

Juridiska institutionen
Juristprogrammet vårterminen 2014
Examensarbete 30 hp

Kollektivavtal eller kollektivavtalsliknande villkor i offentlig upphandling – (o)möjligheterna att ställa respektive krav

Mariette Wallin

Handledare: Filip Bladini



GÖTEBORGS UNIVERSITET
HANDELSHÖGSKOLAN

Innehållsförteckning

Förord	1
Förkortningar	2
1. Inledning	3
1.1 <i>Bakgrund</i>	3
1.2 <i>Syfte och frågeställning</i>	4
1.3 <i>Metod</i>	5
1.3.1 <i>Material</i>	7
1.4 <i>Avgränsning</i>	7
1.5 <i>Disposition</i>	9
1.6 <i>Terminologi</i>	9
2. Den rättsliga ramen	10
2.1 <i>Från inköp till strategi</i>	10
2.2 <i>EU-nivå</i>	11
2.2.1 <i>Den inre marknadens reglering</i>	12
2.2.2 <i>De allmänna EU-rättsliga principerna</i>	13
2.2.3 <i>Upphandlingsdirektivet</i>	16
2.2.4 <i>Sociala hänsyn</i>	17
2.3 <i>Nationell nivå</i>	18
2.3.1 <i>Lagen om offentlig upphandling</i>	18
2.3.2 <i>Sociala hänsyn</i>	19
2.3.3 <i>Särskilda kontraktsvillkor</i>	20
2.4 <i>Faktorer av betydelse för den rättsliga ramen</i>	20
2.4.1 <i>ILO-konventionen nr. 94</i>	20
2.4.2 <i>Gränsöverskridande intresse</i>	23
3. Kollektivavtal och kollektivavtalsliknande villkor som begrepp i en upphandlingsrättslig kontext	26
3.1 <i>Den svenska arbetsrättens reglering</i>	26
3.2 <i>Kollektivavtalet</i>	27
3.2.1 <i>Syfte, funktion och ställning</i>	27
3.2.2 <i>Rättsverkningar</i>	28
3.2.3 <i>Kollektivavtalsbegreppet</i>	29
3.2.4 <i>Tolkning av kollektivavtal</i>	29
3.3 <i>De kollektivavtalsliknande villkoren</i>	30
3.4 <i>Diskussion</i>	30
4. Krav på kollektivavtal i offentlig upphandling	32
4.1 <i>Den negativ föreningsrätten</i>	32
4.2 <i>Avtalsfriheten</i>	33
4.3 <i>De allmänna EU-rättsliga principerna</i>	34
4.3.1 <i>Principen om icke-diskriminering</i>	34
4.3.2 <i>Likabehandlingsprincipen</i>	36
4.3.3 <i>Principen om öppenhet</i>	37
4.3.4 <i>Proportionalitetsprincipen</i>	39
4.4 <i>Slutsats</i>	41
5. Krav på kollektivavtalsliknande villkor i offentlig upphandling	42
5.1 <i>Utstationering av arbetstagare</i>	42
5.1.1 <i>Utstationeringsdirektivet och utstationeringslagen</i>	42
5.1.2 <i>Den hårda kärnan</i>	44
5.2 <i>EU-domstolens praxis</i>	46
5.2.1 <i>Laval-målet</i>	46

5.2.2 Ruffert-målet	48
5.3 Krav på minimilön	51
5.4 Skyldighet att kontrollera	54
5.5 Slutsats	55
6. Det nya upphandlingsdirektivet	56
6.1 Bakgrund	56
6.2 Direktivets innehåll	57
6.3 Diskussion - Framtidsutsikter	60
7. Sammanfattande slutsats	61
Källförteckning	63

Förord

Min tid som juriststudent är snart förbi. Jag är oerhört glad över mitt val att studera juridik och ser med förväntan fram emot vad en framtid som jurist har att erbjuda. Jag vill rikta ett särskilt tack till min handledare Filip Bladini som kommit med relevanta synpunkter under arbetets gång och till Fredrik Rogö för givande samtal och inspiration till ämnesval.

Göteborg, 17 maj 2014

Mariette Wallin

Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
EES	Europeiska ekonomiska samarbetsområdet
EU	Europeiska Unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
FN	Förenta Nationerna
GPA	Government procurement agreement
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
ILO	International Labour Organization
LAS	Lag (1982:80) om anställningsskydd
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
Prop.	Proposition
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SOU	Statens offentliga utredningar
WTO	World Trade Organization

1. Inledning

1.1 Bakgrund

Det förs idag en aktiv debatt kring hur långtgående möjligheter upphandlande myndigheter har att ta sociala hänsyn i offentliga upphandlingar, med syfte att uppnå samhällseliga sociala ambitioner. Det faktum att den svenska offentliga upphandlingen står för mellan 15-20 % av Sveriges BNP motiverar en sådan debatt och förklarar i viss mån den växande politiska viljan att beakta sociala hänsyn inom ramen för offentlig upphandling.¹ Något som diskuterats särskilt är möjligheten att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalslikande villkor.

Det finns en allmän föreställning om att krav på kollektivavtal i princip inte kan ställas i offentliga upphandlingar och att uttryckliga märkningar och/eller beteckningar är otillåtna såvida de inte kompletteras av en möjlighet till uppfyllelse genom ”motsvarande”, t.ex. ett krav på kollektivavtal eller motsvarande. Frågan är då vad som faktiskt kan anses motsvara ett kollektivavtal. Nära till hands ligger kollektivavtalsliknande villkor som, precis som begreppet antyder, består av villkor som av tradition återfinns i kollektivavtal. Man kan vidare fråga sig vad den upphandlande myndigheten faktiskt söker åstadkomma med sitt krav. Den allmänna uppfattningen torde vara att myndigheten vill säkra goda arbets- och anställningsvillkor² i offentliga kontrakt och därför önskar ställa krav på kollektivavtal eller motsvarande (kollektivavtalsliknande villkor). Det bör ses mot bakgrund av den starka tilltro vi i allmänhet har, i Sverige, till den svenska arbetsmarknadsmodellen och inte minst till kollektivavtalet som reglerings- och kontrollinstrument. Genom ett sådant krav vill man skapa en sund konkurrens på den nationella och europeiska marknaden där arbetstagare har rätt till godtagbara arbetsvillkor, där företag som tar socialt ansvar premieras och där låglönekonkurrens motverkas. Ett krav på kollektivavtal måste dock anses ha ett vidare syfte än så. Ett krav på kollektivavtal reglerar inte bara arbetsrättsliga villkor utan erbjuder också ett etablerat kontroll- och efterlevnadssystem för desamma. Enligt upphandlingslagstiftningen är upphandlande myndigheter skyldiga att kontrollera och

¹ Se SOU 2013:12, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*, s. 376.

² Vad som avses med ”goda arbets- och anställningsvillkor” är inte självklart. Begreppet får istället anses omfatta en mängd olika typer av arbetsrättsliga villkor. Inom ramen för uppsatsen syftar begreppet bl.a. på villkor avseende lön, semester, arbetstid etc.

följa upp ställda krav och villkor för att säkerställa att de EU-rättsliga principerna efterlevs. Mot bakgrund av det sagda är det rimligt att anta att också den kontroll- och efterlevnadsfunktion som följer ett kollektivavtal är en del av den upphandlande myndighetens syfte med ett sådant krav. Samma syfte uppnås dock inte genom ett krav på kollektivavtalsliknande villkor.

Det sagda uppmärksammas i begränsad omfattning i rättskällorna och i debatten där man inte sällan behandlar begreppen (kollektivavtal och kollektivavtalsliknande villkor) i samma andetag, utan större åtskillnad. Det kan få konsekvenser eftersom det bakomliggande syftet och de rättsliga möjligheterna att ställa respektive krav skiljer sig åt.

Till problematiken ska läggas det faktum att det finns olika typer av upphandlingar och att dessa omfattas av olika regler inom ramen för det upphandlingsrättsliga regelverket. Huruvida upphandlingen är intressant ur ett inre marknads perspektiv är avgörande för uppdelningen. I allmänhet torde betydelsen av uppdelningen underskattas och ett krav som underkänts i en upphandling riskerar att förkastas på ett mer generellt plan av upphandlande myndigheter.

Potentiellt motstående intressen aktualiseras mot bakgrund av det sagda. Intressent av att säkerställa den inre marknaden och fri konkurrens inom EU ställs mot intresset av att använda den offentliga upphandlingen som ett styrmedel för att uppnå sociala samhälleliga ambitioner och att säkra goda arbets- och anställningsvillkor i offentliga kontrakt och därigenom skapa en sund konkurrens (inte bara en fri konkurrens).

1.2 Syfte och frågeställning

Mot bakgrund av redogörelsen ovan är uppsatsens övergripande syfte att undersöka begreppen *kollektivavtal* respektive *kollektivavtalsliknande villkor* inom ramen för sociala hänsyn i offentlig upphandling, med utgångspunkt i dess syften.

Syftet är vidare att, mot bakgrund av begreppsdistinktionen, utreda och analysera huruvida sådana krav i förekommande fall är möjliga att ställa enligt dagens upphandlingsregelverk och prognostisera framtiden för desamma, särskilt med utgångspunkt i EU-rätten. Uppsatsen ämnar också belysa vilka konsekvenser gällande

rätt får samt till att åskådliggöra de regleringsskillnader som finns mellan olika typer av upphandlingar och betydelsen av desamma.

Följande frågeställningar ligger till grund för uppsatsens utredning:

- På vilket sätt skiljer sig krav på kollektivavtal respektive krav på kollektivavtalsliknande villkor från varandra i en upphandlingsrättslig kontext, med utgångspunkt i respektive kravs syfte?
- Är det möjligt att ställa ovan nämnda krav som särskilt kontraktsvillkor i offentlig upphandling, med särskild utgångspunkt tagen i EU-rätten? Vilka förutsättningar måste i sådana fall vara uppfyllda och vilka konsekvenser får gällande rätt på området?

Min ambition är att uppsatsen ska vara av ett akademiskt likväl som ett praktiskt värde, för de aktörer som berörs av frågeställningarna.

1.3 Metod

I uppsatsen har den s.k. rättsdogmatiska metoden använts vilken syftar till att fastställa, tolka och systematisera gällande rätt.³ För att fastställa gällande rätt krävs en sammanvägande analys och tolkning av flera olika rättskällor enligt principerna för rättskälleläran.⁴ Med utgångspunkt i den rättsdogmatiska metoden och med den svenska rättskällelärans hierarki i åtanke har således lagstiftning, förarbeten, domstolspraxis och doktrin studerats för att presentera gällande rätt på ett så fullständigt sätt som möjligt. Metoden har valts med utgångspunkt i uppsatsens syfte.

Den svenska upphandlingsrätten är formad av EU-direktiv som implementerats i svensk rättsordning, varför EU-rätten är av central betydelse på området. EU-rättens rättskällelära skiljer sig från den svenska och kännetecknas bl.a. av att oskrivna rättskällor, såsom de allmänna EU-rättsliga principerna och EU-domstolens praxis, har en mer framträdande roll samt av ett särskilt förhållandet mellan regler som

³ Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, 1995, s. 33.

⁴ Hollander, Anna, Alexius Borgström, Katarina, *Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete*, 2009, s. 20.

skapats av domstolen respektive av lagstiftaren. I det avseendet torde rättsordningen inom EU likna den som tillämpas inom ramen för ett Common law system, där lagstiftning inte alltid finns eller ges företräde.⁵ EU-domstolen är ensam legal uttolkare av EU-rätten varför det är av betydelse att tolka dess ämnesspecifika praxis för att fastställa gällande rätt. För att förstå syftet med upphandlingsreglerna krävs också en förståelse för den kontext ur vilken reglerna skapats och för EU-rätten i allmänhet. Vägledande rättskällor inom EU, såsom handledningar och tolkningsmeddelanden från Europeiska kommissionen (kommissionen), bidrar till denna förståelse.

För att tolka rättskällor finns flera accepterade metoder. Förutom en bokstavstrogen tolkning har jag valt att särskilt använda mig av den teleologiska tolkningsmetoden i uppsatsen. Metoden syftar till att synliggöra rättens ändamål och hänsyn tas därför till uttalanden, skäl och förarbeten.⁶ Jag menar att metoden passar väl för studier av EU-rättens rättskällor mot bakgrund av det faktum att EU-domstolen inte sällan använder metoden i sitt arbete.⁷ Tolkningsmetoden stämmer också väl överens med den rättsdogmatiska arbetsmetodens sätt att se på rätten, som ett enhetligt system av huvudregler och undantag.⁸ EU-rättens genomslag i svensk rätt har vidare inneburit att ett antal grundläggande EU-rättsliga tolkningsprinciper, såsom principen om direktivkonform tolkning och direkt effekt, måste beaktas vid studier av den nationella rätten. Syftet är att garantera EU-rättens genomslag i medlemsstaternas nationella rättsordningar.

Utöver att undersöka kollektivavtalsbegreppen och utreda samt analysera gällande rätt och dess konsekvenser innehåller uppsatsen en framåtblickande prognos av det nyligen antagna direktivets effekter för uppsatsens utredningsföremål. Någon förändring av metod är inte avsedd i denna del men av förklarliga skäl finns betydligt mindre material att tillgå och rättskällematerial på nationell nivå är i princip obefintligt. Avsnittet utgör därför ett försök till prognos inför framtiden och inte ett fastställande utav gällande rätt.

⁵ Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, red., *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2012, s. 40-41.

⁶ Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, 1995, s. 51 och 56.

⁷ Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel – allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, 2008, s. 20, 42 och 56.

⁸ Peczenik, Aleksander, *Juridikens allmänna läror*, *SvJT*, 2005, s. 249.

1.3.1 Material

Det upphandlingsrättsliga området nära förhållande till EU-rätten har i hög grad präglats av val av material. Direktiv och praxis från EU-domstolen har utgjort centrala rättskällor och primärrättens principer och regler om fri rörlighet samt diverse material från kommissionen har ingående studerats för ökad förståelse för EU-rättens ändamål. Likväl utgör offentlig upphandling ett rättsområde med egen nationell reglering varför även svenska lagar, förarbeten och doktrin beaktats, framförallt med syfte att förstå hur de EU-rättsliga reglerna implementerats och används i Sverige. Nationell praxis är begränsad och har därför enbart behandlats i mindre utsträckning.

Regleringen kring sociala hänsyn på EU- och nationell nivå liknar i stort varandra. Det som, inom ramen för uppsatsen, istället har en tydlig nationell karaktär är kravet på kollektivavtal respektive kollektivavtalsliknande villkor, mot bakgrund av den svenska arbetsrättsliga modellen. På arbetsrättens område har därför nationella rättskällor studerats ingående och doktrin har utgjort en särskilt betydelsefull källa på området. I de delar som behandlar utstationering av arbetstagare har dock EU-rätten återigen haft stor betydelse, framförallt i form av utstationeringsdirektivet som ingående studerats. Tilläggas ska att en kortare telefonintervju genomförts med en jurist på Landsorganisationen i Sverige (LO). Intervjun syftade till att ge en bättre förståelse för vad man från fackligt håll anser skiljer kollektivavtalet och dess innehåll från den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet.

Prognosen om framtiden tar sin utgångspunkt i det nyligen antagna direktivet på upphandlingsrättens område. Utöver direktivtexten har artiklar och diverse meddelanden från olika EU-institutioner beaktats för att åstadkomma en så god prognos som möjligt.

1.4 Avgränsning

Redogörelsen av det upphandlingsrättsliga området har inte ambitionen av att vara introducerande eller heltäckande.⁹ Istället förutsätts läsaren vara förtrogen med de upphandlingsrättsliga reglerna och med upphandlingsprocessen. Ambitionen är att

⁹ För en fullständig genomgång av upphandlingsområdets grunder se Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, 2013.

mer omfattande behandla de delar som är av särskild betydelse för det specifika uppsatsämnet: bl.a. regleringen på EU-nivå, de allmänna EU-rättsliga principerna och den rättsliga ramen kring sociala hänsyn. Den arbetsrättsliga regleringen har behandlats i den mån det varit relevant för uppsatsen och för läsarens förståelse men avser inte på något sätt att vara fullständig. Fokus har lagts på kollektivavtalet, dess innehåll, funktion och ställning och på reglerna kring utstationering. I övrigt har arbetsrättens område lämnats därhän: dels för att uppsatsen har ett upphandlingsrättsligt fokus, dels av utrymmesskäl.

Upphandlingsförfarandet delas i allmänhet in i olika faser som är nära knutna till förfrågningsunderlagets olika delar. De olika faserna är föremål för skild reglering och möjliggör olika typer av krav och villkor. Uppsatsen behandlar villkor som ställs i de särskilda kontraktsvillkoren specifikt. Avsikten är således inte att utreda samtliga tillvägagångssätt för beaktande av sociala hänsyn i offentlig upphandling, alltså i de övriga faserna eller förfrågningsunderlagsdelarna. Det faktum att kommissionen har nämnt de särskilda kontraktsvillkoren som det mest lämpliga sättet att beakta sociala hänsyn av arbetsrättslig karaktär motiverar, tillsammans med utrymmesskäl, mitt val.¹⁰

Eftersom krav på kollektivavtal respektive kollektivavtalsliknande villkor är kopplade till kontraktets fullgörande och således framförallt är aktuella vid köp av tjänster och bygg- och anläggningsarbeten har avgränsning skett från varuupphandling.¹¹

Uppsatsen fokuserar vidare på den klassiska sektorn av tjänster och byggtreprenader som regleras i direktiv 2004/18/EG¹² (upphandlingsdirektivet) och i lagen om offentlig upphandling (LOU).¹³ Direktiv 2004/17/EG¹⁴ och lagen om

¹⁰ Se Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling* (i fortsättningen benämnd Kommissionens handledning), 2011, s. 44, "Kontraktbestämmelserna är i allmänhet det lämpligaste stadiet i förfarandet för att ta med sociala hänsyn som har samband med anställnings- och arbetsvillkor för den personal som ska fullgöra kontraktet".

¹¹ Se prop. 2006/07:128, *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, s. 200 för diskussion om koppling till kontraktets fullgörande.

¹² Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. I fortsättningen benämns direktiv 2004/18/EG "upphandlingsdirektivet" eller "direktivet".

¹³ Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling.

¹⁴ 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.

offentlig upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)¹⁵ har således lämnats därhän. Valet motiveras av pedagogiska skäl och av det faktum att den klassiska sektorns regler är mer tillämpade.

1.5 Disposition

Uppsatsen tar sin utgångspunkt i det rättsliga regelverk som kringgärdar den offentliga upphandlingen. I kapitel 2 riktas därför uppmärksamheten mot den reglering som har betydelse för uppsatsens frågeställningar och behandlar särskilt primärrätten, regleringen av sociala hänsyn på EU- och nationell nivå, ILO-konventionen nr. 94:s påverkan samt betydelsen av ett gränsöverskridande intresse. I uppsatsens tredje kapitel redogörs för begreppen kollektivavtal respektive kollektivavtalsliknande villkor utifrån en upphandlingsrättslig kontext, med utgångspunkt i dess syften. Kapitel 2 och 3 fungerar i viss mån som en introduktion till uppsatsens följande, mer analyserande, delar. I kapitel 4 och 5 utreds och analyseras respektive kravs varande inom ramen för offentlig upphandling och dess förenlighet med EU-rätten, mot bakgrund av begreppsdistinktionen i kapitel 3. I kapitel 6 följer en framåtblickande prognos av det nyligen antagna direktivet på upphandlingsrättens område som ersätter direktiv 2004/18/EG. Uppsatsen avslutas med en sammanfattande slutsats i kapitel 7.

1.6 Terminologi

Jag vill förtydliga att jag i framställningen använt termerna *krav* och *villkor* för att beskriva de förpliktelser som kan åläggas anbudsgivare inom ramen för de särskilda kontraktsvillkoren i en offentlig upphandling. Min avsikt är att behandla termerna som synonymer i uppsatsen. Jag är väl medveten om vikten av att skilja upphandlingsförfarandets olika faser åt, däri tillhörande begrepp och för tydlighetens skull också förfrågningsunderlagets olika delar. Variationen av termer torde dock inte välla läsaren några problem då jag tydligt avgränsat mig från förfrågningsunderlagets övriga delar (leverantörskvalificering och anbudsutvärdering).

Vidare används termerna *leverantör*, *företag*, *arbetsgivare* och *anbudsgivare* som synonymer inom ramen för uppsatsen. Motivet är att skapa variation i texten.

Tilläggas ska att huruvida *anbudsgivare* är den korrekta benämningen i det enskilda fallet är beroende av vilket upphandlingsförfarande som används. Vid ett öppet

¹⁵ Lagen (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

förfarande benämns leverantören anbudsgivare, vid tidpunkten för anbudsinlämnande. Vid ett selektivt förfarande benämns leverantören istället *anbudssökande* vid samma tidpunkt. Inom ramen för uppsatsen torde begreppen inte vålla några problem men för tydlighetens skull väljer jag att endast använda begreppet *anbudsgivare*.

