



Uppsats angående kollektivavtalsrelaterade villkor i samband med offentlig upphandling

2011

Författare: Robert Gerdin

Examensarbete, 30 hp

Juristprogrammet

Juridiska Institutionen, Handelshögskolan vid Göteborgs Universitet

Handledare: Filip Bladini

Innehållsförteckning

1. SAMMANFATTNING	2
2. INLEDNING OCH FRÅGESTÄLLNING	5
2.1. BAKGRUND	5
2.2. SYFTE	6
2.3. FRÅGESTÄLLNING	6
2.4. METOD	7
2.5. AVGRÄNSNINGAR	7
2.6. DISPOSITION	8
3. UPPHANDLINGSREGELVERKETS RÄTTSPOLITISKA BAKGRUND OCH KONTEXT	8
3.1. UPPHANDLINGSREGELVERKETS SYFTE	8
3.2. BETYDELSEN AV DEN SOCIALA MARKNADSEKONOMIN	9
3.2.1 <i>Konsekvenser för offentlig upphandling</i>	10
4. UPPHANDLINGENS GRUNDLÄGGANDE PRINCIPER	12
4.1. DE EKONOMISKA FRIHETERNA OCH DOKTRINEN OM TVINGANDE HÄNSYN	12
4.2. UPPHANDLINGSRÄTTENS PRINCIPER	13
5. ALLMÄNT OM SOCIALA OCH ETISKA HÄNSYN VID OFFENTLIG UPPHANDLING	15
5.1. UTVECKLINGEN AV ICKE-EKONOMISK HÄNSYN	15
5.2. SOCIALA KRAV UNDER UPPHANDLINGSPROCESSEN	21
5.2.1 <i>Bestämmande av kontraktets föremål</i>	21
5.2.2 <i>Anbudsgivares lämplighet och kompetens</i>	22
5.2.3 <i>Anbudsutvärderingen</i>	22
5.2.4 <i>Fullgörandevillkor</i>	24
5.2.5 <i>Fler möjligheter?</i>	26
6. NÄRMARE OM MÖJLIGHETEN ATT STÄLLA KOLLEKTIVAVTALSVILLKOR	27
6.1 KRAV PÅ ANSLUTNING TILL KOLLEKTIVAVTAL	28
6.2. KRAV PÅ VILLKOR SOM MOTSVARAR GÄLLANDE KOLLEKTIVAVTAL	30
6.2.1 <i>Betydelsen av ILO:s konvention 94</i>	30
6.2.2 <i>Mer om utstationeringsdirektivet</i>	34
6.2.3 <i>Rüffert</i>	38
6.2.4 <i>Konkurrensverkets beslut beträffande Botkyrka kommun</i>	43
6.3. FÖRDJUPANDE ANALYS	46
7. FÖRESLAGNA ÄNDRINGAR OCH UTVECKLINGSTENDENSER	51
8. SLUTSATSER	54
9. KÄLLFÖRTECKNING	58

1. Sammanfattning

I detta examensarbete utreds i vilken mån det finns möjlighet för en myndighet att vid offentlig upphandling beakta sociala hänsyn i form av kollektivavtalsrelaterade villkor. Gällande rätt härleds dels ur regelverkets rättspolitiska kontext, och dels mer konkret ur den allmänna rättsutvecklingen vad gäller möjligheten att ta icke-ekonomiska hänsyn vid offentlig upphandling. Uppsatsen utgår från ett svenskt perspektiv, men eftersom EU-rätten är central för ämnet ligger stort fokus också på denna rättsnivå. Förhoppningen är att eventuella skillnader mellan svensk rätt och EU-rätt ska framträda, och avslutningsvis redogörs också för vilka framtida tendenser och möjligheter som finns.

Upphandlingsregelverkets bakomliggande syfte är flerdimensionellt. Till exempel kan regleringen motiveras utifrån ett rent samhällsekonomiskt eller skattebetalarperspektiv. Medborgarna ska helt enkelt få mest och bäst varor och tjänster för pengarna, så kallat *best value*, genom att en effektiv konkurrens skapas och korrupcion motverkas. En annan tanke utgår från ett styrmedelsperspektiv, vilket till exempel kan syfta till att den offentliga konsumtionen ska nyttjas för att nå olika social- eller miljöpolitiska mål. Det mest framträdande syftet med dagens upphandlingsregler måste emellertid anses vara förverkligandet av EU:s gemensamma marknad. Detta ska ske genom att olika marknadshinder undanröjs till förmån för de fyra ekonomiska friheterna enligt fördraget. EU syftar emellertid inte längre enkom till att uppnå en fri inre marknad, utan ett bredare mer pluralistiskt synsätt har successivt kommit att anammas. I synnerhet har detta skett genom upprättandet av EU:s nya sociala agenda, införandet av rättighetsstadgan i fördraget, och Lissabonfördragets målsättning enligt artikel 3 EUF att EU ska vara en social marknadsekonomi.

De ekonomiska friheterna enligt fördraget gäller övergripande för all upphandling. Friheterna kan emellertid begränsas bland annat genom att indirekt diskriminerande åtgärder kan rättfärdigas genom så kallad tvingande hänsyn av allmänintresse. Till sådana intressen räknas skydd av arbetstagare. De begränsande åtgärderna måste emellertid vara proportionella. Vidare har från EU-rätten deriverats fem grundläggande upphandlingsprinciper. Dessa återfinns i 1 kap 9 § LOU, och utgörs av icke-diskrimineringsprincipen, likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen, och principen om ömsesidigt erkännande.

Möjligheterna att tillämpa så kallade icke-ekonomiska krav vid offentlig upphandling har drivits på av EU-domstolen. Rättsfallen *Beentjes*, *Nord-Pas-de-Calais*, *Concordia* och *Wienstrom* har preciserat under vilka förutsättningar som sådana krav kan ställas. De riktlinjer som dessa rättsfall tillhandahåller har idag till stor del kodifierats i upphandlingslagstiftningen. Det följer bland annat av dessa rättsfall att kollektivavtalsrelaterade krav framförallt kan komma ifråga såsom särskilda

kontraktsvillkor eller med ett annat ord, fullgörandevillkor. Detta regleras numer i 6 kap 13 § LOU. Sådana avtalsvillkor måste för att vara tillåtliga vara i överensstämmelse med de grundläggande principerna och EU-rätten i övrigt. Detta innebär till att börja med att ett krav som innebär att leverantören måste ansluta sig till kollektivavtal inte är tillåtligt, eftersom detta strider mot proportionalitetsprincipen såväl som principen om icke-diskriminering. Rent allmänt kan det konstateras att ett fullgörandevillkor inte är proportionerligt om det hänför sig till mer än kontraktets utförande, dvs. det får inte påverka andra uppdrag som leverantören eventuellt har. Ett villkor av nyss nämnda slag är också indirekt diskriminerande på grund av att utländska leverantörer anses lida en konkurrensnackdel genom att dessa kan tvingas anpassa sina anställningsvillkor till en högre nationell nivå. Sett från den inre marknadens perspektiv innebär detta ett handelshinder eftersom det kan leda till att utländska leverantörer avstår från att delta i offentliga upphandlingar i andra medlemsstater. Denna uppfattning är dock mer omstridd och i synnerhet från fackligt håll anses istället de inhemska leverantörerna lida en konkurrensnackdel i förhållande till utländska leverantörer som slipper anpassa sina anställningsvillkor till den nationella standarden.

Ett mer allmänt krav på att leverantören vid kontraktets fullgörande måste tillämpa anställningsvillkor som motsvarar kraven i ett gällande svenskt kollektivavtal är däremot proportionerligt i upphandlingsrättslig mening eftersom det begränsar sig till de åtgärder som krävs för att genomföra kontraktet. Dock är det fortfarande problematiskt utifrån icke-diskrimineringsprincipen. Som tidigare nämnts kan det dock rättfärdigas utifrån skydd för arbetstagare om det är proportionerligt också i detta avseende. Det följer av EU-domstolens praxis i bland annat målen Laval och Rüffert att när det gäller arbetsvillkor så kan krav på nationell standard endast rättfärdigas under de förutsättningar som ges av utstationeringsdirektivet.

För svenskt vidkommande innebär detta två alternativ. Utstationeringsdirektivets artikel 3 punkt 8 tillåter att svensk lag hänvisar till villkor enligt kollektivavtal eller skiljedomar som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området, och/eller att svensk lag hänvisar till kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet. Sverige har enligt 5 a § i den svenska utstationeringslagen valt att använda sig av det andra alternativet, i vart fall vad gäller möjligheten för fackliga organisationer att vidta stridsåtgärder. Konkurrensverket har i ett beslut om offentlig upphandling i Botkyrka kommun dragit slutsatsen att detta borde gälla även vid offentlig upphandling, dvs. vad fackliga organisationer tillåts kräva borde också upphandlande myndigheter tillåtas kräva. Emellertid görs i samband med detta konstaterande en feltolkning genom att Konkurrensverket påstår att villkoren måste härledas från ett

rikstäckande kollektivavtal. Som ovan framgått är det inte ett krav att avtalet ska vara rikstäckande, utan endast att det ska ha ingåtts av de mest representativa organisationerna på arbetsmarknaden och tillämpas i hela landet. Man skiljer i sammanhanget på täckningsgrad i form av vilka som måste följa avtalet, vilket alltså inte är alla företag, och geografisk täckning. Det första alternativet som inte har implementerats i svensk lag tar dock sikte på vilka som måste följa avtalet.

Ett desto större problem utgörs av att ett krav på leverantören att tillämpa anställningsvillkor som motsvarar gällande svenskt kollektivavtal inte ger någon större vägledning beträffande exakt vilka villkor som avses, eller var de kan återfinnas. Detta innebär att villkoret inte uppfyller transparensprincipens krav på tydlighet och precision. Konkursverket tar i fallet Botkyrka fasta på detta och konstaterar att villkoret således är oförenligt med 1 kap 9 § LOU. Problemet torde emellertid enkelt kunna lösas genom att den upphandlande myndigheten hänvisar till villkor i ett specifikt avtal, som stämmer överens med 5 a § utstationeringslagen. I beslutet läggs dock EU-domstolens avgöranden i Rüffert och Laval till grund för att endast krav som uppfyller utstationeringsdirektivets förutsättningar är tillräckligt klara och precisa, och att villkoret inte uppfyller detta. Denna slutsats är felaktig eftersom i vart fall Rüffert rörde villkor som faktiskt var tydliga och precisa. Den upphandlande myndigheten förlorade i Rüffert på helt andra grunder, och upphandlingsprinciperna berördes inte överhuvudtaget.

Jag gör i uppsatsen gällande att Konkursverkets härledning av transparensprincipen, i kombination med det kategoriska yttrandet att krav med innebörden att arbetsvillkor som motsvarar kollektivavtal måste tillämpas inte är förenliga med gällande rätt, kan leda till missförstånd att arbetsvillkor enligt svensk kollektivavtalsstandard aldrig kan krävas. Denna slutsats blir än tydligare om frågans frånvaro i de vägledningar som Kammarkollegiet har gett ut efter Konkursverkets beslut beaktas. Konsekvensen är att det blir så otydligt vilka krav som faktiskt får ställas att många upphandlande myndigheter av denna anledning kanske avstår från att ställa fullt lagliga kontraktsvillkor. På denna grund anser jag att det svenska regelverket behöver förtydligas genom en uttrycklig reglering om vilka kollektivavtalsvillkor som kan krävas också vid offentlig upphandling. Att inte utnyttja de möjligheter som finns innebär dels att hänsyn inte tas till den politiska vilja som faktiskt finns för att utnyttja sådana möjligheter, och dels att Sverige hamnar efter stora delar av övriga EU beträffande möjligheten att ställa kollektivavtalsrelaterade krav vid offentlig upphandling. Konkursverket har efter beslutet beträffande Botkyrka också framhållit att det faktiskt finns en möjlighet att ställa sådana villkor, bara de är tillräckligt klara och precisa.

För övrigt kan det konstateras att rättsläget förvisso inte är klart på europeisk nivå. I en hel del medlemsländer tillämpas ILO:s konvention 94 som föreskriver att leverantörer vid utförandet av offentliga kontrakt måste tillämpa de arbetsvillkor som gäller lokalt. Officiellt finns det ingen konflikt mellan konventionen och EU-rätten, och de medlemsstater som inte har ratificerat konventionen uppmanas av kommissionen att göra detta. Samtidigt så är det svårt att se hur den i dagsläget ska kunna samexistera med domstolens restriktiva syn på utstationeringsdirektivet. En eventuell svensk ratifikation av konventionen bör således avvakta att situationen reds ut på europeisk nivå. Domstolens restriktivitet till trots förefaller dock utvecklingen gå mot en allt större acceptans för sociala aspekter på EU-nivå. Med hänsyn till den sociala agendan och Lissabonfördragets retorik har sannolikheten ökat för att dylika faktorer får en allt större betydelse i framtiden.

2. Inledning och frågeställning

2.1. Bakgrund

Våren 2010 fattade Konkurrensverket beslut i ett ärende som rörde Botkyrka kommun.¹ Kommunen hade vid upphandling av markskötselentreprenad bland annat krävt att den vinnande leverantören, om denne inte hade tecknat svenskt kollektivavtal, ändå var tvungen att tillämpa arbetsvillkor som motsvarade gällande svenskt kollektivavtal. Konkurrensverket kom i sitt beslut fram till att ett sådant krav måste stå i strid med 1 kap 9 § Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Tillåtligheten av ett sådant krav har aldrig tidigare prövats, vare sig av EU-domstolen eller någon svensk domstol. Av beslutet framgår att Konkurrensverket motiverade sitt ställningstagande i stor utsträckning på den syn på nationella arbetsvillkor som EU-domstolen har anammat i en serie av mål som har avgjorts på senare år. Startpunkten för denna praxis är det så kallade Laval-målet.² Till dessa mål hör också det så kallade Ruffert-målet,³ i vilket domstolen prövade en situation som påminner om omständigheterna i Botkyrka kommun. Denna praxis är mycket kontroversiell, inte minst ur svensk synvinkel, eftersom den förefaller utgöra ett hot mot hur en del av EU:s medlemsstater har organiserat sin arbetsmarknad. Målen har varit föremål för omfattande debatt och kritik, juridiskt såväl som politiskt, och oenighet råder om hur de egentligen ska tolkas.

¹ Konkurrensverkets beslut, dnr. 259/2009, *Angående krav på kollektivavtal i samband med offentlig upphandling*, 15 april 2010.

² Mål C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet*, 18 december 2007

³ Mål C-346/06 *Dirk Ruffert, i egenskap av konkursförvaltare för Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG mot Land Niedersachsen*, 3 april 2008.

Vad gäller frågan om kollektivavtalsrelaterade villkors tillåtlighet i samband med offentlig upphandling hänför sig denna till de möjligheter som finns för myndigheter att beakta olika sociala hänsyn. På europeisk nivå intog kommissionen initialt en restriktiv hållning beträffande möjligheten att ställa sådana så kallade icke-ekonomiska krav vid offentlig upphandling. EU-domstolen har emellertid i flertalet fall accepterat sådana krav förutsatt att de uppfyller vissa givna villkor. Denna utveckling har föranlett revidering av upphandlingsdirektiven⁴ och en ökad tendens av kommissionen att acceptera praktiserandet av sådan hänsyn inom medlemsstaternas offentliga verksamheter. Detta sammanfaller med EU:s utveckling på senare år i stort. Unionen har till exempel som målsättning att vara en "social marknadsekonomi" enligt artikel 3 EU-fördraget, EUF. Parallellt med denna utveckling, eller kanske som en respons, så har EU-domstolen svängt och dragit i bromsen, inte minst genom Laval och Rüffert. Detta har skett genom en strikt tolkning av utstationeringsdirektivet.⁵ Dessa kontroverser på EU-nivå återspeglas i Konkurrensverkets beslut, vilket i sin tur påverkar den allmänna rättsuppfattningen om i vilken utsträckning kollektivavtalsrelaterade krav kan ställas vid offentlig upphandling. Ämnets relevans belyses inte minst av det faktum att det verkar finnas en stor vilja bland offentliga myndigheter att beakta dessa aspekter vid offentlig upphandling.⁶ Det finns således skäl att närmare utreda frågan.

2.2. Syfte

Följande uppsats har ambitionen att genom en analys av den tämligen ambivalenta EU-rätten och dennas återverkningar i svensk rätt utreda i vilken utsträckning krav på arbetsvillkor kan ställas vid offentlig upphandling. I princip innebär detta således att utreda hur väl Konkurrensverkets beslut korrelerar med gällande (svensk) rätt, även om uppsatsens perspektiv är något större. Härutöver syftar uppsatsen till att säga något om upphandlingsregelverkets rättspolitiska kontext, och hur denna kan eller bör påverka utvecklingen i här relevant avseende.

2.3. Frågeställning

Av det ovan sagda följer att min frågeställning kan formuleras enligt följande:

⁴ Med upphandlingsdirektiven avses 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), och Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster (det klassiska direktivet).

⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁶ Se Ahlberg, K och Bruun, N, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps 2010:3, 26 mars 2010, s 56 ff.

"I vilken utsträckning kan en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling beakta sociala hänsyn i form av kollektivavtalsrelaterade förpliktelser enligt svensk och europeisk rätt? Om skillnader finns, hur kan dessa i så fall rättas till?"

Med kollektivavtalsrelaterade förpliktelser avses i olika mån långtgående krav som har med uppfyllande av villkor härledda ur kollektivavtal att göra – från att faktiskt kräva anslutning till att endast kräva tillämpning av vissa motsvarande villkor.

2.4. Metod

Mitt tillvägagångssätt har till största delen bestått i sedvanlig juridisk metod. Utgångspunkten är sålunda relevant lagstiftning på svensk och europeisk nivå. Vidare hänvisas i hög grad till praxis och förarbeten. Rent praktiskt har mitt tillvägagångssätt bestått i att utifrån ett mycket brett perspektiv på policynivå successivt närma mig min frågeställning via principnivå till regelnivå, för att slutligen återkoppla till policynivån. Jag har dock under arbetets gång blivit varse att det till stor del saknas doktrin som behandlar min frågeställning mer ingående. Till exempel hänför sig den litteratur som behandlar Rüffert i stor utsträckning till Lavalproblematiken sett utifrån ett arbetsrättsligt perspektiv. Istället har jag ofta varit hänvisad till olika vägledande dokument, framförallt från kommissionen.

2.5. Avgränsningar

Uppsatsen inriktar sig som framgått på möjligheterna att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.⁷ Övriga upphandlingsregler kommer därmed endast att beröras då dessa får betydelse för ämnet i fråga. Läsaren förutsätts således ha viss kunskap om hur offentlig upphandling går till och hur regelverket ser ut. Uppsatsen utgår från LOU och det klassiska direktivet, och hänvisningar till lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, LUF, eller lag (2008:962) om valfrihetssystem, LOV, görs endast i den mån jag har ansett det finnas ett särskilt behov därav. Vidare ska det noteras att reglerna för sociala hänsyn också gäller för B-tjänster och upphandlingar under tröskelvärdet, se 15 kap 2 § LOU. Sådana upphandlingar behandlas således inte heller särskilt. På grund av platsbrist behandlas inte heller frågan om vad som krävs för att den upphandlande myndigheten ska uppfylla kontrollkriteriet för de krav som ställs.

Ämnets natur och inriktning medför att en del av uppsatsen berör vissa arbetsrättsliga aspekter. Emellertid görs detta endast i den mån det är relevant för offentlig upphandling, och således hänför sig uppsatsen till absolut största delen till det upphandlingsrättsliga området.

⁷ Uppsatsen behandlar inte så kallade sociala tjänster av allmänt intresse. För mer information om dessa hänvisas till kommissionens meddelande KOM(2007) 725, *Med anknytning till meddelandet "En inre marknad för framtidens Europa" – Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande*, 20 november 2007.

2.6. Disposition

För att läsaren ska få ett bredare perspektiv och en mer övergripande förståelse för rättsområdet börjar uppsatsen med att i avsnitt 3 ge en beskrivning av upphandlingsregleringens syfte och den rättspolitiska kontext i vilken den befinner sig. Därefter redogörs i avsnitt 4 kort för de grundläggande principer som genomsyrar alla delar av upphandlingsprocessen. Dessa återkommer nämligen med jämna mellanrum genom hela uppsatsen. Sedan övergår jag till att allmänt behandla rättsutvecklingen beträffande möjligheten att ta sociala hänsyn under avsnitt 5. I samband med detta redogörs också för gällande rätt. Avsnitt 3 till 5 utgör på så vis en grund för den mer ingående behandling av frågeställningen som görs i avsnitt 6. Avsnitt 7 behandlar ämnet ur ett *de lege ferenda* perspektiv. Slutligen redogör jag för mina slutsatser i avsnitt 8.

3. Upphandlingsregelverkets rättspolitiska bakgrund och kontext

Innan min frågeställning behandlas ges nedan en kort introduktion till de bakomliggande syften och idéer som ramar in upphandlingsregelverket, på europeisk såväl som på svensk nivå. Syftet är att belysa den rättspolitiska kontext som omgärdar ämnet. Tanken är att den fortsatta framställningen på så vis ska kunna sättas i relation till de policies som är förhärskande på området.

3.1. Upphandlingsregelverkets syfte

De nu gällande svenska upphandlingsreglerna bygger till största delen på EU-direktiv, vilka i sin tur kan härledas från ett internationellt WTO-avtal från 1994.⁸ Upphandlingsregler har emellertid existerat i Sverige under större delen av 1900-talet, och reglernas motiv och bakomliggande syfte har skiftat med tiden. Förr skulle regelverket förutom att säkerställa affärsmässighet, rättssäkerhet och offentlighet vid offentlig upphandling också syfta till att svenska varor gynnades, samt fungera som ett arbetsmarknadspolitiskt verktyg.⁹ De nuvarande upphandlingsreglernas huvudsyfte är istället att främja förverkligandet av den inre marknaden inom EU.¹⁰ Den betydelse som offentlig upphandling kan tillmätas i detta avseende belyses tydligt av den andel av EU:s totala konsumtion som hänförs till den offentliga sektorn. De offentliga myndigheterna inom EU står nämligen för en konsumtion som motsvarar hela 17 % av unionens BNP.¹¹ En reglering av offentlig upphandling har således stor

⁸ WTO:s avtal *Government Procurement Agreement*, GPA. För mer information om detta hänvisas till WTO:s hemsida www.wto.org/english/tratop_e/gprc_e.htm.

