

Juridiska institutionen  
Juristprogrammet höstterminen 2014  
Examensarbete 30 poäng

# Krav på verksamhetsövergång vid offentlig upphandling

En rättslig analys av debatten

Hanna Lundqvist

Handledare: Filip Bladini



GÖTEBORGS UNIVERSITET  
HANDELSHÖGSKOLAN

## Innehållsförteckning

<b>Definitioner och förkortningar.....</b>	<b>3</b>
<b>1 Inledning .....</b>	<b>5</b>
<b>1.1 Bakgrund .....</b>	<b>5</b>
<b>1.2 Syfte och frågeställningar .....</b>	<b>6</b>
<b>1.3 Avgränsningar .....</b>	<b>7</b>
<b>1.4 Terminologi .....</b>	<b>7</b>
<b>1.5 Metod och material .....</b>	<b>8</b>
1.5.1 Metod.....	8
1.5.2 Material.....	9
<b>1.6 Disposition .....</b>	<b>10</b>
<b>2 Rättslig översikt.....</b>	<b>10</b>
<b>2.1 EU .....</b>	<b>10</b>
2.1.1 Den inre marknaden .....	10
2.1.2 Tvingande hänsyn till allmänintresset.....	11
2.1.3 Upphandlingsdirektivet.....	12
2.1.4 Överlåtelsedirektivet.....	13
2.1.5 EU och socialpolitiken .....	14
<b>2.2 Sverige .....</b>	<b>15</b>
2.2.1 LOU .....	15
2.2.2 De allmänna upphandlingsrättsliga principerna.....	16
2.2.3 6 b § LAS och 28 § MBL.....	18
<b>3 Sociala hänsyn .....</b>	<b>21</b>
<b>3.1 Begreppet .....</b>	<b>21</b>
<b>3.2 Sociala hänsyn i olika faser av upphandlingen.....</b>	<b>22</b>
3.2.1 Utvärderingskriterier .....	22
3.2.2 Särskilda villkor för fullgörande av kontraktet.....	23
<b>3.3 Kollektivavtal och kollektivavtalsliknande villkor.....</b>	<b>26</b>
<b>3.4 Strängare krav än EU-rätten uppställer.....</b>	<b>27</b>
<b>3.5 Praxis .....</b>	<b>28</b>
3.5.1 Liikenne .....	28
3.5.2 Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3696-1998.....	29
<b>4 Debatten .....</b>	<b>31</b>
<b>4.1 Argument för .....</b>	<b>31</b>
4.1.1 Anställningstrygghet.....	31
4.1.2 Hantering av arbetsbrist .....	34
4.1.3 Högre kvalitet.....	35
<b>4.2 Argument emot.....</b>	<b>36</b>
4.2.1 Förenlighet med den inre marknaden .....	36
4.2.2 Konkurrens, likabehandling och proportionalitet.....	38
4.2.3 Högre skyddsnivå än EU-rätten uppställer.....	41
<b>4.3 Särskilt om kollektivtrafik .....</b>	<b>43</b>
4.3.1 Artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen .....	43
4.3.2 Problematik .....	46
<b>5 Framtiden.....</b>	<b>47</b>
<b>6 Sammanfattande slutsats och reflektioner .....</b>	<b>48</b>
<b>7 Källförteckning .....</b>	<b>52</b>

<b>7.1</b>	<b>Litteratur</b> .....	<b>52</b>
7.1.1	Böcker och artiklar .....	52
7.1.2	Elektroniskt material.....	53
<b>7.2</b>	<b>Offentlig tryck</b> .....	<b>53</b>
7.2.1	Europeiskt .....	53
7.2.2	Svenskt.....	53
<b>7.3</b>	<b>Utländska domstolar</b> .....	<b>54</b>
7.3.1	EU-domstolen .....	54
<b>7.4</b>	<b>Svenska domstolar</b> .....	<b>55</b>
7.4.1	Förvaltningsdomstolarna .....	55
7.4.2	Arbetsdomstolen .....	55
<b>7.5</b>	<b>Övrigt</b> .....	<b>55</b>

