättsvänlig tolkning av EU-rätten och i sista hand, då detta inte är möjligt, tolerera att en medlemsstat vidmakthåller en lagstiftning som under normala omständigheter skulle anses strida mot EU-rätten.

Unionsrätten kan beakta denna skyldighet att tillämpa folkrättsvänliga tolkningar bl.a. genom att ta hänsyn till existerande ILO-konventioner. ILO-standarden bildar bakgrund och/eller komplement till unionsrätten på ett flertal områden som gäller fackliga grundrättigheter, kollektiva förhandlingar eller föreningsfrihetsfrågor.

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna är numer bindande för EU:s institutioner och därmed också EU-domstolen. Artikel 21 i stadgan garanterar principen om icke-diskriminering inom unionen, artikel 28 förhandlingsrätten och rätt till kollektiva åtgärder medan artikel 53 konstaterar att ingen bestämmelse i stadgan får tolkas som att den inskränker eller inkräktar på de mänskliga rättigheter och grundläggande friheter som inom respektive tillämpningsområde erkänns i unionsrätten, internationell rätt och de internationella konventioner i vilka unionen eller samtliga medlemsstater är parter. Även om alltså ILO-konventionen 94 i sig själv inte garanterar en grundläggande rättighet är den ägnad att på konstitutionell nivå garantera de grundläggande rättigheter som ingår i artiklarna 21 och 28 i stadgan. Då EU-domstolen gör avvägningen om inskränkningen i den fria rörligheten för tjänster kan motiveras av tvingande hänsyn av allmänintresse bör den beakta att konvention 94 stöder upprätthållande av grundläggande rättigheter i arbetslivet, vilka har kodifierats i artiklarna 21 och 28 i Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna.

---

<sup>223</sup> Mål 812/79 Burgoa, ECR 1980, p. 2787, para. 9; C-158/91 Levy. Se även Macleod, Hendry & Hyett, (1996), s. 230-231.

Termen ”internationell rätt” i artikel 53 i stadgan inbegriper även internationell sedvanerätt. Oberoende av om internationell sedvanerätt omfattar grundläggande rättigheter i arbetslivet eller inte, står det klart att dessa omfattas av internationella konventioner som ratificerats av samtliga medlemsländer. Också ILO:s konvention 94 bör uppfattas som en del av den internationella sedvanerätten enligt gällande praxis i EU-domstolen.<sup>224</sup> Den utgår nämligen från att en internationell konvention kan ingå i sedvanerätten, då alla medlemsländer varit delaktiga vid dess tillkomst av, alla länder behöver inte nödvändigtvis ha ratificerat den.

Avslutningsvis kan ännu påpekas att kravet på en folkrättsvänlig tolkning även kan härledas från artikel 3.5 i det nya fördraget om Europeiska unionen. Där sägs att unionen ska bidra till en ”strikt efterlevnad och utveckling av internationell rätt”.

### **6.3.11 Sammanfattning**

Målet Ruffert utgör en bra illustration på EU-domstolens ovilja att beakta nationella särdrag som hänger ihop med kollektivavtalsverksamheten i enskilda medlemsstater. I praktiken förefaller principer om subsidiaritet, kollektivavtalsautonomi för arbetsmarknadsparterna och grundläggande fackliga rättigheter (föreningsrätt och förhandlingsrätt) väga rätt tunt i utstationeringssituationer. I detta hänseende följer domstolen samma linje i Ruffert-målet som den företrädde i Laval-målet, där den visserligen erkände att Sverige har rätt att välja vilken avtalsmodell som Sverige önskar, men samtidigt ställde upp en rad villkor som underminerar och försvårar ett upprätthållande av modellen.

Målet Ruffert har skapat förvirring, brist på rättslig förutsebarhet och eventuellt en situation där olika regler ska tillämpas i skilda länder beroende på om de ratificerat ILO-konventionen 94. Även om det är tänkbart att EU-domstolen genom en nytolkning skulle kunna klarlägga rättsläget förefaller det rimligt att utstationeringsdirektivet, som det tolkats i ljuset av artikel 56 FEUF, borde revideras i syfte att tydligt harmoniseras med konventionen.

En revidering av utstationeringsdirektivet skulle lätt kunna genomföras

---

<sup>224</sup> Besselink (1998).

genom att man i direktivet anger att lönenivåer som är tydligt definierade i kollektivavtal för en särskild sektor, på nationell nivå eller delstatsnivå, ska kunna utgöra den lägsta nivå som utländska tjänsteleverantörer måste tillämpa i utstationeringssituationer. I föreliggande fall har det faktum att Tyskland är ett stort land med varierande lönenivåer i skilda delstater lett till att utländska företag i många fall kan komma undan med att betala sina arbetstagare löner långt under den minimilön som gäller på orten. Dessutom vägrade EU-domstolen att erkänna den offentliga sektorns särskilda karaktär som uppdragsgivare i samband med offentlig upphandling. Detta är förvånansvärt, då ju hela den omfattande EU-regleringen av offentlig upphandling i själva verket innebär ett ställningstagande till förmån för att särskild reglering och särskilda krav kan tillämpas inom den offentliga sektorn. Det hade därför bara varit konsekvent om EU-domstolen hade godtagit att den offentliga sektorn kan ses som en särskild "sektor" vid tolkning av utstationeringsdirektivets artikel 3.8. Detta skulle nu i stället kunna klargöras i direktivets text.

Det är viktigt att EU:s medlemsstater behandlas lika såtillvida att alla borde tillerkännas rätten att, om de så önskar, ratificera ILO:s konvention 94 och att nationellt utveckla de principer som den bygger på.

Också Europeiska kommissionen tycks anse det viktigt att medlemsstaterna kan medverka i ILO-samarbetet. Kommissionens ställningstagande i dess sociala agenda från 2008 är ett tecken på detta. Här uppmanar kommissionen alla medlemsstater att ratificera och implementera sådana ILO-konventioner som organisationen själv har klassificerat som moderna/uppdaterade (up-to-date).<sup>225</sup> ILO har redan tidigare slagit fast att konvention 94 hör till dessa konventioner.

En rimlig åtgärd vore att revidera upphandlingsdirektiven, både det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet, med syfte att göra villkoren i artikel 2 i ILO-konventionen till en del av det normala upphandlingsförfarandet inom EU.

I varje fall måste omprövningen inom EU leda fram till en ny syn på förhållandet mellan grundläggande rättigheter och grundläggande ekonomiska friheter.

---

<sup>225</sup> KOM (2008) 412.

## **7 NÅGRA TYPFALL**

### **7.1 Krav på löner och minimiarbetsvillkor**

#### **7.1.1 Inledning**

I vilken utsträckning är det då möjligt för upphandlande myndigheter i Sverige att stipulera vilka löner som ska betalas inom kontraktets ram och vilka arbetsvillkor som ska tillämpas? Frågan kan gälla såväl villkor för anställda hos den upphandlande myndighetens avtalspart som hos de underentreprenörer som kan komma till användning.

Utgångspunkten är naturligtvis att man i förfrågningsunderlaget eller meddelandet om upphandling kan ange vilka krav som gäller för arbetsförhållandena; det framgår uttryckligen av såväl EU:s upphandlingsdirektiv som av de svenska upphandlingslagarna. Allmänt taget uppfattas detta som informativt och ändamålsenligt. Särskilt när det handlar om krav som följer av lag eller förordning (eller internationella avtal) och som är bindande för alla, är detta i allmänhet inte kontroversiellt.

#### **7.1.2 Krav på villkor enligt kollektivavtal**

Sverige har valt att inte ratificera ILO:s konvention 94. Ursprungligen rådde enighet mellan arbetsmarknadens parter om att det inte behövdes, eftersom de intressen som konventionen ska ta tillvara redan garanterades av det svenska kollektivavtalssystemet.<sup>226</sup> Beslutet att inte ratificera, som togs 1950, byggde givetvis på rent nationella överväganden. På senare år har de fackliga organisationerna ändrat uppfattning och frågan har varit aktuell inte minst i utredningarna om offentlig upphandling.

Trots att Sverige alltså inte förbundit sig att tillämpa konventionen har det varit en utbredd praxis bland svenska myndigheter att ställa som villkor att leverantörer betalar lön enligt gällande kollektivavtal. När det gäller kontrakt som fullgörs av utländska företag med utstationerade arbetstagare är Sverige emellertid bundet av EU-domstolens praxis, vilket snart kommer att avspeglas i den nya lagstiftning som förbereds med anledning av Laval-domen.<sup>227</sup> Den innebär, enligt regeringens proposition, att de fackliga

---

<sup>226</sup> Se Ahlberg (2008).

<sup>227</sup> Prop 2009/10:48.

organisationerna – om de avser att vidta stridsåtgärder – enbart kan kräva att dessa utländska tjänsteleverantörer betalar minimilöner som är tydligt definierade i rikstäckande kollektivavtal. Om den utländska leverantören är beredd att teckna ett svenskt kollektivavtal utan påtryckningar i form av stridsåtgärder finns givetvis inga sådana begränsningar. Detta sker också ofta. Också ett utländskt företag som väljer att anställa svensk arbetskraft i Sverige blir därmed som regel tvunget att betala gängse lön enligt kollektivavtalet. Men lönerna regleras alltså i detta fall utanför upphandlingsproceduren.

Vilka konsekvenser får då detta för myndigheternas upphandling?

För det första torde det vara fullt gångbart att i förfrågningsunderlaget upplysa om vilka kollektivavtal som gäller i branschen. Om myndigheten väljer att ange ett konkret lönebelopp är det antagligen svårgenomförbart att ange annat än minimilönen i förfrågningsunderlaget, eftersom facket inte kan ställa lika långt gående krav avseende kollektivavtal och lönenivåer på utländska leverantörer som på inhemska. Det paradoxala resultatet tycks bli att förfrågningsunderlaget för de flesta anbudsgivare blir mindre transparent än om man kunde ange den gängse lönenivån på orten.

För det andra finns det, enligt vår mening, inget som hindrar att myndigheten ställer som villkor för fullgörande av kontraktet att leverantören och eventuella underleverantörer betalar åtminstone minimilön som är tydligt definierad i rikstäckande kollektivavtal, dvs. kollektivavtal som uppfyller kraven i den reviderade utstationeringslagen. Vi är osäkra på i vilken mån sådana kollektivavtal existerar idag, men det förefaller rimligt att anta att avtalen för branscher som är utsatta för utländsk konkurrens kommer att anpassas efter de nya förutsättningarna. Vid upphandling av tjänster i branscher där det inte finns något kollektivavtal som uppfyller dessa villkor kan myndigheten inte ställa några krav på vilken lön leverantören ska betala sina anställda.

### **7.1.3 Krav på avtalsbundenhet**

En annan fråga är om det är möjligt att i samband med offentlig upphandling ställa krav på att entreprenören är bunden av tillämpligt kollektivavtal. Detta är en kontroversiell fråga och det finns flera exempel från svensk

rättspraxis på att sådana krav har underkänts, dock veterligen inte från högsta instans.<sup>228</sup>

Länsrätten i Hallands län upphävde t.ex. kommunfullmäktiges beslut enligt vilket alla leverantörer som deltar i anbudsgivning ska ha tecknat kollektivavtal med någon facklig organisation. Domstolen hänvisade särskilt till EU-rätten och kommissionens tolkningsmeddelande och menade att beslutet stred mot lagen om offentlig upphandling.<sup>229</sup>

Från EU-rättsligt perspektiv och också med beaktande av den europeiska konventionen om mänskliga rättigheter finns det flera problem med sådana krav. Arbetsgivarens negativa föreningsfrihet skyddar en anbudsgivare från ett krav på att han skall vara ansluten till en arbetsgivarorganisation. Ett krav på kollektivavtalsbundenhet kan lätt uppfattas som ett brott mot den negativa föreningsfriheten, det är ju något problematiskt att tvingas iakttä villkoren i kollektivavtalet utan att som medlem i den avtalsslutande arbetsgivarorganisationen kunna påverka avtalets innehåll.

Vad myndigheten möjligen skulle kunna kräva, om man enbart ser till arbetsgivarnas föreningsfrihet, är att leverantören tecknar ett så kallat hängavtal.<sup>230</sup> Frågan är dock om man kan ställa som villkor vid offentlig upphandling att den som får kontraktet ska ingå ett avtal med tredje part. Skälet är att det också beror på motpartens agerande om ett hängavtal ska komma till stånd, och det kan inte uteslutas att en fackförening i ett sådant här sammanhang skulle vilja gynna vissa företag, medan förhandlingarna med andra drar ut på tiden. Det är dessutom ett principiellt problem med kontraheringstvång eller avtalsplikt, som ju är främmande för svenskt rättssystem och svensk arbetsmarknad.

Slutsatsen blir alltså att krav på kollektivavtalsbundenhet knappast kan ställas av offentlig myndighet vid upphandling.

---

<sup>228</sup> Se Kammarrätten i Stockholm, dom 1995-03-28, mål nr 1713-19995, där domstolen fann att kravet på kollektivavtalsbundenhet missgynnade vissa leverantörer, nämligen de som inte tecknat kollektivavtal.

<sup>229</sup> Se närmare Länsrätten i Hallands län, dom 2006-01-16, mål nr. 2434-05 E. Se även Länsrätten i Skåne län mål 5538-09 E.

<sup>230</sup> Denna fråga har prövats av Europadomstolen i Gustafsson-målet. Europadomstolens dom av den 25 april 1996 (18/1995/524/610). För en analys av domen se t ex Herzfeld Olsson (1997-98) och Agell, (1999).

Slutligen är det skäl att understryka att det naturligtvis står den fackliga organisationen fritt att kräva avtalsrelationer med den entreprenör som vunnit en anbudstävlan och att det står de anställda fritt att i detta syfte vidta eventuella påtryckningsåtgärder. Förutsättningarna för användning av dessa regleras närmare i den arbetsrättsliga lagstiftningen.

## **7.2 Arbetsmiljökrav**

Många stora upphandlingar rör riskfyllda arbeten, bl.a. byggnads- och anläggningsarbeten, med otaliga entreprenörer inblandade, där det både är särskilt svårt att förebygga risker och där ett bristfälligt arbetsmiljöarbete kan få särskilt allvarliga och till och med irreparabla följder. Att utgångspunkten för såväl EU-regleringen som för den svenska lagstiftningen är att konkurrensen om de offentliga kontrakten inte ska ske på bekostnad av arbetstagares hälsa och säkerhet lär inte kunna ifrågasättas. Frågan är i stället på vilket sätt de upphandlande myndigheterna kan se till att detta inte sker.

I samband med att de nya upphandlingsdirektiven implementerades i Sverige fördes en diskussion om möjligheten att skärpa myndigheternas skyldighet att i förfrågningsunderlaget informera om de arbetsmiljökrav upphandlingen omfattar.<sup>231</sup> Avsikten var inte att skapa nya materiella arbetsmiljöförpliktelser – utöver vad som gäller enligt lag och avtal i branschen – för den entreprenör som får ett kontrakt. Förslaget, som inte ledde till lagstiftningsåtgärder, syftade endast till att skapa en skyldighet för den som utformar förfrågningsunderlaget att redan före kontraktets ingående tydliggöra och informera om de åtaganden som gäller och de arbetsmiljörisker beställaren/uppdragsgivaren kan besitta kunskap om.

Det råder ingen tvekan om att det är möjligt för en upphandlande myndighet att hänvisa till tillämpliga nationella arbetsmiljöregler i förfrågningsunderlaget och dessutom ange var närmare information om dessa kan erhållas. Ett sådant förfarande kan dessutom göras tvingande med stöd av lag om medlemsstaten så önskar.

Det står vidare klart att Arbetsmiljölagen (1977:1160) är tvingande för allt

---

<sup>231</sup> Se SOU 2007:43, se även bilaga 3.

arbete som utförs på svenskt territorium.<sup>232</sup> På upphandlade byggentreprenader eller tjänster där kontraktet förverkligas i Sverige tillämpas alltså svensk rätt. Detta är ostridigt även i situationer där utländska företag utstationerar sina anställda till Sverige för att här fullgöra sina kontraktuella åtaganden. I lagen om utstationering av arbetstagare (1999:678) § 5 anges uttryckligen att ”vid utstationering gäller även bestämmelserna.... i arbetsmiljölagen”.

Mot denna bakgrund frågade man sig om den svenska lagstiftaren skulle kunna gå ett steg längre än vad som förutsätts enligt de direktiven, dvs. om det finns några hinder mot att lagstiftaren i stället för att kräva att myndigheten anger var information finns tillgänglig kräver att den själv direkt i förfrågningsunderlaget informerar om de arbetsmiljöproblem som kan förutses och de krav som lagstiftningen ställer för att hantera dem.