2. Den rättsliga ramen

2.1 Från inköp till strategi

Begreppet sociala hänsyn kan enligt kommissionens definition omfatta olika typer av arbetsmarknadspolitiska och socialpolitiska åtgärder som genomförs inom ramen för ett offentligt upphandlingskontrakt. Inom definitionen faller således villkor som syftar till att säkerställa goda arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare.¹⁶ Socialt hänsynstagande låter sig inte enkelt motiveras utifrån vetenskapliga undersökningar och prognoser.¹⁷ Istället är det vanligt att det har en nära koppling till politisk övertygelse och agenda.

Huruvida den offentliga upphandlingen bör användas som ett instrument för att främja socialpolitiska mål har länge varit föremål för diskussion. Upphandlingsreglerna syftar i grunden till att reglera upphandlande myndigheters inköpsverksamhet med fokus på konkurrens, affärsmässighet och ekonomiska överväganden.¹⁸ Under senare år får syftet anses ha vidgats till att också omfatta samhällliga mål, vilket ligger i linje med artikel 3.3 FEU som stadgar en ambition om en hållbar utveckling och en social marknadsekonomi. Kommissionens ”Europa 2020-strategi” är en tydlig vägvisare.¹⁹ Strategin är en tillväxtstrategi för en konkurrenskraftig social marknadsekonomi som pekar ut den offentliga upphandlingen som ett viktigt verktyg i arbetet med att nå uppsatta målsättningar.²⁰ Detsamma kommer till uttryck i ”The Single Market Act” (Inremarknadsakten) vilken syftar till att stärka tillväxten och öka

¹⁶ Kommissionens handledning, s. 7-8 och Konkurrensverket, *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, s. 8.

¹⁷ Jfr med miljömässiga hänsyn.

¹⁸ KOM(2011) 15 slutlig, *Grönbok – om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, s. 6.

¹⁹ KOM(2010) 2020 slutlig, *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*.

²⁰ Det ska ses mot bakgrund av det faktum att den offentliga upphandlingen utgör ca 18 % av EU:s totala BNP, se *Regler och förfaranden* (www), europa.eu, hämtat 2014-04-09.

förtroendet för den inre marknaden.²¹ Kommissionen har vidare uttryckt en vilja att göra upphandlingsreglerna mer flexibla för att enklare kunna användas till stöd för politiska ambitioner.²²

Under år 2011 utkom kommissionen med en handledning för socialt ansvarsfull upphandling.²³ Handledningen formar en strategi, benämnd Socially Responsible Public Procurement (SRPP), för hur sociala hänsyn kan inkorporeras i den offentliga upphandlingen. Syftet är att i högre grad få upphandlande myndigheter att beakta sociala hänsyn och på så sätt skapa incitament för företag att arbeta med samma typ av frågor.²⁴ Även på nationell nivå sker ett omfattande arbete som syftar till att skapa en strategi för hållbar offentlig upphandling.²⁵ Osäkerhet uttrycks dock kring huruvida den offentliga upphandlingen är ett effektivt verktyg för att främja samhällliga sociala mål och forskning på området efterfrågas. Samtidigt uttrycks en vilja att öka och tydliggöra möjligheterna för att beakta sociala hänsyn.²⁶

2.2 EU-nivå

Offentlig upphandling utgör ett harmoniserat område inom ramen för EU vilket lämnar ett begränsat utrymme för nationell reglering i medlemsstaterna.

Upphandlingsområdet styrs framförallt av direktiv. Som huvudregel är EU-direktiv bindande för medlemsstaterna, med avseende på det resultat som föreskrivs. På vilket sätt resultatet uppnås är i princip upp till varje enskild medlemsstat.²⁷ Avgörande är

²¹ KOM(2011) 206 slutlig, *Inremarknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden*, s. 19. Se också KOM(2012) 573/3, *Inremarknadsakt II – Tillsammans för ny tillväxt*.

²² Se KOM(2011) 15 slutlig. Se även KOM(2008) 412 slutlig, *En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa* och KOM(2006) 249, *Anständigt arbete för alla – EU:s bidrag till agendan för anständigt arbete i världen*, som visar på att EU, under senare år, har flyttat fram sina sociala ambitioner och målsättningar, även utom ramen för den offentliga upphandlingen.

²³ Se Kommissionens handledning.

²⁴ Kommissionens handledning, s. 5.

²⁵ Se SOU 2013:12, s. 85-87. Enligt utredningens definition består en strategi av fyra komponenter: ett tydligt definierat och långsiktigt mål för verksamheten (vad vill den upphandlande myndigheten uppnå?), en klargjord inriktning och prioritering för verksamheten (t.ex. i vilken utsträckning vill den upphandlande myndigheten beakta sociala hänsyn), en fastställd plan för hur det uppställda målet ska uppnås, givet den inriktning och de prioriteringar verksamheten valt samt en sammanhängande logik som förklarar varför strategin kommer att fungera.

²⁶ SOU 2013:12, s. 376 och 380.

²⁷ Artikel 288 FEUF.

dock huruvida direktivet utgör ett s.k. minimidirektiv,²⁸ ett s.k. fullharmoniseringsdirektiv²⁹ eller något däremellan.

Direktiv kan som huvudregel inte inneha direkt effekt.³⁰ Bestämmelserna i direktiv riktar sig till medlemsstaterna och förutsätter att nationell reglering följer, vilken i sin tur kan åberopas av enskilda. Det är dock inte ovanligt att ett direktiv implementeras på ett felaktigt eller ofullständigt sätt varför domstolen har utvidgat begreppets tillämpningsområde till att också omfatta direktivsbestämmelser, i de fall en korrekt implementering inte skett. Syftet är att säkerställa en enhetlig tillämpning av EU-rätten.³¹ Tilläggas ska att direktivsbestämmelser endast kan inneha s.k. vertikal direkt effekt.³²

2.2.1 Den inre marknadens reglering

Den inre marknaden utgör kärnan i EU-samarbetet och regleras av primärrätt. Primärrätten består utav fördraget om den Europeiska unionen (FEU), EU-fördraget, och fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF), EUF-fördraget,³³ de allmänna EU-rättsliga principerna och den Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (rättighetsstadgan).³⁴ Bestämmelserna i primärrätten är direkt tillämpliga i medlemsstaterna vilket innebär att de i princip utgör en del av den

²⁸ Ett minimidirektiv uppställer en lägsta nivå som det krävs att medlemsstaternas lagstiftning når upp till. Däremot står det dem fritt att gå utöver miniminivån och tillämpa strängare regler eller en högre skyddsnivå. Minimidirektiv förekommer som huvudregel på områden av välfärdskaraktär. Se Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, 2014, s. 272-273.

²⁹ Ett fullharmoniseringsdirektiv är detaljrikt och väl preciserat samt innehåller bestämmelser om att medlemsstaterna varken får överskrida eller underskrida den stadgade skyddsnivån. Medlemsstaternas regleringsutrymme blir kraftigt begränsat eller obefintligt när sådana direktiv är för handen. Se Bernitz, Kjellgren, s. 272.

³⁰ Med direkt effekt avses att en bestämmelse "kan ge upphov till individuella rättigheter och skyldigheter, vilka kan göras gällande av enskilda inför nationella domstolar och myndigheter." För att en EU-rättslig bestämmelse ska ha direkt effekt krävs i princip att den är ovillkorlig och att regelns innebörd är klar och precis. Se mål C-26/62 Van Gend en Loos.

³¹ Bernitz, Kjellgren, s. 115.

³² Vertikal direkt effekt innebär att bestämmelsen kan åberopas av enskilda gentemot staten, inte av enskilda gentemot varandra (s.k. horisontell direkt effekt), se Hettne, s. 201-202.

³³ EU-fördraget och EUF-fördraget trädde i kraft den 1 december 2009 genom Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

³⁴ 2010/C 83/02, Rättighetsstadgan blev juridiskt bindande den 1 december 2009 genom Lissabonfördragets ikraftträdande. I artikel 28 i rättighetsstadgan uttrycks förhandlingsrätten och rätten till kollektiva åtgärder som syftar till att säkra goda arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare inom EU och till att undvika låglönekonkurrens. I artikel 6 FEU stadgas att rättighetsstadgan ska ha samma status som fördragen.

nationella rättsordningen oberoende av särskild implementering.³⁵ Tilläggas ska att medlemsstaterna har skapat EU genom primärrätten varför den i princip inte kan ifrågasättas av EU:s institutioner, eftersom de härleder sin existens ur densamma.³⁶

EU-fördraget fastslår EU:s värdegrund och mål. I artikel 3.1 FEU stadgas bl.a. att unionen ska främja freden och folkens välfärd. I artikel 3.3 FEU stadgas att en inre marknad ska upprättas genom vilken unionen ska verka för en hållbar utveckling som bl.a. bygger på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft och där sociala framsteg eftersträvas. EUF-fördraget reglerar den inre marknaden och dess funktion. I artikel 26 FEUF stadgas att den inre marknaden ska säkerställas genom bestämmelser om de grundläggande friheterna.³⁷ Syftet är att öka handeln och rörligheten mellan medlemsstaterna för att uppnå ökad tillväxt, nya arbetstillfällen samt bättre och billigare varor inom unionen.³⁸ Bestämmelserna om de grundläggande friheterna är ett uttryck för den generella principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet som fördragsfästs i artikel 18 FEUF.

De grundläggande friheterna kommer till uttryck i regleringen om fri rörlighet för varor (artikel 34 FEUF), tjänster (artikel 56 FEUF), personer (artikel 45 FEUF), företag (artikel 49 FEUF) och kapital (artikel 63 FEUF). Av särskilt intresse för den offentliga upphandlingen är fri rörlighet för varor, tjänster och företag. De är också dessa, tillsammans med de EU-rättsliga principerna, som ligger till grund för upphandlingsdirektivet och således regleringen av den offentliga upphandlingen.³⁹

2.2.2 De allmänna EU-rättsliga principerna

De allmänna EU-rättsliga principerna har ett nära samband med de grundläggande friheterna i EUF-fördraget. Till följd av dess ställning som primärrätt ska övrig EU-reglering tolkas mot bakgrund av bl.a. dessa, vilket avser att säkerställa en enhetlig

³⁵ Begreppet "direkt tillämpliga" ska skiljas från begreppet "direkt effekt".

³⁶ Hettne, s. 44.

³⁷ Man kan tala om de fyra grundläggande friheterna (fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital) och etableringsrätten (rätten till fri etablering för företag), jag väljer dock att använda uttrycket "de grundläggande friheterna" för att benämna samtliga fem friheter/rättigheter.

³⁸ SOU 2009:71, *EU, Sverige och den inre marknaden – En översyn av horisontella bestämmelser inom varu- och tjänsteområdet*, s. 88.

³⁹ Skäl 2, direktiv 2004/18/EG.

tolkning och en väl fungerande inre marknad. Ytterst är det EU-domstolens uppgift att fastslå den rättsliga innebörden av principerna, för varje enskilt rättsområde.⁴⁰

För den offentliga upphandlingens vidkommande är det likabehandlingsprincipen, principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet, principen om öppenhet, proportionalitetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande som är relevanta.⁴¹ I svensk upphandlingslagstiftning kommer principerna till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Principerna ska iaktas genom hela upphandlingsprocessen.

2.2.2.1 Likabehandlingsprincipen

Principen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en särbehandling.⁴² För upphandlingsområdets vidkommande handlar det om att alla leverantörer ska ges lika förutsättningar och att det är otillåtet att gynna eller missgynna en särskild leverantör. Av EU-domstolens praxis följer att ett anbud som inte uppfyller de krav och villkor som uppställts i förfrågningsunderlaget måste förkastas för att förfarandet ska möjliggöra en objektiv jämförelse och ske i enlighet med likabehandlingsprincipen.⁴³ Ett särskilt kontraktsvillkor innehållande ett krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsliknande villkor måste, i enlighet med fört resonemang, accepteras för att lämnat anbudet inte ska riskera att förkastas.

2.2.2.2 Principen om icke-diskriminering

Principen innebär att upphandlande myndigheter förbjuds att diskriminera leverantörer, direkt och/eller indirekt, p.g.a. nationalitet. Principen torde vara skild från, och ha ett smalare tillämpningsområde, än likabehandlingsprincipen inom ramen för offentlig upphandling.⁴⁴ EU-domstolen har uttryckt att krav i en offentlig upphandling som uppenbarligen kan uppfyllas enbart av leverantörer i den aktuella medlemsstaten eller som endast svårligen skulle kunna uppfyllas av leverantörer från andra medlemsstater strider mot principen om icke-diskriminering p.g.a.

⁴⁰ Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, 2012, s. 42.

⁴¹ Skäl 2, direktiv 2004/18/EG.

⁴² Förenade målen C-21/03 och C-34/03, *Fabricom*, punkt 27.

⁴³ Se Mål C- 243/89, *Stora Bält*, punkt 37 och 43.

⁴⁴ Se McCrudden, Christopher, *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change*, 2007, s. 519.

nationalitet.⁴⁵ I målet *Stora Bält* fastslog EU-domstolen exempelvis att ett krav på att använda dansk arbetskraft och danska produkter stred mot principen. Krav eller villkor som kan uppfattas som diskriminerande är dock tillåtna om de är sakligt grundande i det enskilda fallet, t.ex. ett krav på att arbetstagarna som utför den upphandlande tjänsten måste kunna tala svenska förutsatt att det är en verklig förutsättning för arbetets utförande.⁴⁶ Principen ska beaktas även i de fall då den upphandlande myndigheten inte förväntar sig några anbud från utländska leverantörer.⁴⁷

2.2.2.3 Principen om öppenhet

Principen innebär att offentliga upphandlingar ska präglas av förutsebarhet och transparens. Att insyn och kontroll säkerställs är en förutsättning för att likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet ska uppfyllas. Principen kan ses som en skyldighet för den upphandlande myndigheten att informera och en rättighet för leverantören att ta del av informationen. För upphandlingsområdets vidkommande handlar det framförallt om att upphandlingen ska annonseras offentligt, att förfrågningsunderlaget ska vara tydligt och innehålla samtliga krav och villkor som ställs samt att särskilda uppgifter inte hemlighålls.⁴⁸

2.2.2.4 Proportionalitetsprincipen

Principen innebär att åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet ska vara ägnade att tillgodose det åsyftade ändamålet, vara nödvändiga för att uppnå detsamma samt vara proportionella i förhållande till målet.⁴⁹ Att åtgärden ska vara ägnad att tillgodose det åsyftade ändamålet innebär att den ska vara lämplig och effektiv. Att åtgärden ska vara nödvändig innebär att det inte ska finnas möjliga mindre ingripande åtgärder får att nå samma mål och att åtgärden ska vara proportionerlig innebär att den ska medföra fördelar som står i rimlig proportion till den skada åtgärden ger upphov till.⁵⁰ För upphandlingsområdets vidkommande handlar principen framförallt om att upphandlande myndigheter inte får uppställa högre krav än vad som är nödvändigt i den aktuella upphandlingen.

⁴⁵ Mål C-31/87, Beentjes, punkt 30.

⁴⁶ Falk, Jan-Erik, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, 2011, s. 65.

⁴⁷ Prop. 2006/07:128, s. 132.

⁴⁸ Prop. 2006/07:128, s. 132 och 155.

⁴⁹ Se mål C- 234/03 Contse, punkt 41.

⁵⁰ SOU 2010:29, *En ny förvaltningslag*, s. 156.

2.2.2.5 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen innebär att diverse handlingar, till exempel intyg, betyg och certifikat, som utfärdats av behörig myndighet i en medlemsstat som huvudregel ska anses gällande även i andra medlemsstater.⁵¹ Syftet är framförallt att underlätta förverkligandet av den inre marknaden genom att undvika dubbla bördor. Principen har fastslagits av EU-domstolen.⁵² För upphandlingsområdets vidkommande handlar det bl.a. om att krav inte kan ställas på att leverantören t.ex. har en svensk utbildning eller examen. Istället måste motsvarande utbildning eller examen i annan medlemsstat erkännas och accepteras. I artikel 36 FEUF uppräknas ett antal undantag från principen.⁵³

2.2.3 Upphandlingsdirektivet

Upphandlingsdirektivet utgör ett minimidirektiv och lämnar således viss regleringskompetens till medlemsstaterna.⁵⁴ Med avseende på sociala hänsyn innebär direktivets karaktär exempelvis att det nationella utrymme som ges upphandlande myndigheter att beakta kollektivavtal eller kollektivavtalsliknande villkor i offentliga upphandlingar kan gå utöver det som direkt följer av direktivtexten, dock med de begränsningar som följer av primärrätten och EU-rätten i övrigt. Som vi kommer se nedan har Sverige intagit en förhållandevis försiktig position i förhållande till det faktum. Tilläggas ska att vissa bestämmelser i upphandlingsdirektivet anses ha vertikal direkt effekt.⁵⁵

Syftet med upphandlingsdirektivet är att förverkliga den inre marknaden genom att eliminera hinder för de grundläggande friheterna och undanröja risker för direkt eller indirekt diskriminering av utländska företag.⁵⁶ Syftet är också att skydda de ekonomiska aktörer som är etablerade i medlemsstaterna och deras intresse av marknadstillträde och fri konkurrens.⁵⁷ I direktivtexten är bestämmelserna i GPA-

⁵¹ Prop. 2006/07:128, s. 132.

⁵² Se Mål C-120/78, Cassis de Dijon.

⁵³ Bl.a. nämns sådana förbud eller restriktioner som grundas på hänsyn till allmän moral, allmän ordning eller allmän säkerhet.

⁵⁴ Se direktiv 2004/18/EG.

⁵⁵ Se mål C-31/87, Beentjes, punkt 40 och RÅ 1996 ref. 50, Upplands lokaltrafik.

⁵⁶ Ahlberg, Kerstin, Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*, 2010, s. 19.

⁵⁷ Mål C-380/98, University of Cambridge, punkt 16.

avtalet⁵⁸ inarbetade varför en upphandlande myndighet som följer direktivet samtidigt anses följa GPA-avtalets regler.⁵⁹

2.2.4 Sociala hänsyn

I artikel 26 i direktivet stadgas att en upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet ska fullgöras, förutsatt att de är förenliga med EU-rätten. Av artikeln framgår särskilt att man här får beakta sociala hänsyn. Artikel 26 ska läsas mot bakgrund av skäl 33 som upplyser om att villkor för fullgörande av kontraktet är förenliga med direktivet under förutsättning att de inte är direkt eller indirekt diskriminerande.

I artikel 27.1 stadgas att en upphandlande myndighet, i förfrågningsunderlaget, får ange hos vilket eller vilka organ en leverantör kan få relevant information avseende de bestämmelser om bl.a. arbetsskydd och arbetsvillkor som gäller i den medlemsstat, region eller ort där kontraktet ska utföras och som ska tillämpas under kontraktets fullgörande. En medlemsstat kan också kräva att denna information tillhandahålls av upphandlande myndigheter i förfrågningsunderlag. Om sådana upplysningar tillhandahålls krävs att anbudsgivare bekräftar att hänsyn har tagits till de skyldigheter som följer av bestämmelserna.⁶⁰

I inledningen till upphandlingsdirektivet, i skäl 34, finns en upplysning om att ”gällande lagar, förordningar och kollektivavtal rörande arbetsvillkor och arbetsskydd, på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå, är tillämpliga vid fullgörandet av ett offentligt kontrakt” under förutsättning att dessa bestämmelser och tillämpningen av dem överensstämmer med EU-rätten. Ett exempel på åsyftad överensstämmelse är ett krav på att följa föreskrifterna i direktiv 96/71/EG⁶¹ (utstationeringsdirektivet) när det är tillämpligt.⁶²

⁵⁸ Ett avtal inom ramen för WTO. Se rådets beslut 94/800/EG av den 28 november 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar och på dess behörighetsområden, av avtalen i de multilaterala förhandlingarna från Uruguayrundan (1986-1994).

⁵⁹ Skäl 7, direktiv 2004/18/EG.

⁶⁰ Artikel 27.2 direktiv 2004/18/EG.

⁶¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

⁶² Se skäl 34, direktiv 2004/18/EG.

Slutligen har EU-domstolens praxis stor betydelse för tolkningen av EU-rätten. Generellt gäller, för en rättsligt godkänd kravställning, att kravet ska ha ett samband med kontraktets föremål eller fullgörande,⁶³ att det inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet, att det uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i upphandlingsannonsen och att det är förenligt med de EU-rättsliga principerna. Kriterierna ställdes upp av EU-domstolen i målet *Concordia*.⁶⁴ Att kravet är kopplat till kontraktets fullgörande innebär att det måste vara kopplat till de delar av leverantörens verksamhet som är nödvändiga för att leverera de tjänster som efterfrågas. Att kravet är förenligt med de EU-rättsliga principerna innebär samtidigt att det måste vara förenligt med EU-rätten i allmänhet.⁶⁵

Sammanfattningsvis ges utrymme i den EU-rättsliga regleringen att tillåta upphandlande myndigheter att ställa krav på sociala hänsyn som syftar till att säkra goda arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare i offentliga kontrakt, säkra en sundare konkurrens och därigenom motverka låglönekonkurrens, genom särskilda kontraktsvillkor i förfrågningsunderlaget. Hur långtgående dessa möjligheter är och på vilka sätt de begränsas ska utredas vidare nedan.