## Definitioner och förkortningar

2014 års direktiv	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
Funktionsfördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Försörjningsdirektivet	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
HFD	Högsta förvaltningsdomstolen
Kollektivtrafikförordningen	Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 1370/2007 av den 23 oktober 2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg och om upphävande av rådets förordning (EEG) nr 1191/69 och (EEG) nr 1107/70
Kommissionen	Europeiska kommissionen
LAS	Lagen (1982:80) om anställningsskydd
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
MBL	Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
RÅ	Regeringsrättens årsbok
Sieps	Svenska institutet för europapolitiska studier
SKL	Sveriges Kommuner och Landsting
Unionsfördraget	Fördraget om Europeiska unionen
Upphandlingsdirektivet	Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster
Utstationeringsdirektivet	Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om

Överlåtelsedirektivet

utstationering av arbetstagare i samband  
med tillhandahållande av tjänster

Rådets direktiv 2001/23/EG av den 12  
mars 2001 om tillnärmning av medlems-  
staternas lagstiftning om skydd för ar-  
betstagares rättigheter vid överlåtelse av  
företag, verksamheter eller delar av före-  
tag eller verksamheter

# 1 Inledning

## 1.1 Bakgrund

Hur kan upphandlande myndigheter använda sig av upphandlingar för att förverkliga sociala målsättningar? En pågående debatt på upphandlingsområdet som berör den frågan är debatten om sociala hänsyn genom krav på verksamhetsövergång i upphandlingar. Krav på verksamhetsövergång innebär att den upphandlande myndigheten i upphandlingen ställer krav på att rättsföljderna som följer av 6 b § LAS ska inträffa, även i fall där kriterierna i 6 b § LAS inte är uppfyllda. Om kriterierna i 6 b § LAS, som grundar sig på det så kallade överlåtelsesdirektivet, är uppfyllda har personalen rätt att, till samma villkor som hos den nuvarande leverantören, gå över till den nya leverantören. Detta är traditionellt sett en arbetsrättslig fråga som aktualiseras inför den faktiska övergången från en leverantör till en annan, men bland annat fackliga röster har de senaste åren höjts för att verksamhetsövergång också ska bli en upphandlingsrättslig fråga. Motiven till detta är bland annat, som vi kommer se nedan, en strävan efter utökad anställningstrygghet och bättre kvalitet på den upphandlade tjänsten.

Ett område där krav på verksamhetsövergång ofta aktualiseras är upphandlingar av kollektivtrafik, vilket Länstrafiken i Västerbottens upphandling av busstrafik är ett aktuellt exempel på.<sup>1</sup> I artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen finns en bestämmelse som stadgar att behörig myndighet vid tecknande av avtal om allmän trafik får ställa krav på att den nya leverantören tar över personal på samma villkor som vid en verksamhetsövergång. Artikeln kan användas som argument för att kravet är tillåtet, men samtidigt även tas som exempel på aktualiteten i frågan om krav på verksamhetsövergång.

Argumentationen som framförs avseende krav på verksamhetsövergång utgår till stor del från begreppet sociala hänsyn. Det finns möjligheter, inom ramen för det upphandlingsrättsliga regelverket, för myndigheter att iaktta så kallade sociala hänsyn. Sådana möjligheter har bland annat kommit till uttryck genom krav på att leverantören ska anställa långtidsarbetslösa, vilket har godkänts av EU-domstolen.<sup>2</sup> En förutsättning är dock att de allmänna upphandlingsrättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens och proportionalitet följs. Debatten kring krav på verksamhetsöver-

---

<sup>1</sup> Tidningen Arbetet, Förarna ska med i Umeå.

<sup>2</sup> Mål 31/87 Beentjes.

gång kan sägas kretsa kring olika uppfattningar om ifall kravet är en tillåten social hänsyn utefter dessa principer.