Förfarandet skulle tjäna samma syfte som direktivens ovan angivna bestämmelser. Om det av förfrågningsunderlaget framgår vilka särskilda arbetsmiljöproblem som kan förekomma och som måste beaktas när anbud utformas kan myndigheten utgå från att anbudsgivarna på ett adekvat sätt har tagit hänsyn till detta i sina anbud. Om leverantören inte känner till vilka arbetsmiljöproblem som förekommer kan denne få svårigheter i verkställighetsfasen. Därför ligger det även i leverantörens intresse att myndigheten kräver att anbudsgivarna beaktar alla relevanta arbetsmiljöproblem och anger de viktigaste problemen och behövliga åtgärderna i förfrågningsunderlaget. Då vet leverantören att konkurrenterna bedömer dem på samma sätt och behöver inte själv skaffa fram information. På motsvarande sätt kan sådan information vara nyttig för underleverantörer.

Om förfrågningsunderlaget innehåller den beskrivna informationen kan det kombineras med ett krav på att anbudsgivarna bekräftar att arbetsmiljökraven har beaktats vid utformningen av anbudet. I artikel 27(2) i det klassiska direktivet föreskrivs:

*”En upphandlande myndighet som tillhandahåller den information som avses i punkt 1 skall kräva av anbudsgivare eller anbudssökande i ett upphandlingsförfarande att de bekräftar att de vid utformningen av sina anbud har tagit hänsyn till de skyldigheter*

---

<sup>232</sup> Med svenskt territorium likställs svenska fartyg även då de används till sjöfart utanför Sveriges sjöterritorium (se § 2).



*avseende bestämmelser om arbetarskydd och arbetsvillkor som gäller på den plats där tjänsten eller entreprenaden skall utföras.”*

Det skulle innebära att ett anbud som saknar en sådan bekräftelse inte uppfyller kraven. Det kan sålunda inte beaktas.<sup>233</sup> Alla de anbud som bekräftar att arbetsmiljökraven har beaktats ska däremot kunna gå vidare i anbudskonkurrensen. Ett dylikt kvalifikationskrav ligger alltså nära de tekniska specifikationerna som beskrivs i det klassiska direktivets artikel 23.<sup>234</sup>

Det förefaller också rimligt att utgå från att en lagregel som föreskriver att förfrågningsunderlaget ska ange arbetsmiljökrav och -problem inte leder till att arbetsmiljöåtagandena automatiskt även ska uppfattas som kontraktuella skyldigheter i relationen beställare – entreprenör efter det att avtal ingåtts. Tillsynen över att leverantören lever upp till sina skyldigheter enligt arbetsmiljölagen bör gå till på normalt sätt. Endast om parterna uttryckligen väljer att ingå avtal om arbetsmiljörelaterade frågor kan dessa komma att beaktas också i en avtalsmässig relation och bli tillkommande kontraktsvillkor. Men detta sker endast genom parternas frivilliga åtaganden, den lagregel som beskrivs här leder inte i sig till sådana rättsföljder. En annan sak är att myndigheten kan ha rätt att säga upp ett kontrakt om en leverantör begår grova brott mot gällande lagstiftning.

Det viktigaste argumentet för att den föreslagna regeln inte innebär några problem i förhållande till unionsrätten är att den inte medför några egentliga nya rättsföljder jämfört med direktivregleringen. Som utretts ovan innebär den endast ett förtydligande av de skyldigheter som vilar på den som utarbetar förfrågningsunderlaget och att utredningsansvaret delvis överflyttas från anbudsgivarna till den upphandlande myndigheten. Arbetsmiljöansvarets materiella innehåll påverkas inte, inte heller ansvaret för att arbetsmiljökraven faktiskt uppfylls under själva arbetet.

Det föreslagna förfarandet torde knappast kunna äventyra anbudsgivares rättskydd. Om informationen i förfrågningsunderlaget är vilseledande eller felaktig står de rättsmedel som regelsystemet erbjuder till förfogande.

---

<sup>233</sup> Så även Nielsen, Ruth, (2005), s. 145.

<sup>234</sup> Mot denna bakgrund var det inte överraskande att lagrådet i sitt remissyttrande föreslog att krav på fullgörande av kontraktet bör samordnas med de tekniska specifikationerna. Se Lagrådets protokoll 2007-02-07, [www.lagradet.se](http://www.lagradet.se).

Möjligen kan man fråga sig om en liten myndighet som upphandlar en tjänst på ett område där den inte besitter egen sakkunskap verkligen kan bedöma vilka arbetsmiljörisker som kan aktualiseras – och om en bristfällig information i så fall skulle kunna befria entreprenören från ansvar för eventuella arbetsmiljöproblem som uppstår när kontraktet fullgörs. Om informationsskyldigheten, som föreslagits, begränsas till att gälla upphandlingar över ett visst värde bör man dock kunna förutsätta att förfrågningsunderlagen utformas med stöd av expertkonsulter i den mån inte myndigheten själv har den kompetens som behövs. En möjlighet är naturligtvis att dessutom kräva att anbudsgivaren redogör för hur denne har tänkt uppfylla lagstadgade miljökrav, varvid bristande beskrivningar från myndighetens sida under inga omständigheter kan tas till intäkt för att anbudsgivarens ansvar och åtagande minskar.

Det förslag som den svenska Styrmedelsutredningen lade fram i december 2009 (se avsnitt 5.1.2) är mer problematiskt från rättslig synpunkt.

Förslaget går ut på att en ny regel ska införas i arbetsmiljölagen enligt vilken anbudsgivare som inte har gjort sådana riskbedömningar som arbetsmiljölagen och Arbetsmiljöverkets föreskrifter kräver ska uteslutas från upphandlingen. Detta ska dock enbart gälla upphandlingar ovanför tröskelvärdena, vilket sägs framgå av att lagregeln hänvisar till upphandlingar som omfattas av lagen om offentlig upphandling. Man kan konstatera att utredaren förefaller ha förbisett att lagen är tillämplig även under tröskelvärdena. Problemet från EU-rättslig synpunkt är dock ett annat.

Utredaren ägnar stort utrymme åt att visa att brott mot regler om hälsa och säkerhet i princip kan vara ett sådant allvarligt fel i yrkesutövningen som enligt EU:s direktiv är grund för att utesluta en anbudsgivare. Mot den bedömningen finns inget att invända. Betydligt mer kortfattad blir utredningen när den ska redogöra för vad anbudsgivarna faktiskt ska ha gjort för att uppfylla sin lagstadgade skyldighet att göra riskbedömningar. Här sägs bara att de ska uppfylla ”grundläggande krav som ställs på alla arbetsgivare”, att avsikten inte är att det ska göras en särskild riskbedömning för just den aktuella upphandlingen, och att den ”naturligtvis” normalt kommer att avse anbudsgivarens vanliga verksamhetsområde. Utredningen tycks kort sagt utgå från att det är fullkomligt klart vad dessa grundläggande krav innebär. För oss är det lika uppenbart att en

regel som säger att arbetsgivaren ”regelbundet” ska göra riskbedömningar och särskilt när han planerar ändringar i verksamheten<sup>235</sup> ger utrymme för olika bedömningar av vad han är skyldig att göra. Vi styrks i denna uppfattning av det faktum att reglerna om riskbedömning, till skillnad från vissa andra regler, inte är direkt sanktionerade enligt arbetsmiljölagen. Den påföljd som en arbetsgivare åläggs om han inte har uppfyllt den här skyldigheten är normalt att Arbetsmiljöverket förelägger honom att göra en skriftlig riskbedömning inom en viss tid. Först om arbetsgivaren inte rättar sig efter föreläggandet kan ett vite dömas ut. I särskilt allvarliga fall, där en underlåtenhet att göra en riskbedömning har medverkat till att ett olycksfall har kunnat inträffa, kan arbetsgivaren också dömas att betala företagsbot. Oavsett om påföljden är vite eller företagsbot är det alltså en domstol som prövar om arbetsgivaren har försummat sina skyldigheter och om påföljden alltså ska dömas ut.

Att mot den bakgrunden tänka sig att upphandlande myndigheter ska kunna avgöra om en anbudsgivare har uppfyllt sina skyldigheter i det här avseendet, och att konsekvensen av myndighetens bedömning att han brutit mot lagen utan undantag skulle bli att anbudsgivaren inte får vara med och tävla om kontraktet – en långtgående konsekvens sedd ur upphandlingsregleringens perspektiv – strider enligt vår bedömning sannolikt mot den EU-rättsliga proportionalitetsprincipen. Hur angeläget det än är att förhindra att offentliga kontrakt ges åt leverantörer som inte klarar att uppfylla sitt arbetsmiljöansvar måste detaljerna i förslaget alltså utredas ytterligare innan det kan läggas till grund för lagstiftning.

### **7.3 Krav på övertagande av personalen**

Vid upphandling av tjänster händer det att den upphandlande myndigheten kräver att den leverantör som får kontraktet ska ta över personal från myndigheten själv eller från en tidigare entreprenör. Det förekommer också, enligt uppgift från Konkurrensverket, att den anbudsgivare som är villig att ta över personal – utan att det är ett absolut krav från myndigheten sida – får extra poäng för detta vid utvärderingen av anbudet. Ett problem med sådana krav, sett från upphandlingsrättslig synpunkt, är att de begränsar presumtiva anbudsgivares möjligheter att utnyttja den kompetens som de redan har i sin egen organisation.

---

<sup>235</sup> 8 § AFS 2001:1 Systematiskt arbetsmiljöarbete.

Samtidigt råder det inget tvivel om att detta ibland kan vara tillåtet.

I vissa fall är det t.o.m. obligatoriskt. Det beror på regleringen kring övergång av verksamheter eller delar av verksamheter i 6b§ i lagen om anställningsskydd (LAS), som i sin tur bygger på EG-direktivet om arbetstagarnas rättigheter vid företagsöverlåtelse.<sup>236</sup> Den innebär att om en verksamhet eller en del av en verksamhet övergår från en arbetsgivare till en annan, så övergår också anställningsavtalen för de arbetstagare som sysselsätts i verksamheten automatiskt till den nya arbetsgivaren, och verksamhetsövergången är inte i sig saklig grund för uppsägning av arbetstagarna. Detta gäller inte bara vid en affär direkt mellan tidigare och ny arbetsgivare, utan också när en ett företag eller en myndighet gör en ny upphandling som leder till ett byte av entreprenör.<sup>237</sup> Den nya arbetsgivaren blir därmed också i regel skyldig att under ett år tillämpa de anställningsvillkor för de övertagna arbetstagarna som gällde enligt kollektivavtalet hos den tidigare arbetsgivaren. Även denna regel, som finns i medbestämmandelagens 28§, bygger på överlåtelsedirektivet. Förutsättningen är dock att det verkligen har skett en ”verksamhetsövergång” i lagens/direktivets mening.

För att kunna avgöra om krav eller önskemål om övertagande av personal vid en konkret upphandling är förenliga med upphandlingsreglerna, behöver man alltså till att börja med veta om kontraktet kan komma att medföra en övergång av verksamhet i lagens/direktivets mening. Skulle det vara så måste myndigheten kräva att leverantören tar över personalen, det är inget som parterna disponerar över. Problemet är att definitionen av begreppet verksamhetsövergång inte är lättfångad. Det är i och för sig inte ovanligt att myndigheten själv har kommit fram till att upphandlingen kommer att innebära en verksamhetsövergång och anger detta i förfrågningsunderlaget, men en sådan kan komma att äga rum även om det inte har sagts där. Det beror bland annat på att en del av de frågor som avgör detta kanske inte är avgjorda när inbjudan att lämna in anbud går ut. I sämsta fall står det klart först i en efterföljande rättegång, där berörda arbetstagare kräver sin rätt enligt LAS, om en verksamhetsövergång har skett.

---

<sup>236</sup> Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12 mars 2001 om tillnärmning av medlemsstaternas lagstiftning om skydd för arbetstagares rättigheter vid överlåtelse av företag, verksamheter eller delar av företag eller verksamheter.

<sup>237</sup> C-172/99 Liikenne.

Det finns en omfattande praxis från EU-domstolen som försöker ringa in vad som är en verksamhetsövergång och vad som faller utanför. En fullständig analys av denna praxis faller utanför ramen för vår rapport. Vi begränsar oss till en översiktlig beskrivning för att ge en uppfattning om vilka frågeställningar som blir aktuella när man ska avgöra detta.

Enligt artikel 1.1.b i direktivet åsyftas en överlåtelse ”av en ekonomisk enhet som behåller sin identitet, och varmed förstås en organiserad gruppering av tillgångar vars syfte är att bedriva ekonomisk verksamhet, antingen denna utgör huvud- eller sidoverksamhet”. I EU-domstolens praxis har begreppet enhet definierats så att det avser ”en sådan organisation av personer och tillgångar som kan bedriva en ekonomisk verksamhet genom vilken ett särskilt syfte eftersträvas”.<sup>238</sup> Som framgår av artikel 1.1.b ska enheten också ”behålla sin identitet” för att det ska vara en verksamhetsövergång i direktivets mening. När man bedömer om det föreligger en sådan identitet ska samtliga omständigheter vid överlåtelsen beaktas. EU-domstolen har emellertid särskilt lyft fram sju kriterier som har betydelse<sup>239</sup>:

1. vad för slags företag eller verksamhet det handlar om,
2. om materiella tillgångar, t.ex. byggnader och lösöre, har överlåtits eller inte,
3. värdet på eventuella immateriella tillgångar, t.ex. goodwill och varumärken, som har överlåtits,
4. om förvärvaren har tagit över största delen av arbetsstyrkan,
5. om förvärvaren har tagit över kundkretsen,
6. hur lika verksamheterna före och efter överlåtelsen är och
7. hur länge verksamheten har legat nere om den inte fortsatte utan uppehåll.

Listan är alltså inte uttömmande och olika faktorer väger olika tungt i olika fall. Vilken tyngd en viss faktor ska ges vid bedömningen beror framför allt på vilket slag av verksamhet affären rör. Handlar det om en verksamhet där materiella tillgångar som fastigheter och produktionsmateriel har

---

<sup>238</sup> C-13/95, Süzen.

<sup>239</sup> 24/85, Spijkers.

stor betydelse, kan det andra kriteriet på listan väga tyngre än om verksamheten framförallt är beroende av arbetskraft, där det spelar mindre roll om materiella tillgångar har överlåtits, för att ta ett exempel.<sup>240</sup> Att den nya arbetsgivaren vill ta över en stor del av personalen – vilket ju kan ligga i hans eget intresse och ske på hans eget initiativ – kan alltså vara något som talar för att han t.o.m. är skyldig att ta över (hela) den berörda personalstyrkan.

Av EU-domstolens praxis framgår det klart att bedömningen av om det skett en verksamhetsövergång eller inte måste göras från fall till fall. När frågan behandlas av jurister vars främsta expertis ligger på upphandlingsrättens område tycks bedömningen tvärtom ha en tendens att bli schablonmässig. Så har tillexempel länsrätten i Göteborg i ett mål om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling konstaterat att huvudmannen för kollektivtrafiken inte hade stöd i lagen om anställningsskydd för att föreskriva att den nye trafikutövaren skulle överta avlämnande trafikutövers personal. Det enda skäl som länsrätten anförde för sin slutsats var att Arbetsdomstolen i Swebus-målet<sup>241</sup> – som rörde byte av entreprenör för linjetrafiken i ett annat län fyra år tidigare – hade kommit fram till ingen verksamhetsövergång hade ägt rum, och att denna uppfattning ”har befasts” i två senare mål om byte av entreprenör för driften av en beställningscentral för färdtjänst respektive för fastighetskötsel. Såvitt man kan se av domen, som senare fastställdes av Kammarrätten, har båda domstolarna slagit fast att ingen verksamhetsövergång förelåg, utan att ett enda argument har framförts eller bemötts som enligt EU-domstolens praxis har relevans för bedömningen av om det föreligger en verksamhetsövergång i det aktuella fallet. Enbart upphandlingsrättsliga argument redovisas i domen.<sup>242</sup> Uppenbarligen har Swebus-domen av upphandlingsexperter tolkats som om byte av entreprenör för busslinjetrafik per definition aldrig kan innebära en verksamhetsövergång.<sup>243</sup> Det hänger möjligen ihop med att man övertolkar EU-domstolens dom i målet Liikenne, som kom efter Swebus-domen, och som i och för sig bekräftar AD:s ställnings-

---

<sup>240</sup> C-458/05 Jouini m.fl.