⁹ Pedersen, K, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, s 23.

¹⁰ Se kommissionens grönbok, *Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: Överväganden inför framtiden*, s 3, 27 november 1996.

¹¹ Se kommissionens handbok, *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, publicerad 28 februari 2011, s 5 (nedan benämns denna enbart som "kommissionens handbok").

betydelse för hur den inre marknaden fungerar. Annars är risken stor att olika myndigheter vid sina inköp väljer att gynna den egna nationella eller lokala marknaden. Offentlig upphandling har därför särskilt identifierats som ett icke-tariffärt handelshinder, vars eliminering förväntas leda till effektivitetsvinster på den europeiska marknaden såväl som på de nationella marknaderna.¹²

För att detta syfte ska uppnås har EU:s institutioner ansett att den offentliga sektorn borde ha inköpsbeteenden som präglas av öppenhet, transparens och icke-diskriminering. På så vis är förhoppningen att öka möjligheterna till marknadstillträde och därigenom främja den fria konkurrensen, vilket i sin tur ska leda till att offentliga medel sparas genom effektiv användning. Regelverket ska sålunda utformas för att skapa de konkurrensförhållanden som krävs för att offentlig upphandling ska ske utan ovidkommande hänsyn i form av preferenser för nationella produkter, och för att offentliga medel ska utnyttjas rationellt genom att det anbud som är bäst antas. Bakom detta ligger också en tanke på att göra den europeiska marknaden konkurrenskraftig globalt sett.

Mer konkret följer av det nu sagda att direktiven främst syftar till att de grundläggande ekonomiska friheterna i fördraget ska förverkligas.¹³ I upphandlingsrättsligt avseende utgörs de mest relevanta friheterna av den fria rörligheten för varor, artikel 34 FEUF,¹⁴ den fria rörligheten för tjänster, artikel 56 FEUF, och etableringsfriheten enligt artikel 49 FEUF. Den lagstiftningskompetens som ligger till grund för upphandlingsdirektivet är emellertid tre artiklar som allmänt reglerar etableringsfriheten och EU:s harmoniseringskompetens.¹⁵ De övriga friheterna får därför relevans i negativ mening, dvs. genom att medlemsstaterna inte får gynna nationella anbudsgivare och leverantörer, eller i övrigt förhindra den fria rörligheten.¹⁶ Detta syfte genomsyrar naturligtvis också det svenska regelverket.

3.2. Betydelsen av den sociala marknadsekonomin

Även om dagens regelverk ursprungligen har ett renodlat ekonomisk syfte har detta kommit att vidgas något på senare år. I och med Lissabonfördragets ikraftträdande 1 december 2009 kom upprättandet av den inre marknaden att innebära en strävan för hållbar utveckling och skapa en stark, konkurrenskraftig social marknadsekonomi, se artikel 3 3 st EUF. Med detta avses enligt stadgandet en hög sysselsättningsnivå i kombination med sociala och miljömässiga framsteg. Till denna utveckling mot en mer pluralistisk värdegrund hör till exempel också EU:s förnyade sociala

¹² Se Bovis, C. H, *EU public procurement law*, s 13.

¹³ Se kommissionens grönbok, KOM(2011) 15 slutlig, *om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, 27 januari 2011, s 4.

¹⁴ Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt.

¹⁵ Det rör sig om de gamla artiklarna 47(2), 55 och 95 EG-fördraget, numer art 53, 62 och 114 FEUF.

¹⁶ Se Ahlberg och Bruun, s 111 f.

agenda från 2008.¹⁷ Skälen för dessa förändringar är tudelade och delvis anmärkningsvärda. Förverkligandet av den inre marknaden har traditionellt präglat EU-domstolens praxis, som i hög grad har anammat teleologiska tolkningar av fördraget för att påskynda harmoniseringsprocessen. Detta belyses inte minst av domstolens progressiva praxis vad gäller direkt och indirekt effekt.¹⁸ Detta integrationsfokuserade förhållningssätt, utan andra hänsynstaganden, har kritiserats utifrån att ett ohämmat undanröjande av marknadshinder oundvikligen leder till att nationella institutioner för socialt skydd äventyras. Nationell välfärds- och skattepolitik får härigenom en allt mer begränsad autonomi. Detta förhållande har lett till legitimitetsproblem för såväl de nationella parlamenten som EU:s institutioner.¹⁹ Ett behov har därför uppstått av att låta även andra faktorer få allt större utrymme inom unionsrätten, som till exempel miljö- och socialpolitik. Integrationsprocessen ska enligt det nya förhållningssättet inte ske till de nationella välfärdssystemens förfall.²⁰

I sammanhanget ska det dock också framhållas att denna förändring inom EU till viss del har protektionistiska motiv. EU:s utvidgning österut i och med de forna sovjetstaternas anslutning till unionen har lett till rädsla för låglönekonkurrens bland de västliga medlemsstaterna.²¹ Även detta har ökat intresset för att bevara de nationella trygghetssystemen. Detta är den andra delen av motiven bakom den sociala marknadsekonomin.

3.2.1 Konsekvenser för offentlig upphandling

Det nya bredare perspektivet på den inre marknaden påverkar också syftet med upphandlingsregelverket. Eftersom regleringskompetens beträffande socialpolitik i hög grad saknas på EU-nivå är offentlig upphandling ett lämpligt verktyg för att uppnå olika icke-ekonomiska målsättningar, eller policys, som till exempel rör innovationsutveckling, miljö- eller socialpolitik.²² I den nya sociala agendan framhålls dessutom att offentlig upphandling har en särskilt stor betydelse för förverkligandet av densamma.²³ Den potential som finns inom offentlig upphandling för detta

¹⁷ Se KOM (2008) 412 slutlig, *En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa*.

¹⁸ Se till exempel mål 26/62 *Van Gend och Loos mot Nederländerna*, 5 februari 1963, och mål 41/74 *Yvonne van Duyn mot Home Office*, 4 december 1974, samt mål 14/83 *Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, 10 april 1984.

¹⁹ Se Malmberg, J och Sigeman, T, *Industrial action and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, s 1145 *Common Market Law Review* 45 2008.

²⁰ Se Azoulai, L, *The court of justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization*, s 1337 f *Common Market Law Review* 45, 2008.

²¹ Se a.a.

²² Se KOM(2011) 15, s 35.

²³ Se KOM(2008) 412, s 20.

ändamål belyses inte minst av den stora andel av unionens BNP som sektorns konsumtion utgör. I till exempel Sverige motsvarade upphandlingsvolymen 15,5 till 18,5 % av BNP under 2006.²⁴

Upphandlingen tillerkänns numer ha betydelse även som verktyg för att förverkliga olika sociala mål. Kommissionen har nyligen utarbetat en handbok som syftar till att upplysa upphandlande myndigheter i medlemsstaterna om hur de ska gå tillväga för att tillämpa sociala hänsyn vid offentlig upphandling, så kallad *Social Responsible Public Procurement, SRPP*.²⁵ Sedan tidigare finns det också en handbok för miljömässig upphandling.²⁶

Det ska dock poängteras att en stor del av EU:s politik alltså syftar till att uppnå större marknadsintegration och bättre konkurrens. Härvid kan det noteras att gränsöverskridande upphandlingar endast utgjorde 1,5 % av samtliga tilldelade upphandlingskontrakt inom EU 2009.²⁷ Det är således fortfarande en mycket viktig prioritering att handelshinder i form av olika regler i olika länder försvinner.²⁸

Samtidigt som det alltså vilar ett ansvar på myndigheterna i medlemsländerna att vidga perspektivet bortom ekonomiska aspekter vid offentlig upphandling finns det en hel del begränsningar. Det är visserligen upp till medlemsstaterna själva att överväga i vilken mån upphandlingsregelverket ska syfta till att främja effektivitet och "best value" eller förverkliga andra politiska mål såsom att förhindra korruption eller främja miljöskydd eller olika sociala mål, men samtidigt måste marknadstillträde och icke-diskriminering tillförsäkras.²⁹ Värdepluralismen på EU-nivå innebär därför endast att större diskretion ges till medlemsstaterna vid dessa avvägningar. Kommissionen, eller av större betydelse EU-domstolen, kan begränsa detta utrymme om de anser att den nationella politiken är oproportionerlig och på ett orimligt sätt försämrar den inre marknadens funktionssätt.

Integration genom förverkligandet av de ekonomiska friheterna är fortfarande den primära metoden för att uppnå den högre målsättningen i form av en social marknadsekonomi. Den fria inre marknaden kan emellertid numer snarare ses som ett medel än som ett mål i sig. Det är med anledning av detta som SRPP vid offentlig upphandling har tillmätts rollen av "ett kraftfullt verktyg både för att främja hållbar utveckling och för att uppnå EU:s (och medlemsstaternas) mål på det

²⁴ Se Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, rapport 2011:1, s 13.

²⁵ Se ovan vid not 11.

²⁶ Kommissionens handbok, *Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling*, 2005.

²⁷ Se KOM(2010) 608 slutlig, *På väg mot en inre marknadsakt – Att skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi – Femtio förslag för att arbeta, driva företagsamhet och handel bättre tillsammans*, 27 oktober 2010, s 4.

²⁸ Se KOM(2010) 608, s 6.

²⁹ Se Arrowsmith S, och Kunzlik, P, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions*, s 90.

sociala området".³⁰ Utvecklingen pågår dessutom fortfarande och det är svårt att säga var den slutar, eller exakt var den i dagsläget befinner sig. Klart är i vart fall att kommissionen har ambitionen att göra den sociala marknadsekonomin till något mer än kosmetika, och att upphandlingsreglerna härvid är av stor betydelse.

Dessa dubbla målsättningar i EU är ett uttryck för en ständig kamp mellan ekonomiska och icke-ekonomiska prioriteringar inom unionen. Av avgörande betydelse för denna politiska kamp är EU-domstolens inställning och hur denna väljer att göra avvägningar vad gäller denna så kallade "*double asymmetry*".³¹ I annat fall måste en tydligare politisk vilja på unionsnivå utmejslas.

4. Upphandlingens grundläggande principer

Upphandlande myndigheter måste naturligtvis primärt förhålla sig till det upphandlingsspecifika regelverket. Det är emellertid viktigt att också vara bekant med de bakomliggande EU-rättsliga regler och principer som regelverket baseras på. I detta avsnitt går jag först igenom EU:s allmänna principer om de ekonomiska friheterna och undantag till dessa. Därefter ges en kort genomgång av de grundläggande principer som har preciserats för offentlig upphandling.

4.1. De ekonomiska friheterna och doktrinen om tvingande hänsyn

De ekonomiska friheterna enligt Lissabonfördraget är såsom framgått väsentliga vad gäller förverkligandet av den inre marknaden och därmed också vad gäller offentlig upphandling. Artikel 34 i EUF stipulerar ett förbud för alla typer av kvantitativa importrestriktioner, och åtgärder med motsvarande verkan. Regeln täcker således in förbud mot både direkta och indirekta handelshinder.³² Det finns emellertid vissa omständigheter som kan rättfärdiga inskränkningar i friheterna. Enligt artikel 36 EUF får inskränkningar ske med hänsyn till allmän moral, allmän ordning, allmän säkerhet, eller intresset att skydda människors och djurs hälsa och liv m.m. Artikel 36 anger uttömmande de grunder som kan rättfärdiga direkt diskriminerande åtgärder. Beträffande indirekt diskriminerade åtgärder så har det utöver dessa undantag i praxis utvecklats en doktrin om så kallade tvingande hänsyn av allmänintresse. Åtgärder som kan motiveras utifrån faktorer som kan inräknas i sådan hänsyn kan rättfärdigas och tolereras.³³ Tvingande hänsyn av allmänintresse kan till exempel omfatta konsumentskydd, skydd för mänskliga rättigheter, skydd för miljön och goda relationer på

³⁰ Se KOM(2010) 608, s 4 tillsammans med kommissionens handbok, s 7.

³¹ Se Malmberg och Sigeman, s 1145.

³² Detta har klargjorts bland annat i mål 8/74 *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*, 11 juli 1974, se punkt 5 i domen, och bekräftades sedan i mål 78/120, *Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Brantwein* (kallat "*Cassis de Dijon*"), 20 februari 1979, se punkt 14 i domen.

³³ Se punkt 6 i *Dassonville* och punkt 8 i *Cassis de Dijon*.

arbetsmarknaden m.m.³⁴ Även skydd för arbetstagare har accepterats som ett allmänt intresse av tvingande hänsyn i EU-domstolens praxis.³⁵ Detta gäller både i förhållande till arbetstagare som är utstationerade i en annan medlemsstat såväl som inhemska arbetstagare.

Även om en indirekt diskriminerande åtgärd kan rättfärdigas under tvingande hänsyn av allmänintresse så måste den också vara proportionerlig. Vidare gäller att det är tillräckligt att en åtgärd har en potentiellt diskriminerande effekt för att åtgärden måste rättfärdigas, att någon faktiskt har drabbats behöver sålunda inte visas. Detta återspeglas till exempel vid offentlig upphandling av det faktum att diskriminerande krav inte får uppställas även om anbud från andra EU-länder inte förväntas inkomma. Sammanfattningsvis kan således en inskränkning av de ekonomiska friheterna rättfärdigas förutsatt att kravet inte är direkt diskriminerande, kan motiveras utifrån tvingande hänsyn av allmänintresse, och uppfyller proportionalitetsprincipen.³⁶

4.2. Upphandlingsrättens principer

Under upphandlingsprocessen måste den upphandlande myndigheten iaktta fem stycken övergripande principer, vilka ges av 1 kap 9 § LOU. Dessa utgörs av likabehandlingsprincipen, icke-diskrimineringsprincipen, transparensprincipen (öppenhetsprincipen), principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitetsprincipen. Dessa principer kan enligt förarbetena till LOU härledas från EU-fördragets artiklar om etableringsfrihet, fri rörlighet för tjänster, icke-diskriminering och förbudet mot kvantitativa importrestriktioner och åtgärder med motsvarande verkan.³⁷ Principerna syftar till att tillförsäkra marknadstillträde för leverantörer i de olika medlemsstaterna.³⁸ I EU-domstolens praxis åberopas principerna frekvent och de är av stor betydelse vad gäller all upphandling.

Likabehandlingsprincipen innebär helt enkelt att alla anbudsgivare ska behandlas lika vad gäller informationsgivning och uppställda krav. Principen innebär till exempel att samma information ska ske samtidigt till samtliga anbudsgivare. Vidare ska de tidsfrister som uppställs för till exempel inkommande av anbud gälla lika för alla. Ingen särbehandling får ske på grund av att det rör sig om små eller stora företag.³⁹ Vid en bedömning om likabehandlingsprincipen har iakttagits eller ej gäller

³⁴ Se Craig, P och de Búrca, G, *EU Law: Text, Cases and Materials*, s 707 ff och s 829 f.

³⁵ Se till exempel förenade målen C-369/96 och C-376/96 *Jean-Claude Arblade och Arblade & Fils SARL mot Bernard Leloup, Serge Leloup och Sofrage SARL*, 23 november 1999, punkterna 36 och 51, och mål C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix*, 12 oktober 2004 punkterna 35 till 41.

³⁶ Se även McCrudden, s 532.

³⁷ Se prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områden vatten, energi, transporter och posttjänster*, s 131 f.

³⁸ Se bl. a. McCrudden, C, *Buying social justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change*, s 515.

³⁹ Se Sundstrand, A, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, s 32.

att lika fall ska behandlas lika, och olika fall ska behandlas olika, om annat inte kan rättfärdigas objektivt.⁴⁰

Principen om icke-diskriminering kan sägas vara en del av likabehandlingsprincipen. Innebörden är nämligen att myndigheter vid offentlig upphandling inte får använda sig av krav som försvårar för företag från andra medlemsstater att lämna anbud, eller som endast inhemska företag klarar av att uppfylla. De villkor som offentliga myndigheter ställer upp får alltså inte diskriminera leverantörer på grund av nationalitet.⁴¹ Detta gäller även om några utländska anbud inte förväntas inkomma. Det är således otillåtet att tillmäta det faktum att en anbudsgivare är lokalt etablerad någon betydelse. Principen är direkt härledd från artikel 34 EUF.

Transparensprincipen, eller *öppenhetsprincipen*, innebär att upphandlingen ska vara öppen med avseende på information och tillvägagångssätt. Detta betyder bland annat att förfrågningsunderlaget måste vara klart och tydligt och innehålla samtliga de villkor och krav som ställs på anbudsgivarna.⁴² Syftet med principen är helt enkelt att göra upphandlingsförfarandet förutsebart. Detta underlättar för anbudsgivarna som därigenom lätt kan utforma sina anbud efter de krav som ställs. Dessutom syftar principen till att felaktiga upphandlingar ska kunna upptäckas och ansvar utkrävas.⁴³ Ett exempel på transparensprincipen är kravet på offentliggörande av meddelanden och information till anbudsgivare om varför deras anbud förkastas.⁴⁴

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att intyg från utländska myndigheter etc. ska godtas på samma sätt som om svenska myndigheter hade utfärdat dem. Som exempel kan nämnas att en F-skattsedel från en behörig utländsk myndighet ska tillmätas samma betydelse som om intyget hade utfärdats av Skatteverket i Sverige. Principen gäller intyg från andra EU- och EES-länder.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs på eventuella leverantörer dels ska vara lämpliga och effektiva i förhållande till kravets syfte – dvs. de ska uppnå vad som åsyftas – dels ska de vara nödvändiga – dvs. det ska inte finnas någon mindre ingripande åtgärd – och dels ska kravets negativa effekt stå i proportion till ändamålet.⁴⁵ Dessutom måste de krav som ställs ha ett naturligt samband med vad som upphandlas.

⁴⁰ Se Arrowsmith och Kunzlik, s 100.

⁴¹ Se Konkurrensverkets skrift, *Upphandlingsreglerna – en introduktion*, 2010, s 9.

⁴² Se a.a.

⁴³ Se Bovis, s 65.

⁴⁴ Se kommissionens handbok, s 20.

⁴⁵ Se Sveman, E, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, s 20.

Dessa fem principer utgör grunden för all upphandling, dvs. de gäller för upphandlingar såväl över som under tröskelvärdena, och för A- såväl som för B-tjänster. Betydelsen av dessa principer ska dock inte överskugga vikten av de ekonomiska friheterna enligt EU-fördraget, utan ska snarare ses som medel för att dessa ska förverkligas. Det bör också observeras att dessa grundläggande principer gäller under upphandlingsprocessens samtliga faser, utan undantag.⁴⁶

5. Allmänt om sociala och etiska hänsyn vid offentlig upphandling

Krav eller villkor som har med arbetsvillkor att göra faller inom ramen för så kallade sociala och etiska hänsynstaganden. Detta är breda begrepp som innefattar alla former av beaktanden av både social- och miljöpolitisk karaktär, dvs. det rör sig om uttryck för olika icke-ekonomiska policys hos en upphandlande myndighet. Dessutom avses med ordet "hänsynstaganden" ett vidare begrepp än ordet "krav". Att använda sig av "krav"-begreppet leder lätt till missförstånd att det rör sig om tekniska egenskaper hos en produkt, dvs. vad som hänför sig till den så kallade kravspecifikationen. Sociala och etiska hänsynstaganden kan naturligtvis hänföra sig även till dessa, men begränsar sig ingalunda till den delen av förfrågningsunderlaget. I följande avsnitt ges en överblick över vilka möjligheter det finns för upphandlande myndigheter att beakta sociala och etiska hänsyn. Dessa hänsynstaganden kan variera stort och någon uttömmande genomgång av olika typer av sådana hänsynstaganden avses därför inte. Olika typer av hänsynstaganden lämpar sig dessutom som vi ska se olika väl för olika skeden av upphandlingsprocessen.

Enligt LOU och upphandlingsdirektivet finns det två olika metoder för att välja ut vilken anbudsgivare som ska tilldelas kontraktet. Enligt 12 kap 1 § LOU ska en upphandlande myndighet antingen anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som ger det lägsta priset. Bestämmelsen motsvarar artikel 53 i upphandlingsdirektivet. Om lägsta pris används som tilldelningsmetod är det endast priset som får vara avgörande. Vid det ekonomiskt mest fördelaktiga priset däremot får fler aspekter beaktas, såsom pris, leveranstid, estetiska egenskaper, miljömässiga aspekter och effektivitet m.m. När det i den fortsatta framställningen hänvisas till tilldelningsfasen avses således metoden det ekonomiskt mest fördelaktiga priset.

5.1. Utvecklingen av icke-ekonomisk hänsyn

Den institution som har drivit på utvecklingen av sociala och andra etiska hänsynstaganden vid offentlig upphandling är EU-domstolen. Kommissionen har haft en mer försiktig inställning och successivt har man tvingats anpassa sig till praxisutvecklingen på området. Det erkändes emellertid

⁴⁶ Se Pedersen, s 35.

tidigt att offentlig upphandling kan bidra till att samhället når olika miljö- och socialpolitiska mål.⁴⁷ EU-domstolens praxis på området är nu i hög grad kodifierad i upphandlingsdirektiven.

En lämplig utgångspunkt vid en allmän analys av möjligheten att beakta sociala aspekter vid offentlig upphandling är rättsfallet *Beentjes* från 1988.⁴⁸ I målet hade det holländska jordbruks- och fiskeriverket vid en upphandling ställt ett krav på att anbudsgivare skulle åta sig att anställa långtidsarbetslösa för utförandet av ett kontrakt. Det bolag som lämnade det lägsta anbudet, Beentjes, uteslöts bland annat på grund av att det inte uppfyllde detta kriterium. Vann gjorde istället den anbudsgivare som hade lämnat det näst lägsta anbudet. Beentjes klagade och den holländska domstolen vände sig till EU-domstolen för att få ett förhandsavgörande. EU-domstolen konstaterade till att börja med att det skeende i upphandlingsprocessen som består i att bedöma en *anbudsgivares lämplighet* styrs av andra regler än de som gäller för *tilldelning av kontraktet*.⁴⁹ Vid lämplighetsbedömningen, dvs. kvalificeringsfasen, menade domstolen att den upphandlande myndigheten endast får beakta anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning, samt tekniska kapacitet.⁵⁰ När det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tillämpas som tilldelningsmetod ansåg domstolen dock att det vid kontraktstilldelningen fanns utrymme att beakta ytterligare faktorer. Detta gällde under förutsättningen att dessa ytterligare kriterier fortfarande var ägnade att identifiera vilket anbud som var det ekonomiskt mest fördelaktiga.⁵¹ Sådana kriterier ansågs emellertid även kunna utgöras av icke-ekonomiska aspekter, bara de syftade till en sådan identifiering.