2.3 Nationell nivå

2.3.1 Lagen om offentlig upphandling

Upphandlingsdirektivet har implementerats i svensk rätt genom LOU. Lagen reglerar upphandlingsprocessen som sträcker sig från det att den upphandlande myndigheten valt upphandlingsförfarande tills dess att ett giltigt kontrakt undertecknats av parterna. Lagens tillämpningsområde omfattar offentlig upphandling av byggentreprenader, varor, tjänster och byggkoncessioner.⁶⁶ Lagens andra kapitel innehåller en mängd begreppsdefinitioner som är av central betydelse för förståelsen och för tillämpningen av lagen. LOU ska tolkas i ljuset av syftet med upphandlingsdirektivet i enlighet med direktivkonform tolkning.⁶⁷

⁶³ Huruvida samband till kontraktets föremål eller fullgörande krävs är beroende av hur kravet beaktas i upphandlingen och i vilken fas. Om kravet ställs som ett särskilt kontraktsvillkor krävs ett samband med kontraktets fullgörande.

⁶⁴ Se mål C-513/99, *Concordia*, punkt 64. Kriterierna har också infogats i skäl 1 i direktiv 2004/18/EG.

⁶⁵ Kommissionens handledning, s. 43.

⁶⁶ 1 kap. 2 § 1st LOU.

⁶⁷ Se artikel 4.3 FEU där den allmänna lojalitetsplikten kommer till uttryck.

Det är föremålet för kontraktet och dess värde som avgör vilka upphandlingsregler som ska tillämpas. Upphandlande myndigheter har stor frihet att själva bestämma vad som ska upphandlas, med vissa begränsningar. Redan tidigt i processen är det därför lämpligt att så gott det går definiera och specificera upphandlingsföremålet. När föremålet väl är valt innehåller lagen detaljerade regler kring förfarandet och kring vilka krav och/eller villkor som får ställas och beaktas.

LOU anger uttryckligen de allmänna EU-rättsliga principerna som principer att beakta vid offentlig upphandling. Dessa gäller för alla offentliga upphandlingar inom Sverige, oavsett typ av tjänst eller värdets storlek.⁶⁸

2.3.2 Sociala hänsyn

Reglerna kring sociala hänsyn i LOU återspeglar i stort sett regleringen av detsamma i upphandlingsdirektivet. I 6 kap. 13 § LOU stadgas att en upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras. Regelns motsvarighet finns i artikel 26 i upphandlingsdirektivet. Villkoren måste vara förenliga med de EU-rättsliga principerna enligt 1 kap. 9 § LOU. I 6 kap. 12 § LOU uttrycks den nationella motsvarigheten till artikel 27.1 i upphandlingsdirektivet om upplysning om informationsinhämtning.

Svensk upphandlingsreglering innehåller vidare ett målsättningsstadgande i 1 kap. 9 a § LOU som uttrycker att upphandlande myndigheter bör beakta sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar det. Regeln är inte tvingande men kan skapa incitament för upphandlande myndigheter att integrera sociala hänsyn i sina upphandlingar.⁶⁹ Det får åtminstone anses vara lagstiftarens ambition. Formuleringen ”om upphandlingens art motiverar detta” visar framförallt på att hänsynstagandet måste stå i överensstämmelse med de EU-rättsliga principerna som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU och vara relevant för den aktuella upphandlingen.⁷⁰ Vidare krävs att villkoren går att kontrollera samt att de faktiskt kontrolleras av den upphandlande myndigheten för att de ska vara tillåtna att ställa.⁷¹ Dock får det anses oklart vilka, om några, sociala

⁶⁸ Se 1 kap. 9 § LOU och 15 kap. 2 § LOU.

⁶⁹ Prop. 2009/10:180, *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*, s. 271-272.

⁷⁰ Prop. 2009/10:180, s. 273.

⁷¹ Mål C-448/01, Wienstrom.

hänsyn som kan beaktas med stöd av målsättningsstadgandet, som inte redan kunde beaktas med stöd av andra bestämmelser.⁷²

2.3.3 Särskilda kontraktsvillkor

Uppsatsen fokuserar på kollektivavtal respektive kollektivavtalsliknande villkor som särskilt kontraktsvillkor. Det är därför motiverat att något mer ingående studera kontraktsvillkoren, dess syfte och reglering.

Begreppet särskilda kontraktsvillkor torde motsvaras av begreppet *villkor för fullgörande av kontrakt* i artikel 26 i upphandlingsdirektivet och begreppet ”*additional specific conditions*”, såsom det uttrycks av EU-domstolen.⁷³ Begreppet har utvecklats i EU-domstolens rättspraxis och omfattar sådana krav eller villkor som inte med enkelhet kan härledas till leverantörens ekonomiska och finansiella ställning eller tekniska förmåga och kapacitet.⁷⁴

Särskilda kontraktsvillkor anger villkor för hur ett kontrakt ska fullgöras och stadgar förpliktelser som måste accepteras av vinnande anbudsgivare. Villkoren måste uppfyllas först vid avtalets fullgörande, således inte vid tidpunkten för anbudets inlämnande, men måste accepteras redan vid anbudsinlämnandet. Villkoren ska vara kopplade till fullgörandet av kontraktet och i övrigt uppfylla de kriterier EU-domstolen fastställde i målet *Concordia*.⁷⁵

2.4 Faktorer av betydelse för den rättsliga ramen

2.4.1 ILO-konventionen nr. 94

Av intresse för möjligheten att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsliknande villkor i offentliga upphandlingar är vidare ILO-konventionen nr. 94.⁷⁶ ILO är ett fackorgan inom FN, med ca 150 anslutna medlemsstater. ILO har antagit en mängd konventioner och rekommendationer av betydelse för arbetsrättens område, bl.a. ILO-konventionen nr. 94 om arbetsklausuler i offentliga kontrakt.

⁷² Se Rosén Andersson, Helena m.fl., *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, 2013, s. 99 för ett mer utförligt resonemang.

⁷³ Falk, s. 258.

⁷⁴ Mål C-31/87, Beentjes, punkt 28.

⁷⁵ Mål C-513/99, *Concordia*.

⁷⁶ CO94 – Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) eller vid svensk översättning; Konvention (nr 94) angående arbetsklausuler i kontrakt, däri offentlig myndighet är part. I fortsättningen benämnd ILO-konventionen eller konventionen.

Konventionen syftar till att säkra goda arbets- och anställningsvillkor i offentliga kontrakt samt till att garantera kollektivavtalets betydelse och ställning.⁷⁷

Konventionen antogs år 1949 till följd av de förhållanden som då rådde på den europeiska marknaden. Vid tidpunkten, efter andra världskrigets slut, upphandlade statsmakterna stora mängder byggnadstjänster för att återuppbygga städer. Genom konventionsantagandet ville man undvika att staten utnyttjade sin makt och starka position för att försvaga kollektivavtalens ställning och innehåll.

Konventionen har ett brett tillämpningsområde för kontrakt vari offentlig myndighet är part och omfattar i princip alla typer av byggnadsentreprenader och varu- och tjänstekontrakt.⁷⁸ Tillämpningsområdet omfattar också arbete som utförs av underentreprenörer, eller den till vilken kontrakt överlåtits.⁷⁹ Konventionen är primärt avsedd att tillämpas på kontrakt inom ett land men omfattar också gränsöverskridande sådana.⁸⁰ Artikel 2.1 i konventionen stadgar att det för kontrakt som faller inom konventionens tillämpningsområde ska finnas klausuler som garanterar arbetstagarna lön (inklusive olika slags tillägg), arbetstid och övriga arbetsvillkor som inte är mindre gynnsamma än de som gäller generellt i branschen, t.ex. enligt kollektivavtal som är representativt för en avsevärd del av arbetsmarknadens parter inom branschen.

Under perioden efter antagandet ratificerades konventionen av ca 60 ILO-medlemsstater, inklusive flera EU-länder.⁸¹ Sverige valde att avstå från att ratificera eftersom man ansåg konventionen sakna intresse för svenskt vidkommande. Dess bestämmelser och villkor bedömdes redan vara reglerade i svenska kollektivavtal.⁸² Andra stater valde, istället för att ratificera, att utsträcka tillämpningsområdet för kollektivavtal genom ett s.k. allmängiltigförklarande och på så sätt säkerställa att

⁷⁷ Ahlberg, Bruun, s. 120.

⁷⁸ Konventionstexten går att finna på svenska i bilaga 3 till SOU 2006:28, *Nya upphandlingsregler* 2, s. 503 alternativt i prop. 1950:188, s. 41.

⁷⁹ Artikel 1.3 ILO-konventionen nr. 94.

⁸⁰ SOU 2006:28, s. 339.

⁸¹ Belgien, Bulgarien, Cypern, Danmark, Finland, Frankrike, Italien, Nederländerna, Spanien och Österrike har alla ratificerat ILO-konventionen 94. Storbritannien ratificerade också konventionen strax efter antagandet men valde att säga upp densamma 1982. Se List of Ratifications by Convention and by Country (as of 31 december 2002), Report III (Part 2), 2003.

⁸² Prop. 1950:188, s. 9. Socialstyrelsen, Landsorganisationen och Svenska arbetsgivarförbundet yttrade sig och var alla eniga. Delegationen valde samma linje liksom departementschefen i sitt beslut att inte ratificera konventionen.

kollektivavtalets innehåll gavs bindande verkan för samtliga företag i branschen, oberoende av kollektivavtalsbundenhet eller inte.⁸³

År 2008 gjordes en grundlig analys av konventionen av ILO:s expertkommitté.⁸⁴ Kommittén menade att de överväganden som låg till grund för antagandet år 1949 fortfarande var relevanta och aktuella.⁸⁵ Man menade också att det inte förelåg någon konflikt mellan upphandlingsdirektivets bestämmelser och de krav som stadgas i konventionen.⁸⁶ Huruvida slutsatsen är korrekt har diskuterats och på ett flertal ställen i doktrin kan man finna stöd för en motsatt uppfattning.⁸⁷

ILO-konventionen innebär folkrättsliga förpliktelser för de medlemsstater som är bundna. Den internationellrättsliga karaktären innebär att stater som ratificerat är bundna vid innehållet och skyldiga att följa bestämmelserna däri. Däremot grundar konventionen inga rättigheter för enskilda individer. Problem kan uppstå om en stat som följer sina åtaganden i enlighet med konventionen samtidigt bryter mot EU-rätten i situationer då båda regelverken samtidigt är tillämpliga. Hur en sådan eventuell konflikt skulle hanteras är av intresse för svenskt vidkommande och för frågan huruvida en ratificering av ILO-konventionen skulle kunna utöka svenska upphandlande myndigheters möjligheter att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsliknande villkor. I artikel 351 FEUF stadgas att ett avtal som ingåtts med en eller flera medlemsstater och/eller ett eller flera tredje länder inte ska påverkas av fördragsbestämmelserna, under förutsättning att avtalet ingåtts före den tidpunkt då medlemsstaten anslöt sig till EU. Sverige anslöt sig till EU år 1995 och har, som ovan nämnt, fortfarande inte ratificerat konvention. En tolkning av artikeln, e contrario, torde således innebära att ett senare ingånget avtal påverkas och begränsas av bestämmelserna i fördragen. Min mening är därför att en ratificering av ILO-konventionen troligen inte påverkar upphandlande myndigheters möjligheter att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsliknande villkor eftersom konventionen inte synes kunna få företräde framför fördragen. Därmed inte sagt att konventionen helt

⁸³ Ahlberg, Bruun, s. 121.

⁸⁴ Report III (Part IB), General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), 2008. I fortsättningen benämns rapporten "Report III (Part 1B)".

⁸⁵ Report III (Part 1B), s. 107-108.

⁸⁶ Report III (Part 1B), s. 84-86.

⁸⁷ Se bl.a. Ahlberg, Bruun, s. 125-137.

saknar betydelse för svenskt vidkommande, t.ex. kan det finnas politiska skäl som talar för en ratificering och eventuellt kan innehållet få betydelse för upphandlingar som inte omfattas av EU-rättens tillämpningsområde.

De medlemsstater som ratificerade konventionen innan de anslöt sig till EU befinner sig i en annan situation. Enligt artikel 351 FEUF ska deras genomförande av konventionen inte påverkas av fördragsbestämmelserna. I artikelns andra stycke stadgas dock att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att undanröja det som i avtalet är inkompatibelt med fördragen, i den mån de är oförenliga.⁸⁸ Begreppet ”lämpliga åtgärder” är omfattande och har utsträckts till att också omfatta en uppsägning av avtal som strider mot fördragen, om andra åtgärder inte lyckas undanröja konflikten på ett tillfredsställande sätt.⁸⁹ Härom förs ett resonemang av Ahlberg och Bruun som menar att en skyldighet att säga upp ett avtal uppkommer först då en konflikt mellan EU-fördragen och avtalet blivit uppenbar. I dagsläget torde en sådan konflikt inte vara uppenbar och därför inte heller föranleda en skyldighet för de medlemsstater som ratificerat konventionen att säga upp densamma. Klart är dock att det får anses vara svårt, för att inte säga omöjligt, även för dessa medlemsstater, att stödja sig på ILO-konventionen vid händelse av konflikt mellan konventionen och fördragen, såvida man inte kan anse att allmänna folkrättsliga principer har företräde framför EU-rätten.

2.4.2 Gränsöverskridande intresse

Den förhärskande synen var länge att upphandlingar som faller utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde överhuvudtaget inte omfattas av EU-rätten och att medlemsstaterna således själva kan välja om och i så fall hur en reglering av sådana kontrakt ska utformas. Det kan inte längre anses korrekt, mot bakgrund av flertalet avgöranden från EU-domstolen. Om en upphandling omfattas av upphandlingsdirektivets tillämpningsområde ska skiljas från om den innehar *ett gränsöverskridande intresse*. Huruvida en upphandling har ett gränsöverskridande intresse eller inte bör fastställas i ett tidigt skede, för att förstå vilka regler och principer som ska tillämpas i det enskilda fallet.

⁸⁸ Nielsen, Ruth, EU Public Procurement Law and Nordic Labour Law – Recent Developments and Future Challenges, *Skandinavien Studies in Law*, 2007, 50th volume, s. 210.

⁸⁹ Mål C-84/98 Kommissionen mot Portugal, punkt 58.

Upphandling av tjänster delas i upphandlingsdirektivet upp i två kategorier: A- respektive B-tjänster.⁹⁰ För att förenkla fastställandet av till vilken kategori en viss tjänst hör och för att åstadkomma en enhetlig tillämpning i medlemsstaterna tillämpas kommissionens förordning om CPV-nomenklaturen.⁹¹ För Sveriges vidkommande räknas de olika kategorierna av tjänster upp i bilagor till LOU.⁹² Upphandlingar som omfattas av upphandlingsdirektivets tillämpningsområde (A-tjänster över tröskelvärdena) har per definition ett gränsöverskridande intresse i EU-rättens mening. I dagsläget har upphandlingar av B-tjänster och kontrakt av mindre värde⁹³ undantagits från upphandlingsdirektivets tillämpningsområde, med undantag av ett fåtal bestämmelser, eftersom de som utgångspunkt ansetts sakna intresse för leverantörer i andra medlemsstater.⁹⁴ Medlemsstaterna har istället själva fått välja om och i så fall på vilket sätt de vill reglera de nämnda upphandlingarna i den nationella rättsordningen.

I målet *An Post* klargjorde dock EU-domstolen rättsläget genom att införa ett nytt begrepp, ”ett bestämt gränsöverskridande intresse”.⁹⁵ Domstolen fastställde att upphandlande myndigheter är skyldiga att följa primärrättens bestämmelser och principer också för kontrakt som är undantagna från upphandlingsdirektivets tillämpningsområde, i de fall *ett bestämt gränsöverskridande intresse* föreligger. Upphandlingen omfattas då av reglerna om fri rörlighet och de EU-rättsliga principerna.⁹⁶ En upphandling har ett bestämt gränsöverskridande intresse när den anses kunna vara av intresse för leverantörer i andra medlemsstater.⁹⁷ Hur

⁹⁰ Skäl 18, direktiv 2004/18/EG.

⁹¹ Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV. I systemet har varje tjänstekategori getts en siffra och med hjälp av en konverteringstabell kan man ta reda på vilka tjänster som utgör A- respektive B-tjänster.

⁹² Bilaga 2, förteckning över tjänstekontrakt (A-tjänster) och bilaga 3, förteckning över tjänstekontrakt (B-tjänster).

⁹³ Med ”av mindre värde” avses ett värde under de uppställda tröskelvärdena som beror av vad som upphandlas och av vilken myndighet, artikel 7 direktiv 2004/18/EG. Se också kap. 3 LOU.

⁹⁴ Se Skäl 19, direktiv 2004/18/EG. Artikel 21 i direktiv 2004/18/EG hänvisar till de bestämmelser i direktivet som gäller även för B-tjänster (artikel 23 och artikel 35.4 i direktiv 2004/18/EG).

⁹⁵ Mål C- C-507/03, Kommissionen mot Irland (*An Post*).

⁹⁶ Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, 2006/C 179/02, 2006, avsnitt 1.3.

⁹⁷ Mål C-507/03, *An Post*, punkt 29-32.

bedömningen ska göras är inte helt klart men ledning torde kunna tas från EU-domstolens praxis och från det s.k. samhandelskriteriet som innebär att en potentiell påverkan på handeln inom EU krävs.⁹⁸ Det är upp till den upphandlande myndigheten att bedöma om ett kontrakt har ett sådant bestämt gränsöverskridande intresse som åsyftas i EU-domstolens praxis.⁹⁹ Bedömningen kan angripas och komma att prövas i domstol. Upphandlingar som helt saknar betydelse för handeln inom unionen omfattas överhuvudtaget inte av EU-rätten som utgångspunkt.

Sverige har valt att reglera upphandlingsförfarandet för de upphandlingar som faller utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde i 15 kap. LOU. Enligt 1 kap. 2 § 2st. LOU är endast reglerna i 15 kap. LOU tillämpliga på sådana upphandlingar, som huvudregel. I 15 kap. 2 § LOU stadgas dock att 1 kap. LOU är tillämpligt i sin helhet även på dessa kontrakt. Det innebär att den svenska lagstiftaren valt att utsträcka tillämpningsområdet för de EU-rättsliga principerna till att också omfatta upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektivet, oavsett om de har ett bestämt gränsöverskridande intresse eller inte. Rör en upphandling både A-tjänster och B-tjänster ska överviktsprincipen tillämpas.¹⁰⁰ Samma princip gäller för att bedöma om ett kontrakt som innehåller både varor och tjänster utgör ett varu- eller tjänstekontrakt enligt 2 kap. 21 § LOU.

Sammantaget ger redogörelsen upphov till tre olika typer av upphandlingar: tjänsteupphandlingar som per definition har ett gränsöverskridande intresse och som omfattas av upphandlingsdirektivets regler och primärrätten i sin helhet (A-tjänster över tröskelvärdena), tjänsteupphandlingar med ett bestämt gränsöverskridande intresse efter bedömning av den upphandlande myndigheten och som omfattas av primärrätten i sin helhet men fortfarande faller utanför upphandlingsdirektivets tillämpningsområde (A-tjänster under tröskelvärdena och B-tjänster) samt tjänsteupphandlingar utan ett gränsöverskridande intresse och som överhuvudtaget inte omfattas av EU-rätten utan endast av nationell reglering (A-tjänster under tröskelvärdena och B-tjänster). Möjligheten att kräva kollektivavtal respektive

⁹⁸ Bernitz, Kjellgren, s. 267.

⁹⁹ Sundstrand, s. 101.

¹⁰⁰ Det innebär att endast om värdet av A-tjänsterna överstiger det för B-tjänsterna ska kontraktet i sin helhet anses vara en upphandling av A-tjänster. I annat fall bedöms det som en upphandling av B-tjänster. Se 1 kap. 2 § 3st LOU.

kollektivavtalsliknande villkor för upphandlande myndigheter synes förändras beroende på vilken kategori av upphandling som är för handen, åtminstone sett ur ett EU-rättsligt perspektiv. Troligt är dock att den svenska lagstiftaren begränsat dessa skillnader genom att utöka tillämpningsområdet för de EU-rättsliga principerna.

3. Kollektivavtal och kollektivavtalsliknande villkor som begrepp i en upphandlingsrättslig kontext

3.1 Den svenska arbetsrättens reglering

I beskrivningen av den nationella arbetsrätten är begreppet ”den svenska modellen” av central betydelse. Den svenska modellen som begrepp torde sakna en entydig definition men förekommer frekvent i litteratur som behandlar den svenska arbetsrätten. Dess kärna utgörs av ”de partsrelationer som kom att växa fram fr.o.m. 1930-talet, den s.k. Saltsjöbadspolitiken”.¹⁰¹ Det var denna politik som lade grunden för det fortsatta samarbetet mellan arbetsmarknadens parter som kom att präglade svensk arbetsrätt under en stor del av 1900-talet. Tiden kännetecknades utav en omfattande centralisering av fackliga- och arbetsgivarorganisationer med bl.a. centrala löneförhandlingar och solidarisk lönepolitik som följd, en låg konfliktbenägenhet hos parterna och en mer passiv statsmakt som accepterade den avtalade rollfördelningen och som fram t.o.m. 1970-talet undvek omfattande och ingripande lagstiftning på arbetsrättsområdet.¹⁰² Trenden efter år 1970 visar på, förutom ökad lagstiftningsbenägenhet, en decentralisering och individualisering av anställningsvillkorsregleringen.