Debattfrågans problematik grundar sig i motstående intressen, vilket skapar en normkonflikt. På ena sidan finns ekonomiska intressen i form av fri rörlighet på marknaden och en välfungerande konkurrens inom EU. På andra sidan finns sociala intressen i form av trygga anställningar med bra villkor. Varken LOU eller LAS – båda baserade på EU-direktiv – innehåller ett klart och enkelt svar på vilka intressen som ska värderas högst eller på hur normkonflikten ska lösas, vilket gör att ändamålsavvägningar blir avgörande. Vid sådana avvägningar finns inget rätt eller fel, inget ja eller nej. Det innebär att jag i uppsatsen snarare avser göra en prognos över vilka rättsliga argument som har störst förutsättningar för framgång i det forum man argumenterar, vilket typiskt sett är i domstol, än att utreda "gällande rätt" och vad utfallet vid en prövning faktiskt skulle bli.

Eftersom debatten kokar ner till en avvägning mellan ekonomiska och sociala ändamål är en intressant aspekt också vilken befogenhet och vilket inflytande EU har – eller bör ha – i sociala frågor, i det här fallet anställningstrygghet.

## **1.2 Syfte och frågeställningar**

Syftet med uppsatsen är att göra en analys av debatten kring krav på verksamhetsövergång och utifrån regleringarna av upphandling och verksamhetsövergång göra en bedömning av aktörernas framförda argument. Jag kommer undersöka hur aktörer på marknaden hanterar den normkonflikt som uppstår på grund av upphandlingsdirektivets och överlåtelsedirektivets olika ändamål, samt vilka framförda argument som har störst rättslig relevans och kan tänkas nå framgång vid en prövning i domstol. Till grund för analysen ligger en undersökning av hur argumentationen presenteras från olika aktörer på marknaden, exempelvis fackförbund.

För att uppfylla syftet kommer främst följande frågeställning utredas:

1. Vad finns det för rättsliga problem med de argument som framförs i debatten kring krav på verksamhetsövergång i offentlig upphandling?
2. Vilka av de framförda argumenten har störst rättslig relevans och sannolikhet att vinna framgång vid en domstolsprövning?

I samband med, samt för förståelse av, dessa syften och frågeställningar redogör jag också för vad de grundläggande EU-rättsliga och upphandlingsrättsliga principerna om

fri rörlighet innebär, vad en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS får för rättsföljder samt hur rättsutvecklingen inom området sociala hänsyn i offentlig upphandling ser ut, med utgångspunkt i 2014 års upphandlingsdirektiv samt Genomförandeutredningens betänkande och departementspromemoria.<sup>3</sup>

### 1.3 Avgränsningar

Inom ramen för uppsatsen behandlas endast det klassiska upphandlingsområdet, det vill säga varor, tjänster och byggtreprenader. Således behandlas endast det klassiska direktivet och LOU, medan försörjningsdirektivet och LUF lämnas därhän. Med det sagt; i många delar är vad som sägs om upphandling enligt LOU tillämpligt även vid upphandling enligt LUF, och uppsatsen är därför till stor del relevant även vid upphandling enligt LUF.

Uppsatsen behandlar inte heller uttryckligen upphandlingar under tröskelvärdena<sup>4</sup> som inte omfattas av upphandlingsdirektiven, utan endast av nationella regler i 15 kap. LOU. Eftersom de allmänna upphandlingsrättsliga principerna är tillämpliga även på dessa upphandlingar, se nedan avsnitt 2.2.1, är dock många resonemang tillämpliga även på upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektivet.

Fokus för uppsatsen är *krav* på verksamhetsövergång vid upphandling. Således behandlar jag endast mycket kortfattat frågor kring när kriterierna för när en verksamhetsövergång är uppfyllda.

### 1.4 Terminologi

Hänvisningar till upphandlingsdirektivet och LOU används synonymt, beroende på vad som passar bäst i sammanhanget. Om upphandlingsdirektivet och LOU skiljer sig åt poängteras det i texten. Detsamma gäller 6 b § LAS och överlåtelsedirektivet.

Begreppen verksamhetsövergång och övertagande av personal används synonymt, beroende på sammanhang. Med begreppen avses att upphandlande myndighet ställer krav på att de rättsföljder som redogörs för i avsnitt 2.2.3 ska inträda, oavsett om kriterierna för verksamhetsövergång är uppfyllda eller inte. Begreppet krav används som ett samlingsnamn för alla de sätt en upphandlande myndighet kan ta sociala hänsyn, se avsnitt 3.2.