Kravet att anställa långtidsarbetslösa ansågs vidare inte syfta till att bestämma leverantörens lämplighet, och ansågs heller inte vara ett kriterium för tilldelning, varför det istället av domstolen benämndes som ett "tillkommande särskilt villkor".⁵² Ett sådant kriterium sades vara förenligt med upphandlingsdirektivet om det också var förenligt med de grundläggande principerna, och de ekonomiska friheterna i fördraget.⁵³ Domstolen framhöll särskilt etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster och varnade dessutom för risken att ett villkor av den art varom det nu var fråga stod i strid med icke-diskrimineringsprincipen. Det var dock upp till den nationella domstolen

⁴⁷ Se till exempel kommissionens grönbok från 1996, s 37 f.

Grönbok 1996, s 37f.

⁴⁸ Mål C-31/87, *Gebroedes Beentjes BV mot Nederländerna*, 20 september 1988.

⁴⁹ Se Beentjes, punkt 15.

⁵⁰ Se Beentjes, punkt 17.

⁵¹ Se Beentjes, punkt 19.

⁵² Se Beentjes punkterna 28 och 36.

⁵³ Se Beentjes, punkterna 29-30.

att pröva om dessa förutsättningar var uppfyllda. Domstolen tillade också att villkoret måste framgå av meddelandet om upphandling, vilket kan ses som ett uttryck för transparensprincipen.⁵⁴

Slutsatsen av Beentjes är att ett krav på att anställa långtidsarbetslösa kunde anses vara tillåtligt under vissa villkor – dock inte som ett lämplighets- eller tilldelningskriterium utan som ett tillkommande särskilt villkor.

Beentjes har sedan följts upp av domstolens dom i fallet *Nord-Pas-de-Calais*.⁵⁵ Målet rörde olika upphandlingar av bygg- och anläggningsarbeten och ett däri uppställt villkor som syftade till att främja en kampanj mot lokal arbetslöshet i den franska regionen Nord-Pas-de-Calais. Kommissionen hävdade att det i målet uppställda villkoret hade karaktären av ett upphandlingskriterium, och inte såsom var fallet i Beentjes, som ett fullgörandevillkor.⁵⁶ EU-domstolen ansåg till att börja med att den exemplifierande listan på tilldelningskriterier i vad som numer är artikel 53 i upphandlingsdirektivet inte uteslöt ett kriterium som har samband med arbetslöshetsbekämpning.⁵⁷ Domstolen hänvisade i detta avseende till de förutsättningar som kriteriet måste uppfylla enligt Beentjes. Kommissionens argument, att det i Beentjes rörde sig om ett kontraktvillkor, accepterades inte av domstolen som istället ansåg att det klart framgick av punkt 14 i Beentjes att villkoret att sysselsätta långtidsarbetslösa hade utgjort grund för att utesluta en anbudsgivare och att det därför endast kunde vara fråga om ett upphandlingskriterium.⁵⁸ Detta konstaterande förefaller vid en läsning av punkt 14 i Beentjes dock inte alls vara särskilt självklart. I den aktuella punkten nämns att villkoret att anställa långtidsarbetslösa var grund för förkastande, *rejection*, vars förhållande till uteslutning, *exclusion*, inte nödvändigtvis korrelerar fullständigt. Denna skillnad kan tyckas marginell, men domarna har kommit att tolkas olika. Betydelsen av detta belyses om man beaktar att domstolen i Beentjes senare i domen talar om villkoret som ett "*tillkommande särskilt villkor*", alltså något annat än ett tilldelningskriterium. Det är dock oklart om domstolen ansåg att villkoret var ett kontraktvillkor. Det är möjligt att domstolen helt enkelt endast avsåg vad de sade, dvs. att det finns, utöver tilldelningskriterium och fullgörandevillkor, möjlighet att uppställa ett särskilt tillkommande villkor för vilka särskilda förutsättningar gäller.

I övrigt återupprepade domstolen i Nord-Pas-de-Calais de villkor som krävdes i Beentjes för att kravet skulle vara tillåtligt, nämligen att de grundläggande principerna i EU-rätten följs, särskilt principen om icke-diskriminering såsom den framgår av etableringsfriheten och friheten att erbjuda tjänster, och

⁵⁴ Se Beentjes, punkt 36.

⁵⁵ Mål C-225/98, *Kommissionen mot Frankrike*, 26 september 2000.

⁵⁶ Se Nord-Pas-de-Calais, punkt 46.

⁵⁷ Se Nord-Pas-de-Calais, punkt 50.

⁵⁸ Se Nord-Pas-de-Calais, punkt 52.

att villkoret måste framgå redan av meddelandet om upphandling.⁵⁹ Det faktum att villkoret i Nord-Pas-de-Calais var kopplat till en kampanj mot lokal arbetslöshet tillmättes ingen betydelse av domstolen. Kommissionen missade nämligen att i målet göra gällande att det omdebatterade villkoret skulle vara diskriminerande, varvid denna aspekt inte prövades.⁶⁰

Vilka slutsatser som kan dras av dessa fall är kanske inte helt uppenbart, men i vart fall så har de öppnat upp en möjlighet till sociala hänsyn i form av anställning av långtidsarbetslösa i form av tillkommande kontraktsvillkor, och inte som uteslutningsgrund.⁶¹ Rättsfallen har numer också till viss del kodifierats i upphandlingsdirektivet artikel 26, och en motsvarande bestämmelse återfinns i 6 kap 13 § LOU, vilka stipulerar att det finns en möjlighet att såsom fullgörandevillkor ställa olika sociala och miljömässiga krav. Bägge rättsfallen gällde krav på anställning av långtidsarbetslösa, men det ska noteras att det finns fler typer av sociala hänsynstaganden som kan vara relevanta. Kommissionen anammade domstolens syn i sitt tolkningsmeddelande från 2001 om sociala hänsyn vid offentlig upphandling.⁶² Villkor som ställs på anbudsgivare måste således inte vara av rent ekonomisk art utan andra hänsyn får beaktas, till exempel miljömässiga och sociala. Emellertid framhårdade kommissionen i detta skede att tillämpningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga priset innebar att en direkt ekonomisk fördel ändå måste erhållas av de villkor som ställs, även om de alltså inte behövde vara av ekonomisk art.⁶³

I det finländska fallet *Concordia*, gick domstolen återigen emot kommissionens tolkning.⁶⁴ Målet som rörde en upphandling av kollektivtrafik i Helsingfors, gällde visserligen miljökrav, men domstolens slutsatser har bäring även vad gäller sociala hänsyn. Helsingfors stad tillämpade vissa miljökrav som tilldelningskriterier. Det kommunala bussbolaget var det enda bolag som kunde uppfylla dessa kriterier varför bolaget också vann upphandlingen. *Concordia*, som alltså inte kunde uppfylla dessa krav, klagade vid nationell domstol, vilken vände sig till EU-domstolen för ett förhandsavgörande. Domstolen konstaterade först att listan i nuvarande artikel 53 i direktivet inte var uttömmande.⁶⁵ Därefter gick domstolen emot kommissionens tolkning genom att slå fast att även faktorer som inte

⁵⁹ Se Nord-Pas-de-Calais, punkt 50 och 51.

⁶⁰ Se Nord-Pas-de-Calais, punkt 53.

⁶¹ Se Bovis, s 106 f.

⁶² KOM(2001) 566, *Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling*, 15 oktober 2001.

⁶³ Se KOM(2001) 566, s 15.

⁶⁴ Mål C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy AB mot Helsingfors stad och HST-Busstrafik*, 17 september 2002.

⁶⁵ Se *Concordia*, punkt 54. Idag finns även miljömässiga aspekter med i uppräknningen.

är av rent ekonomisk art kan påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.⁶⁶ En förutsättning är dock alltså att villkoret syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁶⁷ För att ytterligare belysa detta noterade domstolen tillåtligheten av estetiska aspekter i utvärderingen. Det poängterades också att miljöskydd var en viktig del av gemenskapens politik och verksamhet enligt fördraget.⁶⁸ Domstolen listade sedan genom hänvisning till bland annat Beentjes och Nord-Pas-de-Calais, fyra förutsättningar som dylika krav ändå måste uppfylla. Förutsättningarna är följande 1) kriterierna måste ha ett samband med kontraktsföremålet, 2) myndigheten får inte genom kriterierna erhålla en obegränsad valfrihet, 3) villkoret måste uttryckligen framgå av kontraktshandlingarna eller i annonsen, och 4) villkoren måste vara förenliga med alla grundläggande principer, särskilt principen om icke-diskriminering.⁶⁹ Concordia tydliggör också att det är upp till medlemsstaterna själva att bestämma vilka policys som ska främjas genom en upphandling.⁷⁰ Myndigheter ges genom fallet möjlighet att ställa krav som går längre än vad lagen kräver beträffande miljöskydd. Dessutom innebär Concordia i praktiken att tilldelningskriterier som har samband med kontraktsföremålet inte behöver rättfärdigas utifrån likabehandlings- och icke-diskrimineringsprincipen.⁷¹ En anbudsgivare som kan uppfylla kriteriet anses nämligen inte befinna sig i en jämförbar konkurrenssituation med en anbudsgivare som inte uppfyller kriteriet.

Ytterligare ett rättsfall ska här nämnas. I fallet Wienstrom⁷² som gällde upphandling av el till den statliga förvaltningen i en österrikisk delstat, ställdes ett krav på att leverantören skulle leverera förnyelsebar el i så stor utsträckning som möjligt, dock minst i sådan mängd att det motsvarade myndighetens förbrukning. Förnyelsebar el därutöver skulle ge extrapoäng genom att detta skulle viktas och vägas in i utvärderingen med 45 %. Vad gäller miljökrav i allmänhet bekräftade domstolen först slutsatserna i Concordia och Beentjes.⁷³ Domstolen konstaterade sedan att den upphandlande myndigheten var fri att välja kriterier för tilldelning av kontrakt och hur dessa skulle viktas förutsatt att en utvärdering för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan göras.⁷⁴ Vidare framhölls att det var en viktig prioritering för unionen att motverka klimatförändringar varför

⁶⁶ Se Concordia, punkt 55. Kommissionen gav uttryck för sin åsikt i tolkningsmeddelandet KOM(2001) 566, s 15. Concordia var då ännu inte avgjort, men kommissionen hänvisade till att frågan var under prövning. Efter avgörandet har kommissionen accepterat domstolens tolkning.

⁶⁷ Se Concordia, punkt 59.

⁶⁸ Se Concordia, punkt 57.

⁶⁹ Se Concordia, punkt 64.

⁷⁰ Se Arrowsmith och Kunzlik, s 90.

⁷¹ Se a. a. s 196 f.

⁷² Mål C-448/01, *EVN AG, Wienstrom GmbH mot republiken Österrike*, 4 december 2003.

⁷³ Se Wienstrom, punkterna 34, 37 och 38.

⁷⁴ Se Wienstrom, punkt 39.

domstolen fann att det föreliggande upphandlingskriteriet inte kunde anses strida mot EU-rätten.⁷⁵ Bland annat föreskrev ett direktiv att marknadskrafterna skulle utnyttjas i detta syfte. Det fanns emellertid också vissa begränsningar enligt domstolen. För det första måste en verklig kontroll vara möjlig av de kriterier som uppställs.⁷⁶ För det andra konstaterade domstolen att det inte var tillåtet att ge extrapoäng för förnyelsebart producerad el som faktiskt inte upphandlades av myndigheten. Elen skulle ju inte förbrukas av myndigheten och därför saknade upphandlingskriteriet att väga in denna el med 45 % samband med kontrakt föremålet.⁷⁷ Detta kriterium ansågs därför inte vara förenligt med EU-rätten.⁷⁸

De förutsättningar som idag gäller på grund av denna utveckling gäller visserligen oavsett vilka krav som ställs, men det ska noteras att risken för brott mot principerna och EU-rätten torde vara större vid icke-ekonomiska krav som har karaktären av miljömässiga och sociala hänsyn.⁷⁹ Dessutom ska det påpekas att utvecklingen rent allmänt kan sägas ha gått längre vad gäller miljöhänsyn än sociala hänsyn, och att dessa olika hänsynstaganden således inte fullständigt korrelerar med varandra.⁸⁰ En förklaring kan vara att miljöhänsyn är lättare att vetenskapligt motivera, och således har dessa lättare accepterats av lagstiftaren. Dessutom är det lättare att tillämpa miljöaspekter som tekniska specifikationer som har samband med kontrakt föremålet.

De ovan genomgångna rättsfallen har fått stort genomslag och de har inneburit att möjligheterna för att beakta icke-ekonomiska aspekter vid offentlig upphandling har ökat. Kommissionens handbok om miljömässiga upphandlingar och handboken om social hänsyn är tydliga bevis för detta. I den senare ges ett antal exempel på vad som avses med socialt ansvarsfull upphandling, SRPP. SRPP-strategin ska enligt kommissionen syfta till att främja EU:s sociala modell.⁸¹ SRPP anges i detta syfte kunna användas för att främja sysselsättning, t ex bland ungdomar och långtidsarbetslösa etc., anständigt arbete genom bland annat jämställdhet, socialt skydd och dräglig inkomst, social integration t ex av etniska minoriteter, tillgänglighet t ex för funktionshindrade genom tekniska specifikationer, etisk handel och ett bredare frivilligt ansvarstagande bland företagen, samt att upphandling sker i

⁷⁵ Se Wienstrom, punkterna 40 till och med 43.

⁷⁶ Se Wienstrom, punkt 52.

⁷⁷ Se Wienstrom, punkt 68.

⁷⁸ Se Wienstrom, punkt 71.

⁷⁹ Se Pedersen, s 140.

⁸⁰ Se a.a.

⁸¹ Se kommissionens handbok, s 10.

överensstämmelse med sociala rättigheter och arbetstagares rättigheter, dvs. i enlighet med nationella lagar och kollektivavtal som följer EU:s lagstiftning.⁸²

Av det nu sagda följer alltså att det finns tämligen omfattande möjligheter att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling så länge de grundläggande principerna följs. Rent allmänt kan det konstateras att sociala hänsyn kan beaktas i form av krav om de är kopplade till kontraktsföremålet eller utförandet om det rör sig om fullgörandevillkor.⁸³ Det finns dock fler möjligheter i olika utsträckning beroende av i vilket skede av upphandlingen sådan hänsyn tas.

5.2. Sociala krav under upphandlingsprocessen

Möjligheterna att ta sociala hänsyn varierar som vi ska se stort mellan upphandlingsprocessens olika delar. Nedan redogör jag för vilka möjligheter som finns i samband med var och en av dem. Det finns minst fyra grundläggande sätt att ta sociala hänsyn.⁸⁴ Det första är att inkludera sociala hänsyn i kontraktsföremålet eller i de tekniska specifikationerna, t ex genom inköp av datorer som är anpassade för synskadade. Vidare kan sociala aspekter fungera som uteslutningsgrund i vissa fall, som till exempel om anbudsgivaren inte har följt gällande arbetslagstiftning eller underlåtit att betala sociala avgifter. Det tredje sättet är att förmå anbudsgivare att ansluta sig till olika sociala standarder genom att hänsyn tas till dessa vid anbudsutvärderingen. Slutligen så kan sociala hänsyn inkorporeras i kontraktet såsom villkor för kontraktets fullgörande.

5.2.1. Bestämmande av kontraktsföremålet

Rent allmänt kan det sägas att upphandlingsreglerna egentligen inte reglerar *vad* som upphandlas utan snarare *hur*.⁸⁵ Stora möjligheter att ta sociala hänsyn finns därför redan när myndigheten ska bestämma vad som ska upphandlas och definiera kontraktsföremålet. Myndigheten kan till exempel välja att upphandla en skola för synskadade eller en vårdcentral eftersom detta skede av upphandlingsprocessen i princip inte omfattas av upphandlingsreglerna. Den enda begränsningen härvid är att myndigheterna inte får agera i strid med de grundläggande ekonomiska friheterna enligt fördragen.⁸⁶ McCrudden har påpekat att om upphandlingen har ett socialpolitiskt syfte kan

⁸² Se kommissionens handbok, s 7 f. Beträffande etisk handel finns det ett tolkningsmeddelande från kommissionen, se not 69. Beträffande företags frivilliga sociala ansvarstagande talas det ofta om corporate social responsibility, CSR (se till exempel KOM(2002) 347 slutlig, *Företagens sociala ansvar – näringslivets bidrag till en långsiktig stabil utveckling*, 2 juli 2002).

⁸³ Se kommissionens handbok, s 5.

⁸⁴ Se kommissionens handbok, s 20.

⁸⁵ Se exempelvis Barnard, C, *'British Jobs for British Workers': The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market*, *Industrial Law Journal*, Vol. 38, No. 3, September 2009, s 272.

⁸⁶ Se KOM(2001) 566, s 7.

kontraktsföremålet i sig självt utgöras av social hänsyn.⁸⁷ Detta innebär att en upphandling vars syfte är att främja den nationella arbetsmarknaden inte på den grunden kan utgöra hinder för den fria marknaden.⁸⁸ Om en sådan upphandling företas måste myndigheten tydligt klargöra syftet.⁸⁹

5.2.2. Anbudsgivares lämplighet och kompetens

Som vi såg slogs det fast redan i Beentjes att en anbudsgivares lämplighet och kompetens att delta i en upphandling ska bestämmas av anbudsgivarens tekniska kapacitet och ekonomiska och finansiella ställning.⁹⁰ Artikel 47 till och med 52 i upphandlingsdirektivet innehåller uttömmande listor över vilka aspekter och dokument som härvid får tillmätas betydelse. Motsvarande reglering återfinns i 11 kap, 7 till och med 11 §§ LOU. Det är således svårt att beakta sociala hänsyn i detta skede av upphandlingen.

Även om sociala hänsyn svårligen inryms i de tekniska specifikationerna så finns det ett visst utrymme, till exempel genom att specificera handikappanpassning i offentliga anläggningar. De tekniska specifikationerna måste relatera till den efterfrågade tjänsten eller varan och får alltså inte utgöra generella krav på hur företag drivs.⁹¹ Det är alltså kravet på samband med kontraktsföremålet som begränsar möjligheterna i detta sammanhang.

Sociala aspekter kan emellertid komma ifråga som grund för uteslutning. Det rör sig om fall då en anbudsgivare har brutit mot social lagstiftning, vilket kan innebära ett allvarligt fel i anbudsgivarens yrkesutövning.⁹² Anbudsgivaren kan till exempel ha underlåtit att betala socialförsäkringsavgifter eller brutit mot yrkesetiken genom illegalt arbete. En leverantör kan dessutom anses bryta mot yrkesetiken genom att åsidosätta arbetsrättslig lag eller kollektivavtal.⁹³ Faktum är således att nationell arbetsrättslig lagstiftning måste följas och följs den inte kan detta vara en uteslutningsgrund. En förutsättning är dock att arbetsrätten överensstämmer med övrig EU-rätt.

5.2.3. Anbudsutvärderingen

Det är vid den så kallade anbudsutvärderingen som det avgörs vilken anbudsgivare som ska tilldelas ett visst kontrakt. Som läsaren kanske har noterat kan flera olika aspekter användas som tilldelningskriterier när utvärdering ska ske enligt modellen det ekonomiskt mest fördelaktiga

⁸⁷ Se McCrudden, s 524.

⁸⁸ Se Arrowsmith och Kunzlik, 158.

⁸⁹ Se McCrudden, s 526.

⁹⁰ Se artikel 44 upphandlingsdirektivet och 11 kap 2 § LOU.

⁹¹ Se KOM(2001) 566, s 12.

⁹² Se KOM(2001) 566, s 11 tillsammans med artikel 45 2 st upphandlingsdirektivet samt 10 kap 2 § 4 och 5 pkt LOU.

⁹³ Se beaktandesats 34 upphandlingsdirektivet.

anbudet. Det handlar här om att myndigheten helt enkelt ska välja det anbud som ger mest för pengarna i förhållande till vad myndigheten efterfrågar, s.k. *best value*. Detta begrepp kan utöver specifika egenskaper hos kontraktsföremålet också innefatta sociala hänsyn.⁹⁴ Anbudsvärderingen ger enligt kommissionen "*stora möjligheter att beakta sociala faktorer*".⁹⁵ Vad som gäller för att dylika tilldelningskriterier ska kunna tillämpas har som vi såg ovan sammanfattats av EU-domstolen i målen Concordia och Wienstrom.

Till att börja med gäller att tilldelningskriteriet måste vara kopplat till kontraktsföremålet. Detta innebar i Wienstrom att det inte ansågs förenligt med gemenskapsrätten att tillämpa ett kriterie där anbudsgivaren erhöll extrapoäng för att denne producerade förnyelsebar el utöver den efterfrågade mängden, dvs. utöver vad som utgjorde kontraktsföremålet. Vidare får de kriterier som uppställs som sagt inte ge myndigheten en obegränsad valfrihet, de måste framgå av meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget, och i övrigt vara förenliga med EU-rätten och dess grundläggande principer, särskilt principen om icke-diskriminering.⁹⁶

Kriteriet måste utöver detta syfta till att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Därmed är det enligt Beentjes och Concordia emellertid inte sagt att varje tilldelningsvillkor måste vara av rent ekonomisk art. I artikel 53 upphandlingsdirektivet finns det en heltäckande lista över vilka faktorer som kan användas för att bestämma det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. Dessa utgörs av kvalitet, pris, tekniska fördelar, estetiska och funktionella egenskaper, sociala egenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, eftermarknadsservice och tekniskt stöd, leveransdag och leveranstid eller tid för fullgörandet. I direktivets ingress nämns också att kriterier får användas för att tillgodose sociala krav som "*tillgodoser behov [...]hos särskilt missgynnade befolkningsgrupper*" som är förmånstagare för de varor, byggtreprenader och tjänster som upphandlas.⁹⁷ Däremot är ett tilldelningskriterium som innebär krav på att anbudsgivaren anställer ett visst antal från en viss kategori av missgynnade personer eller på att anbudsgivaren har eller upprättar en jämställdhetsplan inte tillåtligt som tilldelningskriterium. Sådana kriterier gör det inte möjligt att bedöma en produkts eller tjänsts inneboende egenskaper och bidrar således inte till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁹⁸ Myndigheten måste dessutom kunna vikta tilldelningskriterierna så att det blir möjligt att bestämma vem som

⁹⁴ Se kommissionens handbok, s 20.