De centrala normerna på arbetsrättens område finner man idag framförallt i kollektivavtal och i lagstiftning.¹⁰³ Sedan Sverige blev medlem i EU har den arbetsrättsliga lagstiftningen anpassats till den gemensamma EU-rätten varför också denna måste beaktas.¹⁰⁴ EU-rätten på sekundär nivå är till stor del integrerad i den nationella rätten genom direktivimplementering. Den nationella lagstiftningen består

¹⁰¹ SOU 1999:69, *Individen och arbetslivet*, s. 29.

¹⁰² Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, 2011, s. 38-39.

¹⁰³ Se bl.a. Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL) och Lag (1982:80) om anställningsskydd (LAS). Dessa utgör två av de mest centrala lagarna på arbetsrättens område.

¹⁰⁴ Sverige blev medlem i EU den 1 januari 1995. Redan i mars 1992 undertecknade Sverige EES-avtalet vilket skapade fri rörlighet för personer, varor, tjänster och kapital inom de avtalsslutande länderna, vilket i praktiken innebar att en anpassning av arbetsrätten redan skett vid inträde i unionen. EES-avtalet trädde i kraft den 1 januari 1994.

utav tvingande regler till arbetstagarens förmån, dispositiva regler samt semidispositiva regler vilka enbart kan avtalas bort genom kollektivavtal.¹⁰⁵

Semidispositiv lagstiftning tillåter en större branschanpassning av regleringen och främjar, åtminstone indirekt, kollektivavtalsingående vilket från lagstiftarens synvinkel, torde vara önskvärt mot bakgrund av de rättsverkningar som följer ett sådant.

Det svenska systemet präglas utav en mycket hög organisationsgrad (vid en internationell jämförelse) och en ännu högre täckningsgrad till följd av att kollektivavtalet tillämpas på anställda hos kollektivavtalsanslutna arbetsgivare oberoende av om de själva är medlemmar i avtalsslutande facklig organisation eller inte. Både organisations- och täckningsgrad har dock minskat något under senare år och trenden ser ut att fortsätta.¹⁰⁶

3.2 Kollektivavtalet

3.2.1 Syfte, funktion och ställning

Det svenska systemet kännetecknas av det faktum att ett stort ansvar läggs på arbetsmarknadens parter att själva reglera sina angelägenheter genom kollektivavtalsslutande. Det medför att kollektivavtalet i hög grad fungerar som ett regleringsinstrument, också tack vare den semidispositiva karaktären på en väsentlig del av lagstiftningen, och har därmed en avgörande funktion i det svenska arbetsrättsliga systemet.

Kollektivavtalet utgör i realiteten ett konkurrensbegränsande avtal som undantas från konkurrensrättens tillämpningsområde.¹⁰⁷ Det kan sägas utgöra en typ av kartellavtal som från början syftade till att begränsa arbetsgivarens möjligheter att köpa arbetskraft till ett lägre pris än det satta minimipriset, med andra ord möjligheterna att betala en lägre lön än den stadgade minimilönen.¹⁰⁸ Konstruktionens syfte var att

¹⁰⁵ Begreppet "semidispositiv lagstiftning" myntades av Tore Sigeman. Se Sigeman, Tore, *Semesterrätt*, 1978, s. 25, hänvisning från Glavå.

¹⁰⁶ Glavå, s. 91-92.

¹⁰⁷ Se Norberg, Per, *Arbetsrätt och konkurrensrätt – En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, 2002, s. 257 och 268.

¹⁰⁸ Junesjö, Kurt, *Offentlig upphandling – Effektivisering eller social dumpning?*, 2001, s. 95. Se också Norberg, s. 270 "Ett kollektivavtal innebär att alla företag som undertecknat det tillämpar samma löne- och anställningsvillkor. Konkurrensen mellan företagen i dessa frågor begränsas därmed".

skydda arbetstagare från låglönekonkurrens. Syftet har utvidgats över tid och avtalet omfattar idag en mängd olika typer av villkor som syftar till att säkerställa goda arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare.

Kollektivavtalet har flera funktioner men de mest centrala torde omfatta fredspliktsfunktionen och medbestämmandefunktionen, som följer av ett ingånget avtal. Kollektivavtalet torde också, i det närmaste, kringgärdas av en administrativ ordning som stadgar hur kollektivavtal ska ingås, mellan vilka parter, vad som ska regleras och på vilket sätt samt vilka rättsföljder som följer vid avtalsbrott. Bundenhet till ett kollektivavtal innebär samtidigt bundenhet till hela den administrativa ordningen. Med kollektivavtal följer också ett etablerat kontroll- och efterlevnadssystem vilket är av särskild betydelse för upphandlande myndigheter i offentliga upphandlingar.

3.2.2 Rättsverkningar

Kollektivavtalets rättsverkningar är konstruerade för att gynna både arbetsgivar- och arbetstagarsidan med målsättningen att båda parter ska vilja sluta kollektivavtal. Ett sådant avtal medför bundenhet för medlemmar i de organisationer som är parter, fredsplikt, att allmänt skadestånd utgår vid avtalsbrott samt möjligheter till medbestämmande i olika former.¹⁰⁹ Fredsplikten är kanske den mest betydelsefulla rättsverkningen och kommer till uttryck i 41 § MBL. Där stadgas att parterna inte har rätt att vidta stridsåtgärder för att få till stånd en ändring i kollektivavtalsinnehållet. De nämnda rättsverkningarna uppstår oberoende av avtalets specifika innehåll vilket gör slutandet av kollektivavtalet som sådant betydelsefullt för båda sidor.¹¹⁰

Utgångspunkten i svensk rätt är att avtalsfrihet råder, vilket innebär att det som huvudregel inte föreligger någon rätt att sluta kollektivavtal, trots att dess rättsverkningar kan få avgörande betydelse. För att en skyldighet att ingå avtal ska föreligga krävs stöd i lag vilket inte finns beträffande kollektivavtal. De medel som istället tillhandahålls för att möjliggöra ett slutande av sådant avtal är föreningsrätten i

¹⁰⁹ Glavå, s. 194.

¹¹⁰ Glavå, s. 19. Innehållet måste dock omfattas av "anställningsvillkor för arbetstagare" eller "förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare" för att det överhuvudtaget ska vara fråga om ett kollektivavtal.

7-9 §§ MBL, den allmänna förhandlingsrätten i 10 § MBL, regler om medling i 46-53 §§ MBL och rätten att vidtaga stridsåtgärder under särskilda förutsättningar.¹¹¹

3.2.3 Kollektivavtalsbegreppet

I 23 § MBL återfinns en legaldefinition av vad som avses med ett kollektivavtal: ”Med kollektivavtal avses skriftligt avtal mellan arbetsgivarorganisation eller arbetsgivare och arbetstagarorganisation om anställningsvillkor för arbetstagare eller om förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare”.

Kollektivavtalet kan således särskiljas från andra typer av avtal genom krav på bestämda parter såsom de definieras i 6 § MBL, form och avtalsinnehåll. Formkravet har ansetts nödvändigt då det generellt sett förebygger missförstånd vilket är av särskild betydelse beträffande kollektivavtal då ett sådant binder ett stort antal människor.

3.2.4 Tolkning av kollektivavtal

Kollektivavtalet påminner på flera sätt om lagstiftning då det har ett uttryckligt tillämpningsområde och regleras på en annan nivå än det tillämpas. Lagstiftning tolkas, i händelse av konflikt mellan ordalydelse och ändamål som uttrycks i förarbeten, till förmån för ordalydelsen av rättssäkerhetsskäl. Vad gäller kollektivavtalet har dock AD valt en annan tolkningsmetod. I första hand styrs avtalstolkningen av vad parterna gemensamt åsyftat, oavsett uttrycklig ordalydelse.¹¹² Om parterna inte är överens sker, mot bakgrund av kollektivavtalets civilrättsliga karaktär, en friare tolkning av avtalsinnehållet där flera aspekter beaktas.¹¹³

Vidare har AD fastslagit att principer som ger uttryck för allmänna rättsgrundsatser utgör s.k. dolda klausuler och kan omfattas av kollektivavtalsinnehållet, trots att de inte uttryckligen upptagits i avtalstexten.¹¹⁴ Exempel på s.k. dolda klausuler som AD har fastslagit är den s.k. 29/29 principen om arbetsskyldighet¹¹⁵ och den s.k.

¹¹¹ Glavå, s. 195.

¹¹² Ahlström, Kristina, *Kollektivavtal – Formalia, giltighet och tolkning*, 2013, s. 169.

¹¹³ Se t.ex. AD 2008:28. För en utförlig redogörelse av aspekter som kan beaktas vid avtalstolkning se Ramberg, Jan, Ramberg Christina, *Allmän avtalsrätt*, 2014, uppl. 9, s. 143-169 och Ahlström, s. 170-183.

¹¹⁴ Ahlström, s. 184.

¹¹⁵ Se AD 1929:29. Principen innebär att arbetsgivaren har stor frihet att fördela och leda arbetet inom sin verksamhet och med beaktande av arbetstagarens allmänna yrkeskompetens.

bastubadarprincipen¹¹⁶ om att särskilt ingripande åtgärder p.g.a. personliga skäl kräver godtagbara skäl. En presumtion för att s.k. dolda klausuler utgör avtalsinnehåll torde således föreligga. För att bryta presumtionen krävas att det uttryckligen framgår av kollektivavtalet att de inte ska gälla.¹¹⁷

3.3 De kollektivavtalsliknande villkoren

Med kollektivavtalsliknande villkor menar jag, inom ramen för sociala hänsyn i offentlig upphandling, särskilda villkor rörande arbets- eller anställningsvillkor som liknar de som normalt återfinns i kollektivavtal. Begreppets omfattning måste kunna utsträckas till tillämpningsområdet för 23 § MBL, alltså att villkoren ska avse ”anställningsvillkor för arbetstagare” och/eller ”förhållandet i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare”. Kollektivavtalsliknande villkor kan exempelvis avse att reglera minimilön för arbetstagare, den längsta tillåtna arbetstiden, den kortaste tillåtna vilotiden och/eller minsta antal betalda semesterdagar.

Kollektivavtalsliknande villkor som begrepp förekommer, mig veterligen, enbart inom ramen för offentlig upphandling och torde varken ha något självständigt syfte eller funktion. Begreppet är snarare en produkt av de överväganden som måste göras av en upphandlande myndighet som önskar säkerställa goda arbets- och anställningsvillkor i offentliga kontrakt, särskilt med hänsyn till EU-rätten och de EU-rättsliga principerna.

Syftet med krav på kollektivavtalsliknande villkor är att säkra arbetsvillkoren för arbetstagare i offentliga kontrakt och därigenom skapa en sund konkurrens på den nationella och europeiska marknaden. Syftet kan däremot inte anses omfatta det kontroll- och efterlevnadssystem som automatiskt följer ett krav på kollektivavtal eftersom ett sådant inte följer de enskilda villkoren.

3.4 Diskussion

Det kan konstateras att begreppen kollektivavtal och kollektivavtalsliknande villkor skiljer sig åt i flera avseenden varför den upphandlande myndighetens val av krav är beroende av syftet med detsamma. Ett särskilt kontraktsvillkor som innebär att

¹¹⁶ Se AD 1978:89. Principen innebär en allmän begränsning i arbetsgivarens arbetsledningsrätt.

¹¹⁷ Glavå, s. 205.

leverantören ska ha kollektivavtal innebär automatiskt också ett krav på avtalsingående och bundenhet samt på de rättsverkningar och s.k. dolda klausuler som följer ett kollektivavtalsingående.

Att en upphandlande myndighet tar samhällsansvar och har en tydlig social ambition som speglas i förfrågningsunderlaget är önskvärt och viktigt men bör i viss mån begränsas. Viljan måste ställas mot en ambition om en inre marknad med fri rörlighet, en väl fungerande och konkurrensutsatt nationell marknad, ett inkluderande upphandlingsförfarande som tillåter små och medelstora företag att delta och ett möjliggörande av goda affärer. Med det i åtanke kan man fundera över huruvida ett krav på kollektivavtal för vinnande anbudsgivare faktiskt är välavvägt i förhållande till upphandlingens föremål och art.

Avgörande för bedömningen måste dock vara syftet med villkoret. Som jag redogjort för ovan måste syftet med ett krav på kollektivavtal vara tudelat och innehålla dels ett säkerställande av goda arbets- och anställningsvillkor, dels en vilja att få tillgång till det kontrollsystem som följer kollektivavtalet. Frågan är då huruvida dessa syften är berättigade i en upphandlingsrättslig kontext. Enligt min mening råder det ingen tvekan om att säkerställandet av arbetstagares goda arbetsvillkor faller inom ramen för vad som avses med sociala hänsyn. Mer tveksamt är dock huruvida kontroll- och efterlevnadsfunktionen i sig omfattas av samma definition och således utgör ett berättigat syfte. Det nämnda berörs mer utförligt nedan.

Ett krav på att vinnande anbudsgivare ska uppfylla ett antal uttryckliga kollektivavtalsliknande villkor som föreskrivs i de särskilda kontraktsvillkoren är ett tillvägagångssätt med ett smalare syfte än kravet på kollektivavtal. Den upphandlande myndigheten tvingas precisera på vilket sätt och genom vilka villkor man vill säkerställa goda arbets- och anställningsvillkor och därigenom främja en sund konkurrens. Det måste anses mer komplicerat och tidskrävande. Den största skillnaden är att den upphandlande myndigheten själv måste kontrollera att villkoren uppfylls och efterlevs. Hur en sådan kontroll genomförs i praktiken, om den ens är möjligt, är inte självklart. Samtidigt riktas villkoren mot det som faktiskt är av vikt eller rent av nödvändigt för myndigheten och torde generellt sett bli mindre ingripande för leverantören. Kravet får således anses vara väl anpassat till syftet.

4. Krav på kollektivavtal i offentlig upphandling

4.1 Den negativa föreningsrätten

Ett krav på kollektivavtal kan anses problematiskt, oberoende av kravets syfte, eftersom det i realiteten innebär ett krav på kollektivavtalsingående och kollektivavtalsbundenhet för vinnande leverantör. Ett sådant villkor riskerar att strida mot den negativa föreningsrätten, med andra ord friheten att inte tillhöra en arbetsgivarorganisation.

Den negativa föreningsrätten uttrycks i artikel 11 i Europakonventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna.¹¹⁸ Konventionen är en del av EU-rätten enligt artikel 6 FEU samt införlivad i svensk rättsordning och gäller därmed såsom svensk lag.¹¹⁹ Ett krav på kollektivavtalsingående och bundenhet för leverantörer i offentlig upphandling kan möjligen ses som ett föreningstvång vilket uttryckligen skulle strida mot både Europakonventionen och svensk lag.

Europadomstolen har visserligen fastslagit att den negativa föreningsrätten inte kan anses lika långtgående som den positiva men det finns inget som tyder på att den inte skulle kunna anses tillräckligt omfattande för att utgöra ett hinder för upphandlande myndigheter att kräva kollektivavtal hos leverantörer menar jag.¹²⁰

Till det nämnda ska tilläggas att den svenska lagstiftaren erbjuder ett alternativt sätt för arbetsgivare att nå bundenhet i enlighet med 23 § MBL, utan att tvingas bli medlem i en arbetsgivarorganisation. Arbetsgivaren kan istället teckna ett s.k. hängavtal med en arbetstagarorganisation. Konsekvensen av att alternativet erbjuds kan diskuteras utifrån ett föreningstvångsperspektiv. Möjligt är att det friskriver en

¹¹⁸ Att också den negativa föreningsrätten (inte bara den positiva föreningsrätten) omfattas av artikeln, trots att det inte med självklarhet framgår av ordalydelsen, har fastslagits av Europadomstolen i bl.a. målet *Sigurdur A. Sigurjonsson mot Island* (dom 1993-06-30) och i målet *Gustafsson mot Sverige* (dom 1996-04-25). Se Malmberg, Jonas, *Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet – Rapport till nordiskt arbetsrättsligt möte 2000*, 2000, s. 15.

¹¹⁹ Lag (1994:1219) om den europeiska konventionen angående skydd för de mänskliga rättigheterna och grundläggande friheterna.

¹²⁰ Huruvida en facklig organisation kan kräva att en arbetsgivare ingår och är bunden av ett kollektivavtal genom vidtagande av fackliga stridsåtgärder är en annan men näraliggande fråga. Frågan har ingående redogjorts för av Europadomstolen i målet *Gustafsson mot Sverige*. Artikel 11 har då betraktats som en avvägningsnorm. Vilket intresse som överväger i det enskilda fallet har bl.a. berott på huruvida den fackliga organisationen har medlemmar hos arbetsgivaren eller inte samt vilken löne- och skyddsnivå som föreligger för de anställda. Den upphandlande myndigheten saknar dock helt en lagstadgad rätt att kräva kollektivavtal (jfr med fackförbundens lagstadgade rätt att vidta stridsåtgärder för att få till stånd ett kollektivavtal). Se Malmberg, s. 15-16.

upphandlande myndigheten från föreningstvång vid krav på kollektivavtal. Det finns uppenbarligen en lagstadgad möjlighet för enskilda arbetsgivare att ingå kollektivavtal utan en arbetsgivarorganisation i ryggen. Om denna är till fördel eller nackdel för den enskilde leverantören bör kanske vara upp till denne att bedöma. Ahlberg och Bruun för ett resonemang härom och menar att det dock måste anses problematiskt att som arbetsgivare bli tvingad till kollektivavtalsbundenhet utan att som medlem i en arbetsgivarorganisation ha möjlighet att påverka avtalets innehåll.¹²¹

Huruvida ett krav på kollektivavtal i en offentlig upphandling strider mot den negativa föreningsrätten får således anses oklart och har inte heller prövats varför ett säkert svar svårligen kan ges. Resonemanget får anses gälla för samtliga typer av tjänsteupphandlingar, oberoende av om ett gränsöverskridande intresse föreligger eller inte eftersom Europakonvention är införlivad i svensk rättsordning.

4.2 Avtalsfriheten

Mot bakgrund av allmänna avtalsrättsliga principer om avtalsfrihet¹²² kan det faktum att upphandlande myndigheter kräver kollektivavtal och således också kollektivavtalsingående anses problematiskt. För att en kontraheringsplikt ska föreligga krävs stöd i lag, vilket saknas vad gäller kollektivavtalsingående. De medel som istället tillhandahålls av den arbetsrättsliga regleringen riktar sig till de fackliga organisationerna och utgörs av bl.a. förhandlingsrätt, medling och rätt att vidta stridsåtgärder.¹²³ I sammanhanget kan inte nog poängteras att det står fackliga organisationer fritt att, i enlighet med arbetsrättslig reglering, utöva påtryckningar för att få till stånd ett kollektivavtal, även med vinnande leverantörer av offentliga kontrakt.¹²⁴ Det som föranleder problem är istället när kravet ställs av en upphandlande myndighet som inte omfattas av de befogenheter som tillfaller fackliga organisationer i åsyftat avseende. Enligt min mening framstår det därför som troligt att ett krav på kollektivavtal strider mot avtalsfriheten. Resonemanget måste anses gälla för samtliga kategorier av tjänsteupphandlingar, oberoende av om ett

¹²¹ Se Ahlberg, Bruun, s. 140.

¹²² "Avtalsfriheten innebär att individer själva ska kunna bestämma om de över huvud taget vill avtala, med vem avtalet ska ingås och avtalsinnehållet.", Ramberg, Ramberg, s. 27.

¹²³ Glavå, s. 195.

¹²⁴ Se dock avsnitt 4.5 Laval-målet.

gränsöverskridande intresse föreligger eller inte eftersom principen om avtalsfrihet tillämpas generellt, för alla typer av avtal.

4.3 De allmänna EU-rättsliga principerna

De allmänna EU-rättsliga principerna blir med säkerhet tillämpliga på kontrakt med ett gränsöverskridande intresse och på kontrakt med ett bestämt gränsöverskridande intresse efter bedömning av upphandlande myndighet. Upphandlingar som helt saknar ett gränsöverskridande intresse omfattas som huvudregel överhuvudtaget inte av EU-rätten. Den svenska lagstiftaren har dock, som ovan nämnt, valt att utsträcka tillämpningsområdet för de EU-rättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU till att också omfatta sådana upphandlingar.¹²⁵ Det står därför tämligen klart att samtliga upphandlingar måste genomföras i enlighet med de EU-rättsliga principerna för att vara rättsligt hållbara.