<sup>241</sup> AD 1998 nr 163.

<sup>242</sup> Länsrätten i Göteborg, mål nr 2044-98, dom den 13 maj 1998; Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3696-1998, dom den 28 augusti 1998.

<sup>243</sup> Se Blekemo (2010) s 55.

tagande – i just det målet. AD fäste där avgörande vikt vid att inga bus-sar hade tagits över från den tidigare entreprenören till den nya, och i Liikenne uttalar EU-domstolen:

*”Inom en sådan sektor som kollektivtrafik med buss, där materi-  
ella tillgångar utgör en viktig del i utövandet av verksamheten,  
måste den omständigheten att sådana tillgångar...inte i betydande  
utsträckning har övergått från den tidigare till den nya innehava-  
ren av kontraktet leda till att denna enhet inte anses ha bevarat sin  
identitet.”<sup>244</sup>*

Detta kan låta kategoriskt. Men samtidigt understryker EU-domstolen som vanligt att en helhetsbedömning av samtliga omständigheter som kännetecknar den aktuella transaktionen ska göras, och svaret på den finska högsta domstolens frågor gäller ”[i]en sådan situation som den som är föremål för tvisten vid den nationella domstolen”. Här understryker Blekemo att de faktiska omständigheterna vid upphandling av linjetrafik med buss i Sverige ofta skiljer sig från dem i Swebus- och Liikenne-målen.<sup>245</sup> Bussarna ägs sällan av entreprenörerna utan är hyrda. Dessutom är de ofta hyrda bara under den tid som trafikkontraktet varar, så att det inte ens finns ett hyreskontrakt att ta över för den nya entreprenören. Det är tvärtom vanligt att den senare i praktiken kör runt i samma bussar som den tidigare hade, men nu hyrda i eget namn.

Detta borde rimligen kunna påverka bedömningen av om entreprenörs-  
bytet innebär en verksamhetsövergång, men har såvitt känt aldrig prövats  
rättsligt.

Så när kan krav/önskemål om övertagande av personal vara förenliga med  
upphandlingsreglerna? Det beror bland annat på i vilket syfte de ställs.  
Syftet med LAS-regleringen och överlåtelsedirektivet är att skydda ar-  
betstagarna, vilket har varit vägledande för EU-domstolens tolkning av  
direktivet. Sådana syften kallas i upphandlingslitteraturen för ”upphand-  
lingsfrämmande”. Men krav/önskemål om övertagande av personal kan ju  
också vara motiverade av skäl som ligger helt i linje med upphandlings-  
regleringens syften.

Ett sådant skäl kan vara att det har betydelse för kvaliteten för den tjänst

---

<sup>244</sup> P. 42.

som ska upphandlas. I Konkurrensverkets analys av 300 förfrågningsunderlag (se avsnitt 5.1) fanns 17 som innehöll krav på att den som fick kontraktet skulle ta över personal. Alla utom fyra rörde upphandling av hemtjänst/gruppboende. Motiveringen till att personalen skulle följa med till den nya arbetsgivaren var nästan undantagslöst att det är viktigt för brukarna/vårdtagarna med personalkontinuitet. Få lär ifrågasätta att detta kan vara en viktig kvalitetsaspekt t.ex. i demensvården eller hemtjänst för äldre människor, och ett sådant krav bör följaktligen vara fullt i linje med andan i upphandlingsreglerna. Kvaliteten på den tjänst som anbudsgivarna erbjuder är ju ett av de kriterier som tillsammans avgör vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt.

Också när Svensk Bilprovning upphandlade kalibrering av provutrustning anfördes kvalitetsskäl för att leverantören skulle ta över personal, dock inte som ett krav utan som ett önskemål. I förfrågningsunderlaget hette det: ”Samtliga ovan nämnda 17 servicetekniker har en, för ackrediterade kalibreringsuppdrag, av Swedac godkänd utbildning och kompetens...För att säkerställa att kvaliteten vad avser kalibrering och service av provutrustning uppfyller de höga krav som ställs på en ackrediterad verksamhet ser Bilprovningen gärna att berörda servicetekniker erbjuds anställning hos den anbudsgivare med vilken serviceavtal tecknas”. Av Konkurrensverkets sammanställning framgår inte vilken betydelse detta önskemål tillades vid värderingen av vilket anbud som var ekonomiskt mest fördelaktigt. Användes det som ett tilldelningskriterium, så att den som var villig att ta över serviceteknikerna fick högre poäng än en anbudsgivare som inte ville göra det, eller värderades anbuderna oberoende av detta? Vi utesluter inte att det vore möjligt att använda det som ett tilldelningskriterium. En förutsättning är i så fall sannolikt att den här kompetensen verkligen är så unik att den är mycket svår att få tag på.

Eventuellt hade det varit mer gångbart från upphandlingssynpunkt om Bilprovningen i stället hade motiverat sitt önskemål på ett annat sätt. Här handlade det nämligen om en verksamhet som den dittills hade bedrivit med egna anställda, men som nu skulle läggas ut på entreprenad. Och om inte den som får kontraktet anställer serviceteknikerna får Bilprovningen sannolikt själv kostnader och besvär för att försöka omplacera eller avveckla dem om de blir övertaliga. Därmed måste det vara fullt möjligt att argumentera för att ett anbud från en entreprenör som är beredd att ta över anställda är mer ekonomiskt fördelaktigt för den upphandlande myndig-



heten, än ett anbud från någon som inte är villig att göra det. Enligt vår uppfattning ställer EU-rätten alltså inte upp några hinder för att ge poäng vid tilldelningen av kontraktet till anbudsgivare som accepterar att ta över personal vid ”outsourcing” av verksamhet som myndigheten dittills bedrivit i egen regi.

Bedömningen blir svårare när myndigheten på nytt upphandlar en verksamhet som redan sköts på entreprenad och resultatet blir att en ny entreprenör ska ta över. Om entreprenörsbytet otvetydigt innebär en verksamhetsövergång i LAS mening inte bara får, utan ska, den upphandlande myndigheten kräva att de anställda får följa med från den tidigare arbetsgivaren till den nya. Men, som vi beskrivit ovan, är det inte alltid lätt att avgöra om det är så, även om det lutar åt det ena eller andra hållet.

Låt säga att en myndighet lägger ut driften av sin personalrestaurang på ny upphandling. Den ska ligga i samma lokal som hittills, entreprenören kan använda samma köksutrustning och kundkretsen blir densamma som tidigare. Mycket talar för att ett eventuellt byte av entreprenör blir en verksamhetsövergång. Men om den nya entreprenören har ett helt nytt restaurangkoncept i den gamla lokalen, om det kräver att man investerar en hel del i ny utrustning, och om restaurangen på grund av detta måste vara stängd under en övergångstid? Här är det bara att konstatera att två regleringar med EU-bakgrund står emot varandra, där den ena kräver klara papper, förutsebarhet och transparens, medan den andra förutsätter att man gör en bedömning av samtliga omständigheter i det enskilda fallet för att veta om den alls är tillämplig.

Här finns det anledning att återge vad EU-domstolen sade i målet *Liikenne* om förhållandet mellan överlåtelsedirektivet (då nr 77/187) och reglerna om offentlig upphandling (då direktiv 92/50):

*”Direktiv 92/50 har inte alls till syfte att befria de upphandlande myndigheterna och de företag som erbjuder sina tjänster i de aktuella upphandlingarna från samtliga lagar och förordningar som är tillämpliga på den ifrågavarande verksamheten, i synnerhet inte inom det sociala området eller trygghetsområdet, så att anbuderna skulle kunna lämnas utan några begränsningar. Direktiv 92/50 syftar till att aktörerna, med iakttagande av ovannämnda lagar och*

---

<sup>245</sup> Blekemo (2010) s 55.

*förordningar och inom ramen för de villkor som fastställs, skall åtnjuta lika möjligheter, i synnerhet för att utöva sin rätt till etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster.*

*23. Inom denna ram bibehåller aktörerna sitt handlingsutrymme för att fritt konkurrera sinsemellan och inkomma med olika anbud. Inom området för kollektivtrafik med buss kan aktörerna till exempel konkurrera i fråga om nivån på fordonens utrustning och prestanda ur energi- och miljösynpunkt, organisationens effektivitet och kontakterna med allmänheten samt, såsom i alla företag, i fråga om den önskade vinstmarginalen. Den aktör som inkommer med ett anbud skall även kunna bedöma huruvida den, om den skulle erhålla kontraktet, har intresse av att köpa betydande materiella tillgångar från det företag som för närvarande innehar kontraktet och att överta hela eller delar av dess personalstyrka eller huruvida den är skyldig att göra detta och, i förekommande fall, huruvida den befinner sig i en situation där det är fråga om en överlåtelse av företag i den mening som avses i direktiv 77/187.*

*24. Denna bedömning samt bedömningen av de kostnader som de olika tänkbara lösningarna innebär ingår också i den fria konkurrensen och skall inte, i motsats till vad Liikenne har anfört, anses utgöra ett tecken på att rättssäkerhetsprincipen har åsidosatts. Samtliga initiativ på konkurrensområdet medför nämligen ett osäkerhetsmoment med avseende på ett visst antal parametrar, och det ankommer på aktörerna att ta ansvar för att bedömningarna blir realistiska.”*

De som ansvarar för upphandlingarna måste alltså hålla båda dessa perspektiv i minnet.

Punkt 23 i citatet illustrerar på ett utmärkt sätt att flera av de frågor som har betydelse för om en verksamhetsövergång anses ha skett (t.ex. om leverantören ska överta betydande materiella tillgångar), kanske inte ens är avgjorda redan när inbjudan att lämna in anbud går ut. Hur ska den upphandlande myndigheten hantera denna osäkerhet rent praktiskt? Anbudsgivaren ska ju också kunna bedöma ”huruvida den, om den skulle erhålla kontraktet...befinner sig i en situation där det är fråga om en överlåtelse av företag”. Om myndigheten bedömer att upphandlingen eventuellt kan komma att innebära en verksamhetsövergång med de arbetsrättsliga kon-

sekvenser som följer av detta bör den såvitt vi förstår vara skyldig att ange detta i förfrågningsunderlaget, så att anbudsgivarna kan ta med detta i beräkningen.

## **7.4 Tillämpningsområdet för upphandling – exemplet kollektivavtalsbaserade pensioner**

### **7.4.1 Allmänt**

En fråga som under senare tid särskilt föranlett diskussioner – också i offentligheten – gäller reglerna om offentlig upphandling och deras tillämpning på kollektivavtalsbaserade pensionstjänster. Frågan har kommit i fokus efter att Europeiska kommissionen väckt talan mot Tyskland i målet C-271/08.<sup>246</sup> Frågan gäller om förvaltningen av kollektivavtalade pensioner för offentlig anställda eventuellt borde göras till föremål för upphandling.

I målet yrkar kommissionen att domstolen ska fastställa att Förbundsrepubliken Tyskland har åsidosatt sina skyldigheter enligt EU-rätten genom att kommunala myndigheter och företag har upphandlat tjänstepensioner utan anbudsinfordran på europeisk nivå direkt med de institutioner och företag som nämns i det tillämpliga kollektivavtalet. Kommissionen anför:

I Tyskland kan arbetstagare kräva av arbetsgivaren att en andel av deras framtida löneutbetalningar omvandlas till en del av tjänstepensionen. Enligt kollektivavtalet om omvandling av lön för kommunalt anställda arbetstagare i den offentliga sektorn åligger det de kommunala myndigheterna och företagen att genomföra denna omvandling. Omvandlingen ska ske vid offentliga utomstående socialförsäkringsinstitutioner, av företag inom Sparkassen-Finanzgruppe eller av kommunala försäkringsorgan. I regel försäkras samtliga arbetstagare genom gruppförsäkringsavtal med de ovan angivna inrättningarna.

Enligt vad kommissionen har erfarit ges dessa avtal utan anbudsinfordran på europeisk nivå direkt till de inrättningar som nämns i kollektivavtalet.

---

<sup>246</sup> EUT 2008 C 223, 30.8.2008 s. 27.

Det rör sig om försäkringstjänster och tjänster i samband med pensionsfonder som inte räknas som statlig socialförsäkring. Följaktligen ska de betraktas som skriftliga offentliga uppdrag mot ersättning i den mening som avses i direktiven om offentlig upphandling.

Det framgår av praxis att det i artikel 1 a i direktiv 92/50/EEG inte görs någon skillnad mellan kontrakt som en upphandlande myndighet ingår för att fullgöra sin uppgift att tillgodose allmänna intressen och kontrakt som inte har något samband med denna uppgift. Domstolen har således avvisat tanken att uppdragsgivaren ska definieras utifrån ett funktionalistiskt perspektiv. De tyska myndigheternas invändning att kommunala myndigheter och företag inte fyller samma funktion som en offentlig upphandlande myndighet i samband med tjänstepensioner kan således inte vinna bifall.

Kommissionen anser vidare att de ifrågakarande uppdragen överskrider tröskelvärdena på ett sätt som inte kan betraktas som ringa. I motsats till vad svaranden har anfört ska inte varje enskilt avtal ligga till grund för bedömningen. Det handlar snarare om hur länge ramavtalet är giltigt eftersom de enskilda överenskommelserna mellan arbetstagaren och arbetsgivaren inte är föremål för upphandlingar i den mening som avses i de gemenskapsrättsliga bestämmelserna. Kommunala myndigheter och företag skulle således inte ha fördelat tjänsteavtal avseende tjänstepensionerna direkt till de institutioner och företag som nämns i kollektivavtalet. Denna uppfattning påverkas inte av den omständigheten att betalningen av avgifterna regleras i kollektivavtal. För det första utgår domstolens rättspraxis entydigt från premissen att kollektivavtalsfriheten inte gäller oinskränkt i förhållande till gemenskapsrätten och, för det andra, kan kommissionen inte se hur principen om kollektivavtalsfriheten så som den regleras i den tyska grundlagen skulle vara föremål för en otillåten inskränkning om offentliga uppdragsgivare skulle uppfylla de lagstadgade kraven för upphandlingsförfaranden.

Det kan konstateras att Europeiska kommissionen i sin skriftväxling med den tyska regeringen ursprungligen hävdade att Tyskland bröt mot fördragets regler om fri rörlighet av tjänster, men att den i sin talan nu enbart hävdar att Tyskland brutit mot upphandlingsdirektivet (och dess äldre föregångare).

I sitt svar till kommissionen som avgavs innan EU-domstolen avkunnat dom i målen Viking, Laval och Rüffert betonar den tyska regeringen starkt betydelsen av den tyska grundlagens bestämmelse om kollektivavtalsautonomi och hänvisar till domstolens tidigare rättspraxis i fallen Albany m.fl.<sup>247</sup>

### **7.4.2 Situationen i Sverige**

Det tyska rättsfallet aktualiserar frågan om förhållandet mellan kollektivavtalsreglerade förmåner inom den offentliga sektorn och offentlig upphandling. Frågan är av särskilt intresse i Sverige, eftersom olika kollektivavtalsreglerade försäkringar är allmänt förekommande. I det följande diskuteras problematiken utifrån två exempel, nämligen kollektivavtalsreglerade pensionsförsäkringar och trygghetsförsäkringar inom landsting och kommuner.<sup>248</sup>

När det gäller pensioner slöt de fackliga organisationerna och deras samverkansorgan för den kommunala sektorn och landstingen år 2005 ett avtal med Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) och arbetsgivarförbundet Pacta om kollektivavtalad pension, KAP-KL. Avtalet utgör en bindande överenskommelse enligt vilken parterna rekommenderar enskilda kommuner, landsting, regioner och kommunalförbund att sluta lokala kollektivavtal med berörda arbetstagarorganisationer. De lokala kollektivavtalens innehåll bestäms av vad som föreskrivs i en bilaga till rekommendationsavtalet. Det torde vara hänsyn till den kommunala självstyrelsen som föranlett en avtalskonstruktion där de enskilda kommunerna formellt står som avtalsparter.

KAP-KL-överenskommelsen reglerar två typer av pensioner, avgiftsbestämd pension och förmånspension. Kollektivavtalet ålägger en enskild kommunal arbetsgivare en skyldighet att årligen betala en pensionsavgift (4,25 % av det så kallade avgiftsunderlaget år 2009) till det pensions- eller fondförsäkringsbolag som arbetstagaren

---

<sup>247</sup> Mål C-67/96 Albany.