⁹⁵ Se KOM (2008) 412 s 20.

⁹⁶ Se utöver genomgången praxis även kommissionen handbok, s 37.

⁹⁷ Se skäl 46.

⁹⁸ Se SOU 2006:28, s 191.

erbjuder *best value*.⁹⁹ Myndigheten måste i förväg göra klart vilken vikt den kommer att ge de olika kriterierna i förhållande till varandra, annars riskerar förfarandet att strida mot transparensprincipen.

De förutsättningar som måste uppfyllas av sociala krav i denna fas av upphandlingsprocessen begränsar naturligtvis vilken typ av social hänsyn det här är möjligt att ta. I synnerhet gör kravet på koppling till kontrakt föremålet att mer allmänna krav, till exempel på företags sociala ansvarstagande, CSR, inte kan ställas i detta skede. Det finns emellertid ytterligare en möjlighet.

Vid tilldelningskriterierna finns möjligheten att uppställa ett så kallat tillkommande villkor som får vara avgörande då två anbud är i övrigt likvärdiga. Detta följer av Nord-Pas-de-Calais som ger att ett "tillkommande kriterium" kan uppställas som varken har samband med kontrakt föremålet eller syftar till att bestämma anbudsgivarens kapacitet eller ekonomiska ställning. En förutsättning är att det följer de grundläggande principerna, och att det är ett icke avgörande kriterium.¹⁰⁰ Med detta menas att det tillkommande kriteriet inte får tillmätas någon betydelse såvida inte två anbud är ekonomiskt likvärdiga. I första hand ska således den upphandlande myndigheten göra en rent ekonomisk analys av anbuderna, och först därefter får det tillkommande kriteriet beaktas. Denna tolkning är emellertid inte nödvändigtvis i linje med vad domstolen avsåg. Tillägget att kriteriet får vara avgörande först då två anbud annars är ekonomiskt likvärdiga är kommissionens eget.¹⁰¹ Enligt kommissionen kan ett tillkommande kriterium avse även andra typer av sociala villkor än anställning av långtidsarbetslösa som det var fråga om i fallet.¹⁰² Det kan härvid noteras att artikel 53 i direktivet, som ju behandlar olika tilldelningsgrunder, inte inkluderar sociala hänsyn.

5.2.4. Fullgörandevillkor

Betydligt större möjligheter att tillämpa SRPP än vad som var fallet vid tilldelningskriterierna ges i form av så kallade särskilda kontraktsvillkor eller fullgörandevillkor. Med detta avses villkor som har med kontraktets utförande att göra, och som framgår av upphandlingsavtalet. En vinnande leverantör måste acceptera avtalsvillkoren i upphandlingsavtalet för att kunna antas. Om kontraktsvillkoren inte accepteras innebär detta att anbudet inte överensstämmer med kravspecifikationen och då måste anbudet förkastas.¹⁰³ Vidare gäller att fullgörandevillkor endast måste accepteras av anbudsgivaren, som alltså inte behöver inkomma med bevisning för att visa att avtalet kan uppfyllas.

⁹⁹ Se kommissionens handbok, s 38.

¹⁰⁰ Se KOM(2001) 566, s 16.

¹⁰¹ Se Barnard, s 271.

¹⁰² Se kommissionens handbok, s 40.

¹⁰³ Se KOM(2001) 566, s 17.

Möjligheten att tillämpa särskilda kontraktsvillkor kan härledas från Beentjes och är numer befast i artikel 26 i direktivet. Särskilda villkor får enligt regeln uppställas för fullgörande av kontraktet, om dessa är förenliga med EU-rätten, och om de framgår av meddelandet om upphandling eller förfrågningsunderlaget. Artikeln anger också att dessa villkor kan omfatta miljömässiga eller sociala hänsyn. En motsvarande regel återfinns i 6 kap 13 § LOU.

En förutsättning är som namnet antyder att dessa villkor är kopplade till kontraktets fullgörande.¹⁰⁴ Med detta menas att de krav som ställs måste hänföra sig till just de uppgifter som är nödvändiga för att utföra den upphandlade tjänsten, eller för att producera den upphandlade varan. De får således inte begränsa vad leverantören får göra enligt ett annat kontrakt eller vara generella krav på leverantörens verksamhet. Svepande krav som omfattar delar av leverantörens verksamhet som inte omfattas av kontraktet riskerar således att stå i strid med proportionalitetsprincipen på grund av att anknytningsrekvisitet inte uppfylls.¹⁰⁵ Det får heller inte vara fråga om dolda tekniska specifikationer eller tilldelningskriterier, och ej heller får de relatera till anbudsgivarens förmåga eller lämplighet att kunna utföra kontraktet.¹⁰⁶

Det faller sig vidare naturligt att användandet av särskilda kontraktsvillkor blir aktuellt främst vid upphandling av tjänster och byggtreprenader. Det kan emellertid förekomma att fullgörandevillkor också omfattar varor, till exempel då en del av upphandlingen utgörs av tjänst och en del av varan.¹⁰⁷ Dessutom kan fullgörandevillkor användas om en vara tillverkas på uppdrag av den upphandlande myndigheten.

Möjligheten att ställa särskilda krav på leverantören i samband med upphandlingskontraktets utförande erbjuder sannolikt de absolut största möjligheterna att ställa särskilda sociala krav, i synnerhet arbetsrättsliga sådana. Detta poängteras också i kommissionen tolkningsmeddelande.¹⁰⁸ Beaktandesats 33 i direktivet ger ett antal exempel på fullgörandevillkor:

"[Fullgörandevillkor] 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

¹⁰⁴ Se kommissionens handbok, s 43.

¹⁰⁵ Se prop. 2006/07:128 s 200.

¹⁰⁶ Se KOM(2001) 566, s 17.

¹⁰⁷ Se prop. 2006/07:128, s 200 f.

¹⁰⁸ Se KOM(2001) 566, s 18.

inte har införlivats med den nationella lagstiftningen eller att anställa ett större antal personer med funktionshinder än som krävs enligt den nationella lagstiftningen”.

Med grundläggande ILO-konventioner avses enligt kommissionen ILO:s åtta kärnkonventioner, vilka samtliga medlemsstater är anslutna till.¹⁰⁹ Huruvida detta är de enda ILO-konventioner som berättigar till krav är emellertid inte helt självklart. Den svenska regeringen intog en försiktig inställning i förarbetena till LOU genom att konstatera att direktivets hänvisning ”bör” innebära en möjlighet att ställa krav på arbetsmiljön vid kontraktutförandet.¹¹⁰ I övrigt ligger fokus i propositionen på möjligheten att införa antidiskrimineringsklausuler i upphandlingskontraktet. Det framhålls dock att det finns stora möjligheter att ställa sociala krav i detta skede samtidigt som man emellertid konstaterar att det är ”svårt att med någon precision ange vilka krav” som kan komma ifråga. Vi återkommer till denna fråga senare.

Beaktandesats 33 anger också att ”[fullgörandevillkor] är förenliga med detta direktiv om de inte är direkt eller indirekt diskriminerande och om de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget”. Kontraktbestämmelserna ska således också vara förenliga med de ekonomiska friheterna, men naturligtvis också med de grundläggande principerna, samt också social lagstiftning.¹¹¹ Dessutom måste villkoren vara kontrollerbara. Det ska också påminnas om att det kan finnas rättfärdigande grunder för krav som är indirekt diskriminerande.

5.2.5. Fler möjligheter?

I samband med att nya upphandlingsregler om bland annat rättsmedel vid offentlig upphandling infördes 2010, infördes också en ny bestämmelse i 1 kap 9 a § LOU. Denna regel har karaktären av en uppmaning och stadgar att upphandlande myndigheter ”bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta”. Enligt förarbetena syftar regeln till att framhäva betydelsen av att sådan hänsyn tas, samtidigt som man inte vill göra det obligatoriskt.¹¹² Eftersom regeln är så pass ny återstår det att se vilken praktisk betydelse den får. Att sociala hänsyn bör tas när upphandlingens art motiverar detta innebär enligt propositionen att krav ska ställas när de är relevanta och förenliga med principerna i 1 kap 9 § LOU.¹¹³ Vikten av att kraven följs upp och kontrolleras framhålls också. Regeln är således en direkt uppmaning att beakta miljömässiga och sociala faktorer, men därutöver ger den egentligen föga vägledning för den

¹⁰⁹ Se kommissionens handbok, s 44.

¹¹⁰ Se prop. 2006/07:128, s 201.

¹¹¹ Se kommissionens handbok, s 44 och prop. 2006/07:128, s 200.

¹¹² Se prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*, s 272.

¹¹³ Se a. prop., s 273.

upphandlande myndigheten. Det kan visserligen ha sitt värde att upphandlande myndigheter påminns om att beakta sådana aspekter redan i upphandlingsprocessens inledningsskede.

Ytterligare en regel som bör nämnas i sammanhanget är det direktivbaserade stadgandet i 6 kap 12 § LOU. Enligt regeln får en upphandlande myndighet upplysa leverantörer om vilka organ och myndigheter som kan lämna besked om vilka arbetsvillkor, regler om beskattning och miljöskydd som kommer att gälla för kontraktet. Bestämmelsen gäller endast tjänster och byggtreprenader och får alltså inte tillämpas vid köp av varor. Inte ens om varan tillverkas på upphandlaren beställning. Om sådan information lämnas måste leverantören bekräfta att denne har tagit del av informationen, men att någon som helst hänsyn faktiskt har tagits till reglerna behöver inte visas.¹¹⁴

Direktivet innehåller också en bestämmelse om så kallade skyddade verkstäder, se artikel 19. En upphandling kan enligt regeln begränsas till leverantörer som till exempel har mer än 50 % funktionshindrade anställda. Denna möjlighet till sociala hänsyn har emellertid inte utnyttjats i den svenska lagstiftningen.

6. Närmare om möjligheten att ställa kollektivavtalsvillkor

Möjligheterna att beakta icke-ekonomiska faktorer vid offentlig upphandling har som ovan framgått ökat med tiden. Dyliga hänsynstaganden erkänns idag vara av stor betydelse för att uppnå olika politiska mål, inte minst den sociala marknadsekonomin. Detta är emellertid inte tillräckligt för att besvara frågan om kollektivavtalsvilkors tillåtlighet. Med kollektivavtalsvillkor avses i sammanhanget arbetsvillkor som leverantören ska tillämpa under upphandlingskontraktets utförande som på ett eller annat sätt kan härledas från kollektivavtal. Det rör sig exempelvis om minsta antal semesterdagar, lönenivåer och arbetstid m.m. Att utreda vad som är tillåtligt i detta avseende är viktigt på grund av den vilja som verkar finnas bland de upphandlande myndigheterna att ställa sådana krav, och på grund av den opinion som finns för att sådana krav ska få ställas.¹¹⁵

Det ska noteras att krav som hänför sig till arbetskraften automatiskt ses som handelshinder om de påverkar utländska anbudsgivare i större utsträckning än inhemska, och därmed måste de rättfärdigas under fördraget.¹¹⁶ Arbetsvillkor anses således ha en betydande påverkan på

¹¹⁴ Se Pedersen, s 143.

¹¹⁵ Se till exempel: Ahlberg och Bruun, s 56 ff; Motion 2007/08:Fi205 *Ratificerande av ILO:s konvention 94*; Motion 2008/09:Fi233 *Ratificering av ILO:s konvention 94*; Motion 2009/10:A261 *Offentlig upphandling och ILO 94*; Motion 2010/11:A389 *Ratificering av ILO:s konvention nr 94 om offentlig upphandling*; samt LO:s artikel; Hamskär, I, Holke, D och Jonsson, C, *Konkurrensverket vilseleder om EU-rätten*, 17 september 2010, <http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/5EE40EF8EBF6DE38C12577430030B3A6> hämtad 2011-03-29.

¹¹⁶ Se Arrowsmith och Kunzlik, s 78 f.

marknadstilltråde, men det faktum att medlemsstaterna själva har diskretion över vilka policys som offentlig upphandling ska främja innebär att arbetsvillkor är tillåtliga under upphandlingsdirektiven.¹¹⁷

Villkor av det här slaget hänför sig som sagt till kontraktets utförande, och lämpar sig således bäst som fullgörandevillkor.¹¹⁸ Arbetsvillkor torde nämligen svårligen kunna ha samband med föremålet för upphandlingen och därmed torde de vara uteslutna under upphandlingsprocessens övriga delar. Undantaget är såsom ett tillkommande tilldelningskriterium, som alltså bara får användas som utslagsmetod vid anbud som annars bedöms vara ekonomiskt likvärdiga. Av naturliga skäl medför detta att krav på arbetsvillkor, eller arbetsklausuler, framförallt kan användas vid upphandling av tjänster och byggtreprenader. Arbetsklausuler torde visserligen också kunna tillämpas om en vara tillverkas på myndighetens beställning. Beaktandesats 34 i direktivet tar upp frågan om arbetsvillkor vid offentlig upphandling:

”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 (1) de minimivillkor som måste uppfyllas i värdlandet gentemot de utstationerade arbetstagarna. 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.”

Detta stadgande i direktivet är som vi ska se av högsta relevans för vår frågeställning. I den fortsatta framställningen redogörs för vad som avses med detta, samt vilken tolkning som tillmäts såväl ILO-konventioner som det nu nämnda utstationeringsdirektivet.

6.1 Krav på anslutning till kollektivavtal

Det står klart att ett allmänt krav på att en leverantör ska vara ansluten till kollektivavtal eller att denne måste ansluta sig till ett sådant för att kunna tilldelas kontraktet inte är tillåtet. Ett sådant krav skulle nämligen till sin natur omfatta mer än vad som upphandlas, alltså mer än föremålet för kontraktet eller utförandet. Ett sådant krav på verksamheten påverkar tydligt andra eventuella

¹¹⁷ A. a. s 224.

¹¹⁸ Se även kommissionens handbok, s 7.

kontrakt som leverantören har och är därför oproportionerligt i förhållande till vad som upphandlas. Dessutom skulle ett krav på att leverantörer från utlandet ansluter sig till värdlandets kollektivavtal vara diskriminerande eftersom sådana omständigheter kan tänkas leda till att utländska leverantörer avstår från att lämna anbud. Det ska erinras om att det är tillräckligt med en potentiell risk för detta för att kravet ska vara otillåtligt. Kravet skulle i och med detta inte bara vara oförenligt med upphandlingsreglerna utan också stå i strid med friheten att tillhandahålla tjänster och etableringsfriheten.¹¹⁹ Skydd för arbetstagare har som vi såg ovan visserligen godtagits som tvingande hänsyn av allmänt intresse, vilket kan rättfärdiga ett indirekt diskriminerande krav. Emellertid är risken fortfarande stor att krav på anslutning anses gå utöver vad som krävs för att uppnå syftet med det uppställda kravet – leverantören kan ju till exempel redan tillämpa motsvarande eller förmånligare anställningsvillkor.

Frågan om krav på anslutning till kollektivavtal har prövats ett par gånger i svensk domstol. I ett mål från 1995 bedömde Kammarrätten i Stockholm att ett sådant krav stod i strid med likabehandlingsprincipen eftersom anbudsgivare som inte hade tecknat kollektivavtal diskriminerades.¹²⁰ Av betydelse i fallet förefaller ha varit att ett krav på kollektivavtal inte ansågs affärsmässigt eftersom kravet innebar att "*ovidkommande hänsyn*" beaktades. Det ska noteras att denna dom gällde de gamla upphandlingsreglerna, och domen kom innan fall som Nord-Pas-de-Calais och Concordia. För inte alltför längesedan kom emellertid också en dom från Förvaltningsrätten i Malmö (dåvarande Länsrätten i Skåne län).¹²¹ Fallet gällde visserligen en upphandling enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem, men har allmän bäring. Även i detta fall motiverade domstolen sitt beslut utifrån principen om icke-diskriminering och likabehandlingsprincipen. En förarbets hänvisning gjordes också enligt vilken regeringen klargör att krav på kollektivavtalsanslutning inte får ställas.¹²²

Att kräva anslutning till kollektivavtal är således uteslutet som fullgörandevillkor, och naturligtvis är det inte heller tillåtet att ställa ett sådant krav som tilldelningskriterium eller att tillämpa sådana omständigheter för att bedöma leverantörens lämplighet. En annan sak är att en leverantör enligt beaktandesats 34 i direktivet kan uteslutas om denna har brutit mot ett kollektivavtal som denne faktiskt är ansluten till. Anbudsgivarens eventuella anslutning till kollektivavtal kan inte heller tillmätas betydelse vid två stycken annars likvärdiga anbud, dvs. som ett tillkommande kriterie enligt

¹¹⁹ Se KOM(2001) 566, s 23.

¹²⁰ Se Kammarrätten i Stockholms dom, mål nr 1713-1995, 28 mars 1995.

¹²¹ Se Länsrätten i Skåne läns dom, mål 5538-09 E.

¹²² Se prop. 2008/09:29, *Lag om valfrihetssystem*, s 78.

principerna i Nord-Pas-de-Calais. Vid sådana villkor krävdes visserligen varken anknytning till upphandlingsföremålet eller till fullgörandet. Inte heller behövde sådana villkor vara av ekonomisk art. Ett sådant tillkommande kriterie är dock diskriminerande, i synnerhet om den upphandlande myndigheten avser anslutning till ett svenskt kollektivavtal, eftersom det även i detta fall kan leda till att utländska leverantörer avstår från att lämna anbud. Risken finns ju att kriteriet blir avgörande för vilken anbudsgivare som vinner upphandlingen.

6.2. Krav på villkor som motsvarar gällande kollektivavtal

Betydligt större osäkerhet uppstår vid frågan huruvida krav på arbetsvillkor som motsvarar villkor enligt gällande kollektivavtal kan tillämpas. Frågan är i allra högsta grad relevant på grund av att dylika villkor förefaller vara betydligt vanligare än att kollektivavtalsbundenhet krävs.¹²³ Ett sådant villkor är vanligtvis formulerat på ungefär följande vis:

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

Det finns fler formuleringar som i olika grad innebär att arbetsvillkor som motsvarar kollektivavtal ska tillämpas vad gäller olika kategorier, till exempel kan de fokusera på frågor som rör arbetskydd, pension m.m. Det ovan citerade kravet är allmänt hållet och svaret på huruvida detta är tillåtligt eller inte torde vara till stor hjälp för att utreda andra mer specifika villkors tillåtlighet. I en expertutredning från år 2000 i samband med en statlig upphandlingsutredning ansåg professor Nicklas Bruun att krav av den här typen var tillåtliga i förhållande till EU-rätten.¹²⁴ En hel del har dock skett sedan denna utredning gjordes och frågan är komplicerad. Flera faktorer spelar en avgörande roll i detta avseende. Som vi såg ovan framhålls i upphandlingsdirektivets beaktandesats både tillämpningen av grundläggande ILO-konventioner, och betydelsen av utstationeringsdirektivet. Detta är två ytterligare omständigheter utöver de sedvanliga upphandlingsprinciperna som måste beaktas i sammanhanget. Av central betydelse är också det i uppsatsens inledning nämnda rättsfallet Rüffert. Innan frågan om tillåtligheten av villkoret ovan mer ingående analyseras ska vi ta en närmare titt på dessa faktorer i tur ordning, och likaså ska vi titta närmare på Konkurrensverkets beslut i fallet Botkyrka som gällde just ett sådant villkor.

6.2.1. Betydelsen av ILO:s konvention 94

Vi såg ovan att beaktandesats 33 innehöll en hänvisning till villkor enligt grundläggande ILO-konventioner som exempel på tillåtliga fullgörandevillkor. Av detta följer att en myndighet alltså

¹²³ Se Ahlberg och Bruun, s 57.

¹²⁴ Se SOU 2001:31, *Mera värde för pengarna*, s 456 f.

åtminstone kan kräva att leverantören vid kontraktets fullgörande följer grundläggande konventioner från ILO.¹²⁵ Med grundläggande konventioner avses enligt kommissionen ILO:s åtta så kallade kärnkonventioner.¹²⁶ Som sagt är samtliga EU:s medlemsstater anslutna till dessa konventioner, och deras tillämpning i samband med upphandling utgör troligtvis inte några särskilda problem.

Det finns emellertid en ILO-konvention, vilken inte hör till dessa kärnkonventioner, som specifikt behandlar arbetsvillkor vid offentlig upphandling, nämligen konvention 94 *angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part*. Konventionens syfte är att motverka social dumpning vid offentlig upphandling, dvs. att arbetsvillkor försämrats till följd av låglönekonkurrens vid anbudsgivning.¹²⁷ Av central betydelse är artikel 2 i konventionen vilken föreskriver att offentliga tjänste- och byggkontrakt samt kontrakt om tillverkning av varor ska innehålla klausuler som tillförsäkrar de arbetstagare som utför kontraktet lön, arbetstid och andra villkor som inte är mindre gynnsamma än de som gäller för arbete av samma art inom vederbörande yrke eller näringsgren inom det geografiska område där arbetet utförs. Sådana villkor ges enligt artikeln av representativa kollektivavtal, lagstiftning eller skiljedomar. Artikel 2 indikerar att konventionen kräver att upphandlande myndigheter ska kräva att lokala arbetsvillkor tillämpas av den leverantör som vinner upphandlingen.

Beaktandesats 33 i direktivet är exemplifierande, vilket betyder att en tillämpning av ILO:s konvention 94 inte är utesluten. Kommissionens uttalande i handboken till SRPP är därmed något underligt eftersom det indikerar att endast villkor enligt ILO:s kärnkonventioner kan krävas. Min bedömning är att kommissionen avser tydliggöra att *i vart fall* krav enligt kärnkonventionerna kan ställas. Konvention 94 som alltså gäller specifikt vid upphandling har således en betydligt mer osäker ställning. Långt ifrån alla medlemsstater har anslutit sig till konventionen, däribland Sverige och Storbritannien.¹²⁸ Vad gäller Sverige motiverades detta med att den svenska kollektivavtalsmodellen redan ansågs tillförsäkra arbetstagare ett tillräckligt skydd.¹²⁹ Situationen har emellertid förändrats sedan frågan var aktuell i början av 1950-talet. På senare år har flera motioner lagts fram i riksdagen för en svensk anslutning och från fackligt håll drivs en opinion.¹³⁰ Sverige var också ett av de länder

¹²⁵ Se Ahlberg och Bruun, s 45.