---

<sup>3</sup> SOU 2014:51 och Ds 2014:25 Nya regler om upphandling.

<sup>4</sup> Se tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.



Med begreppet EU-lagstiftning avses alla bindande lagstiftningsakter som härstammar från EU-organ, det vill säga fördrag, direktiv, förordningar och beslut. Begreppet EU-rätten används bredare och innefattar även EU-domstolens praxis.

## 1.5 Metod och material

### 1.5.1 Metod

Avseende de delar av uppsatsen som ger en rättslig bakgrund har jag använt mig av klassisk rättsdogmatisk metod.<sup>5</sup> Till det arbetet har jag använt och tolkat EU-rättslig och svensk lagtext, rättspraxis från EU-domstolen och svensk domstol, svenska förarbeten, handledningar och tolkningsmeddelanden från kommissionen, vägledningar från Konkurrensverket och doktrin, i form av böcker och artiklar. Eftersom den svenska rätten, både avseende upphandling och verksamhetsövergång, bygger på EU-direktiv har jag i stor utsträckning hänvisat till EU-domstolens praxis. EU-domstolens avgöranden är prejudicerande, och prejudikaten används inte bara som ett komplement till den skrivna rätten, de skapar även egen rätt. Paralleller kan dras till common law-systemet.<sup>6</sup> EU-domstolen använder sig i stor utsträckning av så kallad teleologisk tolkning, det vill säga tolkning av rättskällor utefter dess ändamål.<sup>7</sup> Eftersom EU-domstolen har stort inflytande på uppsatsens fokusområde, och teleologisk tolkning är standard även inom svensk rätt, har det varit naturligt att även jag använt mig av denna tolkningsmetod.

Avseende den analyserande delen sätter jag in den samhälls- och politiska debatten i ett rättsligt perspektiv och använder juridiken som ett verktyg för att bedöma argument. Jag har tagit fram argument från fackföreningar, arbetsgivarorganisationer och upphandlande myndigheter, och analyserat dessa argument utifrån den juridik som reglerar offentlig upphandling och verksamhetsövergång. Att uppsatsen till stor del är uppbyggd av partiska argument gör att uppsatsen måste navigera mellan "gällande rätt" (*de lege lata*) och den rätt som argumenteras för att den *bör* vara gällande rätt (*de lege ferenda*). Det är en fin balansgång, och kan i vissa fall vara svårt att navigera rätt. Vad är egentligen gällande rätt och vad är ett partiskt argument? Fördelen är dock att jag genom att ta upp dessa argument fångar upp ett intressant samspel mellan politik och juridik – nämligen hur den förstnämnda kan användas för att förändra den sistnämnda.

---

<sup>5</sup> Korling, Juridisk metodlära, s. 21 ff.

<sup>6</sup> Hettne, EU-rättslig metod, s. 49 f.

<sup>7</sup> Korling, Juridisk metodlära, s. 122.

## 1.5.2 *Material*

### 1.5.2.1 Doktrin

Valet av böcker och artiklar har främst gjorts utifrån hänvisningar i annan doktrin. Avseende den del av uppsatsen som i viss mån gör ett försök att redogöra för gällande rätt har jag lagt större vikt vid artiklar skrivna av akademiker än vid artiklar skrivna av exempelvis advokater, som ofta agerar ombud för aktörer på marknaden. Det finns en föreställning om att akademiker redovisar opartiska och juridiska argument, medan ombud argumenterar för sin klients sak. Detta kan givetvis vara en felaktig föreställning i enskilda fall, men jag tycker det är viktigt att vara medveten om vem som har skrivit en artikel, för att på så sätt kunna se eventuella underliggande intressen och bedöma värdet av argumenten som framförs därefter. För att ta del av åsikter kring krav på verksamhetsövergång har jag bland annat använt mig av debattartiklar från olika företrädare från näringslivet och fackliga förbund, vilka då givetvis tjänat sitt syfte som partiska inlägg i debatten.

Jag har haft svårt att få tag i vissa artiklar och böcker som jag gärna hade läst. Konsekvensen av detta är att jag vid något tillfälle använder mig av en sekundärkälla. Det hade självklart varit mer önskvärt att ha tillgång till ursprungskällan, då hela resonemanget då hade framgått.