<sup>248</sup> Se KAP-KL, Överenskommelse om KollektivAvtalad Pension, 1.1.2006- och Försäkringsvillkor för Tjänstegrupplivförsäkring TGL-KL 1.1.2006-.

väljer. Avgiften skall betalas till den valda försäkringsgivaren tills arbetstagaren eventuellt gör ett nytt val. Om arbetstagaren inte meddelar arbetsgivaren något val av försäkringsbolag ska pensionsavgiften betalas till en traditionell livförsäkring hos KPA Pensionsförsäkring AB (publ). Detta bolag är ett försäkringsbolag som till 60 procent ägs av Folksam och till 40 procent av Sveriges Kommuner och Landsting och som således står nära den kommunala sektorn.

Parterna har även kollektivavtalsreglerat så kallade trygghetsförsäkringar för arbetstagare hos kommuner och landsting, t.ex. tjänstegrupplivförsäkring. Villkoren för denna finns fastslagna i den centrala TGL-KL-överenskommelsen om försäkringsvillkor för tjänstegrupplivförsäkring. Enligt dessa meddelas försäkring enligt kollektivavtalen av KPA Livförsäkring AB (publ). Här är regleringen entydig och alternativa val av försäkringsbolag är inte möjliga för arbetstagaren.

Försäkringstjänsterna inom den kommunala sektorn regleras alltså inom ramen för ett komplext kollektivavtalsförhandlingssystem. Någon offentlig upphandling äger inte rum. Den fråga som osökt dyker upp är om EU-regleringen eventuellt kan anses medföra en skyldighet till sådan upphandling?

### **7.4.3 EU-rättslig analys**

Då man tar ställning till om lagen om offentlig upphandling och EU:s direktiv förutsätter att den typ av grupplivförsäkring som KPA AB tillhandahåller och valet av sekundär tjänstepensionsförsäkringsgivare görs till föremål för offentlig upphandling rör man sig på osäker mark. Det finns inga klara prejudikat från EU-domstolen och frågan har inte heller varit föremål för någon diskussion i lagförarbeten vare sig inom EU eller de nordiska länderna.

För Sveriges del har det i detta sammanhang hävdats att kommunerna som offentliga myndigheter varken separat eller gemensamt har rätt att låta bli att upphandla och konkurrensutsätta rätten att verka som sekundärt försäkringsbolag i fall då arbetstagare inte själva väljer försäkringsbolag för sin tjänstepension. Likaså har hävdats att den i kollektivavtal överenskomna livförsäkringsförmånen borde upphandlas och att det i avtalet stipulerade valet av KPA Livförsäkring AB som försäkringsbolag inte kan vara

förenligt med reglerna om offentlig upphandling. I det följande granskas denna fråga.<sup>249</sup>

Utgångspunkten förefaller relativt klar. Om kommunerna får ett lag- eller avtalsbaserat ansvar att ordna ett pensionsskydd åt sina anställda har de som en av EG-rätten erkänd utgångspunkt rätt att själv bestämma hur de vill ordna denna förmån. Önskar de garantera förmånen själva i egen regi är detta möjligt, likaså kan det göras i samarbete med andra kommuner. I fall kommunerna önskar erbjuda tjänsten via icke kommersiella aktörer går det an, likaväl som kommersiella aktörer kan utnyttjas.

Det står klart att det faktum att uppdraget regleras i kollektivavtal inte hindrar att det samtidigt är ett åtagande som vilar på de i avtalet bundna arbetsgivarna (kommuner och landsting). Hur man i så fall skall se på upphandlingsskyldigheten är inte självklart. Här finns flera alternativ:

För det första kan man hävda att det faktum att försäkringsförmånerna är baserade på kollektivavtal helt och hållet utesluter upphandlingsmekanismen. Orsaken vore här den att kommunerna helt enkelt valt en tredje form för att förverkliga försäkringstjänster: Man erbjuder dem inte i egen regi, man använder inte heller den kommersiella marknaden utan man utnyttjar kollektivavtalsmekanismen och samarbetet med fackföreningsrörelsen. Det faktum att kommunerna inte själva ensidigt kan bestämma villkoren för dessa försäkringar, utan gör det i samarbete med sin motpart kan tala för en sådan lösning. Här skulle man alltså analogt tillämpa resonemanget från EU-domstolens praxis rörande tillämpningen av EU:s konkurrensregler på kollektivavtalsreglerade anställningsförmåner och hävda att dessa åtnjuter ett slags immunitet också i förhållande till reglerna om offentlig upphandling. Vidare kan man hänvisa till rättsfallet C-22/98 Becu där domstolen konstaterade att man i en konkurrensrättslig kontext kan se arbetsgivare och arbetstagare som en och samma ekonomiska enhet. Denna ekonomiska enhet vore i så fall i enlighet med denna logik inte att uppfatta som en offentlig myndighet eller ett offentlighetsorgan.

Målet gällde en belgisk lagstiftning, enligt vilken endast erkända hamnarbetare fick utföra hamnarbeten i hamnen i Gent. Lagen

---

<sup>249</sup> Se flera inlägg i tidskriften Pensioner & Förmåner, exempelvis nummer 4/2005 (20 april 2005).

byggde på ett allmängiltigförklarad kollektivavtal. Ett företag som bedrev verksamhet i hamnen anlätade delvis icke erkända hamnarbetare, vilka hade hälften så hög lön som de erkända. Företagets direktör Becu åtalades för att arbetsgivaren hade förfarit i strid med lagstiftningen.

Den nationella domstolen bad om ett förhandsavgörande och frågade om företaget kunde åberopa EG-fördragets regler om företag som beviljas särskilda eller exklusiva rättigheter, konkurrenshindrande avtal eller missbruk av dominerande ställning.<sup>250</sup> EU-domstolen konstaterade att alla dessa artiklar endast gällde åtgärder som rör företag. Arbets- och lönevillkoren för de erkända hamnarbetarna var emellertid fastlagda i kollektivavtal som gjorts allmängiltiga. Arbetstagarna hade alltså ett anställningsförhållande till de arbetsgivare de arbetade för och därför utgjorde hamnarbetarna, som ”så länge anställningsförhållandet varar, ingår i nämnda företag, med vilka de således bildar en ekonomisk enhet” själva inga företag i den mening som avses i gemenskapens konkurrensrätt.

Det finns alltså ett visst stöd för en sådan rättstillämpning, som ju har företräts bland EU-domstolens generaladvokater.<sup>251</sup> Man kan också stöda denna uppfattning med argumentet att tillhandahållandet av pensionstjänster kan – direkt eller analogt – falla under artikel 106.2 FEUF som en tjänst av allmänt ekonomiskt intresse. Å andra sidan har EU-domstolen ofta varit försiktig med att på formella grunder (här alltså kollektivavtalsformen) utesluta EU-rättens tillämpning. Vidare har den som framgått ovan t.ex. då det gäller offentlig upphandling och överlåtelse av rörelse menat att bägge regelsystemen kan tillämpas parallellt. I målet *Oy Liikenne Ab*<sup>252</sup> menade den alltså att man vid offentlig upphandling även ska beakta reglerna om överlåtelse av rörelse:

*”Den omständigheten att en transaktion omfattas av direktiv 92/50 utesluter således inte att direktiv 77/187 är tillämpligt. Den omständigheten att bestämmelserna i direktiv 77/187 i förekommande fall kan vara tillämpliga i samband med en transaktion som omfattas av direktiv 92/50 kan inte anses äventyra det sistnämnda*

---

<sup>250</sup> Numer artiklarna 106, 101 och 102 FEUF.

<sup>251</sup> Se utlåtande av generaladvokat Fennelly i målet C-222/98 van der Woude.

<sup>252</sup> Mål C-172/99 Liikenne.



*direktivets syfte. Direktiv 92/50 har inte alls till syfte att befria de upphandlande myndigheterna och de företag som erbjuder sina tjänster i de aktuella upphandlingarna från samtliga lagar och förordningar som är tillämpliga på den ifrågavarande verksamheten, i synnerhet inte om det sociala området eller trygghetsområdet, så att anbuden skall kunna lämnas utan några begränsningar. Direktiv 92/50 syftar till att aktörerna, med iakttagande av ovan nämnda lagar och förordningar och inom ramen för de villkor som fastställs, skall kunna åtnjuta lika möjligheter, i synnerhet för att utöva sin rätt till etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster”.*  
(p.22)

Det finns därför skäl att närmare granska EU-rättens innehåll för det fall man principiellt fastnar för – det inte alldeles osannolika alternativet – att dess regler om offentlig upphandling åtminstone som utgångspunkt kan bli tillämpliga trots att vi diskuterar kollektivavtalsbaserade myndighetsåtaganden i förhållande till privata företag.

Det andra alternativet är då att hävda att en kollektivavtalsreglering som sådan inte kan motivera att myndigheterna befrias från skyldigheten att upphandla tjänster. I så fall blir man tvungen att närmare ta ställning till en rad relativt komplicerade frågeställningar.

Den första frågan är om det faktum att kommuner och landsting är delägare i KPA AB eventuellt kan föranleda att se den försäkringsverksamhet där kommuner och landsting genom kollektivavtal garanterar sina anställda ett försäkringsskydd som en försäkringsverksamhet i egen regi?

Den andra frågan som kommer upp om man menar att upphandlingsregleringen blir tillämplig är vem som ska fullgöra skyldigheterna enligt denna reglering i de konkreta situationer som här avses?

I det följande granskas dessa frågor i tur och ordning.

## **Egenregi som befrielsegrund**

Som ovan framgick är det fullt möjligt för offentliga myndigheter att själva tillhandahålla viss service. I så fall uppstår ingen upphandlingsskyldighet utan tjänsten tillhandahålls i egenregi. EU-domstolens praxis ger dock också vid handen att den verksamhet vi nu granskar knappast kan klassificeras som egenregi i den meningen att kommunerna själva tillhandahåll-

ler försäkringarna genom sina egna organisationer. Det framgår av fallet Halle C-26/03<sup>253</sup>, där EU-domstolen konstaterade bl.a. följande:

*”När en upphandlande myndighet avser att ingå ett avtal med ekonomiska villkor avseende tjänster som omfattas av det materiella tillämpningsområdet för direktiv 92/50, i dess lydelse enligt direktiv 97/50, med ett bolag som i förhållande till myndigheten är en fristående juridisk person och ägs av denna tillsammans med ett eller flera privata företag, skall de förfaranden för offentlig upphandling som föreskrivs i detta direktiv alltid tillämpas.”*<sup>254</sup>

KPA:s verksamhet kan knappast entydigt beskrivas som leverans av tjänster i egenregi. Frågan om hur myndigheterna kan samarbeta med en privat aktör utan att man kommer utanför egenregin är omdiskuterad och kontroversiell. Senast då man förnyade direktiven misslyckades man med att stadga om saken på ett klargörande sätt.<sup>255</sup> I ljuset av rådande praxis är det – trots att rättsläget delvis är oklart – osannolikt att KPA AB kan uppfattas som egenregi för landsting och kommuner, trots att företaget har kommuner och landsting som delägare. Om de offentlighetsrättsliga organen hade mer än 50 procent av KPA AB i sin ägo vore det eventuellt gångbart att hävda att kontrollen finns hos de offentliga myndigheterna. Nu förefaller detta både i ljuset av rättspraxisen och särskilt med beaktande av det kontrollkrav som finns i EG-rätten tveksamt. Å andra sidan är det skäl att framhålla att den allra senaste utvecklingen i EU-domstolens rättspraxis också kan ge stöd åt motsatt uppfattning. I Coditeldomen<sup>256</sup> framgår klart att ”egen-regi” omfattar också myndighetssamverkan samt att kontrollkravet i vissa situationer kan luckras upp. Även i en situation där en kommun har en begränsad andel i en fristående juridisk person kan kravet på utö-

---

<sup>253</sup> Se mål C-26/03 Stadt Halle.

<sup>254</sup> Därmed konfirmerade domstolen den princip som den ursprungligen slog fast i Teckal-målet, C-107/98.

<sup>255</sup> Europeiska kommissionen föreslog under beredningen av de nya upphandlingsdirektiven att man skulle begränsa tillämpningsområdet för dem så att de inte skulle tillämpas då myndighet ingår kontrakt med företag som den offentliga myndigheten kontrollerar fullt ut eller då fråga är om joint-ventures som har bildats av flera myndigheter som agerar samman. Vid rådsbehandlingen lyckades man dock inte nå enighet om hur egenregi-undantaget skulle utformas, varför man i stället strök regleringen och överlät åt rättspraxis att bestämma omfattningen av detta undantag. Se närmare Graver (2005) s. 172-173.

<sup>256</sup> Mål C-324/07 Coditel.

vande av kontroll uppfyllas.<sup>257</sup> I målet Kommissionen mot Tyskland, som avgjordes i juni 2009, förefaller EU-domstolen utgå från att EU-rätten inte föreskriver någon särskild rättslig form för hur myndigheter får samverka: Kommunal samverkan kan därför som huvudregel undantas från upphandling oavsett om den sker i bolag, kommunalförbund, gemensam nämnd eller genom avtal så länge samarbetet styrs av överväganden och krav som är ägnade att uppnå mål av allmänintresse och likabehandlingsprincipen upprätthålls.<sup>258</sup>

## Vem upphandlar?

Det står klart att de försäkringsarrangemang vi diskuterar inom den offentliga upphandlingens ram skall klassificeras som tjänster i enlighet med det klassiska direktivet om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggnadsentreprenader, tjänster och varor.

I direktivet artikel 1.9 slås fast vad som avses med upphandlande myndigheter. Härmed avses statliga, regionala eller lokala myndigheter och offentligrättsliga organ samt sammanslagningar av en eller flera sådana myndigheter eller ett eller flera sådana organ. Med offentligrättsliga organ avses alla organ

*”a) som särskilt har inrättats för att tillgodose behov i det allmännas intresse, förutsatt att behovet inte har industriell eller kommersiell karaktär,*

*b) som är juridiska personer, och*

*c) vars verksamhet till största delen finansieras av statliga, regionala eller lokala myndigheter, eller av andra offentligrättsliga organ, eller vars verksamhet står under kontroll av sådana organ, eller i vars förvaltningsorgan, styrelseorgan eller kontrollorgan mer än hälften av ledamöterna utses av statliga regionala eller lokala myndigheter, eller av offentligrättsliga organ.”*

Det förefaller alltså klart att KPA AB inte kan klassificeras som en del av en upphandlande myndighet i direktivets mening, eftersom Folksam äger

---

<sup>257</sup> Mål C-324/07 Coditel.

<sup>258</sup> Mål C-480/06 Kommissionen mot Tyskland särskilt p. 47 i domen. Se även Sylwan (2009).

bolaget till ca. 60 procent. Däremot finns det minst tre andra alternativ för vem som skulle kunna vara upphandlande myndighet:

a) arbetsgivarna, dvs. de enskilda kommuner och landsting m.fl. som är bundna av kollektivavtalet

b) arbetsgivarorganisationerna, dvs. den offentliga avtalsparten på arbetsgivarsidan i överenskommelsen om den kollektivavtalade pensionen KAP-KL och tjänstegrupplivförsäkringen TGL, Sveriges Kommuner och Landsting (SKL) eller

c) arbetsgivarorganisationerna och arbetstagarna tillsammans som en särskild ekonomisk enhet (jfr. Becu), som kan anses uppstå genom att parterna utövar sin lagstadgade kollektivavtalsbehörighet och autonoma rätt att bestämma om villkor i anställningsförhållandet.

I det följande diskuteras dessa tre alternativ i tur och ordning.

*Enskilda kommuner och landsting och en eventuell upphandlingskyldighet.* En första snabbbläsning av regelverket om offentlig upphandling kan eventuellt ge vid handen att enskilda kommuner och landsting som arbetsgivare vore tvungna att konkurrensutsätta de försäkringstjänster de är skyldiga att tillhandahålla för sina anställda. Så är dock ingalunda nödvändigtvis fallet. Reglerna om offentlig upphandling blir endast tillämpliga på kontraktbaserade tjänster. Då vi har att göra med uppdrag som utdelas på grund av administrativa bestämmelser eller lag eller som en intern organisering av ansvarsområden behöver ingen upphandling ske.<sup>259</sup> Då vi har att göra med det tjänstegrupplivförsäkringssystem som granskas här eller val av sekundär tillhandahållare av försäkringsskydd för tjänstepension ingås inget direkt kontrakt mellan enskilda kommuner och landsting som myndighet och KPA AB.