4.3.1 Principen om icke-diskriminering

Principen innebär ett förbud mot direkt och indirekt diskriminering inom ramen för offentlig upphandling. Enligt EU-domstolens tolkning syftar principen till att hindra diskriminering p.g.a. nationalitet.¹²⁶ Principen om icke-diskriminering innebär bl.a. att krav som uppenbarligen kan uppfyllas endast av nationella leverantörer eller som endast svårligen kan uppfyllas av leverantörer i andra medlemsstater inte får ställas. Principen ska tolkas i enlighet med de fördragsfästa bestämmelserna om etableringsfrihet i artikel 49 FEUF och fri rörlighet av tjänster i artikel 56 FEUF.¹²⁷ Det är således tydligt att syftet är att säkerställa den inre marknaden och den fria rörligheten.

¹²⁵ Rosén Andersson m.fl., s. 529.

¹²⁶ Innefattar bl.a. medborgarskap, etableringsland och verksamhetsland. Jfr med likabehandlingsprincipen som inte har ett uttryckligt begränsat tillämpningsområde. Se McCrudden, s. 519.

¹²⁷ Jfr med kvantitativa restriktioner och EU-domstolens resonemang i mål C-8/74, Dassonville, där "åtgärder med motsvarande verkan" förtydligades: "Alla handelsregler antagna av medlemsstater som kan utgöra ett hinder, direkt eller indirekt, faktiskt eller potentiellt, för handeln inom gemenskapen ska anses som åtgärder med motsvarande verkan som kvantitativa restriktioner". Inte bara handelsregler, utan även andra typer av regler, nationell lagstiftning och åtgärder har i senare domar bekräftats omfattas av definitionen. Likaså har bekräftats att en åtgärd inte måste vara diskriminerande för att utgöra en kvantitativ restriktion eller en åtgärd med motsvarande verkan. Istället omfattas även åtgärder som formellt sett gäller lika för inhemska och utländska varor men som i praktiken utgör en större börda för importerade varor, då den medför dubbla bördor för dessa, se mål C-120/78, Cassis de Dijon. Se Europeiska kommissionen, *Fri rörlighet för varor –Handledning för tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor*, 2010, s. 12. Dock torde detta resonemang inte direkt kunna appliceras på tjänsteupphandlingar då det inte finns någon motsvarande regler till artikel 34 FEUF för fri rörlighet av tjänster eller etableringsfrihet. Se Falk, s. 39.

Möjligt är att ett krav på svenskt kollektivavtal kan anses direkt diskriminerande redan på den grunden att man uttryckligen nämner att det är *svenska* kollektivavtal som krävs. Rosén Andersson m.fl. berör frågan kortfattat och hävdar att ett sådant strider mot principen om icke-diskriminering.¹²⁸ I allmänhet strider specifika ”märkningar” mot de EU-rättsliga principerna (framförallt mot principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet och mot principen om ömsesidigt erkännande) såvida inte ”motsvarande” också tillåts, vilket har bekräftats av EU-domstolen i flera mål. Mot bakgrund av redogörelsen ovan kan konstateras att ett krav på kollektivavtalsliknande villkor inte kan anses motsvara ett krav på kollektivavtal. Ett krav på motsvarande kollektivavtal från en annan medlemsstat kan inte heller med säkerhet anses uppfylla den upphandlande myndighetens syfte. Det eftersom kollektivavtalet är en integrerad del av varje lands arbetsrättsliga reglering och har olika stor betydelse i olika länder vilket påverkar kravets innebörd och innehåll. För ett krav på kollektivavtal, med beaktande av dess syfte, får det således anses svårt för upphandlande myndigheter att erbjuda ett motsvarande sätt på vilket leverantören kan uppfylla kravet.

Ett krav på svenskt kollektivavtal kan dock uppfyllas av både svenska och utländska leverantörer. Faktum är att marknaden fäster stor tilltro till fackliga organisationers kollektiva aktioner mot såväl svenska som utländska leverantörer.¹²⁹ Det finns heller inget som hindrar att en leverantör är bunden av två kollektivavtal för samma typ av arbete.¹³⁰ Enligt 31 a § MBL ska i förekommande fall det senare avtalet gälla, i de delar avtalen är oförenliga, under förutsättning att MBL inte är direkt tillämplig på det tidigare ingångna avtalet, t.ex. i de fall då det rör utländska arbetsgivare.¹³¹ Trots detta torde ett krav strida mot principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet om det enklare uppfylls av nationella leverantörer än av leverantörer etablerade i andra medlemsstater.¹³² EU-domstolen hävdar att ett sådant krav är indirekt diskriminerande om det uppställts utan åtskillnad men likväl får en diskriminerande effekt. EU-

¹²⁸ Rosén Andersson m.fl, s. 319.

¹²⁹ Wrangé, Eva, red. m.fl., *Parterna och EU*, 2007, s. 19. Kollektiva aktioner som företas av fackliga organisationer mot utländska arbetsgivare som utstationerar arbetstagare till Sverige utgör också ett medel i arbetet mot låglönekonkurrens.

¹³⁰ Se Glavå, s. 632.

¹³¹ Regeln är en konsekvens av AD 1989:120, Britanniadomen.

¹³² Mål C-234/03, Contse, punkt 37.

domstolen har vidare bekräftat att ett långtgående socialt hänsynstagande inte per definition strider mot upphandlingsdirektivet eller de allmänna EU-rättsliga principerna, såvida det inte har en direkt eller indirekt diskriminerande effekt.¹³³

Huruvida ett krav eller en åtgärd som strider mot principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet kan motiveras av tvingande hänsyn till allmänintresset kan diskuteras. Undantaget fastställdes av EU-domstolen i målet *Cassis de Dijon*.¹³⁴ I förslag till dom i målet *Rüffert*, ansåg generaladvokaten att de åtgärder som var för handen (nationell lagstiftning som ålade leverantörer i andra medlemsstater en ytterligare ekonomisk börda som kunde medföra att deras tjänster förbjöds, hindrades eller blev mindre attraktiva i värdmedlemsstaten) kunde motiveras av tvingande hänsyn, i detta fall av skyddet för arbetstagare.¹³⁵ EU-domstolen delade dock inte generaladvokatens uppfattning och ansåg inte att åtgärden kunde motiveras av syftet att skydda arbetstagare.¹³⁶

4.3.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen har en nära koppling till principen om icke-diskriminering men har ett bredare tillämpningsområde. Principen förbjuder öppen och dold diskriminering av andra orsaker än nationalitet och kräver att samtliga leverantörer behandlas lika såvida det inte finns sakliga skäl för en särbehandling.

Kammarrätten uttalade i ett mål från 1995¹³⁷ att ett krav på kollektivavtal stred mot kravet på affärsmässighet i dåvarande upphandlingslag.¹³⁸ Domstolen menade att kravet missgynnade vissa leverantörer, i det aktuella fallet de leverantörer som saknade kollektivavtal, och därför var otillåtet att ställa. Domen har mött kraftig kritik. Kritikerna menar bl.a. att domen är felaktig och bidrar till lönedumping.¹³⁹ I viss mån vill jag instämma i kritiken. Enbart det faktum att ett villkor sedan tidigare är uppfyllt av ett antal leverantörer bör som huvudregel inte tillmätas betydelse för bedömningen av likabehandling, så länge leverantörerna bedöms vara i lika

¹³³ Se Mål C-31/87, Beentjes.

¹³⁴ Mål C-120/78, *Cassis de Dijon*.

¹³⁵ Generaladvokat Yves Bot förslag till avgörande i mål C-346/06, föredraget 2007-09-20.

¹³⁶ Mål C-346/06, *Rüffert*.

¹³⁷ Kammarrätten i Stockholm, dom 1995-03-28 mål nr. 1713-1995.

¹³⁸ Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling.

¹³⁹ Hamskär, Ingemar, Junesjö, Kurt, *Felaktig dom bidrar till lönedumping* (www), hämtat 2014-04-11.

situationer, samma villkor ställs på samtliga leverantörer och villkoret som sådant är tillåtet att ställa.¹⁴⁰ Att leverantörer som inte uppfyller ställda krav ”sällas bort” är istället en naturlig konsekvens av formulerade krav. En förutsättning är dock att villkoren är sakligt ställda genom att de har ett berättigat syfte och är av betydelse för myndigheten i den aktuella upphandlingen. Det bör beaktas att rättsfallet är förhållandevis gammalt och att upphandlingsregleringen förändrats sedan tiden för domen varför målets betydelse får anses begränsad.

Arrowsmith för ett resonemang i vilket hon uppmärksammar att EU-domstolen i målet *Concordia* tillåter miljörelaterade utvärderingsvillkor trots att de endast kan uppfyllas av ett begränsat antal leverantörer (inklusive en särskild leverantör med koppling till den upphandlande myndigheten). Argumentationen fungera också för sociala hänsyn och tyder på att sådana inte med självklarhet hindrar den fria rörligheten och inte med självklarhet kan anses strida mot likabehandlingsprincipen, trots att inte samtliga anbudsgivare uppfyller kravet, såvida syftet inte är diskriminerande.¹⁴¹ Ett krav på nationellt kollektivavtal torde dock sannolikt strida mot likabehandlingsprincipen, mot bakgrund av att det troligen strider mot principen om icke-diskrimineringsprincipen. Rosén Andersson m.fl. hävdar detsamma.¹⁴²

4.3.3 Principen om öppenhet

Principen om öppenhet är hänförlig till de ordningsregler som styr upphandlingsprocessen och innebär att en upphandling ska präglas av transparens och förutsebarhet. Av principen följer en skyldighet för upphandlande myndigheter att informera. Skyldigheten får dock anses begränsad av Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2002 ref. 50 där man fastslog att ett tillräckligt öppet och förutsebart förfarande, för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör, måste vara nog för att uppfylla de förpliktelser som följer av principen.

¹⁴⁰ Se C-513/99, *Concordia*, där ett miljöskyddskriterium utgjorde ett av tre tilldelningskriterier, och som av domstolen inte ansågs strida mot likabehandlingsprincipen enbart på den grunden att den upphandlande enhetens eget trafikföretag tillhörde det fåtal företag som kunde tillhandahålla fordon som uppfyllde kravet, förutsatt att de s.k. *Concordia*-kriterierna ansågs uppfyllda: kriteriet ska ha ett samband med upphandlingsföremålet, inte ge myndigheten en obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling och vara förenliga med alla de allmänna EU-rättsliga principerna.

¹⁴¹ Arrowsmith, Sue, Kunzlik, Peter, *Social and Environmental policies in EC Procurement Law*, 2009, s. 78.

¹⁴² Rosén Andersson m.fl., s. 319.

Ett krav på kollektivavtal medför per automatik ett krav på de rättsverkningar som följer ett sådant, t.ex. medbestämmandereglerna och ett inkluderande av s.k. dolda klausuler vilka i vissa fall kan anses betungande för leverantören. Jag menar, mot denna bakgrund, att ett krav på kollektivavtal riskerar att strida mot principen om öppenhet eftersom kravet inte är fullständigt transparent och förutsägbart. Frågan är dock om det kan anses tillräckligt öppet och förutsebart. Det är möjligt att man bedömer det så. Generellt sett är dock oprecisa och otydliga krav inte tillåtna eftersom de svårigen kan bedömas på ett objektivt sett i förhållande till de EU-rättsliga principerna.¹⁴³

En avvägning krävs mellan upphandlande myndighets skyldighet att informera och leverantörs rätt att bli informerad. Möjligen kan man förutsätta att en normalt omsorgsfull och rimligt informerad leverantör känner till kollektivavtalets rättsverkningar eller undersöker dem närmare för att försäkra sig om dess innebörd. Den upphandlande myndigheten skulle i sådana fall anses ha fullgjort sin skyldighet enligt principen genom att uttrycka att det är kollektivavtal som krävs. Likväl torde det inte vara självklart att leverantören förstår vad denne accepterar. Denna risk synes vara större för utländska leverantörer. Leverantörer etablerade i andra medlemsstater kan i allmänhet inte anses ha samma förståelse för den svenska arbetsmarknadsmodellen och för kollektivavtalets ställning och funktion och bör därför ha svårare att förutse samtliga konsekvenser av ett sådant krav.

Det bör poängteras att den upphandlande myndigheten inte kan anses ha undanhållit relevant information för leverantörerna men kanske att ett förtydligande av vad kravet faktiskt innebär vore önskvärt, inte bara för att säkra en transparent upphandling utan också för att möjliggöra en korrekt bedömning av kravet mot bakgrund av de EU-rättsliga principerna.

¹⁴³ Se bl.a. Förvaltningsrätten i Malmö, avdelning 1, dom 2013-05-24 mål nr. 6160-12. Domstolen uttalade att ett krav på att entreprenörers löne- och anställningsvillkor ligger i nivå med gällande kollektivavtal i branschen, är så pass generellt formulerat att det omöjliggör en objektiv bedömning av kravets förenlighet med 1 kap. 9 § LOU, underförstått de EU-rättsliga principerna. Uttalandet hade dock inte betydelse för utgången då målet rörde en laglighetsprövning enligt kommunallagen.

4.3.4 Proportionalitetsprincipen

Huruvida ett krav på svenskt kollektivavtal kan anses proportionerligt måste bedömas mot bakgrund av dess syfte. Principen innebär att ett uppställt krav måste vara lämpligt och effektivt i förhållande till sitt syfte, nödvändigt för att uppnå detsamma samt proportionerligt i övrigt i förhållande till målet. Enligt EU-domstolen och Högsta förvaltningsdomstolen ska en strukturerad avvägning mellan motstående intressen göras för att bedöma om en åtgärd är proportionerlig eller inte.¹⁴⁴

För att överhuvudtaget kunna göra en proportionalitetsbedömning krävs således att syftet med kravet är klart. Som redogjorts för tidigare är det rimligt att anta att syftet med ett krav på kollektivavtal är att säkra goda arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare i offentliga kontrakt och därigenom främja en sund konkurrens samt att få tillgång till ett etablerat kontroll- och efterlevnadssystem. Det ska ses mot bakgrund av det faktum att vi i allmänhet anser kollektivavtalsbundenheten i sig utgöra en tillförlitlig indikator på att goda arbetsvillkor tillämpas för arbetstagare.¹⁴⁵ Det kollektivavtal som en upphandlande myndighet väljer att ställa krav på är normalt det som är tillämpligt i den aktuella branschen i landet alternativt på orten.

4.3.4.1 Lämpligt och effektivt

Proportionalitetsbedömningens första steg innehåller en bedömning av huruvida åtgärden är lämplig och effektiv i förhållande till syftet.¹⁴⁶ Kravets syfte är omfångsrikt och ambitiöst, vilket försvårar en bedömning. Kravet som sådant är dock ägnat att tillgodose det nämnda syftet. Likväl kan de rättsverkningar och s.k. dolda klausuler som anses följa ett krav på kollektivavtal tala för att kravet ändå är olämpligt att ställa av förutsägbarhetsskäl. Det ter sig därför inte självklart huruvida kravet är lämpligt eller inte.

Huruvida kravet är effektivt i förhållande till syftet kan diskuteras. I SOU 2013:12 uttrycks en osäkerhet kring användningen av offentlig upphandling som styrmedel

¹⁴⁴ Se t.ex. mål C-234/03, Contse och RÅ 2010 ref. 78.

¹⁴⁵ Här om råder dock delade meningar. Branschorganisationen Företagarnas regionchef menar att det inte finns något "i kollektivavtalet som säger att man är ett schyst företag", när hon kommenterar det faktum att fler kommuner vill ställa krav på kollektivavtal i tjänsteupphandlingar. Se Kommuner vill ha nya krav vid upphandlingar, *Dagens samhälle*, 2014, nr. 12, s. 10-11.

¹⁴⁶ NOU:s yttrande dnr 2005/0088-29, s. 5.

och forskning på området efterfrågas.¹⁴⁷ För mig framstår det dock som klart att villkoret säkrar goda arbets- och anställningsvillkor i högre utsträckning än vad som vore fallet om villkoret inte ställts. Det mot bakgrund av det faktum att kollektivavtalet är ett arbetsrättsligt instrument vilket reglerar arbets- och anställningsvillkor, framförhandlade av företrädare för både arbetsgivar- och arbetstagersidan.

Värt att belysa är att det torde krävas en hög organisations- och täckningsgrad i den aktuella branschen för att kravet ska anses lämpligt och ge verklig effekt. I allmänhet har kollektivavtalet mycket stor spridning i Sverige men trenden pekar mot en individualisering av anställningsvillkorsreglering och en minskning av organisation- och täckningsgrad.¹⁴⁸ Om trenden fortsätter kan det på den grunden, i framtiden, ifrågasättas huruvida ett krav på kollektivavtal är lämpligt och effektivt för att säkra goda arbets- och anställningsvillkor eller om åtgärden främst får en exkluderande och konkurrensbegränsade effekt.

4.3.4.2 Nödvändigt

Villkoret måste vidare vara nödvändigt i förhållande till syftet.¹⁴⁹ Det innebär att det inte får finnas mindre ingripande åtgärder som ger samma resultat. Som tidigare konstaterats är syftet tudelat vilket bör hållas i minnet.

I förhållande till syftet att säkra goda arbets- och anställningsvillkor kan kravet inte anses nödvändigt då det finns mindre ingripande åtgärder som ger samma resultat, nämligen att ställa krav på relevanta kollektivavtalsliknande villkoren. Mer konkret innebär det att den upphandlande myndigheten måste precisera de villkor som är nödvändiga för att uppnå syftet.

I förhållande till syftet om ett etablerat kontroll- och efterlevnadssystem är det troligt att kravet bedöms som nödvändigt. Min mening är att det i dagsläget saknas mindre ingripande åtgärder för att kunna kontrollera arbetsrättsliga krav som ställs i offentliga

¹⁴⁷ Se också Frostensson, Magnus, Sjöström, Emma, *Sociala krav som styrmedel i offentlig upphandling – en forskningsöversikt*, 2012, hänvisning från SOU 2013:12, s. 409. Författarna har analyserat effekterna av att ställa sociala krav i offentliga upphandlingar och bl.a. konstaterat att det saknas tillförlitlig empirisk data på området och att effekterna inte är ordentligt utforskade.

¹⁴⁸ Glavå, s. 91-92.

¹⁴⁹ Mål C-234/03, Contse, punkt 41 och mål C-234/01, Gambelli, punkt 72.

upphandlingar på ett likvärdigt sätt. Huruvida det är ett berättigat syfte som faller inom definitionen för sociala hänsyn kan däremot diskuteras.

4.3.4.3 Proportionerligt

Ett krav är proportionerligt förutsatt att de negativa effekterna som följer, på det intresse som villkoret inskränker, är rimliga och inte är överdrivna i förhållande till det eftersträvade syftet.¹⁵⁰ Återigen måste syftet med kravet hållas i minnet. De negativa effekter som kan komma att följa ett krav på kollektivavtal är bl.a. ett exkluderande upphandlingsförfarande med försämrad konkurrens som följd och en begränsning av den fria rörligheten. Konkurrens syftar till att öka den gemensamma välfärden till följd av effektivisering, genom att erbjuda konsumenten bästa möjliga kvalitet till bästa möjliga pris. Konkurrensen riskerar att begränsas eftersom små och medelstora företag kan komma att utestängas från den offentliga upphandlingen till följd av kravet. Det skulle i förekommande fall leda till att färre aktörer lämnar anbud. Villkoret riskerar också att inskränka intresset av den fria rörligheten och en väl fungerande inre marknad eftersom det får anses försvåra för leverantörer från andra medlemsstater att delta i svenska upphandlingar. Frågan är då om dessa effekter är rimliga. Mot bakgrund av att villkoret inte med säkerhet kan anses lämpligt, effektivt eller nödvändigt anser jag att effekterna svårligen kan bedömas som rimliga och kravet torde således inte vara proportionerligt.¹⁵¹

4.4 Slutsats

Sammantaget kan konstateras att ett särskilt kontraktsvillkor innehållande ett krav på svenskt kollektivavtal riskerar att strida mot den negativa föreningsrätten, avtalsfriheten och de allmänna EU-rättsliga principerna varför ett sådant bör undvikas. Därmed inte sagt att det är omöjligt att ställa arbetsrättsliga krav inom ramen för offentliga upphandlingar. Som ovan nämnt finns ett förhållandevis stort utrymme i lagstiftningen, både på EU-nivå och nationell nivå, för att inkorporera sådana krav på andra sätt än genom krav på svenskt kollektivavtal och således säkerställa goda arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare i offentliga kontrakt och därigenom främja en sund konkurrens och motverka låglönekonkurrens. Vad som

¹⁵⁰ NOU:s yttrande dnr 2005/0088-29.

¹⁵¹ Av pedagogiska skäl har jag valt att genomföra en fullständig proportionalitetsbedömning. Klart är dock att de olika stegen bygger på varandra varför bedömningen normalt inte fortsätter när en åtgärd har bedömts strida mot något av rekvisiten.

däremot får anses svårt att uppnå på ett annat sätt än genom just krav på svenskt kollektivavtal är en beprövad kontroll- och efterlevnadsfunktion.