¹²⁶ Se kommissionens handbok, s 44. 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.

¹²⁷ Se SOU 2006:28, s 30.

¹²⁸ Storbritannien anslöt sig visserligen 1950 till konventionen, men sade upp sin ratifikation 1982 under Thatchereran, se Ahlberg och Bruun, s 127.

¹²⁹ Se SOU 2006:28, s 316.

¹³⁰ Se ovan not 109.

som drev på mest vid utformandet av de nya upphandlingsdirektiven för att det skulle klargöras att det går att kräva att den som får ett offentligt kontrakt ska ge sina anställda marknadsmässiga löner och andra villkor.¹³¹ Sverige föreslog bland annat att den upphandlande myndigheten 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. I direktivets ingress föreslogs också en passus tas in med innebörden att direktivet inte skulle påverka tillämpningen av ILO:s konvention 94 eller utgöra något hinder för ratifikation. Sverige fick emellertid inte igenom dessa förslag, och konventionen är alltså inte ratificerad av Sverige. Flera andra av EU:s medlemsländer har dock ratificerat konventionen.¹³²

Hur förhåller sig då ILO:s konvention 94 till upphandlingsregelverket? Liksom artikel 26 i direktivet och 6 kap 13 § LOU inriktar sig konventionen på villkor för kontraktets utförande. De båda första reglerna är visserligen frivilliga att tillämpa och allmänt hållna medan konventionen ger uttryck för obligatoriska fullgörandevillkor i ett specifikt hänseende, men detta i sig innebär inte någon motsättning. Problemet uppstår istället på grund av de praktiska konsekvenser som konventionen för med sig. Eftersom det saknas motsvarande regler inom privat upphandling innebär konventionen att olika lönenivåer kan gälla för privata och offentliga kontrakt. Om sådana krav kunde motiveras utifrån tvingande hänsyn torde väl detta innebära att samma krav bör gälla inom privat upphandling. Vidare är chansen stor att en leverantör som vill delta i en offentlig upphandling mer eller mindre tvingas anpassa hela sin verksamhet till den högre nivån.¹³³ Detta i sig uppfyller väl konventionens syfte och idé, men risken enligt upphandlingsregelverket är att villkoret därigenom blir oproportionerligt och diskriminerande. Utländska leverantörer anses få en konkurrensnackdel i förhållande till inhemska leverantörer genom att de påtvingas högre lönekostnader som de måste anpassa sig till om de vill delta i upphandlingen. Utländska leverantörer skulle därför sannolikt avstå från att delta i upphandlingar varför ett hinder mot den fria rörligheten för tjänster skulle föreligga.¹³⁴ Detta kan i ju för sig rättfärdigas med hänvisning till skydd för arbetstagare, men som sagt måste härvid proportionalitetsprincipen uppfyllas. Till saken hör att det inte är helt lätt att bestämma vad som utgör marknadsmässiga eller normala lönevillkor i ett land. I förarbetena till LOU angavs till exempel att en möjlighet var att i detta syfte använda en genomsnittslön. En sådan lönenivå går emellertid utöver vad som krävs för att syftet ska uppnås, vilket torde vara att tillförsäkra

¹³¹ Se Ahlberg och Bruun, s 31.

¹³² De medlemsstater som för närvarande är anslutna till konventionen är Finland, Frankrike och Österrike 1951, Belgien, Nederländerna och Italien 1952, Danmark och Bulgarien 1955, Cypern 1960 och Spanien 1971. Dessutom har Norge, som är med i EES, ratificerat konventionen, se a.a. s 127.

¹³³ Se SOU 2006:28, s 364.

¹³⁴ Se SOU 2006:28, s 363.

arbetstagarna visst minimiskydd, och är således oproportionerligt. Detta är problematiskt, inte minst för svenskt vidkommande eftersom vi saknar minimireglering i detta avseende.

I relation till det just sagda kan den fria rörligheten för arbetstagare enligt artikel 45 FEUF sättas. Artikeln innebär ett förbud mot lönediskriminering på grund av nationalitet. Att beakta är att för verksamheter som den offentliga sektorn väljer att utföra själv, till exempel parkförvaltning, måste nationella normerande lönenivåer tillämpas även för utländska arbetstagare som således inte får behandlas sämre än svenska. Här är det således snarare tal om högsta nivåer än lägsta nivåer. Samtidigt som detta förefaller självklart blir den något märkliga konsekvensen av att myndigheten eller kommunen istället väljer att upphandla samma tjänst, att den upphandlande myndigheten inte får kräva att en utländsk leverantör måste tillämpa motsvarande villkor för sina arbetstagare.

En intressant aspekt i sammanhanget är också kommissionens uttalande i den förnyade sociala agendan. Kommissionen uppmanar nämligen "*[...] alla medlemsstater att föregå med gott exempel genom att ratificera och genomföra de ILO-konventioner som enligt den organisationen är uppdaterade*".¹³⁵ Till dessa så kallade uppdaterade konventioner råkar också en viss konvention 94 höra.¹³⁶ Kommissionens inställning till hur upphandlingsregelverket verkligen förhåller sig till konvention 94 är mycket otydlig. Det kan antas att kommissionen är mycket försiktig i att uttryckligen ta ställning i denna politiskt kontroversiella fråga, och istället överläts bedömningen till EU-domstolen.¹³⁷ Som säkert har framgått är konventionens syfte att motverka priskonkurrens genom lägre lönenivåer. EU-domstolen har emellertid inte omfamnat denna princip utan anser istället att utländska leverantörer som måste tillämpa samma lönenivåer som gäller i värdlandet får en konkurrensnackdel i förhållande till de nationella företagen. Konsekvensen av ett sådant synsätt är att krav som får ställas på inhemska företag inte får ställas på utländska företag. Att detta skulle stämma överens med likabehandlingsprincipen kan tyckas något märkligt.

Beträffande frågan om en svensk ratifikation av konvention 94 bör till att börja med lojalitetsplikten i förhållande till unionen enligt artikel 4 EUF noteras. Dessutom gäller enligt artikel 351 FEUF att EU-rätten har företräde framför en internationell konvention som har ratificerats efter det att en medlemsstat har blivit medlem i unionen. En svensk ratifikation riskerar således att leda till att vi

¹³⁵ Se KOM(2008) 412, s 16.

¹³⁶ Konventionens status är "*up-to-date instrument*", se konventionen på ILO:s hemsida: <http://www.ilo.org/ilolex/english/convdisp1.htm>, hämtad 2011-03-29.

¹³⁷ Se till exempel KOM(2001) , s 6, i vilken kommissionen poängterar att EU-domstolen är den institution som har sista ordet vad gäller tolkningen av gällande rätt. Om domstolens tolkning skulle vara otillfredsställande måste istället lagstiftningen förändras.

hamnar i kläm mellan ILO och EU, med primära skyldigheter gentemot EU. Konventionen har således måhända inte någon större betydelse för svenskt vidkommande i dagsläget, men en hel del av de medlemsstater som är anslutna till den anslöt sig till den innan de gick med i EU. Enligt artikel 351 gäller också att EU-rätten i sådana fall inte påverkar konventionens tillämpning i dessa medlemsstater. Huruvida det föreligger en konflikt mellan konventionen och EU-rätten har ännu inte prövats, men samma principer och regler bör emellertid gälla inom hela unionen varför konventionens inverkan på rättsläget kan ha betydelse även för svenskt vidkommande. Annars riskerar ju rättsläget bli olika i olika medlemsstater.

En försvårande omständighet för möjligheterna att tillämpa konventionen, och för de svenska möjligheterna att beakta kollektivavtalsrelaterade villkor utgörs av utstationeringsdirektivet, som vi nu vänder oss till.

6.2.2. Mer om utstationeringsdirektivet

I kommissionens tolkningsmeddelande från 2001, om gemenslagslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, togs också frågan upp om vilka arbetsvillkor som skulle vara tillåtliga att ställa. Med anledning av detta lyftes särskilt utstationeringsdirektivet fram, vars så kallade "hårda kärna" enligt kommissionen kunde anses utgöra tvingande hänsyn av allmänintresse.¹³⁸ Arbetsvillkor enligt denna hårda kärna kan således berättiga till begränsning av den fria rörlighet för tjänster. Den hårda kärnan återfinns i artikel 3 punkt 1 utstationeringsdirektivet och utgörs av en lista över ett antal områden på vilka det har ansetts vara viktigt att utstationerade arbetstagare tillförsäkras vissa minimivillkor. Till den hårda kärnan räknas bland annat längsta tillåtna arbetstid, minsta antal betalda semesterdagar, minimilön (inklusive övertidsersättning), arbetsmiljö m.m. Innebörden av artikeln är att minimivåer i dessa avseenden som följer av nationell lag eller skiljedomar och kollektivavtal som har förklarats ha allmän giltighet, är obligatoriska för en utländsk arbetsgivare att följa beträffande sina anställda. Kommissionen framhöll emellertid också att tvingande hänsyn av allmänintresse i form av skydd för arbetstagare begränsades till dessa arbetsvillkor. Denna tolkning har varit mycket omdebatterad och föremål för prövning i ett antal fall från EU-domstolen, inte minst i det berömda svenska Laval-målet. Trots de rättsliga prövningarna är rättsläget fortfarande allt annat än klart.

¹³⁸ KOM(2001) 566, s 21.

Direktivet kan sägas ha tre ursprungliga syften.¹³⁹ Ett är att skydda arbetstagare i värdstaten, dvs. den stat till vilken arbetstagare har utstationerats, mot social dumpning på grund av att hemstaten, dvs. den stat i vilken arbetstagarna har sitt ursprung, tillämpar lägre arbetsvillkor. Tanken om social dumpning bygger på att regler till skydd för arbetstagare, om till exempel sjukförsäkringar och lönenivåer, utgör kostnader för företag. Om företag med ursprung i länder vars regler ligger på relativt låga nivåer tillåts operera på dessa villkor i värdstaten, erhåller dessa en konkurrensfördel i förhållande till de nationella företagen vilket i sin tur riskerar att leda till ett så kallat "*race to the bottom*" dvs. social dumpning i och med att de nationella företagen anpassar sig till de lägre nivåerna.¹⁴⁰ Som kanske noterats finns det en motstående tolkning som går ut på att leverantörer som måste anpassa sig till värdlandets högre standard därigenom får en konkurrensnackdel. Utstationeringsdirektivets andra syfte kan sägas vara att skydda de utstationerade arbetstagarna genom att deras anställningsförhållanden kan förbättras när de utför tjänster i ett annat land med bättre villkor än hemstaten. Det tredje syftet är att bidra till förverkligandet av den inre marknaden och den fria rörlighet för tjänster.¹⁴¹ Sammantaget kan således direktivets syfte sägas vara att göra det möjligt att förena företagets grundläggande frihet att tillhandahålla tjänster enligt artikel 56 FEUF med ett adekvat skydd för de arbetstagare som tillfälligt utstationeras för att utföra dessa tjänster.¹⁴² Vidare så är tanken bakom regleringen att företag som tillhandahåller tjänster i andra medlemsstater ska åtnjuta en större rättslig säkerhet när de utnyttjar den fria rörligheten.¹⁴³ Det kan också noteras att avsikten hos direktivets skapare inte förefaller ha varit annat än att upprätta en lista på områden där nationell minimilagstiftning måste tillämpas. Detta framgår inte minst av artikel 3 punkt 7, som föreskriver att direktivet inte ska förhindra tillämpningen av förmånligare villkor än minimikraven i artikel 3 punkt 1 (den hårda kärnan). Detta ligger nära det första syftet ovan.

Beträffande Sverige gäller att det finns minimiregler i lag för samtliga villkor som ingår i direktivets hårda kärna, förutom vad gäller minimilön.¹⁴⁴ Villkor om minimilön kan enligt artikel 3 punkt 1 krävas endast om de hänför sig till ett kollektivavtal som uppfyller kraven på "*allmän giltighet*". Artikel 3 punkt 8 i utstationeringsdirektivet förklarar vad som avses med detta begrepp:

¹³⁹ Se Davies, P, *European Development – Case C-346/06, Rüffert v Land Niedersachsen [2008] IRLR 467 (ECJ)*, *Industrial Law Journal*, Vol. 37, No. 3, September 2008, s 294.

¹⁴⁰ Se Malmberg och Sigeman, s 1116.

¹⁴¹ Se till exempel domstolens uttalande i Rüffert, punkt 36.

¹⁴² Se KOM(2007) 304, *Utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster – att maximera fördelar och möjligheter och samtidigt värna om skyddet för arbetstagarna*, s 3.

¹⁴³ Se KOM(2001) 566, s 23.

¹⁴⁴ Se prop. 2009/10:48, *Åtgärder med anledning av Lavaldomen*, s 28.

”Med kollektivavtal eller skiljedomar som förklarats ha allmän giltighet menas sådana kollektivavtal eller skiljedomar som skall följas av alla företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella geografiska området. Om det saknas ett system för att förklara att kollektivavtal eller skiljedomar har allmän giltighet enligt första stycket, kan medlemsstaterna, om de så beslutar, utgå ifrån kollektivavtal eller skiljedomar som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet inom det aktuella geografiska området, och/eller kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela det nationella territoriet [...]”

Den svenska kollektivavtalsmodellen innebär som bekant att avtalsfrihet råder mellan arbetsmarknadens parter. Sverige saknar således något system för att förklara kollektivavtal eller skiljedomar allmängiltiga. Enligt stadgandet ovan finns det i länder med sådana förutsättningar två alternativ som innebär att andra kollektivavtal kan få motsvarande status.¹⁴⁵ Det ska noteras att det första alternativet ovan inte föreskriver att kollektivavtalet måste ha en täckningsgrad som omfattar alla företag inom en viss sektor, utan endast alla som är likartade. Det är heller inte nödvändigt att det geografiska tillämpningsområdet är hela riket. Enligt det andra alternativet ska kollektivavtalet däremot vara tillämpligt i hela landet – men det måste inte tillämpas av alla företag – och det ska ha ingåtts av de mest representativa organisationerna i landet. Ytterligare en förutsättning för att ett icke allmängiltigförklarat kollektivavtal ska få motsvarande status är att utländska företag inte får missgynnas i förhållande till nationella företag som befinner sig i en likartad situation.¹⁴⁶ Likabehandlingsprincipen är central, vilket också framgår av artikel 3 punkt 8. Det viktiga är att utländska företag inte får behandlas sämre än nationella konkurrenter.

Artikel 3 punkt 8 anger vidare att sådana kollektivavtal är tillämpliga om medlemsstaterna ”*så beslutar*”. Enligt kommissionen, och sedermera praxis, innebär detta att medlemsstaterna måste ha en uttrycklig laghänvisning för att villkor i kollektivavtal som uppfyller artikel 3 punkt 8 ska kunna avkrävas utstationerade företag.¹⁴⁷ I länder som saknar sådan hänvisning blir följden att endast arbets- och anställningsvillkor som fastställts i lag får tillämpas på utstationerade arbetstagare. Till dessa länder hörde Sverige fram till den svenska post-Lavallagstiftningen. Liksom var fallet med ett svenskt införlivande av ILO:s konvention 94 motiverades detta utifrån att den svenska modellen tillsammans med rätten att vidta fackliga stridsåtgärder ansågs vara tillräckligt för att tillgodose

¹⁴⁵ Se Ahlberg, K. och Bruun, N, *Expertyttrande med anledning av Konkurrensverkets beslut 2010-04-15 angående krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling*, 19 maj 2010, s 3.

¹⁴⁶ Se prop. 1998/99:90, *Utstationering av arbetstagare*, s 25.

¹⁴⁷ Se KOM(2003) 458 slutlig, *Genomförande av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna*, 25 juli 2003, s 12.

arbetstagarnas intressen.¹⁴⁸ Efter EU-domstolens dom i Laval har Sverige emellertid genomfört en ändring i den svenska utstationeringslagen.

Den nya regeln i 5 a § utstationeringslagen är en direkt följd av domen i Laval-målet och innebär att Sverige har valt att tillämpa det andra alternativet som gavs av utstationeringsdirektivets artikel 3 punkt 8. Emellertid reglerar denna paragraf endast vilka förutsättningar som ska vara uppfyllda för att en facklig stridsåtgärd i syfte att tvinga fram kollektivavtalsmässiga villkor ska vara tillåtlig.¹⁴⁹ Enligt regeln får en sådan åtgärd vidtas om villkoren som krävs motsvarar villkoren i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagare i den aktuella branschen, och bara avser minimivillkor som är förmånligare än enligt lag. Vad detta har för bäring beträffande kollektivavtalsrelaterade villkor vid offentlig upphandling är osäkert, men viss vägledning kan sannolikt fås av regelns innebörd.

Förarbetena till denna lagändring tydliggör till att börja med att det inte krävs att alla arbetsgivare inom sektorn är anslutna till det aktuella kollektivavtalet.¹⁵⁰ Centralt ingångna branschavtal som gäller nationellt ska anses uppfylla kraven. Det innebär att fackliga stridsåtgärder får vidtas för att framtvunga anslutning till sådana avtal utan att likabehandlingsprincipen kränks.¹⁵¹ Det förefaller inte helt orimligt att det vid offentlig upphandling skulle vara tillåtligt att i ett förfrågningsunderlag ställa krav i motsvarande mån. En facklig stridsåtgärd, t ex en blockad, torde vara betydligt mer inkräktande på en arbetsgivares fria rörlighet än vad ett kontraktsvillkor som en offentlig myndighet tillämpar är. I det förra fallet påtvingas arbetsvillkoren utifrån av en facklig organisation, medan det i det senare fallet är arbetsgivaren själv som aktivt söker ett kontrakt och därigenom tvingas uppfylla vissa villkor. Till saken hör också att en genom fackliga stridsåtgärder påtvingad anslutning till kollektivavtal ofta innebär att företagaren måste gå med i en arbetsgivarorganisation. Detta kan ses som en inskränkning i arbetsgivarens negativa föreningsfrihet. Anslutning kan visserligen också ske genom så kallat hängavtal, men att kräva avtalsanslutning utan att samtidigt erbjuda en möjlighet till inflytande över villkoren förefaller också tämligen inskränkande. Några sådana konsekvenser följer inte av upphandlingsrättsliga kontraktsvillkor, vilket rimligen borde ha någon relevans vid denna bedömning. Kraven enligt ILO:s konvention 94 tar till exempel sikte på att villkoren vid offentlig upphandling ges av en affärsmässig avtalsrelation. Det ska erinras om att det inte är obligatoriskt att ställa sociala krav (och än mindre arbetsvillkorsrelaterade sådana), även om det numer finns en direkt uppmaning i LOU.

¹⁴⁸ Se prop. 1998/99:90 s 26 ff.

¹⁴⁹ Se prop. 2009/10:48, *Åtgärder med anledning av Laval-domen*, s 56 f.

¹⁵⁰ Se a. prop. s 30.

¹⁵¹ Se a. prop. s 31.

I förarbetena diskuteras också möjligheterna att vidta stridsåtgärder för att framtvinga villkor som är förmånligare än vad som är minimireglerat i lag.¹⁵² Enligt lydelsen i § 5 a är detta möjligt, men ett varningens finger kan dock höjas. EU-domstolen kan mycket väl komma fram till att en förutsättning för att kollektivavtalsvillkor ska kunna krävas är att minimiregler i lag inte finns.¹⁵³

Det finns ytterligare en möjlighet enligt direktivet att tillämpa fördelaktigare villkor än vad som ges av minimiregler, nämligen artikel 3 punkt 10 som hänvisar till villkor enligt lag som utgör *ordre public*. I fallet kommissionen mot Luxemburg dödade domstolen emellertid denna möjlighet genom att konstatera att artikeln måste tolkas restriktivt och att den endast får användas om det är avgörande för den politiska, sociala och ekonomiska ordningen.¹⁵⁴ Vad som uppfyller dessa kriterier fick enligt domstolen inte bestämmas av den enskilda medlemsstaten.

För att sammanfatta så kan vi konstatera att utstationeringsdirektivet såväl som upphandlingsdirektivet syftar till att förverkliga den gemensamma marknaden. Samtidigt öppnar utstationeringsdirektivet upp för vissa tillåtliga inskränkningar. Dessa marknadshinder sträcker sig emellertid inte lika långt som kraven enligt ILO:s konvention 94. De ekonomiska friheterna enligt fördraget tillsammans med utstationeringsdirektivet accepterar enligt EU-domstolen att utländska leverantörer tvingas tillämpa arbetsvillkor enligt nationell standard förutsatt att vissa villkor uppfylls. Detta kan jämföras med att ILO:s konvention föreskriver att en utländsk leverantör inte får tillämpa arbetsvillkor som är mindre gynnsamma än vad som gäller lokalt där arbetet utförs.¹⁵⁵ Hur dessa olika rättsakter förhåller sig till varandra är mycket osäkert, och det finns en uppenbar risk för konflikt mellan dem på EU-nivå. I synnerhet eftersom kommissionen samtidigt uppmanar till att medlemsstaterna ska ansluta sig till konvention 94. Den olyckliga följden av detta är att upphandlingsregelverket hamnar i kläm däremellan. Konflikten hade kunnat ställas på sin spets i samband med EU-domstolens dom i målet Rüffert, men även detta mål lämnar som vi strax ska se en hel del att önska i klagörande hänseende.

6.2.3. Rüffert

EU-domstolens dom i målet Rüffert var kanske egentligen inte så förvånande när den kom, men likafullt kontroversiell. Domen brukar räknas in i den grupp av mål som har beskyllts för att underminera nationell arbetsrättslig lagstiftning genom att domstolen i dessa mål har valt en mycket

¹⁵² Se a. prop. 2009/10:48, s 32 f.

¹⁵³ Se Kilpatrick, C, *Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers*, European Law Review 34 (2009), s 856.

¹⁵⁴ Se mål C-319/06, *Kommissionen mot Luxemburg*, 19 juni 2008, punkterna 29 och 30.

¹⁵⁵ Se SOU 2006:28, s 349 och 363 ff.

snäv tillämpning av utstationeringsdirektivet.¹⁵⁶ En omfattande debatt har förts i doktrin med anledning av detta.¹⁵⁷ I Ruffert, som är den näst senaste av dessa domar, vidhåller och befäster domstolen sin inställning i de tidigare domarna. Målet ligger således helt i linje med denna kritiserade rättsutveckling på det arbetsrättsliga området.