*Arbetsgivarorganisationerna som pliktsubjekt.* På arbetsgivarsidan har kollektivavtalet om tjänstegrupplivförsäkring tecknats av Sveriges Kommuner och Landsting (samt Svenska Kyrkans Församlingsförbund). Både skyldigheten att teckna försäkring samt försäkringsvillkoren baserar sig på avtal mellan parter på arbetsmarknaden. Det råder knappast någon tvekan om att dessa arbetsgivarorganisationer är ”juridiska personer vars verksamhet till största delen finansieras” av olika myndigheter och som

---

<sup>259</sup> Se även Graver (2005) s 170.

kontrolleras av dessa. Dessa arbetsgivarparter faller alltså tveklöst inom tillämpningsområdet för lagen om offentlig upphandling och lyder alltså under skyldigheten att konkurrensutsätta de tjänster de inhandlar.

Den intrikata frågan är naturligtvis om en tjänst som inhandlas först efter att ett kollektivavtal ingåtts och i enlighet med bestämmelser i kollektivavtalet kan anses falla under lagens tillämpningsområde? Arbetsgivarorganisationerna själva kan ju inte bestämma dessa villkor utan de tillkommer i en förhandlingsprocess med en motpart.

Dessutom är det enligt försäkringsavtalslagen (kap. 20) den enskilda arbetsgivaren som i rättslig mening tecknar den kollektivavtalsgrundade personförsäkringen.

Rent formellt är detta inte en upphandling som sker på beslut av myndigheten, utan efter ett gemensamt beslut av arbetsmarknadsparterna med stöd av ett avtal. I analytiskt hänseende kan man å andra sidan hävda att ingåendet av avtalet föregås av ett beslut från arbetsgivarsidan om att tillhandahålla en försäkringstjänst för de anställda. I det beslutet kan man rimligen hävda att ett upphandlingsbeslut ingår.

Den i detta sammanhanget svåra frågan gäller huruvida upphandlingen ska ske på den nivå där beslutet om arbetsgivarskyldigheten och dess innehåll fattas eller på den nivå där det enskilda försäkringsavtalet ingås.

Vår uppfattning är att parterna – om upphandlingsskyldighet föreligger – här kan välja på vilken nivå upphandlingen skall ske. Det torde föreligga obestridliga rationella argument för att göra en upphandling centralt för hela sektorn. På så sätt kan man skapa solidaritet mellan kommuner med olika riskprofiler samtidigt som man kan uppnå storskalighetsfördelar. Det kan därför inte stå i strid med EU-rätten att upphandla centralt, men det torde också vara en gångbar lösning att låta varje arbetsgivare separat göra upphandlingen och besluta om tjänsteleverantör.

*Arbetsmarknadsparterna som en upphandlande myndighet.* Man kan även hävda att den enhet som kollektivavtalsparterna tillsammans utgör med en rad organ för konfliktlösning och andra funktioner skulle kunna ses som en upphandlande instans.

Ett sådant synsätt motsvarar det faktiska förhållandet på den svenska arbetsmarknaden. Rent formellt utgör kollektivavtalsparterna dock ingen juridisk person, och också om man bortser från detta faktum är det

knappast tänkbart att arbetsmarknadsparterna gemensamt skulle stå till svars för eventuella brott mot upphandlingsreglerna.

Det faktum att arbetsmarknadsparterna gemensamt avtalar om försäkringar som tillhandahålls av KPA AB är enligt vår uppfattning i högre grad ett argument för att reglerna om offentlig upphandling överhuvudtaget inte kan tillämpas på de kollektivavtalsbaserade försäkringsarrangemangen än för att konstruera ett partsgemensamt ansvar för upphandlingen.

#### **7.4.4 Fri etableringsrätt och fri rörlighet för tjänster och offentlig upphandling**

I det klassiska direktivet konstateras redan i det andra skälet i ingressen att ”Tilldelning av kontrakt som ingås i medlemsstaterna för statens räkning, för enheter på regional eller lokal nivå samt andra offentligrättsliga organ omfattas av kravet på respekt för principerna i fördraget, särskilt principen om fri rörlighet för varor, principen om etableringsfrihet och principen om frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer av dessa, t.ex. principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, principen om ömsesidigt erkännande, proportionalitetsprincipen och öppenhetsprincipen.. Detta visar att man även vid tolkningen av direktivet måste beakta dessa principer.<sup>260</sup>

#### **7.4.5 Sammanfattande analys**

Det står enligt vår mening klart att direktivet om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster även blir tillämpligt på försäkringstjänster, som ju uttryckligen omnämns i direktivets bilaga II A.

Frågan blir då om man kan tänka sig att ett kollektivavtalsförfarande, där man reglerar grupplivförsäkring eller pensionsförsäkringar, kan innebära att en offentlig myndighet, som medverkar i kollektivavtalsförfarandet i egenskap av avtalspart snarare än som myndighet, inte omfattas av upphandlingsskyldigheten.

---

<sup>260</sup> Tjänstedirektivet (2006/123/EG) har en klar regel i artikel 2 b, som avgränsar direktivets tillämpningsområde till att inte gälla finansiella tjänster, som avser bland annat krediter, försäkringar och återförsäkringar, tjänstepensioner och individuellt pensionssparande.

Stöd för en sådan tanke kan hämtas från EU-domstolens domar i fallen Albany m.fl. som ju etablerade ett slags immunitet för kollektivavtalssystemet i förhållande till konkurrensregleringen i fördraget. Ett sådant tankemönster betonar kollektivavtalssystemets autonomi och särdrag och innebär att tjänster som tillhandahålls genom kollektivavtal och som inte faller utanför sådana rimliga socialpolitiska mål, som kollektivavtalssystemet i Sverige traditionellt tillgodoser, faller utanför tillämpningsområdet för lagen om offentlig upphandling och direktivet. I så fall kan man enkelt konstatera att kommuner och landsting har överfört en kompetens på de kollektivavtalslutande arbetsgivarorganisationerna att reglera pensionsfrågan i kollektivavtalsrelationen med de fackliga organisationerna. Då det är fråga om genuina kollektivavtal med socialpolitiska mål i enlighet med EU-domstolens praxis om kollektivavtalsautonomi i förhållande till konkurrensregleringen, så finns det goda grunder för att hävda att anbudsförfarande inte behöver tillämpas.

Även om goda rättsliga och sakargument kan framföras till stöd för ett sådant resonemang, har rättsutvecklingen inom EU gjort att vi är tveksamma till om denna argumentationen håller. Det föreligger såtillvida en viss skillnad mellan upphandlingsregler och fördragets regler om konkurrens att de förstnämnda torde gå att tillämpa parallellt med ett kollektivavtalsförfarande, medan en direkt tillämpning av kartellregler på ett kollektivavtal omöjliggör denna typ av avtal.

EU-domstolen har också då det gäller andra typer av socialpolitisk reglering förordat en parallell tillämpning av regler om offentlig upphandling och socialpolitiska regler.<sup>261</sup>

Vidare har domstolen i målen Viking och Laval företrätt en relativt snäv syn på kollektivavtalsautonomins relevans vid tolkning av regler som gäller fri etableringsrätt eller fri rörlighet för tjänster.<sup>262</sup> I målet Viking tar den dessutom explicit avstånd från att analogt tillämpa slutsatserna från Albany på fall som gäller de grundläggande friheterna i avdelning III i fördraget.<sup>263</sup>

---

<sup>261</sup> Se det ovan refererade målet C-172/99 Oy Liikenne Ab där domstolen parallellt tillämpade upphandlingsregler och regler om anställningsförhållanden vid överlåtelse av rörelse. I målet C-346/06 Rüffert ansåg den att upphandlingsregler och regler om utstationering av arbetstagare kan tillämpas parallellt.

<sup>262</sup> Mål C- 438/05 Viking och C-341/05 Laval.

<sup>263</sup> Se mål C-438/05 p. 50.

Det förefaller mot denna bakgrund sannolikt att EU-domstolen skulle företräda en tolkning som baserar sig på en strikt tillämpning av regleringen om offentlig upphandling och som betonar att parterna på arbetsgivar sidan i kollektivavtalet agerar som offentliga myndigheter. I så fall blir man tvungen att slå fast de förpliktelser som lagen kan komma att innebära för arbetsgivarparten i samband med att denna ingår en kollektivavtalsbaserad överenskommelse om pensionsförsäkring.

Då man slagit fast vem som ansvarar för en eventuell upphandling måste man utreda vad detta ansvar innebär, vilka krav lagen ställer och hur dessa kan fullgöras i praktiken.

Idettasammanhang menar vi som framgått ovan att kollektivavtalsautonomin, som också uttryckligen erkänns av EU-domstolen i målen Viking<sup>264</sup> och Laval måste tillerkännas relevans så tillvida att det rimligtvis måste vara fritt fram för parterna i kollektivavtalet att avgöra på vilken nivå beslutet om val av tjänsteleverantör ska läggas och på vem ansvaret för upphandling ska vila. Det måste enligt vår uppfattning vara fullt gångbart att komma överens om tjänsteleverantör på central nivå varvid upphandling bör ske centralt, likaväl som man kan införa ett decentraliserat system varvid upphandlingen sker separat genom försorg av varje arbetsgivare. I det tyska rättsfallet som refererats ovan förefaller beslutsfattandet ligga lokalt, i det svenska TGL-KL systemet ligger det centralt.

Denna syn innebär alltså att man vid ingående av kollektivavtal med offentlig ”myndighet” som part särskilt kan konstatera att det försäkringsskydd man avser att tillhandahålla ska konkurrensutsättas och upphandlas samt att upphandlingen ska ske gemensamt för samtliga i kollektivavtalet medverkande kommuner på försorg av den arbetsgivarpart som ingår avtalet. Alternativt kan man föreskriva att varje enskild vid kollektivavtalet bunden arbetsgivare för sig ska genomföra upphandlingen.

Problemet med en sådan lösning är att frågan om vem som ska tillhandahålla försäkringsskyddet förs bort från kollektivavtalsmekanismen mellan behöriga arbetsgivarorganisationer och fackföreningar. Det som parterna genuint kommer överens om i dag överförs till att i formell mening bli en arbetsgivar skyldighet och ett arbetsgivaransvar. Givetvis kan dock kollektivavtalsparterna komma överens om kraven på de tjänster som ska

---

<sup>264</sup> Se mål C-438/05 p.65.



inhandlas och på de försäkringsbolag som kan komma ifråga. Likaså kan de komma överens om hur upphandlingen ska genomföras och överlåta dess genomförande på ett partsgemensamt organ, en ”pensionsnämnd”. Arbetstagarparten kan härigenom ges insyn och inflytande på urvalsprocessen även om arbetsgivarparten som myndighet har ansvar för att upphandlingen genomförs i enlighet med gällande lag.

Ytterligare en fråga är vilken betydelse det har om man låter de enskilda löntagarna själva välja försäkringsgivare. Kan man i ett sådant fall hävda att arbetsgivaren strängt taget inte köper in någon tjänst utan endast har en förmedlande roll, och att någon formell upphandling därför inte behöver genomföras? Man kan tänka sig följande parallell som avser upphandling av varor: Om ett kollektivavtal för den kommunala sektorn innehåller ett villkor enligt vilket arbetsgivaren ska förse alla anställda som utför vissa arbeten med en skyddshjälm, så blir arbetsgivaren/myndigheten säkerligen tvungen att genomföra en formell upphandling för att skaffa de hjälmar som behövs. Om kollektivavtalet däremot föreskriver en ekonomisk förmån om 500 kr för varje anställd som utför arbeten där skyddshjälm är obligatorisk och ålägger arbetstagarparten att själva införskaffa hjälmen och dessutom tillhandahåller en förteckning över tillverkare/säljare av hjälmar, så är man knappast skyldig att iaktta ett upphandlingsförfarande. Här tillhandahåller arbetsgivaren en ekonomisk förmån i ett bestämt syfte, medan det centrala elementet i upphandlingsbeslutet, valet av leverantör, inte fattas av arbetsgivaren/myndigheten.

Situationen vad gäller KAP-KL motsvarar långt den sist beskrivna situationen. Val av försäkringsbolag, tjänsteleverantör, vilar på den enskilda anställda. Skillnaden är att det i hjälmfallet är arbetstagarparten som uppträder som köpare, medan det, beroende på regleringen i försäkringsavtalslagen, formellt inte är den enskilda anställda som tecknar försäkringsavtalet. Det avtalet tecknas av arbetsgivaren till förmån för den anställda. Villkor i kollektivavtal som endast innebär att parterna garanterar en viss ekonomisk förmån i ett särskilt syfte utan att inkludera valet av leverantör uppfyller enligt vår mening trots detta inte de nödvändiga kännetecknen för att vara en offentlig upphandling.

Denna tolkning skulle innebära att någon formell upphandling av KAP-KL inte behöver genomföras. Förutsättningen är dock att de anställda faktiskt ges genuina valmöjligheter och att man inte kan hävda att

systemet endast innebär ett kringgående av upphandlingsskyldigheten. Kollektivavtalsregleringen måste uppfylla alla krav på transparens och icke diskriminering vad gäller de tillgängliga försäkringsbolagen för den enskilda arbetstagaren. Om samtliga branschaktörer som uppfyller relevanta objektiva krav och kriterier tillåts vara valbara för arbetstagaren torde den tjänst som arbetsgivaren tillhandahåller närmast ses som en användningsbestämd ekonomisk förmån. Visserligen är arbetsgivaren i juridisk mening den som tecknar försäkringen, men det handlar om att placera den anställdas medel i ett av honom eller henne utpekat försäkringsbolag. Karaktären på avtalet ändras knappast av att man inför regler om förfarandet för det fall att arbetstagaren låter bli att välja.

Sammanfattningsvis menar vi alltså att valet av försäkringsbolag för tjänstegrupplivförsäkringen TGL-KL borde konkurrensutsättas. När det gäller pensionsförsäkring enligt KAP-KL torde ett upphandlingsförfarande inte vara nödvändigt under förutsättning att man garanterar att systemet är tillgängligt och transparent för de relevanta branschaktörerna.

## **7.5 Jämställdhet och likabehandling**

### **7.5.1 Allmänt**

Den jämförande framställningen ovan utvisade att man i samtliga länder i en eller annan form strävat att främja jämställdhet och likabehandling i samband med offentlig upphandling. Det är särskilt jämställdhet mellan könen, etnisk diskriminering och främjande av lika möjligheter för funktionshindrade personer som stått i fokus.

Bakgrunden är uppenbar. Det står klart att staten och myndigheterna i alla de studerade länderna har en lagstadgad skyldighet att främja jämställdhet och lika behandling, att motverka diskriminering och att effektivt beivra sådana företeelser. Denna skyldighet utgår inte endast från EU-rätten, den kan också härledas från internationella konventioner som FN-konventionen för avskaffande av all slags diskriminering av kvinnor, rasdiskrimineringskonventionen och konventionen om diskriminering av funktionshindrade.

Det står också klart att bristande efterlevnad av regler om jämställdhet och likabehandling åtminstone i vissa fall ska kunna leda till att anbudsgivare

utesluts från upphandlingen.

*”Bristande efterlevnad av nationella bestämmelser för genomförande av rådets direktiv 2000/78/EG och 76/207/EEG om lika behandling av arbetstagare som lett till lagakraftvunnen dom eller beslut med likvärdig effekt kan betraktas som ett brott mot den ekonomiska aktörens yrkesetik eller som ett allvarligt fel.”*( skäl 43 i direktivets ingress)

Indirekt innebär detta också att det åtminstone bör finnas en möjlighet för myndigheter att kontrollera och följa upp hur anbudsgivare uppfyller dessa bestämmelser. Slutligen står det klart att krav som gäller jämställdhet och likabehandling också kan ställas som särskilda kontraktsvillkor vilket bl.a. framgår av skäl 33 i direktivets ingress:

*”Villkoren för fullgörandet av ett kontrakt är förenliga med detta direktiv om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och om de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Villkoren kan till exempel syfta till att främja yrkesutbildning på arbetsplatsen och anställning av personer som har särskilda svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, bekämpa arbetslöshet eller skydda miljön. Som exempel kan nämnas skyldighet att i samband med fullgörandet av ett kontrakt anställa långtidsarbetslösa eller att genomföra utbildning för arbetslösa eller ungdomar; att följa bestämmelserna i grundläggande ILO-konventioner (International Labour Organisation) om dessa inte har införlivats med den nationella lagstiftningen eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder än som krävs enligt den nationella lagstiftningen.”*

De grundläggande ILO-konventionerna som nämns omfattar bl.a. konventionerna om jämställdhet och lika lön (nr 101 och 111).