5. Krav på kollektivavtalsliknande villkor i offentlig upphandling

Som alternativ till att villkora kollektivavtalsingående och bundenhet för vinnande anbudsgivare kan den upphandlande myndigheten ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor i de särskilda kontraktsvillkoren med syfte att säkerställa goda arbets- och anställningsvillkor i offentliga kontrakt och därigenom främja en sund konkurrens. Vilka villkor som kan ställas och hur de kan utformas begränsas av utstationeringsdirektivet och de EU-rättsliga principerna i den mån EU-rätten är tillämplig på upphandlingen.

5.1 Utstationering av arbetstagare

Vid upphandling med ett gränsöverskridande moment krävs att bestämmelserna i utstationeringsdirektivet beaktas.¹⁵² Det kan inledningsvis konstateras att det råder osäkerhet kring den faktiska omfattningen av utstationerade arbetstagare till Sverige inom ramen för offentlig upphandling. Man har dock hävdats att sådan utstationering förekommer i relativt liten utsträckning men att trenden är ökande.¹⁵³ Den största delen av utstationerade arbetstagare är hänförliga till bygg- och entreprenadbranschen.¹⁵⁴

5.1.1 Utstationeringsdirektivet och utstationeringslagen

Syftet med utstationeringsdirektivet är tudelat vilket är en konsekvens av det faktum att direktivet i flera avseenden är en kompromiss mellan motstående intressen.¹⁵⁵ Dels syftar direktivet till att främja den fria rörligheten av tjänster genom att begränsa medlemsstaternas fria utrymme att reglera arbetsvillkor för utstationerade arbetstagare, dels till att säkerställa godtagbara arbetsvillkor för utstationerade

¹⁵² Skäl 34, direktiv 2004/18/EG.

¹⁵³ Prop. 2009/10:48, *Åtgärder med anledning av Lavaldomen*, s. 53.

¹⁵⁴ Prop. 2009/10:48, s. 52, "Enligt uppgifter till utredningen från Svenska Byggnadsarbetarförbundet fanns det under hösten 2008 omkring 120 utstationerade företag i byggbranschen med sammanlagt ca 1050 arbetstagare".

¹⁵⁵ Se Sigeman, Tore, Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt, *Europarättslig Tidskrift*, 2005, s. 471.

arbetstagare och förhindra låglönekonkurrens.¹⁵⁶ Det sistnämnda motivet medför en godtagbar begränsning av den fria rörligheten av tjänster, vilken ansågs befogad mot bakgrund av att en oklarhet kring vilka arbetsrättsliga regler som ska tillämpas på utstationerade arbetstagare riskerar att vara än mer hämmande.¹⁵⁷ Direktivet avser således att bringa klarhet i vilka arbets- och anställningsvillkor som är tillämpliga i situationer som innehåller ett gränsöverskridande moment med syfte att nå transparens och förutsägbarhet. I skäl 5 till utstationeringsdirektivet stadgas att lojal konkurrens och åtgärder som garanterar att arbetstagares rättigheter respekteras är nödvändiga för att främja tillhandahållandet av tjänster över gränserna.

Enligt artikel 3.1 i direktivet är medlemsstaterna, genom sin nationella implementering, skyldiga att säkerställa att företag som utstationerar arbetstagare till medlemsstaten följer nationella minimivillkor motsvarande de arbetsvillkor som stadgas i den s.k. ”hårda kärnan”. Direktivet torde i första hand vara ett lagvalsdirektiv som pekar ut de arbetsvillkor som den utstationerande arbetsgivaren har att iaktta i värdlandet. Varken rättsreglerna på arbetsrättens område eller de regleringar som motsvaras av den hårda kärnan harmoniseras genom direktivet.

Utstationeringsdirektivet är tillämpligt på företag som är etablerade i en medlemsstat och som i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna, utstationerar arbetstagare genom en gränsöverskridande åtgärd inom en medlemsstats territorium.¹⁵⁸ Direktivet har implementerats i svensk rätt genom utstationeringslagen.¹⁵⁹ Lagen innebär att centrala regler i semesterlagen, föräldraledighetslagen, diskrimineringslagarna, arbetstidslagen, arbetsmiljölagen samt reglerna om förenings- och förhandlingsrätt ska gälla även för utstationerade

¹⁵⁶ COM (91) 230 final, *Proposal for a council directive concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, s. 4, där kommissionen talade om ”Fair competition” och uttalade att ”The question is therefore one of finding a balance between two principles which find themselves in contradiction. On the one hand, free competition between firms, including at the level of subcontracting across borders, so that the full benefits of the Single Market can be realised including by firms based in Member States whose main comparative advantage is a lower wage cost. On the other, Member States may decide to set and apply minimum pay levels applicable on their territory in order to ensure a minimum standard of living appropriate to the country concerned.”.

¹⁵⁷ Eklund, Ronnie, *Utstationering av arbetstagare*, SvJT, 2000, s. 260.

¹⁵⁸ Se artikel 1.1 och artikel 1.3 direktiv 96/71/EG.

¹⁵⁹ Lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

arbetstagare.¹⁶⁰ I 9 a § utstationeringslagen finns vidare en regel som möjliggör för utländska arbetsgivare att få information om vilka villkor denne måste uppfylla vid utstationering av arbetstagare till Sverige.

5.1.2 Den hårda kärnan

I artikel 3.1 stadgas utstationeringsdirektivets hårda kärna vilken utgörs av krav på:

- a) ”längsta arbetstid och kortaste vilotid
- b) minsta antal betalda semesterdagar per år
- c) minimilön
- d) villkor för att ställa arbetstagare till förfogande, särskilt genom företag för uthyrning av arbetskraft
- e) krav på säkerhet, hälsa och hygien på arbetsplatsen
- f) skyddsåtgärder med hänsyn till arbets- och anställningsvillkor för gravida kvinnor och kvinnor som nyligen fött barn samt för barn och unga
- g) lika behandling av kvinnor och män samt andra bestämmelser om icke-diskriminerande behandling.”

I Sverige finns motsvarigheten till den hårda kärnan i 5 § utstationeringslagen. Där stadgas att en arbetsgivare ska tillämpa uppräknade regler för utstationerade arbetstagare, oavsett vilken lag som annars gäller för anställningsförhållandet.

Frågan är då vad som skiljer den hårda kärnan från innehållet i ett svenskt kollektivavtal. Sofie Rehnström, jurist på LO, menar att något entydigt svar på frågan inte finns och att stora skillnader förekommer mellan kollektivavtal i olika branscher. Hon poängterar dock att bl.a. rätten till ytterligare ledighet och olika typer av förmåner i allmänhet går förlorad genom att krav på kollektivavtal inte ställs. Hon menar också att priset per arbetad timma generellt sett blir lägre för företag som enbart följer reglerna i den hårda kärnan jämfört med företag som tillämpar kollektivavtal.¹⁶¹ Det kan i förlängningen leda till att kollektivavtalsbundna företag får en konkurrensnackdel i offentliga upphandlingar: dels gentemot företag i andra medlemsstater, dels gentemot svenska företag som inte är bundna av kollektivavtal.

¹⁶⁰ Wrange, red. m.fl., s. 18.

¹⁶¹ Sofie Rehnström, jurist på LO, telefonintervju 2014-05-15.

En sådan nackdel kan inte anses önskvärd och riskerar att urholka den svenska modellen.

En upphandlande myndighet kan med säkerhet ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor som överensstämmer med direktivets hårda kärna. Att ställa arbetsrättsliga villkor på områden som inte inkluderats i den hårda kärnan riskerar däremot att strida mot EU-rätten och torde därför inte vara möjligt som huvudregel.¹⁶² Inte heller villkor som är mer betungande för leverantören än de miniminivåer som uttrycks i artikel 3.1 (och inte heller omfattas av *ordre public* i artikel 3.10 första strecksatsen) kan anses förenliga med EU-rätten.¹⁶³ I och med direktivets antagande torde istället avvägningen mellan goda arbetsvillkor (inklusive intresset av att undvika låglönekonkurrens och otillbörliga konkurrensfördelar) och betydelsen av den fria rörligheten och fri konkurrens ha avgjorts. Villkor på områden som inte omfattas av den hårda kärnan eller som är mer långtgående anses begränsa den fria rörligheten i mer än tillåten omfattning. Konsekvensen av det sagda blir att företag som utstationerar arbetstagare i viss utsträckning får behålla den konkurrensfördel som uppstår till följd av att hemlandets arbetsrättsliga standard är lägre än värdlandets. Detsamma gäller till viss del för svenska företag som inte har ingått kollektivavtal. Tilläggas ska att Sverige har lagstadgade minimivillkor för allt i direktivets hårda kärna, utom för minimilön.¹⁶⁴ Lagstadgade minimilöner anses i allmänhet inte förenligt med svensk arbetsrättslig tradition och den svenska modellen.¹⁶⁵

¹⁶² Se dock artikel 3.10 första strecksatsen utstationeringsdirektivet som medger krav utöver den hårda kärnan till följd av *ordre public*, varmed avses enligt prop. 2009/10:48, s. 100 "bestämmelser som är så avgörande för skyddet av den politiska, sociala eller ekonomiska ordningen i en medlemsstat att det är nödvändigt att det gäller för alla personer och för alla rättsförhållanden inom medlemsstaten". Villkor som enbart följer av kollektivavtal har inte ansetts, av EU-domstolen, kunna utgöra *ordre public* i direktivets mening, prop. 2009/10:48, s. 23. För svenskt vidkommande omfattas bl.a. reglerna om förenings- och förhandlingsrätt i MBL av *ordre public* enligt SOU 2008:123, *Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen*.

¹⁶³ Artikel 3.10 första strecksatsen utstationeringsdirektivet motsatsvis och prop. 2009/10:48, s. 23.

¹⁶⁴ Se 5§ utstationeringslagen med hänvisning till bestämmelser i semesterlagen (1977:480), föräldraledighetslagen (1995:584), lagen (2002:293) om förbud mot diskriminering av deltidsarbetande arbetstagare och arbetstagare med tidsbegränsad anställning, diskrimineringslagen (2008:567), arbetsmiljölagen (1977:1160), arbetstidslagen (1982:673), lagen (2005:395) om arbetstid vid visst vägtransportarbete, lagen (2005:426) om arbetstid mm. för flygpersonal inom civilflyget, lagen (2008:475) om kör- och vilotid vid internationell järnvägstrafik samt lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare.

¹⁶⁵ Se Prop. 1998/99:90, *Utstationering av arbetstagare*, s. 27.

5.2 EU-domstolens praxis

5.2.1 Laval-målet

Målet behandlar en entreprenadupphandling avseende en skolbyggnation i Vaxholms kommun. Avtal ingicks mellan kommunen och det svenska bolaget L & P Baltic Bygg AB (Baltic). För delar av entreprenaden anlätade Baltic arbetstagare från sitt tidigare moderbolag, det lettiska företaget Laval. Laval utstationerade 35 arbetstagare för arbete i Sverige. Laval hade tecknat kollektivavtal med det lettiska byggnadsarbetarförbundet.¹⁶⁶ Företaget var inte bundet av några svenska kollektivavtal. Svenska fackförbund tryckte på för att få till stånd en sådan bundenhet och för att förmå företaget att betala en viss timlön till sina utstationerade arbetstagare. När det inte gav önskat resultat vidtog man fackliga stridsåtgärder och sympatiåtgärder mot bolaget.

Laval väckte talan i AD och begärde att samtliga åtgärder mot dem förklarades olovliga. AD begärde ett förhandsavgörande från EU-domstolen angående huruvida det var förenligt med EG-fördragets förbud mot diskriminering p.g.a. nationalitet, den fria rörligheten för tjänster samt med utstationeringsdirektivet, att fackliga organisationer, genom fackliga stridsåtgärder, försökte förmå ett utländskt företag som utstationerar arbetstagare i Sverige att ingå ett svenskt kollektivavtal.¹⁶⁷ EU-domstolens prövning kopplades till en bedömning av Sveriges implementering av utstationeringsdirektivet.

EU-domstolen konstaterade att den fria rörligheten för tjänster och artikel 3 i utstationeringsdirektivet utgör hinder för att en facklig organisation, genom fackliga stridsåtgärder, försöker förmå ett företag i en annan medlemsstat som utstationerar arbetstagare till värdlandet att ansluta sig till ett nationellt kollektivavtal som innehåller villkor som går utöver och/eller är mer långtgående än de som följer av artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Mål C-341/05, Laval, punkt 27-28.

¹⁶⁷ Mål C-341/05, Laval, punkt 40. Förhandsavgörandet omfattade också frågan huruvida samma regler utgör ett hinder för en tillämpning av de svenska bestämmelserna om Lex Britannia i MBL. Den frågan är dock av mindre betydelse för uppsatsen varför den lämnas därhän.

¹⁶⁸ Mål C-341/05, Laval, punkt 111.

Domstolen påpekade att en medlemsstat som saknar reglering av minimilöner i enlighet med artikel 3.1 eller artikel 3.8 i utstationeringsdirektivet, inte har en på direktivet grundad rätt att ålägga företag som är etablerade i andra medlemsstater, att i samband med tillhandahållande av tjänster över gränserna förhandla från fall till fall om lönenivån för utstationerade arbetstagare. Endast en tydlig och förutsägbar minimilön som bestämts på något sätt som direktivet fastställer får utkrävas enligt EU-domstolen. I det aktuella målet ansågs inte den krävda lönen utgöra en minimilön enligt utstationeringsdirektivets definition.¹⁶⁹ Det ska dock erinras om att domstolen uttryckligen uttalar att utstationeringsdirektivet inte innehåller en uttömmande uppräkningslista av tillåtna sätt att genomföra direktivet.¹⁷⁰

Målet speglar på ett tydligt sätt den potentiella konflikt mellan fri rörlighet för tjänster och rätten att vidta fackliga stridsåtgärder, som kommer till uttryck i både svensk grundlag och i EU-rätten.¹⁷¹ I Laval-målet menar EU-domstolen att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder får stå tillbaka till förmån för den fria rörligheten och de marknadsintegrationsambitionerna.

5.2.1.1 Diskussion

Laval-målet innebär således att EU-rätten inte tillåter att stridsåtgärder vidtas mot ett företag som omfattas av utstationeringsdirektivet, i syfte att teckna kollektivavtal som innehåller villkor som går utöver och/eller är mer långtgående än utstationeringsdirektivets hårda kärna (och inte kan anses utgöra *ordre public* enligt artikel 3.10 första strecksatsen). Sådana stridsåtgärder utgör icke-godtagbara inskränkningar av den fria rörligheten. Enbart minimivillkor är tillåtna att kräva. Sådana villkor har ansetts nödvändiga för att skydda utstationerade arbetstagare och utgör således godtagbara inskränkningar i den fria rörligheten. Det sagda får anses innebära att utstationeringslagen inte bara uppställer en miniminivå utan också en maximinivå för vad som, med hjälp av stridsåtgärder, är möjligt att kräva av en utländsk arbetsgivare. Inskränkningen i rätten att vidta fackliga stridsåtgärder torde begränsa upphandlande myndigheter på motsvarande sätt, i deras strävan att beakta

¹⁶⁹ Mål C- 341/05, Laval, punkt 70-71.

¹⁷⁰ Mål C.341/05, Laval, punkt 68.

¹⁷¹ Se 2 kap 17 § Regeringsformen, rätten begränsas framförallt av fredspliktsreglerna i 41-44 § MBL men kan också begränsas genom avtal. Rätten att vidta fackliga stridsåtgärder stadgas också i artikel 28 i rättighetsstadgan. Vid tidpunkten för domen ansågs inte stadgan vara en del av primärrätten.

kollektivavtalsliknande villkor. Således bör Lavaldomen utgöra ett hinder för upphandlande myndigheter att ställa arbetsrättsliga krav som går utöver och/eller är mer långtgående än de minimivillkor som uttrycks i den hårda kärnan. Tolkningen görs mot bakgrund av det faktum att fackliga organisationers rätt att vidta stridsåtgärder är omfattande och erkänd både nationellt och på EU-nivå. Trots det inskränks rätten till förmån för marknadsintegrerande bestämmelser och ambitioner. Upphandlande myndigheter saknar en rättighet att kräva arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingar varför det framstår som otroligt att deras befogenheter skulle vara mer långtgående än de fackliga organisationernas.

5.2.2 Ruffert-målet

Målet behandlar en entreprenadupphandling i den tyska delstaten Niedersachsen. Den i delstaten gällande upphandlingslagen krävde att upphandlande myndigheter ingick avtal med leverantörer som betalade en lön i nivå med gällande kollektivavtal på orten där byggentreprenaden utfördes. Det lagstadgade kravet blev en del av upphandlingens förfrågningsunderlag som vinnande leverantör, Objekt und Bauregie, åtog sig att följa. För delar av entreprenaden anlidade leverantören en polsk underentreprenör som inte levde upp till åtagandena enligt kontraktet. Byggentreprenadavtalet hävdades därför av den upphandlande myndigheten och leverantören väckte talan om fordran i tysk domstol. I den rättstvist som följde begärdes ett förhandsavgörande från EU-domstolen kring huruvida den nationella lagen och det efterföljande kravet i förfrågningsunderlaget var förenligt med EU-rätten.¹⁷²

EU-domstolen konstaterade inledningsvis att utstationeringsdirektivet var tillämpligt i målet. Domstolen menade vidare att lagbestämmelsen i delstatslagen, som inte uttryckligen stadgade en minimilön, inte kunde anses utgöra en sådan minimilön som avses i utstationeringsdirektivet och fastställde att det aktuella kollektivavtalet inte kunde anses vara allmängiltigt i direktivets mening. Lönekravet var således inte uppställt i enlighet med de förutsättningar som ges i utstationeringsdirektivet och därför inte möjligt att kräva.¹⁷³ Domstolen menade att utstationeringsdirektivet, tolkat mot bakgrund av den fria rörligheten för tjänster, utgör ett hinder för att en myndighet

¹⁷² Se mål C-346/06 Ruffert.

¹⁷³ Mål C-346/06 Ruffert, punkt 24-35.

i en medlemsstat vidtar åtgärd av lagstiftningskaraktär som binder upphandlande myndighet att endast anta anbud från leverantörer som åtar sig att betala den lön som fastställs i på orten gällande kollektivavtal.¹⁷⁴

5.2.2.1 Diskussion

Domstolens bedömning ska ses mot bakgrund av det faktum att kollektivavtalet, som innehöll villkorad lönenivå, inte var allmängiltigförklarat trots att ett system för allmängiltigförklarande fanns att tillgå. Ett allmängiltigförklarat kollektivavtal var således vad som borde använts för att, i direktivets mening, fastställa en minimilön som kan ligga till grund för ett krav i offentlig upphandling.¹⁷⁵

Ahlberg och Bruun för ett resonemang om att domen skulle kunna innebära att ILO-konventionen nr. 94 och EU-rätten strider mot varandra, trots att detta tidigare förnekats av ILO:s expertkommitté.¹⁷⁶ De poängterar dock att EU-domstolen överhuvudtaget inte nämner ILO-konventionen i sitt förhandsavgörande eller det faktum att delstatslagen var upprättad i enlighet med de skyldigheter som åläggs medlemsstater som ratificerat konventionen.¹⁷⁷ Tyskland har inte ratificerat konventionen och EU-domstolen valde att begränsa prövningen till delstatslagens förenlighet med utstationeringsdirektivet, tolkat mot bakgrund av den fria rörligheten för tjänster. EU-domstolen tog således inte ställning till frågan huruvida en konflikt föreligger mellan ILO-konventionen och EU-rätten med avseende på skyldigheten att säkra goda arbets- och anställningsvillkor som åläggs medlemsstaten i respektive reglering. Det framstår som rimligt att anta att de skyldigheter som följer av konventionen är mer långtgående än de som följer av utstationeringsdirektivet varför det är sannolikt att en fullständig tillämpning av ILO-konventionen utgör en otillåten inskränkning av den fria rörligheten.

Ahlberg och Bruun diskuterar vidare huruvida EU-domstolen förespråkar konkurrensfördelar för utländska leverantörer och därmed gör avsteg från

¹⁷⁴ Mål C-346/06 Rüffert, punkt 43.

¹⁷⁵ Se Ahlberg, Kerstin, Bruun, Niklas, *Expertyttrande med anledning av Konkurrensverkets beslut 2010-04-15 angående krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling* (www), s. 2, lo.se, hämtat 2014-03-25. Benämns "Expertyttrandet" i fortsättningen.

¹⁷⁶ Report III (Part IB), s. 86. Ställningstagandet gjordes före Rüffert-målet avgjordes.