### 1.5.2.2 Intervjuer

Jag har ställt frågor till representanter för SKL, Svenskt näringsliv och Kommunal. Valet av organisationer gjorde jag på grundval av de aktörer jag genom debattartiklar och inlägg på olika forumsidor förstod var aktiva i debatten. Frågorna jag ställde behandlade organisationens ståndpunkt i debatten om krav på verksamhetsövergång samt motiveringen och argumenten för den ståndpunkten. Jag har inte återgett intervjuerna i frågor och svar, utan integrerat dem i uppsatsen. Motivet med intervjuerna var inte heller att få rena citat, utan snarare att återge åsikter och tankar som fungerar som material till min analys.

### 1.5.2.3 Särskilt om kammarrätten som "informell" prejudikatinstans

I uppsatsen hänvisas till ett antal olika kammarrättsfall. Kammarrätten är inte en prejudikatinstans<sup>8</sup>, men det finns en tradition inom upphandlingsområdet av att lägga stor

---

<sup>8</sup> 36 § förvaltningsprocesslagen (1971:291).

vikt vid kammarrättspraxis. Underrätter, ombud och doktrin hänvisar till och bygger sin argumentation i hög grad på kammarrätters avgöranden. Det beror till stor del på att avgöranden från HFD är sällsynta, främst på grund av att HFD ofta avstår från att meddela prövningstillstånd då målet inte är tillräckligt "rent".<sup>9</sup> De upphandlingsdomar som finns från HFD är ofta mycket övergripande och principiella. Kammarrättens domar blir därför i praktiken prejudicerande, och det är också så jag har betraktat dem i uppsatsen.

## **1.6 Disposition**

Uppsatsen består av sex kapitel. I uppsatsens inledande delar (2-3 kap.) ges en rättslig översikt, som krävs för att läsaren ska få en bakgrund och förståelse för frågeställningen. Här redogörs för EU:s syfte och relevant europeisk och nationell lagstiftning (2 kap.) samt särskilt för sociala hänsyn inom upphandling (3 kap.).

I uppsatsens huvuddel redogörs för problematiken kring krav på verksamhetsövergång (4 kap.). Här går jag igenom den samhällsdebatt som pågår, tar upp argument och analyserar dem utifrån den juridik som redogjorts för i tidigare kapitel.

Därefter tar jag kortfattat upp 2014 års direktiv och resonerar kring dess betydelse för debatten om krav på verksamhetsövergång (5 kap.). Uppsatsen avslutas med sammanfattande slutsats och reflektioner (6 kap.).

## **2 Rättslig översikt**

### **2.1 EU**

#### *2.1.1 Den inre marknaden*

Det grundläggande inom EU regleras av två fördrag; Fördraget om Europeiska unionen (unionsfördraget) och Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (funktionsfördraget). Fördragen utgör, tillsammans med Europeiska unionens stadga om de mänskliga rättigheterna och de allmänna EU-rättsliga principerna, EU:s primärrätt.<sup>10</sup>

Kärnan i EU är en fri, inre marknad, och att EU ska verka för en hållbar utveckling som bland annat bygger på ekonomisk tillväxt och marknadsekonomi med hög konkurrenskraft.<sup>11</sup> Den inre marknaden regleras av funktionsfördraget och bygger på fyra fördrags-

---

<sup>9</sup> Wennergren och von Essen, lagkommentar till 34 a § andra stycket 3 förvaltningsprocesslagen.

<sup>10</sup> Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 19 ff.

<sup>11</sup> Artikel 3.3 i unionsfördraget.

stadgade friheter; fri rörlighet för varor, personer, tjänster och kapital.<sup>12</sup> Det är framförallt dessa målsättningar upphandlingsdirektivet bygger på, se nedan avsnitt 2.1.3.