### **7.5.2 Vad kan krav på lika behandling och jämställdhet innebära?**

Det är inte alldeles självklart vad denna typ av klausuler kan ha för ambitionsnivå.

För det första kan de gå ut på att myndigheterna följer upp att de parter de ingår kontrakt med faktiskt uppfyller sina lagstadgade skyldigheter

när det gäller jämställdhet och likabehandling.<sup>265</sup> Företag som omfattas av skyldigheter att bedriva ett aktivt jämställdhetsarbete i form av lönekartläggningar, jämställdhetsplaner mm. bör kunna dokumentera att kraven uppfyllts på ett sakligt sätt. Det är denna typ av överväganden som legat bakom den svenska regleringen av antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontrakt (se avsnitt 5.1.3). Den innebär att vissa myndigheter ska ställa upp särskilda kontraktsvillkor som har till ändamål att motverka diskriminering hos leverantören och under avtalstiden kontrollera att leverantören uppfyller dessa villkor. I materiellt hänseende ställs dock här inte längre gående krav än vad som gäller enligt diskrimineringslagstiftningen.

För det andra kan kraven innebära att man ställer villkor för kontraktets fullgörande som går längre än lagstiftningen eller där den upphandlande myndigheten närmare anger hur den ska tillämpas. Exempel på sådana klausuler kan gälla att en viss andel av den arbetskraft som ska utföra det aktuella kontraktet ska bestå av kvinnor eller funktionshindrade eller att arbetstiderna ska vara sådana att det är möjligt att kombinera arbets- och familjeliv. Dylika krav är enligt vår mening inte omöjliga att använda, men de får inte vara diskriminerande mot andra grupper. EU-domstolens praxis på jämställdhetsområdet visar att utrymmet för positiv särbehandling har sina klara gränser vilka naturligtvis måste beaktas även då positiv särbehandling sker inom upphandlingsdirektivens ramar.<sup>266</sup> Man inte får missgynna enskilda individer i samband med en generell politik som innebär positiv särbehandling av en särskild grupp. Å andra sidan kräver EU att medlemsländerna ska ägna sig åt systematisk ”*mainstreaming*” för att främja lika behandling, och integration av sociala målsättningar inom offentlig upphandling är väl om något uttryck för en sådan policy.

För det tredje kan antidiskrimineringsvillkor vara kopplade till kvaliteten på det som ska upphandlas. För att ta ett helt trivialt exempel kan man ställa krav på att byggnader som uppförs ska kunna användas av funktionshindrade eller att IT-utrustning som ska köpas in är anpassad till synskadades behov etc. Den typen av antidiskrimineringsvillkor kan användas i samtliga skeden av upphandlingen.

---

<sup>265</sup> Dylika skyldigheter ingår som ovan framgått i samtliga i denna framställning granskade länder. Se t.ex. för Förenade Kungarikets del McCrudden (2008) s 426.

<sup>266</sup> Se särskilt EU-domstolens praxis i mål C-409/95 Marshall mål, C-158/97 Badeck och mål C-407/98 Abrahamsson.

### 7.5.3 Jämställdhet på tillbakagång?

Eventuellt har EU-domstolens relativt restriktiva praxis vad gäller utrymmet för positiv särbehandling inom jämställdhetspolitiken föranlett medlemsstaterna att bli mer försiktiga med att använda sin upphandling för att främja likabehandlingspolitiken. Det finns en rad allmänt positiva dokument på området, men när det kommer till konkreta åtgärder är man ytterst försiktig. Sålunda anger t.ex. det brittiska Office of Government Commerce i vägledningen ”*Let Equality Count*” att jämställdhetsaspekter kan användas som avgörande tilldelningskriterier när man har två ekonomiskt likvärdiga anbud, men tillägger snabbt att det är ytterst sällsynt att anbud är ekonomiskt likvärdiga och att man bör söka råd från juridisk expertis innan ett sådant beslut fattas. T.o.m. i Danmark tycks jämställdhetsaspekten ha varit på tillbakagång, något som 2009 föranledde en anmärkning från den FN-kommitté som övervakar kvinnors mänskliga rättigheter.<sup>267</sup>

I Sverige har en grupp inom Konkurrensverket som utvärderat antidiskrimineringsförordningen föreslagit att denna ska upphävas och att det ska bli frivilligt att tillämpa antidiskrimineringsvillkor också för de myndigheter som nu är skyldiga att använda sådana (se avsnitt 5.1.3). Slutsatserna är Konkurrensverkets egna och delas inte av de myndigheter som bär ansvar för diskrimineringsfrågor.

Visserligen har förordningen enligt utvärderingen medfört ökad medvetenhet om antidiskrimineringslagstiftningen, vilket visar sig inte minst genom att ett antal leverantörer upprättat eller uppdaterat sina jämställdhetsplaner eller andra dokument av-seende aktiva åtgärder, men som den har tillämpats är den ändå inte effektiv för att motverka diskriminering, är slutsatsen. Myndigheterna har nämligen i de flesta fall varken följt upp att villkoren tillämpats eller använt några sanktioner. Inte desto mindre påtalar Konkurrensverket att användning av avtalsvite skulle kunna leda till dubbla sanktioner vid brott mot jämställdhetslagstiftning. Eftersom myndigheterna tycker att det är tidskrävande och besvärligt att få in relevanta dokument och dylika krav dessutom kan vara betungande för små och medelstora företag, bör förordningen alltså upphävas, skriver verket.

---

<sup>267</sup> Se Conclusions concerning 7th report of Denmark, /2009, CEDAW Committee.

## LITTERATURFÖRTECKNING

Adell, B.L The Legal status of Collective agreements in England, the United States and Canada, Ontario, 1970.

Agell, Anders (red): Föreningsfrihet och stridsåtgärder på arbetsmarknaden. Gustafssonmålet i perspektiv. Rättsfondens Skriftserie nr 34, Iustus Förlag 1999.

Ahlberg, Kerstin: Danmark och Norge försvarar arbetsklausuler i offentliga kontrakt, EU & arbetsrätt nr 2/2008 sid 1.

Ahlberg, Kerstin: Danmark varnar EG-domstolen: Förstör inte vårt pensionssystem med krav på upphandling, EU & arbetsrätt nr 2/2009 sid 2.

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas: Kollektivavtal I EU. Om allmängiltiga avtal och social dumpning. Juristförlaget 1996.

Appréciation de la mise en œuvre des clauses sociales dans les marchés publics Appel a projets de recherche 2008, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi; Ministère du travail, des relations sociales, de la famille et de la solidarité, 2008.

Arrowsmith, Sue: An assessment of the new legislative package on public procurement. Common Market Law Review 2004, 41: 1277-1325.

Arrowsmith, Sue, Kunzlik, Peter (eds): Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions. Cambridge University Press 2009.

Bercusson, Brian: Fair Wages Resolutions, London, 1978.

Bercusson, Brian – Bruun, Niklas: Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU. In "The New EU Public Procurement Directives (ed. Nielsen & Treumer), DJØF Publishing. Copenhagen 2005. 97-116.

Besselink, Leonard: Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union. Common Market Law Review 1998, 629-678.

Blekemo, Annika: En verksamhet är en verksamhet är en verksamhet, i Ahlberg, Kerstin (red) Vänbok till Ronnie Eklund, Iustus 2010.

Bruun, Niklas, Jacobs, Antoine: Das ILO-Übereinkommung 94 am Morgen nach Ruffert. Recht der Arbeit 12/2008. 417-423.

Busck, Ole: Arbejdsmiljøet ved udbud af renovationsarbejde Rapport från projekt utfört vid Branchearbejdsmiljørådet for Transport og en gros 2003 – 2005, Institut for samfundsudvikling og planlægning vid Aalborg universitet.

Buying social: A guide to taking account of social considerations in public procurement, Draft – 3 april 2009, Europeiska kommissionen.

Caranta, Roberto: Country and Legal Policy Review for SRPP in France. I Legal and Policy Review of SRPP frameworks in selected EU Member States. ILO Training Centre 2008.

CEDAW/C/Den/CO/7. Concluding observations 7.8.2009, www.un.org.

Circulaire du 3 décembre 2008 relative à l'exemplarité de l'Etat au regard du développement durable dans le fonctionnement de ses services et de ses établissements publics.

Clark, J. & B. Wedderburn: 'Modern Labour Law – Problems, Functions, Policies', i Wedderburn/Lewis/Clark (eds), Labour Law and Industrial Relations, Oxford, 1983.

Drijber, Berend Jan, Stergiou, Helene: Public Procurement Law and Internal Market Law, Common Market Law Review 46: 805-846, 2009.

Eeckhout, Piet: External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations. Oxford University Press 2004.

Elg, Stefan: Arbetsrättsliga villkor i den offentliga upphandlingen Analys av förfrågningsunderlag, Allego 2009.

Eskola, Salla, Ruohoniemi, Erkko: Julkiset hankinnat. WSOY 2007.

Forslag til Lov om indhentning af tilbud i bygge- og anlægssektoren, fremsat den 23. februar 2005 af økonomi- og erhvervsministeren.

Gesetzentwurf der Bundesregierung Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode Drucksache 16/10117, 13.08.2008.

Gould, J.P. & Bittlingmayer, G: The Economics of the Davis-Bacon Act, Washington D.C. 1980.

Graver, Hans Petter: Offentlige anskaffelser og interkommunalt samarbeid TFR 2005. 153 – 187.

Haghgu, Katrin & Kingreen, Thorsten & Pieroth, Bodo: Tarifverträge als Bereichsausnahme des Europäischen Vergaberechts, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 16/2009 sid 870 – 876.

Herzfeld Olsson, Petra: Förhållandet mellan rätten att vidta stridsåtgärder och den negativa föreningsfriheten aktualiseras i Europadomstolen, Juridisk Tidskrift 1997–98 nr 2 s 606 ff.

ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations Individual Observation concerning Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) France (ratification: 1951) Published: 2007 No. (ilolex) 062007FRA094.

ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations Individual Observation concerning Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) France (ratification: 1951) Published: 2009 No. (ilolex) 062009FRA094.

Kalima, Kai, Häll, Maija & Oksanen, Antero: Julkisyhteisöjen hankintatoimen oikeussäännöt, SOJ Oy 2007.

KOM(2000) 275 slutlig/2, 30.8.2000; Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader.

KOM(2000) 276 slutlig/2, 31.8.2000 Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi och transporter.

KOM(2001) 566 slutlig, 15.10.2001 Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

KOM(2002) 236 Ändrat förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, 6.5.2002.

KOM(2003) 503 slutlig Kommissionens yttrande enligt artikel 251.2 tredje stycket c i EG-fördraget om Europaparlamentets ändringar av rådets gemensamma ståndpunkt om förslaget till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster Med ändring av kommissionens förslag enligt artikel.250.2 i EG-fördraget, 14.8.2003.

KOM (2008) 412 slutlig, 2.7.2008, Meddelande från Kommissionen till Europaparlamentet, Rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa.

Krüger, Kai, Nielsen, Ruth & Bruun, Niklas: European Public Contracts in a Labour Law Perspective. DJØF Publishing, Copenhagen 1998.

Macleod, I, Hendry, I.D & Hyett, S: The External Relations of the European Communities 1996.



McCrudden, Christopher: *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press 2007.

Mitteilung der Regierung der Bundesrepublik Deutschland an die Kommission der Europäische Gemeinschaften vom 15. November 2006.

Morton, H.C.: *Public contracts and private wages: Experiences under the Walsh-Healey Act, 1965*.

Nielsen, Henrik Karl: *Public Procurement and International Labour Standards*, in *Public Procurement Law Review*, 1995, no. 2, p. 94 – 101.

Nielsen, Ruth *EU Public Procurement Law and Nordic Labour Law – Recent Developments and Future Challenges*, i Wahlgren, Peter (red) *Scandinavian Studies in Law Volume 50*, 2007.

Nielsen, Ruth: *Udbud af offentlige kontrakter*, 3. udgave, Jurist- og økonomiforbundets forlag 2005.

*Pensioner och Förmåner*. 4/2005. Utgiven av Svenska nyhetsbrev AB.

Pongérard-Payet, Hélène: *Le critère social exprès d'attribution : un cadeau en trompe-l'œil fait aux élus*, *Actualité juridique; Droit administratif* 2006 s. 635 – 641.

*Procurement and Equality och Make Equality Count* ([www.ogc.gov.uk](http://www.ogc.gov.uk).)

Protokollat om medarbetaernes inddragelse og medvirken ved omstilling, udbud og udlicitering, KL, Amtsrådsforeningen, Frederiksberg kommune och Kommunale Tjenestemænd og Overenskomstansatte.

*Public procurement contracts and access to employment for persons excluded from the labour market. Guide for the use of public purchasers*, produced by the workshop on social aspects of public procurement contracts, Version: July 2007, Ministère de l'économie, de l'industrie et de l'emploi, Ministère du budget, des comptes publics et de la fonction publique.

*Public procurement contracts and access to employment for persons excluded from the labour market 2007; Legal and Policy Review of SRPP frameworks in selected EU Member States*, Annex 1, ILO International Training Centre 2008.

Rapport fra Udvalget om sociale klausuler (2000), [www.socialaftaler.dk](http://www.socialaftaler.dk)

Regeringens proposition 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster* (Sverige).

Regeringens proposition till Riksdagen med förslag till lag om offentlig upphandling och lag om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster 50/2006 rd (Finland).

Regeringens proposition 190/2009 till Riksdagen med förslag till lagar om ändring av lagen om offentlig upphandling, lagen om upphandling inom sektorerna vatten, energi, transporter och posttjänster och marknadsdomstolslagen (Finland).

Reich, Robert: *Supercapitalism, The Transformation of Business, Democracy, and Everyday Life*. Vintage Books 2007.

Rengeling & Szczekalla (eds), *Grundrechte in der Europäische Union*, 2004.

Report III (Part IB) to the 97th Session, 2008 of the International Labour Conference, ILO, Geneva, 2008.

Riddall, J.G.: *The Law on Industrial Relations*, London, 1981.

Rideout, R.W.: *Principles of Labour Law*, 4th ed. London, 1983.

Rosenkötter, Annette & Würsig, Thorsten: *The impact of the Lisbon Treaty in the field of public procurement*, European Parliament report PE 429.988, Policy Department A Economic and Scientific Policy, Brussels 2010.

Schulten, Thorsten & Pawicki, Michael: *Tariftreuregelungen in Deutschland – Ein aktueller Überblick*, WSI Mitteilungen 4/2008 sid 184 –190.

*Social Issues in Purchasing*. Office of Government Commerce 2006.

*Sociala hänsyn vid offentlig upphandling*, bilaga 3 till SOU 2001:31

*Sociale hensyn ved offentlige indkøb – en vejledning i mulighederne for at tage sociale hensyn ved udbud*, Konkurrencestyrelsen 2004, [www.ks.dk](http://www.ks.dk).

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

SOU 2006:28 *Nya Upphandlingsregler 2. Slutbetänkande av Upphandlingsutredningen 2004*.

SOU 2007:43 *Bättre arbetsmiljöregler II Skyddsombud, beställansvar, Byggarbetsplatser m.m. Slutbetänkande av utredningen om arbetsmiljölagen*.

SOU 2009:97 *Marknadsorienterade styrmedel på arbetsmiljöområdet*.

Stratmann, Klaus: Kompromiss bei Reformprojekt Koalition reformiert Vergaberecht, Handelsblatt 01.12.2008.

Supplisson, Didier: Critères d'attribution : quelques changements de la continuité, Actualité juridique; Droit administratif 2006 s. 1765 –1769.

Sylwan, Mathias: EG-domen en tankeställare, Anbudsjournalen 37/2009.

Thieblot, A.J.: Prevailing Wage Legislation, Philadelphia, 1986; J.E. Kallet, FLSA & Other Wage & Hour Laws, 3rd Ed. Washington DC, 1994.

Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, KOM(2001) 566 slutlig, 15.10.2001.

Treumer, Steen: The Distinction between Selection Criteria and Award Criteria in EC Public Procurement Law: A Rule without Exception? i Public Procurement Law Review 2009 No 3 s 103.

Trepte, Peter: Public Procurement in the EU. A practitioners Guide, Second edition. Oxford University Press 2007.

Trybus, Martin: Country Legal and policy Review for SRPP in Germany, i Legal and Policy Review of SRPP frameworks in selected EU Member States Annex I, ILO International Training Centre, 2008.

Tysk arbetsrätt – fyra aktuella processer, Telemeddelande (A) till UD från Sveriges ambassad i Berlin 2008-12-17, UD-EU Dnr 271.