¹⁷⁷ Ahlberg, Bruun, s. 128.

likabehandlingsprincipen i målet.¹⁷⁸ Det blir de facto konsekvensen av att utländska företag inte kan omfattas av samma reglering som inhemska företag i branschen. Likaså kan argumenteras för att utgångspunkten i ILO-konventionen är att leverantörer som tillämpar sämre arbetsvillkor ges en oönskad konkurrensfördel om reglering inte införs. Utgångspunkten i EU-rätten får istället anses vara att utländska leverantörer som tillämpar sämre arbetsvillkor får en konkurrensnackdel jämfört med nationella företag om alltför långtgående krav tillåts ställas. Här behöver man skilja upphandlingar med ett gränsöverskridande intresse från upphandlingar som saknar ett sådant samt hålla i minnet att ILO-konventionen nr. 94 ursprungligen syftade till att reglera inhemska upphandlingar menar jag. Att poängtera är att något EU-rättsligt hinder inte finns för upphandlande myndigheter att, i upphandlingar som saknar ett gränsöverskridande intresse, ställa andra eller mer långtgående arbetsrättsliga krav än de som stadgas i den hårda kärnan, eftersom EU-rätten överhuvudtaget inte är tillämplig på sådana kontrakt som utgångspunkt. Den svenska lagstiftarens utvidgning av de EU-rättsliga principernas tillämpningsområde har visserligen medfört att även sådana upphandlingar omfattas av principerna men utstationeringsdirektivets regler är fortfarande inte tillämpliga. I upphandlingar med ett gränsöverskridande intresse och i upphandlingar med ett bestämt gränsöverskridande intresse måste däremot utstationeringsdirektivets regler beaktas och gälla för samtliga anbudsgivare, utländska som nationella.¹⁷⁹ Att olika krav ställs på utländska och nationella leverantörer i en och samma upphandling, vilket strider mot likabehandlingsprincipen, måste skiljas från om olika krav ställs i olika typer av upphandlingar, vilket istället är en följd av att den rättsliga regleringen på området skiljer sig åt. Således framstår det inte som troligt att likabehandlingsprincipen åsidosatts i Ruffert-målet enligt min mening.

¹⁷⁸ Ahlberg, Bruun, s. 128-129.

¹⁷⁹ Upphandlingar med ett bestämt gränsöverskridande intresse efter bedömning av upphandlande myndighet omfattas av primärrätten enligt EU-domstolens praxis, som nämnt ovan, trots att de faller utanför tillämpningsområdet för upphandlingsdirektivet. Utstationeringsdirektivet tillhör sekundärrätten men är inte i första hand ett direktiv som reglerar offentlig upphandling. Istället regleras alla tänkbara situationer där utstationering av arbetstagare sker inom unionen. Min bedömning är därför att upphandlande myndigheter gör bäst i att beakta reglerna i utstationeringsdirektivet även för upphandlingar som i det enskilda fallet har ett bestämt gränsöverskridande intresse.

5.3 Krav på minimilön

Ett krav på minimilön¹⁸⁰ för arbetstagare i offentliga kontrakt utgör troligen det viktigaste villkoret för att säkra goda arbets- och anställningsvillkor och därigenom motverka låglönekonkurrens, oberoende av om ett gränsöverskridande intresse finns eller inte. Särskilt gäller det sagda i arbetskraftsintensiva branscher där arbetskraftskostnaden är avgörande.¹⁸¹ För att kravet ska vara rättsligt hållbart i upphandlingar med ett gränsöverskridande intresse och i upphandlingar med ett bestämt gränsöverskridande intresse krävs, i enlighet med utstationeringsdirektivet, att minimilönen fastställts i lag eller i ett kollektivavtal med allmän giltighet. Sverige saknar som ovan nämnt lagstadgade minimivillkor avseende lönenivå. Istället regleras normalt minimilönenivån i kollektivavtal, om den överhuvudtaget uttryckligen reglerats.¹⁸² Sverige saknar också ett system för att allmängiltigförklara kollektivavtal och har således inga kollektivavtal med allmän giltighet som kan ligga till grund för ett krav på minimilön.¹⁸³ Med allmängiltigt kollektivavtal innebär ett avtal som genom lag blivit allmängiltigförklarat och därmed gäller för samtliga företag inom den aktuella branschen och inom det aktuella geografiska området.¹⁸⁴ Direktivet anvisar en tredje möjlighet för medlemsstaterna att inkorporera minimivillkor som motsvaras av den hårda kärnan i den nationella rättsordningen, genom s.k. rikstäckande kollektivavtal, och gör det på så sätt möjligt för fackliga organisationer och upphandlande myndigheter att kräva desamma. Med rikstäckande kollektivavtal avses enligt artikel 3.8 andra stycket i utstationeringsdirektivet kollektivavtal som gäller allmänt för alla likartade företag inom den aktuella branschen och inom det

¹⁸⁰ Minimilön kan i svenska kollektivavtal också benämnas grundlön, nyanställningslön eller ingångslön.

¹⁸¹ Schulten, Thorsten m.fl, *Pay and other social clauses in European public procurement – An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom*, EPSU, 2012, s. 11 och 16.

¹⁸² Om generell reglering saknas gäller en lägsta godtagbar nivå som utvecklats i rättspraxis och som innebär att lönen inte får vara oskälig enligt 36 § Avtalslagen (AvtL). I prop. 1998/99:90 s. 24 sägs dock att 36 § AvtL inte är ett sådant fastställande av minimilön som avses i direktivet, varför paragrafen inte torde gå att stödja sig på direkt vid krav på minimilön.

¹⁸³ Jfr med regleringen i bl.a. Norge och Finland. I Norge (som inte är medlem i EU men i EES) har man lagstiftning som gör det möjligt att allmängiltigförklara kollektivavtal. Lagstiftningen syftar uttryckligen till att motverka lönedumpning vid anlitande av utländsk arbetskraft och omfattar branscher som är särskilt utsatta för låglönekonkurrens. I Finland har man också ett system för att allmängiltigförklara kollektivavtal som innebär att alla kollektivavtal som anses vara rikstäckande och representativa för en bransch blir allmänt bindande för alla arbetsgivare inom branschen, med avseende på de arbets- och anställningsvillkor som stadgas däri. Se Arbetsmiljöverket, *Rapport 2012:5 Förstudie om det fortsatta arbetet med utländska företag och arbetstagare*, 2012, bilaga 5, s. 3 och 10.

¹⁸⁴ Artikel 3.8 direktiv 96/71/EG.

aktuella geografiska området (första strecksatsen) och/eller har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna på nationell nivå och som gäller inom hela landet (andra strecksatsen). Konstruktionen liknar den för allmängiltigförklaring av kollektivavtal men med skillnaden att det ledande kollektivavtalet, trots att det anses rikstäckande, inte omfattar nationella företag som överhuvudtaget inte är avtalsbundna.¹⁸⁵ Möjligheten som kommer till uttryck i artikel 3.8 andra stycket är framförallt skapad för att tillgodose Sverige och Danmarks arbetsrättsliga regleringsmodell.¹⁸⁶

Huruvida rikstäckande kollektivavtal i dagsläget existerar på den svenska arbetsmarknaden diskuterades i utredningen som följde Lavaldomen.¹⁸⁷ Man hävdade då att sådana rikstäckande kollektivavtal som avses i artikel 3.8 andra stycket i utstationeringsdirektivet finns och får anses gälla allmänt när de slutits mellan centrala arbetstagar- och arbetsgivarorganisationerna i branschen. Ett exempel på ett rikstäckande avtal är *byggnadsavtalet* som har en mycket hög täckningsgrad och bl.a. därför får anses gälla allmänt.¹⁸⁸ En bedömning av om ett rikstäckande kollektivavtal som omfattar den aktuella upphandlingen finns eller inte torde få göras i varje enskilt fall. Vidare är det inte självklart att ett rikstäckande kollektivavtal innehåller sådan minimilön som avses i utstationeringsdirektivet, varför även det i viss mån får bedömas från fall till fall.¹⁸⁹

Enligt kommissionen krävs en uttrycklig regel i medlemsstatens implementering av utstationeringsdirektivet om att sådana kollektivavtal som avses i artikel 3.8 ska tillämpas.¹⁹⁰ Huruvida en sådan i dagsläget existerar får anses oklart. I 5 a § utstationeringslagen återfinns en formulering som liknar den efterfrågade och som lyder: ”motsvarar villkoren i ett centralt kollektivavtal som tillämpas i hela Sverige på motsvarande arbetstagarare i den aktuella branschen”. Bestämmelsen syftar dock till att förtydliga under vilka förutsättningar fackliga organisationer tillåts vidta stridsåtgärder mot utländska arbetsgivare som utstationerar arbetstagarare i Sverige och

¹⁸⁵ Sigeman 2005, s. 477.

¹⁸⁶ Sigeman 2005, s. 476.

¹⁸⁷ Prop. 2009/10:48, s. 30-32.

¹⁸⁸ Prop.2009/10:48, s. 30.

¹⁸⁹ Se prop. 2009/10:48, s. 54 om lokala parters roll i lönebildningen och dess eventuella påverkan.

¹⁹⁰ KOM(2003) 458 slutlig, *Genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna*, s. 11-12.

inte till att förtydliga vilken minimireglering avseende lön som är gällande. Om en sådan regel saknas i svensk rätt kan det vara värt att överväga ett införande. Det skulle klargöra rättsläget, innebära att Sverige med säkerhet lever upp till sina skyldigheter enligt utstationeringsdirektivet samt underlätta för upphandlande myndigheter att kräva minimilöner i offentliga upphandlingar med ett gränsöverskridande intresse.

Medlemsstaterna är enligt artikel 3 i utstationeringsdirektivet skyldiga att säkerställa att utländska företag inom byggbranschen betalar ut löner i nivå med de gällande minimilönerna i branschen till sina utstationerade arbetstagare.¹⁹¹ För att försäkra sig om att Sverige uppfyller sina skyldigheter sker en effektiv bevakning av utländska arbetsgivare som utstationerar arbetstagare och fackliga organisationer ämnar träffa kollektivavtal med dessa för att säkerställa goda arbetsvillkor för de utländska arbetstagarna samt för att undvika låglönekonkurrens.¹⁹² Någon skyldighet för fackliga organisationer att agera finns dock inte. Någon lagreglerad skyldighet för utländska företag att tillämpa svenska kollektivavtalsliknande villkor finns heller inte av den enkla anledningen att en sådan saknas för svenska företag. Huruvida Sverige gjort tillräckligt för att säkerställa rimliga lönenivåer och således undvika låglönekonkurrens och skydda utstationerade arbetstagare kan därför diskuteras. Sigeman menar att det faktum att man överlåtit till privaträttsliga organisationer (fackförbund) att upprätthålla direktivets syfte och genomföra dess resultat riskerar att strida mot likabehandlingsprincipen.¹⁹³

Eklund menar att Sverige visat ”ett icke litet mått av civil olydnad genom att man valt att inte iaktta de utpekade vägarna i direktivet för hur kollektivavtalets normer kan återspeglas i nationell rätt”. Härom är jag beredd att hålla med och jag ser det som problematiskt med tanke på de begränsningar som kan följa avseende upphandlande myndigheters möjligheter att ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor i form av minimilön. Den svenska löneregleringskonstruktionen torde således nämnvärt försvåra för upphandlande myndigheter i sin strävan att kräva kollektivavtalsmässiga löner i upphandlingar med ett gränsöverskridande intresse eller med ett bestämt gränsöverskridande intresse. I förlängningen är det utstationerade arbetstagare och

¹⁹¹ Se bilaga till utstationeringsdirektivet. Enligt artikel 3.10 andra strecksatsen i utstationeringsdirektivet får medlemsstaterna införa minimireglering även för andra branscher.

¹⁹² Wrangle, red. m.fl., s. 19.

¹⁹³ Sigeman 2005, s. 479.

företag som upprätthåller goda skyddsnivåer för sina anställda som drabbas och en osund konkurrens blir resultatet.

5.4 Skyldighet att kontrollera

För att säkerställa en sund konkurrens samt en överensstämmelse med likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering p.g.a. nationalitet krävs att den upphandlande myndigheten faktiskt kontrollerar att ställda krav uppfylls. Ett krav på kollektivavtal har ett syfte som innehåller en sådan kontroll- och efterlevnadsfunktion. Ett sådant syfte saknas dock i allmänhet för krav på kollektivavtalsliknande villkor. Upphandlande myndighet måste således finna ett sätt att säkerställa en effektiv kontroll. Hur skyldigheten genomförs i praktiken är inte självklart.

Vita-jobb modellen är en modell för inkorporerande av sociala hänsyn i tjänsteupphandlingar vilken syftar till att, genom särskilda kontraktsvillkor, säkerställa att leverantörer och underentreprenörer, erbjuder sina anställda kollektivavtalsenliga arbetsvillkor, med hänsyn taget till de begränsningar som följer av EU-rätten.¹⁹⁴ Ett uttalat syfte med modellen är vidare att komma tillrätta med svartarbete och den osunda konkurrens som blir följden. Enligt modellen krävs löpande kontroller av att villkoren uppfylls. Kontrollerna kan utformas på olika sätt och skötas av den upphandlande myndigheten själv eller av arbetstagarorganisationer genom konsultuppdrag.¹⁹⁵ Fördelen med att låta fackförbund genomföra kontrollen är att de är väl insatta i det kollektivavtal vari man hämtat aktuella villkor, dess innehåll och tolkning.¹⁹⁶ Det är således enklare för denna part att genomföra en korrekt kontroll. En förutsättning är dock att fackförbundsmedarbetare, vid fullgörande av uppdrag å kommunens vägnar, framträder objektivt för att säkerställa en korrekt bedömning och så att säga ”tar av sig fackförbundshatten”.¹⁹⁷ Vidare rapporterar kontrollanterna till kommunen och omfattas av gällande tystnadsplikts- och sekretesslagstiftning.¹⁹⁸

¹⁹⁴ Junesjö, Kurt, *Vita jobb – Verktyg mot svartarbete och social dumping vid offentlig upphandling*, 2009, uppl. 2, s. 25.

¹⁹⁵ *Vita jobb* (www), avtalsinformation.nu, hämtat 2014-05-15.

¹⁹⁶ *Vita jobb i praktiken* (www), lo.se, hämtat 2014-03-25.

¹⁹⁷ Citerar Sofie Rehnström, telefonintervju, 2014-05-15.

¹⁹⁸ *Vita jobb* (www), avtalsinformation.nu, hämtat 2014-05-15.

Modellen har mig veterligen inte prövats i domstol men är utformad av kommuner och fackförbund för att vara juridiskt hållbar. Vita-jobb modellen kan således sannolikt användas av upphandlande myndigheter i tjänsteupphandlingar för att säkerställa goda arbets- och anställningsvillkor i offentliga kontrakt och säkerställa en kontroll av desamma.

5.5 Slutsats

Sammantaget kan konstateras att ett särskilt kontraktsvillkor innehållande krav på kollektivavtalsliknande villkor kan ställas av upphandlande myndigheter i offentliga upphandlingar. Möjligheterna begränsas dock till minimivillkor i enlighet med utstationeringsdirektivets hårda kärna när upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller ett bestämt gränsöverskridande intresse efter bedömning i det enskilda fallet. Samtidigt torde den hårda kärnan förhållandevis väl täcka de arbetsvillkor som normalt åsyftas när man talar om arbetstagar skydd.

För Sveriges vidkommande är det kravet på minimilön som framförallt är problematiskt, till följd av Sveriges avsaknad av lagstiftning kring lönebildning och bristande anpassning i övrigt till utstationeringsdirektivet. Krav på just minimilön torde vara det mest önskvärda kollektivavtalslikande villkoret att ställa, mot bakgrund av dess syfte. Att kravet inte med säkerhet kan ställas av upphandlande myndigheter är olyckligt.

För upphandlingar som saknar ett gränsöverskridande intresse bör samtliga kollektivavtalsliknande villkor kunna ställas av upphandlande myndigheter, oberoende av dess överensstämmelse med den hårda kärnan. Dock måste de allmänna EU-rättsliga principerna beaktas varför kraven exempelvis måste vara klara, tydligt specificerade och likabehandlande.

6. Det nya upphandlingsdirektivet

6.1 Bakgrund

Tidigare i år antogs tre nya direktiv på upphandlingsområdet.¹⁹⁹ Ett av dem, direktiv 2014/24/EU, kommer att ersätta direktiv 2004/18/EG. Medlemsstaterna har 24 månader på sig att implementera direktiven vilket bör innebära att en ny svensk upphandlingslagstiftning träder i kraft under våren 2016. I Sverige tillsattes en utredning under hösten 2013 som i skrivande stund arbetar på ett förslag till hur direktiven ska genomföras i svensk rätt.²⁰⁰ Utredaren ska beakta vad riksdagen tillkännagett²⁰¹ kring ändringar i LOU rörande möjligheter att beakta arbetsmiljöhänsyn och om möjligheter att ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor.²⁰² Uppdraget ska delredovisas avseende bestämmelser av betydelse för uppsatsens ämnesområde senast den 1 juli 2014.²⁰³

Bakgrunden till de nya och omarbetade upphandlingsdirektiven går att finna i kommissionens Europa 2020-strategi.²⁰⁴ I ingressen till det nya upphandlingsdirektivet för den klassiska sektorn stadgas att ”Offentlig upphandling ges en framträdande roll i Europa 2020-strategin..., som ett av de marknadsinstrument som ska användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla”.²⁰⁵ För att möjliggöra EU:s ambition var de befintliga upphandlingsreglerna tvungna att ses över.

¹⁹⁹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG och Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

²⁰⁰ Kommittédirektiv 2012:96, *Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner*, 2012.

²⁰¹ Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2010/11:AU3, *En förnyad arbetsmiljöpolitik med en nationell handlingsplan 2010-2015*.

²⁰² Kommittédirektiv 2012:96, s. 11.

²⁰³ Kommittédirektiv 2014:38, *Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner*, 2014.

²⁰⁴ Se KOM(2010) 2020 slutlig. Strategin bygger på tre sammankopplade prioriteringar som förstärker varandra: att utveckla en ekonomi baserad på kunskap och innovation, främja en koldioxidsnål, resurseffektiv och konkurrenskraftig ekonomi samt stimulera en ekonomi med hög sysselsättning och med stor social och territoriell sammanhållning.

²⁰⁵ Skäl 2, direktiv 2014/24/EU.

Förutom att anpassa regleringen till Europa 2020-strategin syftar det nya direktivet till att söka använda offentliga medel på ett effektivare sätt för att säkerställa bästa möjliga resultatet med avseende på god valuta för skattepengar, särskilt genom att förenkla reglerna och underlätta för små och medelstora företag och utländska leverantörer att delta. Det syftar också till att ge upphandlande myndigheter bättre möjligheter att, på ett mer strategiskt sätt, använda offentlig upphandling till stöd för gemensamma samhällsmål.²⁰⁶ Sammantaget syftar det nya upphandlingsdirektivet till att uppnå en mer strategisk användning av offentlig upphandling för att möta nya utmaningar.

6.2 Direktivets innehåll

I artikel 18.2 i direktiv 2014/24/EU stadgas att: ”Medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social-, och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller internationella miljö-, social-, och arbetsrättsliga bestämmelser som anges i bilaga X.”²⁰⁷ I den nya direktivtexten har således termen kollektivavtal infogats i en artikel, under allmänna bestämmelser och principer för upphandling. I direktiv 2004/18/EG nämns endast termen i ingressen.²⁰⁸ Förändringen torde ålägga medlemsstaterna att i större utsträckning beakta arbetsrättsliga skyldigheter som följer av kollektivavtal i sin nationella implementering, mot bakgrund av den bindande karaktär som skiljer artiklar från skäl. Artikel 18.2 är tvingande och lämpliga åtgärder ska således vidtas för att bl.a. arbetsrättsliga skyldigheter som följer av bindande rättslig reglering på olika nivåer och/eller av kollektivavtal iakttas av leverantörer och eventuella underleverantörer²⁰⁹ i offentliga upphandlingar. Vilka åtgärder den svenska lagstiftaren bedömer som lämpliga får således betydelse för hur direktivet ska tolkas och tillämpas i svenskt rätt framöver och för kollektivavtalets position inom ramen för offentlig upphandling. Klart är dock att sociala hänsynstaganden i form av arbetsrättsliga skyldigheter, i och med direktivet, är en integrerad del av den EU-

²⁰⁶ Skäl 2, direktiv 2014/24/EU.

²⁰⁷ Bilaga X innehåller en förteckning över de internationella sociala och miljörelaterade konventioner som avses i artikel 18.2.

²⁰⁸ Skäl 34, direktiv 2004/18/EG.