Målet gällde en byggentreprenad i den tyska delstaten Niedersachsen. Upphandlingslagen i delstaten föreskrev att offentliga kontrakt endast fick tilldelas leverantörer som åtar sig att följa det kollektivavtal som gäller på den ort där tjänsten eller byggentreprenaden utförs. Den vinnande leverantören åtog sig att, såsom förfrågningsunderlaget föreskrev, betala sina anställda minst den lön som enligt ett gällande lokalt kollektivavtal skulle gälla på orten. Kravet i förfrågningsunderlaget byggde på lagbestämmelsen. Den vinnande leverantören anlät för delar av arbetet ett polskt bolag, vilket senare visade sig betala sina anställda mindre än hälften av den lön som gällde enligt det aktuella kollektivavtalet. När en förundersökning inleddes med anledning av detta hävde den upphandlande myndigheten och det vinnande bolaget ömsesidigt entreprenadavtalet, och företrädarna för det polska bolaget förelades en straffavgift enligt tysk lag. Det vinnande bolaget väckte talan om fordran på grund av avtalet, och den nationella domstolen hänsköt målet till EU-domstolen för förhandsavgörande. Den nationella domstolen ämnade få klarhet i om den var tvungen att lämna delstatslagen utan hänseende på grund av den fria rörligheten av tjänster. Tolkningsfrågan löd enligt följande:

*”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?”*¹⁵⁸

EU-domstolens handläggning bestod helt enkelt i att undersöka huruvida bestämmelsen i delstatslagen, och det kollektivavtal som åsyftades, kunde uppfylla de kriterier som krävs enligt utstationeringsdirektivet för att tillämpning av miniminivåer ska kunna krävas av leverantörer som utstationerar arbetstagare. Domstolen började med att konstatera att det lokala kollektivavtalet

¹⁵⁶ Till denna grupp brukar förutom Ruffert också följande mål räknas: Laval, mål C-438/05 *International Transport Workers’ Federation och Finnish Seamen’s Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti* (Viking), 11 december 2007, och Kommissionen mot Luxemburg.

¹⁵⁷ Exempel på artiklar som har debatterat denna frågan, i synnerhet vad gäller Laval, är Malmberg och Sigeman (se ovan not 19); Davies, A, *One Step Forward, Two Steps Back? Laval and Viking at the ECJ*, s 126, (2008) 37 *Industrial Law Journal*; Reich, N, *Fundamental freedoms v. fundamental rights: Did Viking get it wrong?* s 851 *Europarättslig Tidskrift* nr 4 2008.

¹⁵⁸ Se Ruffert, punkt 16.

varom det rörde sig inte var allmängiltigförklarat enligt tysk lag, och att inte heller den tyska upphandlingsregleringens hänvisning till avtalet kunde anses vara en lagstadgad minimilön i utstationeringsdirektivets mening.¹⁵⁹

Således återstod att kontrollera om det ändå fanns möjlighet att tillerkänna kollektivavtalet status motsvarande allmängiltigförklarade kollektivavtal enligt de kriterier som ges av direktivets artikel 3 punkt 8. Domstolen menade att det följde av lydelsen i 2 st i nämnda artikel att dessa kriterier inte gäller om det faktiskt existerar ett system för att allmängiltigförklara kollektivavtal.¹⁶⁰ Vidare konstaterades att kollektivavtalet endast gällde lokalt, och att den aktuella lagregeln endast omfattade den offentliga sektorn, vilken endast utgör en del av byggsektorn.¹⁶¹ Därför kunde lön enligt kollektivavtalet inte krävas eftersom det inte rörde sig om en minimilön stadgad såsom direktivet föreskriver.¹⁶²

Domstolen konstaterade också att utländska leverantörer och underleverantörer åläggs en extra ekonomisk börda genom att dessa på grund av nationell lag tvingas tillämpa en högre minimilön än den som gäller i deras hemland.¹⁶³ Lagen var således indirekt diskriminerande, vilket alltså endast kan rättfärdigas utifrån tvingande hänsyn av allmänintresse. Sådana rättfärdigandegrunder kunde enligt domstolen endast föreligga beträffande utstationeringsdirektivets hårda kärna. Domstolens slutsats blev således att utstationeringsdirektivet tolkat mot bakgrund av den fria rörligheten för tjänster innebär ett hinder för att en myndighet i en medlemsstat, i en sådan situation som i fallet, vidtar en åtgärd av lagstiftningskaraktär enligt vilken en upphandlande myndighet vid offentlig upphandling endast får anta anbud från företag som åtar sig att för utförandet av de aktuella tjänsterna betala minst den lön som fastställs i det kollektivavtal som är tillämpligt på den ort där tjänsterna utförs.¹⁶⁴

Det ska noteras att domstolen inte över huvud taget berör vare sig upphandlingsregelverket eller ILO:s konvention 94 vid sin bedömning, och därför är det svårt att veta vilka generella slutsatser som kan dras av fallet. Ruffert förefaller annars vara ett perfekt exempel på den konfliktsituation som krav på tillämpning av vissa anställningsvillkor kan leda till. Perspektivet enligt ILO:s konvention är att utländska leverantörer som tillämpar sämre anställningsvillkor än nationella leverantörer därigenom får en konkurrensfördel som anses olämplig på grund av de socialpolitiska effekter detta kan leda till. Sett från utstationeringsdirektivet och EU-fördragets synvinkel innebär emellertid krav på

¹⁵⁹ Se Ruffert, punkterna 24 och 25.

¹⁶⁰ Se Ruffert, punkt 27.

¹⁶¹ Se Ruffert, punkt 29.

¹⁶² Se Ruffert, punkterna 30 och 31.

¹⁶³ Se Ruffert, punkt 37.

¹⁶⁴ Se Ruffert, punkt 43.

arbetsvillkor enligt nationell standard en konkurrens*snackdel* för utländska anbudsgivare som måste anpassa sig. Domstolen begränsade emellertid prövningen till delstatslagens förenlighet med utstationeringsdirektivet, tolkat mot bakgrund av den fria rörligheten för tjänster.

Fallet ligger helt i linje med den utveckling som inleddes i och med domstolens dom i Laval 2007. Kilpatrick beskriver denna utveckling som att domstolen har gjort en "u-sväng" beträffande synen på utstationeringsdirektivet och den fria rörligheten.¹⁶⁵ Hon menar att domstolen har gått från att ha skyddet för arbetstagare som utgångspunkt till ett perspektiv med friheten att tillhandahålla tjänster som utgångspunkt. Utstationeringsdirektivets ena syfte är som sagt att tillförsäkra arbetstagare ett visst mått av minimiskydd vid utstationering så att social dumpning kan undvikas. Artikel 3 punkt 7 i direktivet innebär enligt detta perspektiv att listan på obligatoriska regler enligt artikel 3 punkt 1 inte är uttömmande.¹⁶⁶ Domstolen har emellertid ansett att påtvingande av nationella regler av dylikt slag innebär en inskränkning i den fria rörligheten för utstationerande arbetsgivare som därmed måste rättfärdigas. Detta är väl i sig inte särskilt märkligt eller problematiskt eftersom skydd för arbetstagare erkänns utgöra en legitim rättfärdigandegrund. Inskränkningarna måste emellertid också vara nödvändiga och proportionella. Enligt EU-domstolens praxis uppfylls dessa förutsättningar alltså endast om de arbetsvillkor som krävs konstituerar minimiregler såsom utstationeringsdirektivet föreskriver.¹⁶⁷ Denna mycket restriktiva tolkning av proportionalitetsprincipen tillsammans med domstolens restriktiva tolkning av utstationeringsdirektivet utgör enligt Kilpatrick en prioriteringsförändring.¹⁶⁸ Det som ursprungligen skulle vara ett golv av minimiskydd för arbetstagarna har kommit att utgöra ett tak. Något skydd för värdstatens arbetstagare mot social dumpning förefaller det enligt domstolen över huvud taget inte längre vara fråga om. Istället lyfts förverkligandet av den fria marknaden fram i Rüffert som utstationeringsdirektivets huvudsakliga syfte.¹⁶⁹ Ett visst mått av skydd tillerkänns dock de utstationerade arbetstagarna genom att artikel 3 punkt 7 får tolkas som att direktivet inte hindrar förmånligare villkor enligt hemstatens regler, eller frivilliga åtaganden från arbetsgivarens sida.¹⁷⁰

Endast åtgärder som faller inom den restriktiva tolkningen av utstationeringsdirektivet är således kompatibla med den fria rörligheten för tjänster. Nationella regler som ger utstationerade

¹⁶⁵ Se Kilpatrick, C, *The ECJ and Labour Law: A 2008 retrospective*, Industrial Law Journal, Vol. 38, No. 2, 2009, s 195.

¹⁶⁶ Se a.a. s 197.

¹⁶⁷ Se exempelvis Kommissionen mot Luxemburg, punkt 26.

¹⁶⁸ Se Kilpatrick, *Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers*, s 847.

¹⁶⁹ Se Rüffert, punkt 36.

¹⁷⁰ Se Rüffert, punkt 34.

arbetstagare villkor som går utöver vad direktivet kräver kan inte rättfärdigas.¹⁷¹ Utrymmet som finns för att rättfärdiga inskränkningar i den fria rörligheten utifrån skydd för arbetstagare har nu begränsats så långt som möjligt. Icke desto mindre finns det fortfarande utrymme för diskussion. I Ruffert innebar den restriktiva tolkningen att en *lag i kombination med kollektivavtal* inte kunde utgöra minimilön.¹⁷² Domen tar sikte på sådana fall där lagstiftningen endast gäller för offentlig verksamhet, och alltså inte för den privata sektorn.¹⁷³ Den Niedersachsiska lagen gällde bara den del av byggsektorn som hänförde sig till offentliga kontrakt. Vidare poängterades att det *de facto* fanns ett system för allmängiltigförklarande av kollektivavtal i Tyskland, samtidigt som arbetsvillkoren inte härleddes från detta. Kommissionen tar med viss försiktighet upp fallet i handboken till social hänsyn varvid följande yttrande görs:

*"Påpekas bör att även om domen avkunnades i samband med ett offentligt upphandlingskontrakt, så medför den inga följder för de möjligheter som upphandlingsdirektiven erbjuder för sociala hänsyn i offentlig upphandling. Den klargör bara att sociala hänsyn (vid offentlig upphandling) när det gäller utstationering av arbetstagare också måste vara förenliga med EU-rätten, särskilt med direktivet om utstationering av arbetstagare."*¹⁷⁴

Kommissionens uttalande är mycket diplomatiskt och säger ingenting nytt. Liksom all EU-rätt är tolkningen av utstationeringsdirektivet något som kan begränsa vilka krav som får ställas vid offentlig upphandling. Detta visste vi emellertid redan innan domen kom. Exakt vilka slutsatser som kan dras av domen i upphandlingsrättsligt hänseende är således osäkert. Klart är emellertid att Ruffert är ytterligare ett bidrag till den praxis som begränsar möjligheterna att kräva arbetsvillkor enligt värdstatens standard. En arbetstagare som utstationeras till ett rikare EU-land har inte rätt till samma villkor som de som bor i landet.¹⁷⁵ I och med att domstolen har slagit fast att minimireglerna i artikel 3 utgör maximiregler ges marknadsprerogativen företräde.

Beträffande ILO:s konvention 94 så kan det noteras att Tyskland inte har ratificerat konventionen, vilket kan vara en trolig orsak till att denna fråga inte berördes i Ruffert. En konflikt mellan EU-rätten och en konvention från ett FN-organ hade uppenbarligen inte heller varit en helt lätt sak att hantera, och det kan förmodas att domstolen inte gärna tar upp frågan om det kan undvikas. Kommissionen har visserligen hela tiden hävdat att det inte existerar någon konflikt mellan utstationeringsdirektivet

¹⁷¹ Se Davies, *European Developments – Case C-346/06, Ruffert v Land Niedersachsen [2008] IRLR 467 (ECJ)*, s 1.

¹⁷² Se Kilpatrick, *The ECJ and Labour Law: A 2008 Retrospective*, s 200.

¹⁷³ Se Arrowsmith och Kunzlik, s 3 f.

¹⁷⁴ Se kommissionens handbok, s 46.

¹⁷⁵ Se Kilpatrick, s 195.

och ILO:s konvention 94.¹⁷⁶ Om så är fallet och de medlemsstater som är anslutna till konvention 94 kan fortsätta tillämpa denna förefaller den märkliga situationen uppstå att rättsläget efter Rüffert blir olika i olika medlemsstater. Samtidigt som de stater som har ratificerat konvention 94 alltså kan fortsätta tillämpa densamma, får inte de medlemsstater som inte har ratificerat konventionen använda sig av en motsvarande lagstiftning.

Rüffert innehöll flera fallspecifika omständigheter som fick relevans för utgången. Därför är det svårt att veta hur domen påverkar rättsläget i Sverige. Rüffert rörde till att börja med en lags tillåtlighet. Vidare existerade det ett allmängiltigförklarat kollektivavtal som inte utnyttjades av den upphandlande myndigheten. Bägge dessa omständigheter skiljer sig från vad som normalt gäller i Sverige. Dessutom prövades aldrig villkoret utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Icke desto mindre har Rüffert fått direkta återverkningar i Sverige. Inte minst i Konkurrensverkets beslut i fallet Botkyrka, vilket vi nu ska titta närmare på.

6.2.4. Konkurrensverkets beslut beträffande Botkyrka kommun¹⁷⁷

Frågan om huruvida ett fullgörandevillkor, med innebörden att arbetsvillkor som motsvarar gällande svenska kollektivavtal ska tillämpas, är tillåtligt enligt upphandlingsrätten har ännu inte prövats i domstol. Samtidigt är som sagt tillämpningen av sådana villkor tämligen vanligt förekommande. Det svenska Konkurrensverket har med anledning av ett inkommet klagomål dock prövat frågan i ett beslut beträffande en offentlig upphandling av markentreprenad i Botkyrka kommun.

Konkurrensverket gör i beslutet en tämligen noggrann genomgång av gällande rätt beträffande sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Till att börja med konstateras med hänvisning till de båda svenska rättsfallen som jag redogjort för ovan, att gällande rätt inte tillåter ett krav som innebär att leverantören måste vara ansluten till ett kollektivavtal.¹⁷⁸ Konkurrensverket redogör därefter för innebörden av utstationeringsdirektivet och Rüffert varvid det slås fast att lön som motsvarar nivån i ett kollektivavtal som endast gäller på orten där tjänsten utförs inte får krävas. Villkor som deriveras från kollektivavtal måste enligt Konkurrensverket följa av ett rikstäckande kollektivavtal som gäller lika för alla företag inom samma bransch inom hela medlemsstaten.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Se Ahlberg och Bruun, s 128.

¹⁷⁷ Se ovan not 1.

¹⁷⁸ Se s 3 i beslutet.

¹⁷⁹ Se s 4 i beslutet.

Konkurrensverket redogör sedan för vilka möjligheter som finns enligt upphandlingsreglerna att ta sociala hänsyn.¹⁸⁰ Konkurrensverket hänvisar till artikel 26 i upphandlingsdirektivet tillsammans med beaktandesats 33, 6 kap 13 § LOU och kommissionens tolkningsmeddelande.¹⁸¹ Vidare hänvisas till LOU:s förarbeten, samt de båda domarna Beentjes och Nord-Pas-de-Calais för att slå fast att sociala krav måste uppfylla principerna, och anges i annonsen. Detta förefaller emellertid inte få någon betydelse för fallets utgång. I slutsatsen konstaterar Konkurrensverket att endast centrala kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige kan stipulera sådana minimumarbetsvillkor som får krävas.¹⁸² Detta motiveras utifrån utstationeringsdirektivet, dess tolkning i Ruffert och Laval tillsammans med den svenska utstationeringslagen. Konkurrensverket poängterar också att rättsläget inte är helt klart avseende detta, men att innebörden ändå är att ett krav på *”kollektivavtal eller motsvarande villkor”* inte får krävas enligt LOU. Kärnan i Konkurrensverkets argumentation förefaller vara att transparensprincipen inte uppfylls. Denna kan enligt Konkurrensverket endast uppfyllas genom krav på minimivillkor enligt rikstäckande kollektivavtal – då lagstiftning och allmängiltigförklarade avtal saknas. Beslutet är inte helt tydligt i detta avseende, men det framhålls också att minimilönen som krävs måste vara tydligt definierad. Konkurrensverket avslutar med att konstatera att kravet är otillåtligt enligt 1 kap 9 § LOU.

Beslutet har föranlett att Ahlberg och Bruun på uppdrag av LO och TCO har sammanställt ett expertyttrande i vilket de kritiserar Konkurrensverkets resonemang.¹⁸³ De anser att *”[k]onkurrensverkets beslut grundar sig på felaktiga beskrivningar av såväl EU-rättens innebörd som de ändringar i utstationeringslagen som nyligen antagits med anledning av EU-domstolens dom i det så kallade Laval-målet (C-341/05), och att svaret på frågan om vad en upphandlande myndighet kan kräva när det gäller anställningsvillkor och kollektivavtal är betydligt mer komplicerat än vad som framgår av Konkurrensverkets beslut”*.¹⁸⁴

Ahlberg och Bruun påpekar bland annat att Konkurrensverket hävdar att allmängiltigförklarade kollektivavtal ska vara rikstäckande och gälla för alla företag i samma bransch. Vi såg ovan att det fanns två alternativ för att ett kollektivavtal skulle kunna tillmätas samma status som allmängiltigförklarade avtal. Dels gällde att detta var möjligt om kollektivavtalet gällde allmänt för alla likartade företag inom den aktuella sektorn eller det aktuella arbetet och inom det aktuella

¹⁸⁰ Se s 4 f i beslutet.

¹⁸¹ Konkurrensverket hänvisar alltså till KOM(2001) 566.

¹⁸² Se beslutet, s 6.

¹⁸³ Ahlberg och Bruun, *Expertyttrande med anledning av Konkurrensverkets beslut 2010-04-15 angående krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling*, 19 maj 2010 (hädanefter ”yttrandet”).

¹⁸⁴ Se yttrandet, s 1.

geografiska området, och dels om kollektivavtalet har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och gäller inom hela det nationella territoriet. Enligt den svenska utstationeringslagen 5 a § tillämpas det andra alternativet i Sverige, i vart fall beträffande fackliga stridsåtgärder. Det ska noteras att det faktiskt inte finns något krav på att alla företag inom branschen faktiskt måste tillämpa avtalet. Detta rekvisit torde konkurrensverket istället ha hämtat från det första alternativet i utstationeringsdirektivet, vilket enligt Ahlberg och Bruun har resulterat i "*något slags hemmagjord syntes*" av de båda alternativen.¹⁸⁵ Enligt den svenska lagstiftningen är det tillräckligt att avtalet har ingåtts av de mest representativa organisationerna på nationell nivå.

Vidare anser Ahlberg och Bruun att även Konkurrensverkets påstående om att det efter Ruffert står klart att minst den lön som krävs enligt ett kollektivavtal som endast gäller på den ort där tjänsten utförs inte får krävas är felaktigt.¹⁸⁶ De påpekar härvid att det inte var det faktum att kollektivavtalet endast gällde i delstaten Niedersachsen i sig som gjorde kravet otillåtet. Istället framhålls att domstolens bedömning berodde på att kollektivavtalet inte var allmängiltigförklarat, samtidigt som ett system för att göra detta existerade, och att det dessutom fanns ett annat kollektivavtal som var allmängiltigförklarat. Den upphandlande myndigheten i Ruffert borde alltså ha hållit sig till detta avtal. Det ska erinras att inte heller kommissionen anser att krav enligt lokala avtal är otillåtna *per se*, eftersom ILO:s konvention 94 är förenlig med EU-rätten. Åtminstone är detta den officiella ståndpunkten. Domstolens inställning till detta är dock en annan sak.

Konkurrensverkets beslut och Ahlbergs och Bruuns yttrande visar tydligt den politiska dimension som finns i frågan om kollektivavtalsrelaterade villkor vid offentlig upphandling. Det kan antas att Konkurrensverkets uppdrag att verka för effektiv konkurrens och upphandling "*till nytta för det allmänna och marknadens aktörer*" har viss betydelse för bedömningen,¹⁸⁷ likaväl som LO och TCO har ett tydligt arbetstagarintresse att tillvarata. Belysande är att Konkurrensverket ställde sig kritisk till införandet av 6 kap 13 § LOU på grund av att paragrafens lydelse ansågs medföra en viss osäkerhet.¹⁸⁸ Samtidigt önskade LO och TCO att möjligheten att ställa krav enligt de grundläggande ILO-konventionerna skulle lyftas fram i den svenska lagen, och TCO förespråkade till och med att det

¹⁸⁵ Se yttrandet, s 3.

¹⁸⁶ Se yttrandet, s 2.

¹⁸⁷ Se [www.kkv.se](http://www.kkv.se/t/Page_____192.aspx), http://www.kkv.se/t/Page_____192.aspx, 2010-03-16.

¹⁸⁸ Se prop. 2006/07:128, s 195.

alltid skulle krävas anställnings- och arbetsvillkor enligt vad som gäller på den ort där arbetet utförs.¹⁸⁹ Som vi vet fick ingen av parterna gehör för sina synpunkter.

Konkurrensverkets försiktighet vad gäller att acceptera dylika fullgörandevillkor är således i viss mån naturlig, liksom den kritik som härvid uppstår. Faktum är att det på grund av beslutets tämligen luddiga utformning är svårt att veta i vilken grad Konkurrensverket egentligen förlitar sig på domstolens dom i fallet Ruffert och i vad mån det rör sig om en vanlig tillämpning av principerna i 1 kap 9 § LOU.

6.3. Fördjupad analys

I den mån Konkurrensverkets beslut i fallet Botkyrka grundar sig på den tolkning som tillmättes utstationeringsdirektivet i fallet Ruffert är det värt att lyfta fram några skillnader mellan de bägge fallen. Till att börja med kan det konstateras att Ruffert gällde den lokala delstatslagens förenlighet med utstationeringsdirektivet. I fallet Botkyrka rör det sig om ett från myndighetens sida frivilligt uppställt fullgörandevillkor. Vidare var innebörden av den Niedersachsiska lagen att vinnande leverantör var tvungen att följa ett lokalt kollektivavtal. I fallet Botkyrka var fullgörandevillkoret allmänt hållet och något specifikt kollektivavtal förefaller inte ha utpekats. I Botkyrka var det vidare, till skillnad från i Ruffert, upphandlingsreglerna som ansågs innebära hinder för det uppställda kravet. I fallet Ruffert var det istället av central betydelse att det i Tyskland existerade ett allmängiltigförklarad kollektivavtal som de aktuella kraven inte härleddes ifrån, dvs. domstolen tillämpade enkom utstationeringsdirektivet.