### 2.1.2 Tvingande hänsyn till allmänintresset

Artikel 52.1 i funktionsfördraget utgör ett uttryckligt undantag från fri rörlighet för tjänster. Motsvarande undantag återfinns även för varor, personer och kapital.<sup>13</sup> Åtgärder som vidtas enligt lag eller annan författning som föreskriver särskild behandling av utländska medborgare och som ”grundas på hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa” ska enligt artikeln anses tillåtna. För att en upphandlande myndighet i en upphandling ska få vidta åtgärder som strider mot den fria rörligheten krävs att åtgärderna rättfärdigas av detta undantag, kallat tvingande hänsyn till allmänintresset. Undantaget ska dock tolkas restriktivt.<sup>14</sup>

Undantag motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset har utvecklats i EU-domstolens praxis, först i *Cassis de Dijon*.<sup>15</sup> Där angav EU-domstolen att hinder för handeln på den inre marknaden som uppstod på grund av skillnader i medlemsstaternas rättsordningar, kan vara tillåtet om de handelshindrande bestämmelserna är nödvändiga för att tillgodose tvingande hänsyn. EU-domstolen har uttalat att exempelvis det sociala skyddet för arbetstagare kan anses utgöra ett sådant tvingande hänsyn.<sup>16</sup> Enbart ekonomiska skäl kan dock aldrig utgöra tvingande hänsyn till allmänintresse.<sup>17</sup>

I målet *Gebhard* utvecklade EU-domstolen principen om tvingande hänsyn till allmänintresset, och uttalade att en medlemsstat ska tillåtas vidta åtgärder som hindrar den fria rörligheten endast om åtgärden

- tillämpas på icke-diskriminerande sätt,
- kan rättfärdigas av tvingande hänsyn till allmänintresset,
- är lämplig för att uppnå syftet med åtgärden, samt
- inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> Artikel 26.2 i funktionsfördraget.

<sup>13</sup> Artikel 36, 45 och 65 i funktionsfördraget.

<sup>14</sup> Ds 2009:30 Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet, s. 155.

<sup>15</sup> Mål 120/78 *Cassis de Dijon*.

<sup>16</sup> Mål C-490/04 *Kommissionen mot Tyskland*, punkt 68–77 och 80.

<sup>17</sup> Mål 352/85 *Bond mot Nederländerna* och mål C-384/08 *Attansio Group*.

<sup>18</sup> Mål C-55/94 *Gebhard*.

Denna proportionalitetsbedömning har senare fastslagits i *Kommissionen mot Spanien*.<sup>19</sup> Kriterierna omfattar inte endast rättfärdigande av direkt diskriminerande åtgärder, utan alla åtgärder som kan ha effekten att de hindrar tillträdet till den gemensamma marknaden.<sup>20</sup>

Ett potentiellt problem med principen om tvingande hänsyn till allmänintresse är att bevisbördan för ett motiverat undantag från den fria rörligheten vilar på medlemsstaten.<sup>21</sup> Undantag från den fria rörligheten ska tolkas restriktivt, och i sista hand ska dess tillämpningsområde bestämmas av EU-domstolen.<sup>22</sup> Nationella domstolar kan visserligen begära in förhandsavgöranden i sådana frågor, men det verkar i viss mån finnas ett motstånd i svenska domstolar mot att göra detta.<sup>23</sup> Jag menar att det då också finns en risk för att svenska domstolar inte heller uttalar att en åtgärd är undantagen på grund av hänsyn till tvingande allmänintresse, och att principen därför inte får något genomslag i svensk rätt förrän ett liknande fall prövats av EU-domstolen.

### 2.1.3 Upphandlingsdirektivet

Upphandlingsdirektivet bygger främst på ekonomiska syften, närmare bestämt att främja och upprätthålla konkurrens på den fria inre marknaden. Även om upphandlande myndigheter i viss mån kan använda den offentliga upphandlingen för att genomföra olika socialpolitiska program, lämnas således ett begränsat utrymme för sociala hänsyn.<sup>24</sup>

Enlig McCrudden är syftet med att reglera offentlig upphandling internationellt sett både politiskt och ekonomiskt. Det politiska syftet kan vara brett; från att skapa en gynnsam situation för viss bransch, till att främja mänskliga rättigheter. McCrudden menar dock att det ekonomiska syftet de senare åren fått större utrymme, eftersom vissa länders ekonomi blivit allt mer ansträngd. Den offentliga upphandlingen har därför förändrats, för att bli mer effektiv och få ner kostnaderna för att hålla en pressad budget.<sup>25</sup> Det verkar alltså som att regleringen av upphandling på ett internationellt plan ska försöka kombinera två olika, inte alltid förenliga, syften. Detta märks även i EU:s upphandlingsdirektiv specifikt, där det främst varit fokus på konkurrens och att skapa det eko-

---

<sup>19</sup> Mål C-323/03 *Kommissionen mot Spanien*.