Udarbejdelse af kontrolbud, www.uvm.dk.

Udbudsbekendtgørelse af tjenesteydelsesaftale, Det Kongelige Teater, 27.11.2008.

Udbudsbekendtgørelse af tjenesteydelsesaftale, Sønderborg Kommune, 27.06.2009.

Utvärdering av antidiskrimineringsförordningen, Konkurrensverkets rapportserie 2009:2.

Vägledning Sociala och etiska krav i offentlig upphandling, Miljöstyrningsrådet, 2008.

## **Rättsfall från EU-domstolen**

24/85 Jozef Maria Antonius Spijkers mot Gebroeders Benedik Abattoir CV and Alfred Benedik en Zonen BV, ECR 1986, p.1119.

126/86, Giménez Zaera mot Instituto Nacional de la Seguridad Social and

Tesorería General de la Seguridad Social, ECR 1987, p 3697.

C-345/89 Stoeckel, ECR 1991, p. I-4047.

C-158/91 Ministère public and Direction du travail and de l'emploi mot Levy, ECR 1993, p. I-4287.

C-13/95 Ayse Süzen mot Zehnacker Gebäudereinigung GmbH Krankenhausservice, REG 1997, s. I-1259.

C-409/95 Hellmut Marschall mot Land Nordrhein-Westfalen, REG 1997, s. I-6363.

C-67/96 Albany International BV mot Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, REG 1999, s. I-5751.

C-158/97 Georg Badeck m.fl., i närvaro av: Hessische Ministerpräsident och Landesanwalt beim Staatsgerichtshof des Landes Hessen, REG 2000, s. I-1875.

C-84/98, Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Portugal, REG 2000, s. I-5215.

C-107/98 Teckal Srl mot Comune di Viano, Azienda Gas-Acqua Consorziale (AGAC) di Reggio Emilia, REG 1999, s.I-8121.

C-222/98 Hendrik van der Woude mot Stichting Beatrixoord, REG 2000, s.I-7111.

C-225/98 Kommissionen mot Frankrike, REG 2000 s I-7445.

C-407/98 Katarina Abrahamsson och Leif Anderson mot Elisabet Fogelqvist, REG 2002, s.I-5539.

C-172/99, Oy Liikenne Ab mot Pekka Liskojärvi, Pentti Juntunen,REG 2001, s.I-745.

C-513/99, Concordia Bus Finland mot Helsingin Kaupunki REG 2002, s. I-7213.

C-448/01, EVN AG mot Österrike REG 2003, s. I-4527.

C-26/03 Stadt Halle, RPL Recyclingpark Lochau GmbH mot Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna, REG 2005, s.I-1.

C-203/03 Kommissionen mot Österrike, REG 2005, s. I-935.

C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet, REG 2007, s.I-11767.

C-438/05 International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union, mot Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti, REG 2007, s.I-10779.

C-458/05 Mohamed Jouini m.fl. mot Princess Personal Service GmbH (PPS), REG 2007, s.I-7301.

C-220/06 Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia mot Administración General del Estado, REG 2007, s. .I-12175.

C-346/06 Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen, REG 2008, s. I-1989.

C-532/06 Emm. G. Lianakis AE m.fl mot Dimos Alexandroupolis m.fl., REG 2008, s.I-251.

C-324/07 Coditel Brabant SA mot Commune d'Uccle, Région de Bruxelles-Capitale, REG 2008, s.I-8457.

C-271/08 Europeiska gemenskapernas kommission mot Förbundsrepubliken Tyskland.

## ENGLISH SUMMARY

In recent years, especially since the end of the 1990s, there has been a strong political mandate for, and an extensive interest in, the consideration of societal concerns during the process of public procurement. This ambition strongly influenced the revision of the European Union directives on public procurement at the beginning of this millennium<sup>268</sup>, but the same desires and demands can be clearly seen within the Member States, not least at regional and municipal levels where many procurement decisions are made.

The demand that social, ethical and environmental considerations be taken into account in public procurement is not surprising when seen against the background of general societal change. Robert B. Reich has described the development of society as a transition to global supercapitalism, where the investor and consumer groups have gained increased influence, while the influence of, for example, the trade unions, grows ever smaller.<sup>269</sup> According to Reich, one of the responses of the large multinational corporations to this development is that they adopt different codes or agreements about what is known as Corporate Social Responsibility, in order to demonstrate to consumers and other interest groups that the companies are responsive to the demands for respect for ethical, social and environmental values. Against this background it is consistent that corresponding expectations make themselves felt in the context of public procurement.

We also wish to emphasise that it is legitimate, to say the least, that procurement financed by taxes shows consideration for the fundamental values that prevail among the taxpayers and within the decision-making bodies which govern the authorities. After all, we are concerned here with generally accepted regulatory objectives, such as the promotion of gender equality, the integration of the disabled, safe working environments and good working conditions. The aim of using tax payers' money effectively is by no means in conflict with ethical, social or environmental objectives. On the contrary, we believe that it is entirely possible to conduct procurement in an open and transparent way, based on free competition, while also integrating these goals. We have also shown above that a requirement

---

<sup>268</sup> See, for example, Bercusson & Brunn (2005) and section 4 in this report.

<sup>269</sup> See Reich (2007), especially page 50 onwards

to always accept the lowest tender without considering social and ethical factors cannot be derived from EU law.<sup>270</sup> In fact, it is ultimately for the national legislature and the contracting authority to decide upon the quality that goods and services should have. The EU merely stipulates openness, transparency and non-discrimination.

This is particularly relevant when we are dealing with procurements below threshold values or which concern so-called non-priority services.<sup>271</sup> Here, national discretion is relatively large if the Member State so wishes, since these procurements fall outside the binding special regulations of the directives.

The problem has been that there are many points that are open to interpretation, resulting in an uncertain legal situation, which is clearly reflected in our analysis of different issues relating to the ethical and social aspects of procurement. This ambiguous situation often seems to have led to a kind of radical ‘precautionary principle’ in the Member States: Since they are not certain what is applicable, they choose to keep within the bounds of what they are sure is permissible. At the same time, the fact that questions relating to public procurement often fall to authorities whose exclusive remit is to promote competition, and who therefore lack expertise and experience in the social and environmental areas, may have further reinforced this tendency towards caution. It is not impossible that, in some cases, the uncertainty has been deliberately exploited by agents who have a general belief that social and environmental considerations should play no part in the procurement process, and that such ‘foreign elements’ should be referred to special regulations in these areas. That such thinking is widespread is illustrated both by our reconstruction of how the EU procurement directives were negotiated (see, for example, sections 4.2 and 4.4) and by the literature on how these have been implemented in the Member States.<sup>272</sup>

There are good arguments against such a position. The procurement process provides a tool for the state and municipalities to promote social objectives, which can be more effective than special regulations alone with

---

<sup>270</sup> See above, section 6.2

<sup>271</sup> See above, chapter 2 and section 5.7.

<sup>272</sup> See chapter 5.

regard to, for example, the working environment or equality of treatment. The prospect of being unable to tender for public contracts is likely to give prospective bidders a stronger incentive to live up to the requirements for preventive health and safety work or proactive measures to promote gender equality than the (arguably negligible) ‘risk’ of facing an injunction from an enforcement agency with limited resources. In addition, a level playing field must reasonably mean that society uses those tools at its disposal to prevent companies which disregard their statutory obligations from gaining competitive advantage.

If, as the Swedish Competition Authority proposes, a control mechanism such as the anti-discrimination regulation is abolished, in the name of simplification, there is a real risk of sanctioning violation of current laws. The Competition Authority, in common with all other Swedish authorities, has a legally binding responsibility to promote equal opportunities.<sup>273</sup> This is not reflected in the report. The fact that the authorities do not check that the anti-discrimination legislation is followed in practice, or that contract penalties may impose disproportionate sanctions can, as we see it, be considered as arguments for modifying the regulation or strengthening its application, but not for abolishing it.

Our analysis illustrates that, compared with other countries, Sweden has applied the ‘precautionary principle’ to an extreme degree. This is surprising in that there has been, and is still, a relatively strong public opinion in Sweden that social considerations should be taken into account in procurement, not least at the municipal level. However, it seems as if this opinion has encountered a series of counter-arguments premised on legal uncertainty, which has ultimately led to the legislation more or less ignoring the expressed desire that such requirements should be taken into account.

Sweden has chosen as a starting point to give procurement legislation a broad field of application, and only to a limited extent to take advantage of the flexibility which Member States have outside the scope of the procurement directives. In this regard, Sweden stands out among the countries we studied. Essentially the same regulations are applied to all procurements, irrespective of whether they fall within the scope of the directives

---

<sup>273</sup> See eg. the Instrument of Government 1: 2



or not. Among other things, the same award criteria apply to all procurements covered by the Public Procurement Act irrespective of their scope and type. This is of great significance when the threshold value for public works contracts lies, for example, at 4.8 million euro and when the non-prioritised services cover both social and health care and education.

In Sweden, less emphasis has also been placed on the possibility of considering social aspects during the award of contracts than in Denmark, Finland, France or Germany. In these other countries, the authorities' freedom of action is emphasised when it comes to awarding the contract. However, in all the countries it is stressed that the authorities have greater freedom in respect of the content of the contract, although even in this regard Sweden is relatively cautious. In Denmark the authorities require the supplier to pay wages in accordance with collective agreements and in Finland the procurement law stipulates directly that the contractor must comply with 'at least the minimum conditions for an employment relationship which, according to Finnish law and in the provisions of collective agreements, shall apply in a similar employment.'

The parsimonious approach to social considerations in procurement in Sweden is also reflected in the fact that the Swedish procurement law does not permit contracts to be reserved for sheltered workshops or other protected employment, as allowed under Article 19 of the classical directive. The Government commission that was to suggest how the EU directives could be implemented had proposed that Sweden should take note of Article 19, but the proposal was dropped during the drafting of the bill and was not included when this was submitted to Parliament.

The moderate proposal in the report 'Bättre arbetsmiljöregler II'<sup>274</sup> from 2007 has not left any trace in law either (see Section 5.1.2). It proposed that those seeking tenders for service should have a responsibility to design the specifications in a way that gave the service providers a better chance of fulfilling their obligations under health and safety legislation. The proposal had a forerunner in Danish law.<sup>275</sup>

The prolonged debate about whether Sweden as an EU member is able to ratify the ILO Convention 94 can also be seen as an expression of the

---

<sup>274</sup> SOU 2007:43

<sup>275</sup> See above section 5.2.2.

general caution which has resulted in Sweden refraining from requiring, enabling or even recommending that contracting entities take social considerations into account in connection with procurement.<sup>276</sup>

The only exception to this general position adopted by the legislature has been the provision in the Public Procurement Act that has been deemed to permit the use of anti-discrimination clauses in procurement contracts. This possibility has, with the support of a regulation, been made obligatory for the 30 largest government agencies, for contracts over 750.000 kronor. It is symptomatic that the Competition Authority has already proposed that this requirement be repealed.

The conclusion is that Sweden is currently lagging behind the nations considered in the comparison, with the possible exception of the United Kingdom, when it comes to exploiting the possibilities offered by the legislative route in terms of integrating social and ethical considerations in public procurement. This legal situation seems not to be a result of deliberate policy but rather an indirect consequence of a radical 'precautionary principle' in combination with a lack of political will to seize the opportunities that exist, and a lack of motivation among the competition authorities to pursue the matter.

When our project was in its final stages, the government submitted a draft bill to the Council on Legislation with a proposal for a new provision based on the above mentioned Government Commission's final report (see Section 5.1.2). According to the draft bill a provision shall be inserted in both procurement laws under which the authorities should stipulate environmental requirements and social requirements to the extent that it is warranted by the nature of the contract. This is a first step in the right direction. However, if it stops there, the precautionary principle which we have described will persist. The fact remains that the Council on Legislation's criticism at the time of implementation of the directives is equally relevant today: With their highly complex and directive-like form, the laws still leave all the problems of interpretation – not least in the area on which we focus in our report – for the authorities who will apply them.

---

<sup>276</sup> See SOU 2006:28. 315-366.

This applies to, for example, what consequences the new legislation arising from the Laval ruling (see Section 7.1.12) will have in the procurement context. The new legislation will only define the conditions for trade unions to be able to use industrial action as a means to impose wage demands on foreign enterprises who are temporarily posting workers to Sweden. The question of what the contracting authorities can demand in terms of wages and other employment conditions is not addressed at all here. Furthermore, in its bill 2008/09:29 the government stated that certain conditions within collective agreements can be imposed on the suppliers in these systems, without giving any examples of what type of conditions these might be (see Section 5.1.2). Authorities who wish to apply contractual terms relating to wages and conditions of employment to the extent compatible with procurements rules may not risk doing so when no guidance is given either in the preparatory work or in any other way.

We have noted that the Lisbon Treaty in various ways strengthens the right of Member States to promote social goals during public procurement without placing them on a collision course with the Union. The point of departure for EU regulation in this area has also consistently been that the EU does not require its members to consider social concerns, but permits them to do so within certain limits. The paradoxical result of giving this freedom of action to the Member States is that the opponents of socially responsible procurement in Sweden have been dealt two trump cards. First they have been able to successfully oppose the application of social clauses with reference to their “unclear” areas of application and the “diffuse” legal system. Subsequently they have been able to avoid taking the responsibility for the resulting de facto value-based policies by blaming the EU and its supposedly rigid legislation

There is thus reason to return the question of the point of departure for public procurement to the realm of politics and public debate: Do we wish to pursue social objectives including gender equality objectives in the use of tax payers’ money or to narrowly emphasise short term economic efficiency? We believe that an acceptable and sustainable policy for public procurement must also integrate social and ethical aspects. We also believe that the EU regulation gives reasonable scope for this and we hope that this report can contribute to the return of the issue to the agenda.

## **SIEPS PUBLIKATIONER**

### **2010**

---

2010:2

*Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolar hållning och praxis*

Författare: Ulf Bernitz

2010:1

*Regelförenkling genom konsekvensutredningar*

Författare: Magnus Erlandsson

2010:2epa

*Rethinking How to Pay for Europe*

Författare: Iain Begg

2010:1epa

*Internal and External EU Climate Objectives and the Future of the EU Budget*

Författare: Jorge Núñez Ferrer

### **2009**

---

2009:9

*Invandringsspolitik för cirkulär migration*

Författare: Per Lundborg

2009:8

*The Impact of the Euro on International Trade and Investment: A Survey of Theoretical and Empirical Evidence*

Författare: Harry Flam

2009:7

*Aggregate and Regional Business Cycle Synchronisation in the Nordic Countries*

Författare: Anna Larsson, Nevena Gaco och Henrik Sikström

2009:6

*Trade in Services and in Goods with Low-Wage Countries – How do Attitudes Differ and How are They Formed?*

Författare: Lars Calmfors, Girts Dimdins, Marie Gustafsson, Henry Montgomery och Ulrika Stavlöt

2009:5

*How to Reform the EU Budget? A Methodological Toolkit*

Författare: Filipa Figueira

2009:4

*Climate Change and Energy Security in Europe:*

*Policy Integration and its Limits*

Författare: Camilla Adelle, Marc Pallemmaerts och Joanna Chiavari

2009:3

*Empowering National Courts in EU Law*

Författare: Xavier Groussot, Christoffer Wong, Andreas Inghammar och Anette Bruzelius

2009:2

*Migration as Foreign Policy?*

*The External Dimension of EU Action on Migration and Asylum*

Författare: Andrew Geddes

2009:1

*Fiscal Federalism, Subsidiarity and the EU Budget Review*

Författare: Iain Begg

2009:4op

*Which Common Policy for Agriculture and Rural Areas beyond 2013?*

Redaktörer: Nadège Chambon och Jonas Eriksson

2009:3op

*The Swedish Presidency: European Perspectives*

Redaktörer: Fredrik Langdal och Göran von Sydow

2009:2op

*The 2009 Czech EU Presidency: Contested Leadership at a Time of Crisis*

Författare: David Král, Vladimír Bartovic och Věra Rihácková

2009:1op

*Democracy Promotion in a Transatlantic Perspective*

Bidrag av Maria Leissner, Annika Björkdahl, Roel von Meijenfeldt, Tom Melia, Pavol Demeš och Michael Allen

2009:15epa

*Bör länderna inom EU stödja fordonsindustrin?*

Författare: Rikard Forslid

2009:14epa

*The Eastern Partnership: Time for an Eastern Policy of the EU?*

Författare: Anna Michalski

2009:13epa

*Out in the Cold? Flexible Integration and the Political Status of Euro-Outsiders*