Fallen är således inte helt lika och försiktighet bör iaktas beträffande paralleller mellan dem. Klart är dock att utstationeringsdirektivet, liksom den övriga EU-rätten, kan innebära hinder för vilka villkor som är tillåtliga vid offentlig upphandling. EU-rättens inverkan är dock i viss mån begränsad. Det kan noteras att utstationeringsdirektivet enligt artikel 1 punkt 1 ska tillämpas just vid utstationering av arbetstagare. Om någon utstationering sålunda inte är aktuell vid en viss upphandling, dvs. om upphandlingen inte är intressant för utländska leverantörer, innebär detta att utstationeringsdirektivet inte kan utgöra hinder för myndigheten att kräva kollektivavtalsenliga villkor.¹⁹⁰ Likaså blir EU-rätten inte direkt tillämplig om det inte finns något gränsöverskridande intresse. Vid upphandlingar under tröskelvärdena och av B-tjänster, som ju typiskt sett inte anses lämpa sig för gränsöverskridande handel, får de upphandlande myndigheterna själva bedöma om upphandlingen kan vara intressant för utländska leverantörer, och om så inte bedöms vara fallet blir

¹⁸⁹ Se prop. 2006/07:128, s 195.

¹⁹⁰ Se yttrandet s 2.

unionsrätten över huvud taget inte tillämplig.¹⁹¹ Om EU-rätten sålunda inte blir tillämplig i en viss upphandling utgör denna inget hinder att kräva villkor i överensstämmelse med ett lokalt kollektivavtal. De grundläggande principerna i LOU är dock alltså tillämpliga. Konkurrensverkets beslut antyder att krav på kollektivavtal eller motsvarande villkor *aldrig* kan vara förenliga med LOU. En slutsats som på grund av det just sagda knappast kan härledas från tolkningen av utstationeringsdirektivet i Rüffert (och Laval).

Beträffande Botkyrka rörde fallet en markentreprenad, och sålunda är det troligt att utstationering skulle kunna ha kommit i fråga i fallet, och att ett visst gränsöverskridande intresse fanns. Såsom man konstaterade i förarbetena till den svenska lagen om valfrihetssystem, LOV, innebar Rüffert dock att utstationeringsdirektivet utgör ett hinder för åtgärder av lagstiftningskaraktär, som förhindrar upphandlande myndigheter att anta anbud som inte skriftligen åtar sig att uppfylla arbetsvillkor enligt det lokala kollektivavtalet.¹⁹² Det var således det obligatoriska förkastandet av de anbud som inte accepterar att följa de lokala arbetsvillkoren som utgjorde problemet enligt domstolen. Såsom regeringen också konstaterar i sammanhanget utgör detta inte något hinder för att vissa i kollektivavtal förekommande villkor kan krävas av leverantören.

I det allmänt hållna fullgörandevillkoret som Botkyrka kommun använde sig av finns det en risk att både tillåtna och otillåtna krav inryms, eftersom det förefaller hänvisa till i princip vilket svenskt kollektivavtal som helst och omfatta alla kollektivavtalsvillkor. Fullgörandevillkoret måste därför anses vara alldeles för otydligt och oprecist, och därmed i strid med transparensprincipen enligt 1 kap 9 § LOU. Detta förefaller också vara Konkurrensverkets mening. Konkurrensverket har nämligen i efterhand erkänt att vissa villkor enligt kollektivavtal kan ställas, under förutsättning att det preciseras vilka villkor det rör sig om.¹⁹³

Det ska i det sammanhanget noteras att villkoren om minimilön i Rüffert var mycket tydliga och precisa.¹⁹⁴ Detta skiljer sig från situationen i Laval i vilket facket försökte framtvunga en genomsnittlig lokal branschlön enligt ett lokalt kollektivavtal.¹⁹⁵ Det är heller inte denna omständighet som faller den upphandlande myndigheten i Rüffert. Upphandlingsreglerna berörs över huvud taget inte. Enligt Konkurrensverkets analys kan emellertid den minimilön som gavs av det lokala kollektivavtalet i Rüffert omöjligt uppfylla kravet på förutsebarhet, eftersom det inte uppfyllde kraven enligt

¹⁹¹ Se yttrandet, s 1.

¹⁹² Se prop. 2008/09:29, s 77 f.

¹⁹³ Se artikeln Lindholm, S, *Möjligt ställa villkor enligt avtal vid upphandling*, Kommunalarbetaren, 18 juni 2010, <http://www.ka.se/index.cfm?c=93231> (2011-04-01).

¹⁹⁴ Se Ahlberg och Bruun, s 127.

¹⁹⁵ Se Laval, punkt 30.

utstationeringsdirektivet. Att dra en sådan slutsats genom hänvisning till Ruffert förefaller felaktigt, eftersom det i Ruffert snarare var det faktum att avtalet inte var allmängiltigförklarat, och att det därmed inte kunde rättfärdigas utifrån tvingande hänsyn, som fällde den upphandlande myndigheten. Till saken hör att det enligt artikel 3 punkt 1 i direktivet är medlemsstaterna själva som definierar vad som konstituerar minimilön. Någon sådan definition finns ännu inte i Sverige, men det finns emellertid kollektivavtal som anger så kallade lägsta löner, som är löner under miniminivå.¹⁹⁶ Detta gör att det redan idag torde finnas lönenivåer som faktiskt kan krävas för de flesta branscher i samband med upphandling, oavsett vad som är minimilön i utstationeringsdirektivets och utstationeringslagens mening, och trots frånvaron av någon svensk definition.¹⁹⁷

Konkurrensverket motiverade alltså till synes sitt beslut utifrån transparensprincipen, vilket måste vara korrekt eftersom villkoret inte gav någon som helst vägledning till vilka villkor det rörde sig om, eller var de kunde återfinnas. Detta problem kan emellertid rättas till med en enkel hänvisning. En sådan hänvisning skulle dessutom aktualisera 6 kap 12 § LOU. Problemet med förutsebarheten skulle på så vis lätt kunna avhjälpas och lokala arbetsvillkor som är tillräckligt precisa torde inte vara märkvärdigare att kräva än andra krav och villkor som är specifika för den aktuella upphandlingen, till exempel en kommuns lokala miljöpolicy, i vart fall inte rent upphandlingsrättsligt, såvida de i övrigt inte är diskriminerande eller oproportionella. Som vi såg ovan anses emellertid krav på nationella arbetsvillkor alltid vara diskriminerande. Detta kan visserligen rättfärdigas utifrån tvingande hänsyn av allmänt intresse, men fortfarande måste kravet vara proportionellt. Vi såg tidigare att endast villkor som härleds från kollektivavtal som uppfyller kraven enligt utstationeringsdirektivet kan vara proportionella enligt EU-domstolen. Det är olyckligt att dessa förhållanden inte framgår av Konkurrensverkets beslut.

Domstolens restriktiva tolkning av utstationeringsdirektivet begränsar kraftigt antalet kollektivavtal som en utstationerande leverantör kan tvingas att rätta sig efter, vilket torde underlätta dennes möjligheter att delta i gränsöverskridande upphandlingar.¹⁹⁸ Emellertid råder det fortfarande mycket stor osäkerhet gällande vilka kollektivavtal som kan uppfylla utstationeringsdirektivets krav. Dessutom ger det svenska upphandlingsregelverket ingen vägledning i frågan, vilket innebär att de upphandlande myndigheterna är utelämnade till att själva utreda möjligheterna om de önskar tillämpa krav på vissa arbetsvillkor.

¹⁹⁶ Se yttrandet, s 4.

¹⁹⁷ Se a.a.

¹⁹⁸ Se Kilpatrick, *Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers*, s 850.

En del kan dock sägas om vilka förutsättningar som gäller enligt utstationeringsdirektivet. Till att börja med kan vi konstatera att utstationeringsdirektivet enligt artikel 3 punkt 8 kräver en uttrycklig hänvisning i lagtext för att kollektivavtal som inte är allmängiltigförklarade ska kunna tillämpas. Detta står klart efter Lavaldomen liksom domstolens restriktiva tolkning av vad som kan konstituera en lagstiftad minimilön i Rüffert.¹⁹⁹ Den svenska utstationeringslagens 5 a § utgör visserligen en sådan hänvisning, men enligt paragrafens lydelse endast i relation till fackliga stridsåtgärder. Ahlberg menar emellertid att eftersom svenska fack således under vissa förutsättningar får vidta åtgärder för att tvinga utländska leverantörer att underteckna svenska kollektivavtal är det rimligt att även upphandlande myndigheter också får kräva att leverantören åtminstone tillämpar motsvarande villkor.²⁰⁰ Huruvida EU-domstolen håller med om detta är väl bäst att låta vara osagt, men ett frivilligt uppställt fullgörandevillkor vid offentlig upphandling måste enligt min mening anses vara en betydligt mildare åtgärd än fackliga stridsåtgärder. Ahlbergs tolkning förefaller inte helt orimlig och sålunda kan det konstateras att det inte finns något kategoriskt förbud mot att kräva arbetsvillkor enligt svenska avtal.

Konkurrensverket skriver i sitt beslut beträffande Botkyrka att ett "[v]illkor som innebär att "kollektivavtal eller motsvarande villkor" ska uppfyllas är [...] inte förenligt med gällande rätt".²⁰¹ Det är inte omöjligt att detta har påverkat Kammarkollegiets nya vägledning för upphandling av byggentreprenader från november 2010.²⁰² I denna vägledning anges kortfattat att krav på kollektivavtal inte får ställas.²⁰³ Detta uttalande görs visserligen i samband med en redogörelse för kvalificeringsfasen, och det är också korrekt att *anslutning* till kollektivavtal inte får krävas. Emellertid berörs frågan om arbetsvillkor och kollektivavtal över huvud taget inte i den fortsatta framställningen. Vägledningen ger intryck av att kollektivavtalsrelaterade villkor över huvud taget inte kan komma i fråga vid upphandling av byggentreprenader. Det är i själva verket just sådana upphandlingar som lämpar sig bäst för den typen av krav. Kammarkollegiet har också låtit publicera en vägledning för annan tjänste- och varuupphandling.²⁰⁴ Beträffande sociala hänsyn hänvisas i denna till kommissionens handbok och till Miljöstyrningsrådets vägledning om sociala och etiska krav.²⁰⁵ Miljöstyrningsrådet tar visserligen upp frågan om krav på minimilöner, men konstaterar att

¹⁹⁹ Se Kilpatrick, s 851 f.

²⁰⁰ Se artikeln Lindholm, S, *Sverige sämst i EU på sociala krav*, publicerad i Kommunalarbetaren 13 april 2010.

²⁰¹ Se Konkurrensverkets beslut s 6.

²⁰² Se Kammarkollegiets skrift *Offentlig upphandling inom byggsektorn – vägledning för upphandlande myndigheter*, 2010:6, publicerad 3 november 2010.

²⁰³ Se nyss nämnda vägledning, s 33.

²⁰⁴ Se Kammarkollegiets vägledning, *Utformning av förfrågningsunderlag för upphandling av varor och tjänster enligt LOU – Vägledning*, 2011:04, publicerad 18 februari 2011, s 40.

²⁰⁵ Miljöstyrningsrådet, *Vägledning – sociala och etiska krav i offentlig upphandling*, 2008-12-04.

Sverige saknar system för att fastslå sådana löner enligt utstationeringsdirektivet.²⁰⁶ Det är också troligt att svenska domstolar, åtminstone förvaltningsrätter, kommer att ta vägledning av konkurrensverkets beslut.

Som vi såg ovan var domstolens dom i Ruffert också problematisk i förhållande till ILO:s konvention 94. Det nämndes i sammanhanget att domen kan ha medfört att rättsläget är olika i olika medlemsstater. Som exempel kan Danmark, som har en liknande arbetsmarknadsmodell som Sverige, lyftas fram. Danmark ratificerade ILO:s konvention 94 innan landet gick med i EU och har också klargjort att man även fortsättningsvis kommer att tillämpa denna.²⁰⁷ Enligt en dansk standardformulering som används vid offentlig upphandling ställs således krav på att leverantören ska betala sina arbetstagare minst den lön som gäller för en viss bransch enligt ett kollektivavtal som gäller inom den region där tjänsten utförs.²⁰⁸ Det följer av artikel 351 FEUF att Danmark har rätt att agera som de gör, åtminstone över en viss tid framöver, även om EU-domstolen skulle komma fram till att konventionen strider mot EU-rätten. Rättsläget kan i så fall bli olika i Sverige och Danmark, och det är inte osannolikt att så blir fallet redan i nuläget. Det kan i sammanhanget nämnas att Danmark samtidigt har anpassat sig efter Laval domen på ett liknande sätt som Sverige, dvs. genom att stadga att fackliga stridsåtgärder får vidtas för att framtvinga anslutning till centrala branschavtal.²⁰⁹ Detta hindrar tydligen inte användandet av särskilda kontraktsvillkor i form av villkor enligt lokala kollektivavtal vid offentlig upphandling. Det vore intressant att se hur EU-domstolen bedömer dessa aspekter. Skillnaden mellan Sverige och Danmark är naturligtvis att Sverige, liksom Tyskland, inte har ratificerat ILO:s konvention 94, men utstationeringsdirektivet borde antingen utgöra hinder mot sådana fullgörandevillkor eller lämna ett sådant utrymme, oavsett ratifikation.

För att summera analysen ovan kan vi konstatera att Konkurrensverkets beslut i fallet Botkyrka på flera sätt skiljer sig från Ruffert. Det är svårt att se hur domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet i Ruffert går att överföra på situationen i Botkyrka. Icke desto mindre är det just detta som sker, vilket emellertid inte dras till att villkoret i Botkyrka strider mot icke-diskrimineringsprincipen. I Ruffert ansågs villkoret vara indirekt diskriminerande och eftersom det inte uppfyllde kraven i utstationeringsdirektivet var det inte proportionerligt, och sålunda kunde det inte rättfärdigas. Vad gäller Botkyrka är det istället transparensprincipen som fäller kommunen. Till sin effekt blir beslutet korrekt, men vägen dit är fel. Dessutom har vi sett att Ruffert kan ifrågasättas i förhållande till ILO:s konvention 94. Det hela blir något snårigt, men i vart fall följer det inte vare sig

²⁰⁶ Se Miljöstylningsrådet s 11.

²⁰⁷ Se Ahlberg och Bruun, s 64.

²⁰⁸ Se a.a. s 76.

²⁰⁹ Se a.a. s 72.

av Ruffert, av utstationeringsdirektivet eller av upphandlingsreglerna att det finns ett absolut förbud mot villkor som innebär att leverantören ska tillämpa villkor som motsvarar gällande svenska kollektivavtal. Tillåtligheten beror på hur villkoren har utformats i det enskilda fallet, och av viss betydelse är om det rör sig om en upphandling som aktualiserar EU-rätten eller inte. Det bör vara lättare att kräva arbetsvillkor som motsvarar kollektivavtal om det inte finns något gränsöverskridande intresse, eftersom utstationeringsdirektivet då inte begränsar vilka kollektivavtal som det får hänvisas till. Även om det finns ett sådant intresse är det vidare troligt att åtminstone samma villkor som får krävas av fackliga organisationer också får krävas av upphandlande myndigheter. Om myndigheten vill använda ett sådant kontraktsvillkor bör den ställa sig frågan om det finns ett sådant kollektivavtal för de arbeten som kontraktet innefattar, och uttryckligen hänvisa till detta i förfrågningsunderlaget. Konkurrensverkets beslut i fallet Botkyrka utgör mot denna bakgrund en missvisande faktor för de som ska tillämpa rätten.²¹⁰ Härtill kommer de vägledningar som tillkommit efter konkurrensverkets beslut, vilka till största delen undviker denna fråga. Det är lätt att få intrycket att dylika kontraktsvillkor således är omöjliga att ställa, vilket alltså inte förefaller stämma överens med verkligheten.

7. Föreslagna ändringar och utvecklingstendenser

Upphandlingsrätten är under konstant utveckling, inte minst vad gäller sociala hänsyn.²¹¹ Inte heller det nuvarande rättsläget förefaller vara särskilt tydligt beträffande krav på arbetsvillkor genom fullgörandevillkor. Frågan under den här rubriken är vilka möjligheter det finns att ändra på detta genom förändringar i framförallt den svenska lagstiftningen.

LOU är till stor del i princip en kopia av upphandlingsdirektivet, vilket medför att hanteringen av alla eventuella tolkningssvårigheter som finns i direktivet har överlåtits till de upphandlande myndigheterna. Detta har lett till stor osäkerhet om vad som gäller, i synnerhet beträffande sociala hänsyn, vilket i sin tur verkar ha medfört en överdriven försiktighet hos tillämparna. Detta belyses av att kollektivavtalsrelaterade villkor i princip anses vara otillåtna. Med tanke på det osäkra rättsläget kan denna syn vara att föredra eftersom tillämpning av sådana villkor riskerar att leda till fler felaktiga upphandlingar, och fler klagomål från leverantörer som anser sig missgynnade. Utvecklingen kan således te sig positiv utifrån ett samhällsekonomiskt och effektivitetsperspektiv.

²¹⁰ Se yttrandet, s 5.

²¹¹ För närvarande samlar kommissionen in synpunkter på hur upphandlingsregelverket ska förändras genom den nyligen släppta grönboken KOM(2011) 15 slutlig.

Att föredra en sådan pragmatisk syn innebär dock att man riskerar omfamna en missvisande bild av vad som i dagsläget utgör gällande rätt. Genom skylta detta på oklarheter i EU-rätten blir det också svårare att utkräva politiskt ansvar i Sverige.²¹² Det står nämligen klart att det existerar ett intresse, inte minst från offentliga myndigheter, att utnyttja de möjligheter som finns att beakta sociala hänsyn. EU-rätten lämnar också *de facto* ett visst utrymme åt dylika hänsynstaganden och därför är det önskvärt att klargöra vad som är tillåtligt och inte. Dessutom förefaller Sverige ha anpassat sig betydligt sämre än andra medlemsstater för att inom EU-rättens ramar i så stor utsträckning som möjligt öppna upp för sociala hänsyn.²¹³ Det är sålunda åtminstone önskvärt att rättsläget tydliggörs i den mån det går. Om inte annat så åtminstone (paradoxalt nog) för att vara lojal mot EU-rättens utveckling. Det ska här erinras om den offentliga upphandlingens roll som verktyg för att förverkliga EU:s förnyade sociala agenda.

Som ovan konstaterats finns det en önskan från visst politiskt håll att Sverige ratificerar ILO:s konvention 94. Att göra det skulle visserligen sända en politisk signal, men artikel 351 i fördraget innebär att Sverige har en primär lojalitet mot EU-rätten. En ratifikation innebär därför endast att Sverige riskerar att komma i kläm mellan ILO och EU. Innan Sverige överväger en sådan åtgärd bör därför EU-domstolen ha tagit upp frågan och tydliggjort denna. Det är troligt att det krävs en förändring i domstolens praxis för att detta ska vara möjligt utan att Sverige öppet trotsar EU. Även om situationen i Danmark än så länge tolereras finns det inga garantier för att samma förhållanden skulle accepteras i Sverige. I samband med att nya LOU skulle införas undersöktes huruvida det skulle vara förenligt med upphandlingsdirektiven om Sverige ratificerade ILO:s konvention 94, och man kom då fram till att konventionens förenlighet med EU-rätten var osäker.²¹⁴ Efter domstolens dom i Rüffert har knappast sannolikheten för att konventionen är förenlig med EU-rätten ökat, samtidigt som den dock alltjämt tillämpas i flertalet medlemsstater. Vad kommissionens uppmaning till ratifikation innebär är också fortfarande mycket osäkert, och knappast något som håller att förlita sig på inför EU-domstolen. Beträffande denna fråga kan man bara hoppas att kommissionens kommande lagförslag tar tag i frågan på allvar.

Ytterligare ett problem angående ILO:s konvention 94 som har tagits upp i domstolen är att krav på kollektivavtal i så fall endast avser offentlig upphandling och alltså inte privat upphandling. Företag inom samma bransch, eller sektor, skulle då behandlas olika, vilket står i konflikt med utstationeringsdirektivets första alternativ i artikel 3 punkt 8. För att ILO:s konvention ska kunna bli

²¹² Ahlberg och Bruun menar till och med att det kan finnas dolda politiska motiv till detta bland motståndare till social hänsyn vid offentlig upphandling, se s 13.

²¹³ Se a.a. s 12.

²¹⁴ Se SOU 2006:28, 366.

aktuell i framtiden måste sannolikt också utstationeringsdirektivet justeras så att det blir förenligt med konventionen. Återigen kan det erinras om kommissionens uppmaning till medlemsstaterna att ratificera alla uppdaterade ILO-konventioner. Ahlberg och Bruun föreslår som en lösning att det kan skrivas in i utstationeringsdirektivet att offentlig sektor erkänns som en särskild sektor.²¹⁵ Hela upphandlingsregelverket bygger ju på att offentlig sektor är ett särskilt område som kräver särskild reglering för att den ska fungera så marknadsmässigt som möjligt. Eftersom privat och offentlig sektor således inte är underkastade samma förutsättningar är en sådan lösning tänkbar.

Att föredra framför en svensk ratifikation av ILO:s konvention är dock att tydliggöra vad som i nuläget är tillåtet och otillåtet enligt upphandlingsregelverket. Till att börja med kan rättsläget förtydligas genom att utstationeringslagen uttryckligen hänvisar till fullgörandevillkor vid offentlig upphandling, eller genom att en hänvisning görs i LOU. Därtill krävs det att de upphandlingsvägledningarna som finns utformas så att upphandlande myndigheter som vill ställa sådana krav uppmanas att ta kontakt med de fackliga organisationerna, eller för den delen arbetsgivarorganisationerna, för att ta reda på om det existerar avtal som uppfyller utstationeringsdirektivets krav. Om så är fallet och kontraktsvillkor enligt dessa ställs kan det föreskrivas i LOU att förfrågningsunderlaget ska hänvisa till aktuellt kollektivavtal.