²⁰⁹ Se artikel 71 direktiv 2014/24/EU som hänvisar till innehållet i artikel 18.2.

rättsliga regleringen av offentlig upphandling vilken är bindande för medlemsstaterna avseende det resultat som ska uppnås.²¹⁰

De EU-rättsliga principerna kommer till uttryck i artikel 18.1 och ska fortsättningsvis genomsyra upphandlingsprocessens alla delar varför de åtgärder som vidtas av medlemsstaterna för att säkerställa att arbetsrättsliga skyldigheter iaktas i praktiken måste vara förenliga med principerna. Likaså finns det inget som tyder på att ett undantag från EU-rätten i övrigt skulle föreligga.²¹¹ Det stadgas istället särskilt i skäl 37 till direktiv 2014/24/EU att relevanta åtgärder, som vidtas av medlemsstater och upphandlande myndigheter, för att söka integrera bl.a. arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingar måste överensstämma med unionsrätten samt att åtgärderna bör tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet. I skäl 98 stadgas vidare att villkor för fullgörande av kontrakt som avser sociala aspekter bör tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet, såsom det tolkats av EU-domstolen.²¹²

Andra regler som visar på de sociala hänsynens framflyttade position är bl.a. artikel 57 och artikel 69. Artikel 57 stadgar skäl för uteslutning, vilka innefattar ett åsidosättande av skyldigheterna i artikel 18.2. Bestämmelsen är fakultativ varför den svenska implementeringen blir avgörande för hur eller om möjligheten ska tillämpas. Artikel 69 stadgar att upphandlande myndigheter ska begära förklaring från leverantören om ett anbud förefaller vara onormalt lågt. Sådana förklaringar kan särskilt avse efterlevnaden av skyldigheterna i artikel 18.2. I artikelns tredje punkt stadgas vidare att ett anbud som är onormalt lågt till följd av att det inte uppfyller skyldigheterna i artikel 18.2 ska förkastas. Bestämmelsen är tvingande men tillämpningen av densamma torde styras av implementeringen av artikel 18.2, alltså på vilket sätt Sverige väljer att säkerställa att leverantörer iakttar föreskrivna arbetsrättsliga skyldigheter. Slutligen torde det faktum att *arbetsrättsliga skyldigheter* nämns som ett fristående begrepp inom ramen för direktivet tyda på en ökad acceptans och ambition på området.

²¹⁰ Se European Commission, MEMO/14/20, Revision of Public procurement Directives – Frequently Asked Questions (press release), punkt 8, 2014.

²¹¹ Se European Commission, MEMO/14/20, punkt 8. Kommissionen uttrycker att: "...the applicable obligations..., have to be complied with in the performance of public contracts, provided that such rules, and their application, comply with Union law in force."

²¹² Se bl.a. mål C-341/05, Laval och mål C-346/06, Rüffert.

Trots den uppenbart framskjutna positionen för sociala hänsyn i offentlig upphandling, mot bakgrund av bl.a. formuleringen i artikel 18.2 och den offentliga upphandlingens roll i Europa 2020-strategin, är det inte självklart att upphandlande myndigheter, i högre utsträckning än idag, kommer kunna ställa arbetsrättsliga krav på anbudsgivare. Det eftersom möjligheterna fortsatt begränsas av de EU-rättsliga principerna och EU-rätten i övrigt. Ett säkert svar får vi dock först när det står klart hur Sverige kommer att implementera direktivet. Just implementeringens betydelse kan inte nog understrykas med avseende på möjligheterna att i framtiden beakta sociala hänsyn inklusive krav på arbetsrättsliga skyldigheter.²¹³ Det vore vidare önskvärt med ett förtydligande kring de möjligheter som redan idag finns för upphandlande myndigheter att beakta kollektivavtalsliknande villkor samt en tydligare hänvisning till rikstäckande kollektivavtal som, förutsatt att de uppfyller kraven i utstationeringsdirektivet, kan ligga till grund för krav i offentliga upphandlingar med ett gränsöverskridande intresse eller ett bestämt gränsöverskridande intresse.

I upphandlingar som saknar ett gränsöverskridande intresse finns det fortsatt inga hinder i EU-rätten. Förfarandet måste dock, åtminstone i dagsläget, följa de EU-rättsliga principerna enligt 15 kap. 2 § LOU. I sammanhanget ska tilläggas att uppdelningen mellan A- och B-tjänster förkastas i det nya direktivet och ger plats för en ny ordning som förväntas bli enklare.²¹⁴ Det innebär att vissa av de tidigare B-tjänsterna, som numera är undantagna från upphandlingsdirektivets tillämpningsområde som huvudregel, kommer att omfattas av direktiv 2014/24/EU:s tillämpningsområde. Andra tidigare B-tjänster kommer fortsatt att undantas som huvudregel och endast omfattas av ett fåtal bestämmelser när kontraktets värde överstiger det fastställda tröskelvärdet, vilket kommer till uttryck i artikel 74. I bilaga XIV till direktivet räknas dessa tjänster upp.

²¹³ Se *Dods EUM: Conference on the new EU Rules for procurement and concessions (www)*, *The Parliament Magazine*, hämtat 2014-05-15. Betydelsen av medlemsstaternas implementering understryks vid ett flertal tillfällen.

²¹⁴ Se European Commission, MEMO/14/20, punkt 9.

6.3 Diskussion - Framtidsutsikter

Debatten kring hur det nya upphandlingsdirektivet ska tolkas och kan komma att implementeras har inte låtit vänta på sig och meningarna går isär. Det får ses som en naturlig del av den lobbying som sker för respektive intressenters intressen, för att om möjligt söka få genomslag för den egna uppfattningen i rätten. TCO:s chefsjurist Samuel Engblom menar bl.a. att den uttryckliga hänvisningen till kollektivavtal i artikel 18.2 gör det ”svårt för någon att hävda att man inte skulle kunna ta kollektivavtal som utgångspunkt när man ställer sociala krav.”²¹⁵ Olof Erixon, expert på offentlig upphandling vid Svenskt Näringsliv, menar istället att det är en missuppfattning från fackligt håll att en leverantör måste vara bunden av ett svenskt kollektivavtal eller åtminstone tillämpa avtalets regler.²¹⁶

Det framstår som otroligt att direktivet skulle göra det obligatoriskt för upphandlande myndigheter att kräva kollektivavtal hos vinnande anbudsgivare. Det skulle motverka ett av direktivets syften: att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar.²¹⁷ Däremot erbjuder direktivet goda möjligheter att lägga kollektivavtal till grund för enskilda avtalsvillkor vilket får anses vara ett välkomnat förtydligande. Viktigt är nu att den svenska implementeringen klart uttrycker detsamma, mot bakgrund av betydelsen av förutsebarhet för att kommersiellt gångbara avtal ska kunna träffas, så att fler upphandlande myndigheter vågar ställa arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingar.

Det är vidare centralt att kraven i offentliga upphandlingar speglar de krav (faktiska och/eller moraliska) som ställs på företag i allmänhet, på marknaden i övrigt, för att undvika en segregerad marknad där företag tvingas inrikta sig mot privat eller offentlig sektor.

²¹⁵ *Nytt EU-direktiv stärker kollektivavtal* (www), kollega.se, hämtat 2014-04-16.

²¹⁶ *Facken har fel om EU-krav på kollektivavtal* (www), Dagens Samhälle, hämtat 2014-04-16.

²¹⁷ Se *Dods EUM: Conference on the new EU Rules for procurement and concessions* (www), hämtat 2014-05-15. Arnhild Dordi Gjønnnes, Attorney, Chair of the Public Procurement working group, Business Europé uttalar följande: "In the Nordic countries there are a lot of discussions on collective agreements and whether there will be a compulsory demand to ask for collective agreements. But this would mean 99% of the SMEs would be out of the market because they do not have these agreements".

7. Sammanfattande slutsats

Det nationella och EU-rättsliga regelverket medger i allmänhet möjligheter för upphandlande myndigheter att villkora sina offentliga kontrakt med klausuler om arbetsrättsliga skyldigheter vilka måste uppfyllas av vinnande leverantör. Dessa villkor måste dock överensstämma med EU-rätten vilket medför begränsningar.

I dagsläget saknas det möjlighet för upphandlande myndigheter att ställa krav på kollektivavtal (kollektivavtalsingående och bundenhet), mot bakgrund av den negativa föreningsrätten, avtalsfriheten och de EU-rättsliga principerna. Att säkra goda arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare i offentliga kontrakt får anses möjligt med hjälp av andra mindre ingripande åtgärder, men att få tillgång till ett etablerat kontroll- och efterlevnadssystem får anses svårt (om ens möjligt) genom andra krav.

En möjlighet för upphandlande myndigheter att ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor existerar, dock återigen med iakttagande av de begränsningar som följer av EU-rätten. Reglerna i utstationeringsdirektivet måste beaktas i upphandlingar med ett gränsöverskridande intresse eller med ett bestämt gränsöverskridande intresse. Således är det i princip enbart minimivillkor på de områden som stadgas i direktivets hårda kärna som kan inkluderas i förfrågningsunderlaget. För svenskt vidkommande är det dock osäkert huruvida ett krav på minimilön är möjligt att ställa. På upphandlingar som saknar ett gränsöverskridande intresse tillämpas inte utstationeringsdirektivets bestämmelser och inte heller EU-rätten som huvudregel varför några begränsningar i tillåtna kollektivavtalsliknande villkor inte finns. De EU-rättsliga principerna ska dock fortfarande tillämpas till följd av en uttrycklig hänvisning i LOU.

Det nya upphandlingsdirektivet medför inte särskilt stora förändringar i sak. Upphandlingens strategiska funktion lyfts dock fram och möjligheterna till att kräva kollektivavtalsliknande villkor får anses tydligare. Ett större ansvar läggs vidare på medlemsstaterna att se till att arbetsrättsliga skyldigheter får genomslag i offentlig upphandling. Även andra regler, såsom möjlig uteslutning och ett förkastande av anbud, kopplas till de arbetsrättsliga skyldigheterna vilket i allmänhet stärker dess

position. Samtidigt innebär i allmänhet ytterligare regler osäkerhet och tolkningssvårigheter. Min förhoppning är att lagstiftaren, vid implementering av det nyligen antagna upphandlingsdirektivet, tar tillfället i akt och ser över huruvida Sverige lever upp till sina skyldigheter enligt utstationeringsdirektivet och samtidigt tydligt anvisar upphandlande myndigheter på vilket sätt de ska kunna ställa krav på minimilöner i upphandlingar med ett gränsöverskridande intresse eller ett bestämt gränsöverskridande intresse.

Slutligen ska påminnas om att ämnet är mycket komplext och att flera olika intressen samtidigt ska få utrymme och genomslag. Intresset om en inre marknad med fri rörlighet måste ställas mot intresset av goda arbets- och anställningsvillkor för arbetstagare i offentliga kontrakt och mot nyttan av en sund konkurrens. Det är problematiskt att marknadsintegrerande bestämmelser och argument allt som oftast får företräde framför socialpolitiska ambitioner. Inom EU får dock ambitionen om en sund konkurrens anses mer utbredd än någonsin tidigare, vilket också präglar det nyligen antagna upphandlingsdirektivet, och möjligen kan det föranleda en förändring. Samtidigt bör vi värna om den inre marknaden, den fria rörligheten och de värden som utgör EU:s fundament. En väl avvägd balans är således alltid att eftersträva. Om en sådan uppnås i och med det nya upphandlingsdirektivet eller inte får framtiden utvisa.

Källförteckning

Offentligt tryck

EU

Primärrätt

Lissabonfördraget om ändring av fördraget om Europeiska unionen och fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen, undertecknat i Lissabon den 13 december 2007

Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna (2010/C 83/02)

Förordningar, direktiv och beslut

Rådets beslut 94/800/EG av den 28 november 1994 om ingående, på Europeiska gemenskapens vägnar och på dess behörighetsområden, av avtalen i de multilaterala förhandlingarna från Uruguayrundan (1986-1994)

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

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

Kommissionens förordning (EG) nr 213/2008 av den 28 november 2007 om ändring av Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 om en gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV) samt av Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/17/EG respektive 2004/18/EG om förfaranden vid offentlig upphandling, när det gäller revidering av CPV

Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

Kommissionen

COM(91) 230 final, *Proposal for a council directive concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*

KOM(2003) 458 slutlig, *Genomförandet av direktiv 96/71/EG i medlemsstaterna*

KOM(2006) 249, *Anständigt arbete för alla – EU:s bidrag till agendan för anständigt arbete i världen, 2006*

Kommissionens tolkningsmeddelande om gemenskapsrättens tillämplighet på upphandlingskontrakt som inte, eller bara delvis, omfattas av direktiven om offentlig upphandling, (2006/C 179/02), 2006

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

KOM(2010) 2020 slutlig, *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, 2010

Europeiska kommissionen, *Fri rörlighet för varor –Handledning för tillämpningen av fördragets bestämmelser om fri rörlighet för varor*, 2011

KOM(2011) 15 slutlig, *Grönbok – om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, 2011

KOM(2011) 206 slutlig, *Inre marknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för den inre marknaden*, 2011

Europeiska kommissionen, *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*, 2011

KOM(2012) 573/3, *Inre marknadsakt II – Tillsammans för ny tillväxt*, 2012.

European Commission, MEMO/14/20, *Revision of Public procurement Directives – Frequently Asked Questions (press release)*, 2014

Sverige

Statens offentliga utredningar

SOU 1999:69. *Individen och arbetslivet*

SOU 2006:28. *Nya upphandlingsregler 2*

SOU 2008:123. *Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen*

SOU 2009:71. *EU, Sverige och den inre marknaden – En översyn av horisontella bestämmelser inom varu- och tjänsteområdet*

SOU 2010:29. *En ny förvaltningslag*

SOU 2013:12. *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*

Propositioner

Prop. 1950:188

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

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

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

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

Kommittédirektiv

Dir. 2012:96 *Genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner*

Dir. 2014:38 *Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner*

Övrigt offentligt tryck

Arbetsmiljöverket, *Rapport 2012:5 Förstudie om det fortsatta arbetet med utländska företag och arbetstagare*, 2012

Arbetsmarknadsutskottets betänkande 2010/11:AU3, *En förnyad arbetsmiljöpolitik med en nationell handlingsplan 2010-2015*, 2010.

Konkurrensverket, *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, 2011

NOU:s yttrande dnr 2005/0088-29

ILO

CO94 – Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) – Convention concerning Labour Clauses in Public Contracts (Entry into force: 20 sep 1952)

List of Ratifications by Convention and by Country (as of 31 december 2002), Report III (Part 2), International Labour Office, Geneva, 2003

The Committee of Experts, Report III (Part 1B) General Survey concerning the Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94) and Recommendation (No. 84), Labour clauses in public contracts – Integrating the social dimension into procurement policies and practices, International Labour Office, Geneva, 2008

Rättsfall

EU

EU-domstolen

Mål C-26/62, Van Gend en Loos

Mål C-8/74, Dassonville

Mål C-120/78, Cassis de Dijon

Mål C-31/87, Beentjes

Mål C-243/89, Stora Bält

Mål C-84/98, Kommissionen mot Portugal

Mål C-380/98, University of Cambridge

Mål C-513/99, Concordia

Mål C-234/01, Gambelli

Mål C-448/01, Wienstrom

Förenade målen C-21/03 och C-34/03, Fabricom

Mål C-234/03 Contse

Mål C-507/03, Kommissionen mot Irland (An Post)

Mål C-341/05, Laval

Mål C-346/06, Ruffert

Generaladvokaten

Generaladvokat Yves Bot till avgörande i mål C-346/06, föredraget 2007-09-20

Europadomstolen

Sigurður A. Sigurjónsson mot Island (dom 1993-06-30)

Gustafsson mot Sverige (dom 1996-04-25)

Sverige

Förvaltningsdomstolar

Kammarrätten i Stockholm mål nr. 1713-1995

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 2010 ref. 78

Förvaltningsrätten i Malmö mål nr. 6160-12

Arbetsdomstolen

AD 1929:29

AD 1978:89

AD 1989:120

AD 2008:28

Litteratur

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*, Sieps 2010:3

Ahlström, Kristina, *Kollektivavtal – Formalia, giltighet och tolkning*, Norstedts Juridik 2013

Arrowsmith, Sue, Kunzlik, Peter, *Social and Environmental policies in EC Procurement Law*, Cambridge University Press 2009

Bernitz, Ulf & Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik 2014, uppl. 5

Falk, Jan-Erik, *Lagen om offentlig upphandling – en kommentar*, Jure förlag 2011

Frostensson, Magnus, Sjöström, Emma, *Sociala krav som styrmedel i offentlig upphandling – en forskningsöversikt*, 2012

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, Studentlitteratur 2011, uppl. 2

Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel – allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts Juridik 2008

Hettne, Jörgen, Otken Eriksson, Ida, red., *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, 2012

Hollander, Anna, Alexius Borgström, Katarina, red., *Juridik och rättsvetenskap i socialt arbete*, Studentlitteratur 2009

Junesjö, Kurt, *Offentlig upphandling – Effektivisering eller social dumpning?*, LO 2001

Junesjö, Kurt, *Vita jobb – Verktyg mot svartarbete och social dumpning vid offentlig upphandling*, 2009, uppl. 2

Malmberg, Jonas, *Låglönekonkurrens och arbetstagares integritet – Rapporter till nordiskt arbetsrättsligt möte 2000*, Arbetslivsinstitutet 2000

McCrudden, Christopher, *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford University Press, 2007

Norberg, Per, *Arbetsrätt och konkurrensrätt – En normativ studie av motsättningen mellan marknadsrättsliga värden och sociala värden*, Juristförlaget i Lund 2002

Peczenik, Aleksander, *Juridikens teori och metod*, Norstedts Juridik 1995

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, Jure Förlag 2013, uppl. 3

Ramberg, Jan & Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, Norstedts Juridik 2014, uppl. 9

Rosén Andersson, Helena m.fl, *Lagen om offentlig upphandling – En kommentar*, Norstedts Juridik 2013

Schulten, Thorsten m.fl, *Pay and other social clauses in European public procurement – An overview on regulation and practices with a focus on Denmark, Germany, Norway, Switzerland and the United Kingdom*, European Federation of Public Service Unions (EPSU), 2012.

Sigeman, Tore, *Semesterrätt*, Iustus Förlag 1978

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling – primärrättens reglering av offentliga kontrakt* (diss), Jure Förlag 2012

Wrange, Eva, red. m.fl., *Parterna och EU*, Bilda förlag 2007

Artiklar

Eklund, Ronnie, Utstationering av arbetstagare, *SvJT* 2000, s. 260 – 269

Nielsen, Ruth, EU Public Procurement Law and Nordic Labour Law – Recent Developments and Future Challenges, *Skandinavien Studies in Law* 2007, 50th volume, s. 186-219.

Ottoson, Maria, Kommuner vill ha nya krav vid upphandlingar, *Dagens Samhälle* 2014 nr 12

Peczenik, Aleksander, Juridikens allmänna läror, *SvJT* 2005 s. 249 – 263

Sigeman, Tore, Fri rörlighet för tjänster och nationell arbetsrätt, *Europarättslig Tidskrift* 2005 nr. 3, s. 465-495

Elektroniska källor (sorterade efter titel)

Dods EUM: Conference on the new EU Rules for procurement and concessions (www). Hämtat från theparliamentmagazine.eu, <https://www.theparliamentmagazine.eu/articles/eu-monitoring/dods-eum-conference-new-eu-rules-procurement-and-concessions>

Publicerat 2014-03-29. Hämtat 2014-05-15.

Ahlberg, Kerstin & Bruun, Niklas, *Expertytrande med anledning av Konkurrensverkets beslut 2010-04-15 angående krav på kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling* (www). Hämtat från lo.se, [http://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vres/lo_1366026597536_kollektivavtalsenliga_villkor_vid_upphandling_pdf/\\$file/Kollektivavtalsenliga%20villkor%20vid%20upphandling.pdf](http://www.lo.se/home/lo/res.nsf/vres/lo_1366026597536_kollektivavtalsenliga_villkor_vid_upphandling_pdf/$file/Kollektivavtalsenliga%20villkor%20vid%20upphandling.pdf)

Publicerat 2010-05-19. Hämtat 2014-03-25.

Facken har fel om EU-krav på kollektivavtal (www). Hämtat från dagenssamhalle.se, <http://www.dagenssamhalle.se/debatt/facken-har-fel-om-eu-krav-pa-kollektivavtal-7409>

Publicerat 2014-01-20. Hämtat 2014-04-16.

Hamskär, Ingemar & Junesjö, Kurt, *Felaktig dom bidrar till lönedumping* (www). Hämtat från: http://www.kurt.nu/artiklar/offentlig_upphandling_lonedumping.html
Hämtat 2014-04-11.

Nytt EU-direktiv stärker kollektivavtal (www). Hämtat från kollega.se, <http://www.kollega.se/nytt-eu-direktiv-starker-kollektivavtal>

Publicerat 2014-01-20. Hämtat 2014-04-16.

Regler och förfaranden (www). Hämtat från europa.eu, http://europa.eu/youreurope/business/public-tenders/rules-procedures/index_sv.htm
Hämtat 2014-04-09.

Vita jobb (www). Hämtat från avtalsinformation.nu, <http://avtalsinformation.nu/>
Hämtat 2014-05-15.

Landsorganisationen i Sverige (LO), *Vita jobb i praktiken* (www). Hämtat från lo.se, http://www.lo.se/start/solidarisk_lonepolitik/social_offentlig_upphandling/vita_jobb_i_praktiken

Publicerat 2013-09-22. Hämtat 2014-03-25.

Övriga källor

Sofie Rehnström, jurist på Landsorganisationen i Sverige (LO), telefonintervju, 2014-05-15.

Jag, Mariette Wallin, registrerades på kursen första gången VT 14. Jag har inte omregistrerats på kursen och inte heller deltagit i något tidigare examinationstillfälle.