Författare: Daniel Naurin och Rutger Lindahl

2009:12epa

*From Zero-Sum to Win-Win?*

*The Russian Challenge to the EU's Eastern Neighbourhood Policies*

Författare: Hiski Haukkala

2009:11epa

*The CAP and Future Challenges*

Författare: Mark Brady, Sören Höjgård, Eva Kaspersson

och Ewa Rabinowicz

2009:10epa

*A Legal Analysis of the Global Financial Crisis from an EU Perspective*

Författare: Sideek Mohamed Seyad

2009:9epa

*An EU Strategy for the Baltic Sea Region:*

*Good Intentions Meet Complex Challenges*

Författare: Rikard Bengtsson

2009:8epa

*What to Expect in the 2009-14 European Parliament:*

*Return of the Grand Coalition?*

Författare: Simon Hix

2009:7epa

*The 2009 Swedish EU Presidency: The Setting, Priorities and Roles*

Författare: Fredrik Langdal och Göran von Sydow

2009:6epa

*Varför ska Sverige gå med i EMU?*

Författare: Lars Calmfors

2009:5epa

*When Lab Results are not Sufficient: On the Limitations of Science in Tackling Modern Food Regulatory Concerns*

Författare: Karolina Zurek

2009:4epa  
*EU alltmer accepterat*  
Författare: Sören Holmberg

2009:3epa  
*Stockholmsprogrammet – ett ambitiöst program för frihet, säkerhet och rättvisa?*  
Författare: Anna Södersten

2009:2epa  
*Democracy Promotion in a Transatlantic Perspective:  
Reflections from an Expert Working Group*  
Författare: Anna Michalski

2009:1epa  
*Foreign Policy Challenges for the Obama Administration*  
Författare: John K. Glenn

## **2008**

---

2008:11  
*Lissabonfördraget*  
Författare: Carl Fredrik Bergström, Jörgen Hettne och Anna Södersten

2008:10  
*Svensk livsmedelspolitik i EU – styrning och kontroll*  
Författare: Jane Reichel

2008:9  
*Immigrants from the New EU Member States and the Swedish Welfare State*  
Författare: Christer Gerdes och Eskil Wadensjö

2008:8  
*The EU as a Global Actor in the South*  
Författare: Björn Hettne, Fredrik Söderbaum och Patrik Stålgren

2008:6-7  
*Institutional Competences in the EU External Action:  
Actors and Boundaries in CFSP and ESDP*  
Författare: Lisbeth Aggestam, Francesco Anesi, Geoffrey Edwards,  
Christopher Hill och David Rijks

2008:5

*Transforming the European Community's Regulation of Food Safety*

Författare: Morten P. Broberg

2008:4

*Turning the EU Budget into an Instrument to Support the Fight against Climate Change*

Författare: Camilla Adelle, Marc Pallemmaerts och David Baldock

2008:3

*Can Reforming Own Resources Foster Policy Quality?*

Författare: Jorge Núñez Ferrer

2008:2

*The EU Budget Review:*

*Mapping the Positions of Member States*

Redaktörer: Tamás Szemlér och Jonas Eriksson

2008:1

*Common Energy Policy in the EU:*

*The Moral Hazard of the Security of External Supply*

Författare: Chloé Le Coq och Elena Paltseva

2008:3op

*The French Presidency of 2008: The Unexpected Agenda*

Författare: Christian Lequesne och Olivier Rozenberg

2008:2op

*The 2008 Slovenian EU Presidency:*

*A New Synergy for Europe? A Midterm Report*

Författare: Danica Fink-Hafner och Damjan Lajh

2008:1op

*The Purse of the European Union:*

*Setting Priorities for the Future*

Medverkande: Iain Begg, André Sapir och Jonas Eriksson

2008:15epa

*Nya regler om fri rörlighet för patienter*

Författare: Eva Edwardsson

2008:14epa

*The Swedish 2009 Presidency – Possible Policy Priorities*

Författare: Fredrik Langdal och Göran von Sydow



- 2008:13epa  
*Lissabonfördraget och den svenska grundlagens reglering av EU*  
Författare: Carl Fredrik Bergström
- 2008:12epa  
*Lissabonfördraget och "det irländska problemet" – en snabbare lösning än väntat?*  
Författare: Carl Fredrik Bergström
- 2008:11epa  
*EU Energy Policy in a Supply-Constrained World*  
Författare: Jacques de Jong och Coby van der Linde
- 2008:10epa  
*Samstämmighet mellan inre och yttre politik:  
En utmaning för EU i rollen som global aktör*  
Författare: Anna Michalski
- 2008:9epa  
*Lissabonfördraget och straffrätten*  
Författare: Ester Herlin-Karnell
- 2008:8epa  
*The Potential Impact of the Lisbon Treaty on European Union External Trade Policy*  
Författare: Stephen Woolcock
- 2008:7epa  
*Lissabonfördraget och maktbalansen mellan EU:s institutioner*  
Författare: Joakim Nergelius
- 2008:6epa  
*Esse, non videri – företrädesprincipens vara eller icke vara*  
Författare: Ola Zetterquist
- 2008:5epa  
*Ökat opinionsstöd för EU*  
Författare: Sören Holmberg
- 2008:4epa  
*The Lisbon Treaty and EMU*  
Författare: Sideek Mohamed Seyad

2008:3epa

*The Lisbon Treaty and the Area of Criminal Law and Justice*

Författare: Ester Herlin-Karnell

2008:2epa

*A Better Budget for Europe: Economically Efficient, Politically Realistic*

Författare: Filipa Figueira

2008:1epa

*The Future of the Common European Asylum System:*

*In Need of a More Comprehensive Burden-Sharing Approach*

Författare: Eiko Thielemann

## **2007**

---

2007:7

*Svenska kommuners och regioners kanaler till Bryssel:*

*Subnationella nivåers försök att påverka EU:s policyprocess*

Författare: Linda Berg och Rutger Lindahl

2007:6

*EU for the Patients: Developments, Impacts, Challenges*

Författare: Dorte Sindbjerg Martinsen

2007:5

*Fri rörlighet för välfärd?*

*Rättsutvecklingen gällande den fria rörligheten för sjukvårdstjänster*

Författare: Eva Edwardsson

2007:4

*Gränslös straffrätt*

Författare: Gunnar Persson

2007:3

*Does a Family-Friendly Policy Raise Fertility Levels?*

Författare: Anders Björklund

2007:2

*The Euro – What's in it for me?*

*An Economic Analysis of the Swedish Euro Referendum 2003*

Författare: Lars Jonung och Jonas Vlachos

2007:1

*Bargaining Power in the European Council*

Författare: Jonas Tallberg

2007:3u

*Politik eller juridik? Regeringens agerande i Laval-målet*

Författare: Daniel Bergvall

2007:2u

*Styrning och makt: EU:s utvärdering av Rumänien*

Författare: Iréne Nilsson

2007:1u

*New Criminal Law Developments in the Community Legal Order*

Författare: Hanna Goeters

2007:3op

*Från Rom till Berlin – EU 50 år*

Författare: Sverker Gustavsson, Annika Ström Melin, Göran von Sydow och Jacob Westberg

2007:2op

*Why Europe? Possibilities and Limits of European Integration*

Författare: Andreas Føllesdal, Andrew Moravcsik, Jo Shaw, Fredrik Langdal och Göran von Sydow

2007:1op

*The 2007 German EU Presidency: A Midterm Report*

Författare: Sebastian Kurpas och Henning Riecke

2007:6epa

*Flexicurity – An Answer or a Question?*

Författare: Lars Calmfors

2007:5epa

*Agenda 2014: A Zero-Base Approach*

Författare: Daniel Tarschys

2007:4epa

*Vad innebär reformfördraget?*

Författare: Jörgen Hettne och Fredrik Langdal

2007:3epa

*A New Proposal for a Regulation on Mutual Recognition of Goods  
– Towards a Harmonized Administrative Order?*

Författare: Jane Reichel

2007:2epa

*Spillover or Activist Leapfrogging? Criminal Competence and the Sensitivity of the European Court of Justice*

Författare: Maria Bergström

2007:1epa

*Better Regulation of Mobile Telecommunications*

Författare: Johan Stennek och Thomas P. Tangerås

## **2006**

---

2006:12

*The Legal Basis Game and European Governance*

Författare: Joseph Jupille

2006:11

*Budget Allocation in an Expanding EU – A Power Politics View*

Författare: Mika Widgrén

2006:10

*International Agreements in EU Neighbourhood Policy*

Författare: Marius Vahl

2006:9

*Företagens sociala ansvar och den svenska modellen*

Författare: Magnus Frostenson och Tommy Borglund

2006:8

*Skatterna och den fria rörligheten inom EU – svensk skatterätt i förändring?*

Författare: Kristina Ståhl

2006:7

*Unionsmedborgarskapet och dess inverkan på den fria rörligheten för personer*

Författare: Hedvig Lokrantz Bernitz

2006:6

*Vad hände(r) med den konstitutionella krisen i EU?*

Författare: Carl Fredrik Bergström, Jörgen Hettne, Josefin Almer och Maria Bergström

2006:5

*Freedom of Movement for Workers from Central and Eastern Europe: Experiences in Ireland and Sweden*

Författare: Nicola Doyle, Gerard Hughes och Eskil Wadensjö

2006:4

*The Dynamics of Enlargement:*

*The Role of the EU in Candidate Countries' Domestic Policy Processes*

Författare: Andreas Bågenholm

*Turkey, Sweden and the European Union Experiences and Expectations*

2006:3

*Sverige inför rätta: Kontrollen av medlemsstaterna i Europeiska unionen*

Författare: Maria Fritz och Jörgen Hettne

2006:2

*Armed and Ready?*

*The EU Battlegroup Concept and the Nordic Battlegroup*

Författare: Jan Joel Andersson

2006:1

*Leader or Foot-Dragger?*

*Perceptions of the European Union in Multilateral International Negotiations*

Författare: Ole Elgström

2006:1op

*The Austrian EU Presidency: A Midterm Report*

Författare: Paul Luif

## **2005**

---

2005:11

*Den europeiska tillväxtdebatten*

Författare: Anne D. Boschini och Rickard Eriksson

2005:10

*The Role of the National Courts in the European Union:  
A Future Perspective*

Författare: Xavier Groussot

2005:9

*Is the Commission the Small Member States' Best Friend?*

Författare: Simone Bunse, Paul Magnette och Kalypso Nicolaïdis

2005:8

*What Remains of the Stability Pact and What Next?*

Författare: Lars Calmfors

2005:7

*European Integration and Trade Diversion: Yeats revisited*

Författare: Ari Kokko, Thomas Mathä och Patrik Gustavsson Tingvall

2005:6

*EU och svenska monopol – teori, verklighet och framtid*

Författare: Anna Meyrowitsch, Emanuel Allroth och Jörgen Hettne

2005:5

*From Policy Takers to Policy Makers:*

*Adapting EU Cohesion Policy to the Needs of the New Member States*

Redaktörer: Jonas Eriksson, Bengt O. Karlsson och Daniel Tarschys

2005:4

*The Enigma of European Added Value:*

*Setting Priorities for the European Union*

Författare: Daniel Tarschys

2005:3

*Folkomröstning eller parlamentsratificering – hur besluta om förslaget till  
konstitutionellt fördrag?*

Författare: Ann-Catrine Jungar och Christer Karlsson

2005:2

*Gamla och nya lagstiftare – om EU och straffrätt*

Författare: Gunnar Persson

2005:1

*EU:s nya konstitution – ett nationalekonomiskt perspektiv*

Författare: Mikael Priks

2005:2op  
*The 2005 UK Presidency: Beyond the British Question?*  
Författare: Edward Best

2005:1op  
*The 2005 Luxembourg Presidency:  
A Presidency Devoted to the Stability and Growth Pact and to the Lisbon  
Process*  
Författare: Patrick Dumont och Philippe Poirier

## **2004**

---

2004:9  
*The Political Dynamics of Turkish Accession to the EU:  
A European Success Story or the EU's Most Contested Enlargement?*  
Författare: Kirsty Hughes

2004:8  
*Ratificeringen av EU:s nya fördrag – vad händer om den misslyckas?*  
Författare: Bruno de Witte

2004:3–7  
*En konstitution för Europa? Reflektioner*  
Författare: Thomas Bull, Joakim Nergelius, Torbjörn Larsson,  
Ulrika Mörth och Ola Zetterquist

2004:2  
*EU:s och USA:s livsmedelsbistånd – effekter på lokal produktion och  
import*  
Författare: Carl-Johan Belfrage

2004:1  
*Regional integration och regionala handelsavtal*  
Författare: Patrik Gustavsson och Ari Kokko

2004:2u  
*Nettomigrationen från de nya EU-länderna – utvärdering och prognosti-  
sering*  
Författare: Jonas Eriksson

2004:1u  
*European Governance – An Overview of the Commission's Agenda for  
Reform*  
Författare: Josefin Almer och Matilda Rotkirch

2004:10p

*The Netherlands 2004 EU Council Presidency:*

*Dutch EU Policy-Making in the Spotlights*

Författare: Mendeltje van Keulen

## **2003**

---

2003:19

*Industrial Structure and Industry Location in an Enlarged Europe*

Författare: Karolina Ekholm

2003:18

*Coming of Age? Economic Management of the European Union*

Författare: Per Molander och Allan Gustafsson

2003:17

*Reinventing Cohesion: The Future of European Structural Policy*

Författare: Daniel Tarschys

2003:16

*Företagsförvärv inom EU:*

*Rättsliga problem för stora företag med liten hemmamarknad*

Författare: Ulf Bernitz

2003:15

*Domstolarna i Europeiska unionens konstitution*

Författare: Jörgen Hettne och Ulf Öberg

2003:14

*Decentralized Agencies and the IGC: A Question of Accountability*

Författare: Carl Fredrik Bergström och Matilda Rotkirch

2003:12

*Nationella parlament och beslutsfattande på europeisk nivå*

Författare: Fredrik Langdal

2003:11

*Skyddet av grundläggande fri- och rättigheter i framtidens EU*

Författare: Michael Hellner

2003:10

*Säkerhet och försvar i framtidens EU – en analys av försvarsfrågorna i det europeiska konventet*

Författare: Magnus Ekengren och Sara Larsson



- 2003:9  
*Reforming the Council: A Work in Progress*  
Författare: Helen Wallace och Fiona Hayes-Renshaw
- 2003:8  
*Simply Simplification? The Proposal for a Hierarchy of Legal Acts*  
Författare: Carl Fredrik Bergström och Matilda Rotkirch
- 2003:7  
*The Invisible Transformation of Codecision:  
Problems of Democratic Legitimacy*  
Författare: Henry Farrell och Adrienne Héritier
- 2003:6  
*Skatterna – konkurrens eller harmonisering?*  
Författare: Mats Persson
- 2003:5  
*Flyktingpolitiken i framtidens EU*  
Författare: Hans E. Andersson
- 2003:4  
*Subsidiaritetsprincipen: Politisk granskning eller juridisk kontroll?*  
Författare: Jörgen Hettne
- 2003:3  
*Förberedelser inför regeringskonferenser:  
Framtidskonventet i sitt sammanhang*  
Författare: Karl Magnus Johansson
- 2003:2  
*Befogenhetsfördelning mellan EU och medlemsstaterna*  
Författare: Fredrik Langdal och Josefin Almer
- 2003:1  
*The Open Method of Coordination:  
A New Governance Architecture for the European Union?*  
Författare: Claudio M. Radaelli
- 2003:3u  
*EU:s framtidskonvent: resultatet*  
Författare: Josefin Almer

2003:2u

*Konventet bakom kulisserna – om arbeidsmetoden och förhandlingsspelet i Europeiska konventet*

Författare: Håkan Jonsson och Hans Hegeland

2003:1u

*EU:s framtidskonvent: en översikt*

Författare: Josefin Almer

2003:2op

*Italiensk utenrikspolitikk under Berlusconi-regjeringen frem til EU formannskapet*

Författare: Elisabetta Cassina Wolff

2003:1op

*Contrasting Transatlantic Interpretations:  
The EU and the US towards a Common Global Role*

Författare: Ludger Kühnhardt





Sieps ●●●

Svenska institutet för europapolitiska studier

Fleminggatan 20  
SE-112 26 Stockholm  
Tel: 08-454 47 00  
Fax: 08-454 47 06  
E-mail: [info@sieps.se](mailto:info@sieps.se)  
[www.sieps.se](http://www.sieps.se)