EU-domstolen har som tidigare konstaterats under 2000-talets första årtionde blivit mer och mer restriktiv i sin inställning till EU:s sociala dimension, och istället föredragit att prioritera de ekonomiska friheterna i sin rättstillämpning.²¹⁶ Detta är visserligen ett faktum, men trots detta så finns det tendenser som tyder på en annan utveckling. Det ska här påminnas om domstolens dom i fallet *Wienstrom*. Domstolen beaktade i målet det faktum att det fanns en politisk målsättning och att det var en prioritering i unionen att minska utsläppen av växthusgaser.²¹⁷ Detta fick betydelse för domstolens proportionalitetsbedömning, vilket innebär att olika policymål som EU har antagit kan få betydelse för tillämpningen av upphandlingsreglerna. Lissabonfördraget har åtminstone till lydelsen förändrat EU:s politik mot en ökad prioritering av sociala aspekter. Tillsammans med kommissionens sociala agenda m.fl. uttalanden, är det inte helt otänkbart att detta kommer återspeglas i domstolens praxis i framtiden.²¹⁸ Domstolens prioriteringar är visserligen tydliga än så länge, men Lissabonfördraget har gjort en förändring mer sannolik.²¹⁹ Dock kom det till exempel i juli 2010 en dom vars innebörd var att de pensionsförsäkringar som anställda inom offentlig sektor ska erhålla

²¹⁵ Se Ahlberg och Bruun, s 137.

²¹⁶ Se till exempel Craig och de Búrca, s 419.

²¹⁷ Se *Wienstrom*, punkt 41.

²¹⁸ Se Syrpis, P, *The treaty of Lisbon: Much Ado... About What?* *Industrial Law Journal*, vol. 37, no. 3 2008, s 230.

²¹⁹ Se a.a. s 235.

inte längre är en facklig förhandlingsfråga utan något som måste upphandlas.²²⁰ Än så länge finns det således inte några tecken på förändring i domstolens praxis.

Sammanfattningsvis kan vi konstatera att det finns åtgärder av lagstiftnings- och vägledningskaraktär som är lämpliga att vidta för att tydliggöra rättsläget. Detta gäller även om vi vill gå den säkra vägen och helt avstå från sådana villkor. I så fall bör också detta tydliggöras genom ett parlamentariskt beslut. I övrigt är det framförallt på EU-nivå som de större problemen måste lösas, till exempel genom en anpassning till ILO:s konvention 94, i synnerhet om kommissionen ämnar fortsätta att uppmuntra till ratifikation av densamma. Beträffande den framtida utvecklingen finns det indicier på att synen på den inre marknaden och sociala aspekter håller på att förändras. Än så länge återspeglas detta dock inte i domstolens praxis.

8. Slutsatser

Frågan om sociala och etiska hänsynstaganden vid offentlig upphandling har utvecklats starkt sedan EU-domstolen i Beentjes accepterade ett krav på att leverantören skulle anställa långtidsarbetslösa för kontraktets fullgörande. EU-domstolen låg till att börja med i framkant vad gäller acceptansen av icke-ekonomiska preferenser hos de offentliga myndigheterna. Nord-Pas-de-Calais, Concordia och Wienstrom innebar viktiga steg och förtydliganden, och domstolen måste tillmätas beröm för att ha föregått den utveckling som har ägt rum under 2000-talet mot en bredare värdepluralism inom EU.

På senare år förefaller EU-domstolen, i kontrast till unionens utveckling, dock ha svängt tillbaka något. Vändpunkten skedde i och med Lavaldomen. Domstolen valde helt enkelt att prioritera de ekonomiska friheterna framför den i rättighetsstadgan erkända rätten att vidta fackliga stridsåtgärder. Denna tendens har härefter bekräftats i flera domar, däribland domstolens dom i fallet Rüffert. Det ska noteras att detta skifte i första hand inte handlar om offentlig upphandling, utan avser arbetsrättsliga frågor, men effekterna spiller över även på detta område.

Icke desto mindre finns det idag tämligen stora möjligheter att beakta olika sociala och miljömässiga aspekter under upphandlingsprocessens olika delar, förutsatt att de utformas på rätt sätt. Sociala hänsyn har emellertid mer sällan samband med kontraktets föremål för upphandlingen, i synnerhet gäller detta krav på arbetsvillkor. Vi har kunnat konstatera att störst möjligheter erbjuds av att utforma krav på arbetsvillkor som särskilda kontraktsvillkor för kontraktets fullgörande. Det faller sig naturligt att sådana villkor får störst betydelse vid upphandling av tjänste- och byggkontrakt eftersom villkoren endast får hänföra sig till de åtgärder som krävs för att fullgöra kontraktet.

²²⁰ Se mål C-271/08, *Kommissionen mot Tyskland*, 15 juli 2010.

Vi har härvid till att börja med konstaterat att en upphandlande myndighet inte får kräva att leverantören ska ansluta sig till ett kollektivavtal. Detta följer av proportionalitetsprincipen, eftersom ett sådant krav skulle omfatta hela leverantörens verksamhet. Även likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering utgör hinder enligt EU-domstolens praxisbildning.

Tillåtligheten enligt upphandlingsreglerna av ett avtalsvillkor som innebär att villkor som motsvarar gällande svenskt kollektivavtal ska tillämpas har däremot aldrig prövats av domstol. Det står dock klart att EU-domstolen anser att ett sådant villkor är indirekt diskriminerande på samma grund som ett krav på anslutning till kollektivavtal, eftersom utländska leverantörer som måste anpassa sig till den högre lönenivån i Sverige får en konkurrensnackdel i förhållande till inhemska leverantörer. Indirekt diskriminerande åtgärder kan dock rättfärdigas utifrån skydd för arbetstagare enligt EU-domstolens praxis. Slutsatsen blir således att det är tillåtligt att kräva anställningsvillkor motsvarande kollektivavtal förutsatt att villkoren också kan anses vara proportionella i förhållande till syftet.

EU-domstolen har klargjort att endast arbetsvillkor som härrör från kollektivavtal som uppfyller utstationeringsdirektivets förutsättningar kan anses vara proportionella och därmed rättfärdigas. Fullgörandevillkoren får därmed för det första endast röra de områden som återfinns i direktivets hårda kärna, och för det andra ställs det vissa krav på vilka avtal som villkoren kan härledas ifrån. EU-domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet begränsar därmed kraftigt vilka arbetsvillkor som kan krävas av leverantörer som utstationerar sina arbetstagare. Detta gäller oavsett om kraven framförs av fackliga organisationer eller offentliga myndigheter.

Efter Laval domen infördes 5 a § i den svenska utstationeringslagen med innebörden att fackliga stridsåtgärder får vidtas om avsikten är att tvinga igenom minimivillkor som ges av centrala kollektivavtal som gäller inom hela riket och är ingångna av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna. Detta stämmer överens med kraven i artikel 3 punkt 8 i utstationeringsdirektivet, men det saknas en uttrycklig hänvisning vad gäller offentlig upphandling. Det är emellertid rimligt att anta att upphandlande myndigheter i vart fall kan kräva samma villkor som fackliga organisationer kan framtvunga genom stridsåtgärder. Det ska dock uppmanas till viss försiktighet vad gäller att dra analogislut mellan arbetsrätt och offentlig upphandling. Det kan således vara lämpligt att en uttrycklig hänvisning görs även vad gäller offentlig upphandling.

För svenskt vidkommande har vi konstaterat att minimivillkor finns i lagstiftning vad gäller samtliga områden i direktivets hårda kärna, utom minimilön. Villkor beträffande dessa områden kan enligt utstationeringslagen krävas om det aktuella avtalet är förmånligare än vad som följer av lagen. EU-domstolen har som sagt en restriktiv syn på utstationeringsdirektivet och det finns därför en risk att

domstolen ser alternativen i direktivet som just alternativa. Om det således finns minimivillkor i lagstiftning finns det en risk att domstolen bedömer att endast dessa får krävas.

I Konkurrensverkets beslut i fallet Botkyrka hade den upphandlande myndigheten uppställt ett krav på att leverantören för kontraktets utförande skulle tillämpa arbetsvillkor som motsvarar gällande svenskt kollektivavtal. Konkurrensverket hänvisade till Rüffert, Laval, utstationeringsdirektivet och den svenska utstationeringslagen för att konstatera att fullgörandevillkoret inte uppnådde en tillräcklig grad av förutsebarhet och därmed var i strid med 1 kap 9 § LOU. Hur denna slutsats dras är något oklart och Konkurrensverkets påföljande slutsats att dylika fullgörandevillkor således är otillåtna enligt 1 kap 9 § LOU, troligtvis alltså på grund av transparensprincipen, är missvisande. Fullgörandevillkor av det här slaget är visserligen allt för oprecisa, och det är mycket otydligt exakt vilka krav som leverantören måste rätta sig efter. Dock är det felaktigt att hävda att villkor som innebär att villkor som motsvarar kollektivavtal aldrig får ställas. Likaså är det felaktigt att hävda att villkorets oförenlighet med transparensprincipen följer av Laval och Rüffert. Rüffert berör över huvud taget inte principen i fråga utan koncentrerar sig på principen om icke-diskriminering och utstationeringsdirektivet. Delvis kanske detta beror på just den omständigheten att det villkor som där var föremål för prövning faktiskt uppfyllde transparensprincipen – det rådde aldrig någon osäkerhet om vilka villkor som avsågs.

Det ska erinras om att domslutet i Rüffert är utformat mycket fallspecifikt och den enda egentliga slutsats som kan dras av fallet är att en lag som hänvisar till ett lokalt kollektivavtal inte är tillräckligt för att i direktivets mening utgöra en i lag reglerad minimilön, i synnerhet inte om det finns ett system för allmängiltigförklarande. Konkurrensverket borde ha gjort en betydligt djupare utredning, eller nöjt sig med att på ett fullgott vis redogöra för varför fullgörandevillkoret var i strid med transparensprincipen i 1 kap 9 § LOU.

Efter sitt beslut i Botkyrka har Konkurrensverket tydliggjort att kollektivavtalsrelaterade villkor är tillåtna under vissa förutsättningar. Vad som dock skulle kunna utgöra ett hinder är att Sverige inte har utnyttjat möjligheten att i upphandlingsavseende hänvisa till artikel 3 punkt 8 i utstationeringsdirektivet. EU-domstolen har ju slagit fast att en sådan uttrycklig hänvisning krävs. Beslutet tar emellertid inte upp den aspekten utan faktum är att man gör samma analogi som Ahlberg och Bruun, dvs. de avtal som berättigar till stridsåtgärder av fackliga organisationer kan också tjäna som fullgörandevillkor vid offentlig upphandling.

Det är alltså sannolikt att vissa arbetsvillkor som motsvarar gällande svenska kollektivavtal kan krävas, förutsatt att det rör sig om centrala branschavtal. För att transparensprincipen ska uppfyllas

bör den upphandlande myndigheten ta reda på exakt vilket kollektivavtal som uppfyller kraven och i förfrågningsunderlaget hänvisa till detta och vilka villkor som avses. För tydlighets skull är det enligt min mening också önskvärt att 5 a § utstationeringslagen hänvisar till offentlig upphandling, alternativt att en sådan hänvisning införs i LOU. Detta skulle tydliggöra rättsläget och bidra till att undanröja missuppfattningar bland upphandlande myndigheter och leverantörer. I detta syfte bör också de existerande vägledningarna justeras.

Det nyss sagda är alltså vad som i dagsläget gäller för svenskt vidkommande. Om vi förflyttar perspektivet till europeisk nivå uppkommer frågan om EU:s tillsynes ambivalenta inställning till nationella arbetsstandarder. Det är önskvärt att EU-rättens förhållande till ILO:s konvention 94 klargörs, vilket om konventionen accepteras i sin tur kräver justeringar av utstationeringsdirektivet, till exempel genom att offentlig upphandling erkänns som en egen sektor. EU-domstolen kan då lätta på sin restriktiva praxis. Offentlig upphandling syftar ju till att harmonisera den inre marknaden, vilket också enligt domstolen utstationeringsdirektivet gör. Sålunda är det mycket olyckligt att rättsläget vad gäller kollektivavtalsrelaterade villkor i dagsläget förefaller vara olika i olika medlemsstater. Detta är mycket svåra problem för kommissionen och EU-domstolen att lösa, men en lösning – oavsett vad den resulterar i – vore onekligen behjälplig i den svenska debatten och framförallt för de upphandlande myndigheterna. Det vore dock olämpligt om Sverige gick före och själva ratificerade konventionen.

Avslutningsvis så har jag i detta examensarbete kommit fram till att EU-rätten förefaller vara mer tillåtande vad gäller kollektivavtalsrelaterade fullgörandevillkor än vad den svenska rättsuppfattningen ger sken av. Faktum är att det största hindret för sådana villkor i nuläget utgörs av Konkurrensverkets försiktighet. Denna försiktighet har möjligtvis smittat av sig i de vägledningar som Kammarkollegiet har utgivit. Det finns inte något absolut hinder mot att kräva att *"om leverantören inte tecknat svenskt kollektivavtal skall ändå motsvarande villkor gälla för leverantörens anställda"*. Ett sådant krav är enligt min mening tillåtligt om det kombineras med en hänvisning till ett centralt branschavtal. På så vis uppfylls transparensprincipen. Vidare uppfylls proportionalitetsprincipen genom att villkoret begränsar sig till kontraktets utförande, och principen om icke-diskriminering uppfylls på grund av att villkoret är i överensstämmelse med utstationeringsdirektivet. Detta är vad Sverige kan och bör förtydliga för att i görligaste mån undanröja diskrepans mellan EU-rätten och det svenska upphandlingsregelverket. Därefter är det upp till arbetsmarknadens parter att upprätta sådana avtal. Om det i framtiden blir möjligt med krav på lokala arbetsvillkor enligt ILO:s konvention 94 överläts dock till europeisk nivå att avgöra.

9. Källförteckning

Svenskt offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1998/99:90, *Utstationering av arbetstagare*.

Prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områden vatten, energi, transporter och posttjänster*.

Prop. 2008/09:29, *Lag om valfrihetssystem*.

Prop. 2009/10:48, *Åtgärder med anledning av Lavaldomen*.

Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*.

Statens offentliga utredningar m.m.

SOU 2001:31, *Mera värde för pengarna*.

SOU 2006:28, *Nya upphandlingsregler 2*.

Motion 2007/08:Fi205, *Ratificerande av ILO:s konvention 94*.

Motion 2008/09:Fi233, *Ratificering av ILO:s konvention 94*.

Motion 2009/10:A261, *Offentlig upphandling och ILO 94*.

Motion 2010/11:A389, *Ratificering av ILO:s konvention nr 94 om offentlig upphandling*.

Konkurrensverket

Konkurrensverkets skrift, *Upphandlingsreglerna – en introduktion*, 2010.

Konkurrensverket, *Siffror och fakta om offentlig upphandling*, rapport 2011:1.

Konkurrensverkets beslut, dnr. 259/2009, *Angående krav på kollektivavtal i samband med offentlig upphandling*, 15 april 2010.

Övrigt

Miljöstyrningsrådet, *Vägledning – sociala och etiska krav i offentlig upphandling*, 4 december 2008.

Kammarkollegiet, *Offentlig upphandling inom byggsektorn – vägledning för upphandlande myndigheter*, 2010:6, 3 november 2010.

Kammarkollegiet, *Utformning av förfrågningsunderlag för upphandling av varor och tjänster enligt LOU – Vägledning*, 2011:04, 18 februari 2011.

Dokument utgivna av Europeiska Kommissionen

Kommissionens grönbok, *Offentlig upphandling inom Europeiska Unionen: Överväganden inför framtiden*, 27 november 1996.

KOM(2001) 566 slutlig, *Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling*, 15 oktober 2001.

KOM(2002) 347 slutlig, *Företagens sociala ansvar – näringslivets bidrag till en långsiktig stabil utveckling*, 2 juli 2002.

KOM(2003) 458 slutlig, *Genomförande av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna*, 25 juli 2003.

Kommissionens handbok, *Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling*, 2005.

KOM(2007) 304 slutlig, *Utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster – att maximera fördelar och möjligheter och samtidigt värna om skyddet för arbetstagarna*, 13 juni 2007.

KOM(2007) 725, *Med anknytning till meddelandet "En inre marknad för framtidens Europa" – Tjänster av allmänt intresse, däribland sociala tjänster av allmänt intresse – ett nytt europeiskt åtagande*, 20 november 2007.

KOM(2008) 412 slutlig, *En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa*, 2 juli 2008.

KOM(2010) 608 slutlig, *På väg mot en inre marknadsakt – Att skapa en verkligt konkurrenskraftig social marknadsekonomi – Femtio förslag för att arbeta, driva företagsamhet och handel bättre tillsammans*, 27 oktober 2010.

Kommissionens grönbok, KOM(2011) 15 slutlig, *om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, 27 januari 2011.

Kommissionens handbok, *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, 28 februari 2011.

Litteratur

Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, *Expertyttrande med anledning av Konkurrensverkets beslut 2010-04-15 angående krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling*, 19 maj 2010, Kommunalarbetaren, 18 juni 2010 <http://www.ka.se/index.cfm?c=93231> (2011-04-01).

Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps 2010:3, 26 mars 2010.

Arrowsmith, Sue och Kunzlik, Peter, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law – New Directives and New Directions*, Cambridge University Press 2009.

Azoulai, Loïc, *The court of justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization*, s 1335 *Common Market Law Review* 45, 2008.

Barnard, Cathrine, *British Jobs for British Workers: The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market*, Industrial Law Journal, Vol. 38 No. 3 2009.

Bovis, Christopher, *EU public procurement law*, Edward Elgar Publishing 2007.

Craig, Paul och de Búrca, Gráinne, *EU Law: Text, Cases and Materials*, 4 uppl. Oxford University Press 2008.

Davies, Paul, *European Developments – Case C-346/06, Rüffert v Land Niedersachsen [2008] IRLR 467 (ECJ)*, Industrial Law Journal, vol. 37, nr 3, 2008.

Davies, A.C.L., *One Step Forward, Two Steps Back? Laval and Viking at the ECJ*, s 126 Industrial Law Journal vol. 37 nr 2, 2008.

Hamskär, Ingemar, Holke, Dan och Jonsson, Claes-Mikael, *Konkurrensverket vilseleder om EU-rätten*, Landsorganisationen i Sverige, 17 september 2010, <http://www.lo.se/home/lo/home.nsf/unidView/5EE40EF8EBF6DE38C12577430030B3A6> (2011-04-01).

Kilpatrick, Claire, *Laval's regulatory conundrum: collective standard-setting and the Court's new approach to posted workers*, s 844 European Law Review vol. 34, 2009.

Kilpatrick, Claire, *The ECJ and Labour Law: A 2008 Retrospective*, s 180, Industrial Law Journal, vol. 38, nr 2, 2009.

Lindholm, Stephen, *Sverige sämst i EU på sociala krav*, Kommunalarbetaren, 13 april 2010, <http://www.ka.se/index.cfm?c=92163> (2011-04-01).

Lindholm, Stephen, *Möjligt ställa villkor enligt avtal vid upphandling*, Kommunalarbetaren, 18 juni 2010, <http://www.ka.se/index.cfm?c=93231> (2011-04-01).

Malmberg, Jonas och Sigeman, Tore, *Industrial action and EU economic freedoms: The autonomous collective bargaining model curtailed by the European Court of Justice*, s 1115 Common Market Law Review 45, 2008.

McCrudden, Christopher, *Buying social justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford University Press 2007.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure Förlag AB, 2008.

Reich, Norbert, *Fundamental freedoms v. fundamental rights: Did Viking get it wrong?* s 851 Europarättslig Tidskrift, nr 4, 2008.

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – LOU och LUF*, Studentlitteratur 2010.

Sveman, Eva, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, Kommentus Förlag 2009.

Syrpis, Phil, *The treaty of Lisbon: Much Ado... About What?* s 219 Industrial Law Journal, vol. 37, nr 3, 2008.

Svenska domstolar och avgöranden

Länsrätten i Skåne läns dom, mål 5538-09 E.

Kammarrätten i Stockholms dom, mål nr 1713-1995.

EU-domstolen

Mål 26/62 *Van Gend och Loos mot Nederländerna*, 5 februari 1963.

Mål 8/74 *Procureur du Roi mot Benoît och Gustave Dassonville*, 11 juli 1974.

Mål 41/74 *Yvonne van Duyn mot Home Office*, 4 december 1974.

Mål 78/120, *Rewe-Zentrale AG mot Bundesmonopolverwaltung für Brantwein ("Cassis de Dijon")*, 20 februari 1979.

Mål 14/83 *Sabine von Colson och Elisabeth Kamann mot Land Nordrhein-Westfalen*, 10 april 1984.

Mål C-31/87, *Gebroedes Beentjes BV mot Nederländerna*, 20 september 1988.

Förenade målen C-369/96 och C-376/96, *Jean-Claude Arblade och Arblade & Fils SARL mot Bernard Leloup, Serge Leloup och Sofrage SARL*, 23 november 1999.

Mål C-225/98, *Kommissionen mot Frankrike*, 26 september 2000.

Mål C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy AB mot Helsingfors stad och HST-Busstrafik*, 17 september 2002.

Mål C-448/01, *EVN A G, Wienstrom mot republiken Österrike*, 4 december 2003.

Mål C-60/03, *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix*, 12 oktober 2004.

Mål C-438/05, *International Transport Workers' Federation och Finnish Seamen's Union mot Viking Line ABP och OÜ Viking Line Eesti*, 11 december 2007.

Mål C-341/05 *Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan och Svenska Elektrikerförbundet*, 18 december 2007.

Mål C-319/06, *Kommissionen mot Luxemburg*, 19 juni 2008.

Mål C-346/06 *Dirk Rüffert, i egenskap av konkursförvaltare för Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG mot Land Niedersachsen*, 3 april 2008.

Mål C-271/08, *Kommissionen mot Tyskland*, 15 juli 2010.

Internet

Europeiska Unionen: www.europa.eu

International Labour Organization: www.ilo.org

Kammarkollegiet: www.kammarkollegiet.se

Kommunalarbetaren: www.ka.se

Konkurrensverket: www.konkurrensverket.se

Landsorganisationen i Sverige: www.lo.se

World Trade Organization: www.wto.org