<sup>20</sup> Craig, *EU Law: Text, Cases and Materials*, s. 775.

<sup>21</sup> Mål C-260/04 *Kommissionen mot Italien*.

<sup>22</sup> Barnard, *The Substantive Law of the EU*, s 497.

<sup>23</sup> Bernitz, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolars hållning och praxis*, s. 41 ff.

<sup>24</sup> Skäl 2 i upphandlingsdirektivet och Maier, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*, s. 388 f.

<sup>25</sup> McCrudden, *Buying Social Justice*, s. 14.

nomiskt mest fördelaktiga kontraktet för den upphandlande myndigheten. På senare tid har dock, om inte annat de upphandlande myndigheterna själva, lagt ökad fokus på mer sociala aspekter. Detta märks bland annat i EU-domstolens avgöranden<sup>26</sup> och 2014 års direktiv som redogörs för nedan, se avsnitt 5.

Upphandlingsdirektivet har sin grund i de fördragsstadgade friheterna och de principer som följer av dessa, främst principen om likabehandling, principen om icke-diskriminering, proportionalitetsprincipen och transparensprincipen.<sup>27</sup> Det framgår av bland annat *University of Cambridge* att syftet med att samordna upphandlingsförfarandet på unionsnivå är att

*"undandröja hinder för den fria rörligheten för tjänster och varor och således att skydda de ekonomiska aktörers intressen vilka är etablerade i en medlemsstat och som önskar erbjuda varor eller tjänster åt de upphandlande myndigheterna i en annan medlemsstat".*<sup>28</sup>

Av detta drar EU-domstolen slutsatsen att syftet med upphandlingsdirektivet är att undandröja risken för att nationella leverantörer behandlas förmånligare än utländska, samt att offentligt styrda organ låter sig styras av några andra hänsyn än ekonomiska.<sup>29</sup> Här kan noteras formuleringen "andra hänsyn än ekonomiska", vilken är intressant jämfört med uttalandet i *Concordia*, se nedan avsnitt 3.2.1. Avgörandet i *University of Cambridge* kom dock långt innan *Concordia*, där EU-domstolen för första gången uttryckligen slog fast att upphandlande myndigheter kan ta andra hänsyn än ekonomiska. Skillnaden i uttalande bör således, enligt min åsikt, inte ses som motsägelsefulla, utan snarare som ett uttryck för rättsutvecklingen.

#### 2.1.4 Överlåtelsedirektivet

Överlåtelsedirektivets syfte är att tillvarata anställdas rättigheter vid en företagsöverlåtelse, och att värna om arbetstagares intresse av kontinuitet i anställningen.<sup>30</sup> Syftet med direktivet är inte att ge en enhetlig skyddsnivå inom hela EU, utan snarare att fastställa en lägsta skyddsnivå.<sup>31</sup> Därför är direktivet utformat som ett minimidirektiv, vilket innebär att medlemsstaterna ska garantera direktivets skyddsnivå men också kan välja att

---

<sup>26</sup> Se exempelvis mål C-368/10 Max Havelaar.

<sup>27</sup> Skäl 2 i upphandlingsdirektivet.

<sup>28</sup> Mål C-380/98 *University of Cambridge*, punkt 16, och där angiven praxis.

<sup>29</sup> *ibid.*, punkt 17.

<sup>30</sup> Skäl 3 i överlåtelsedirektivet.

<sup>31</sup> Nielsen, *EU Labour Law*, s. 433 f.

införa en högre skyddsnivå.<sup>32</sup> Sverige, som genomfört överlåtelsedirektivet genom 6 b § LAS och 28 § MBL, har valt att inte införa en högre skyddsnivå än direktivet stadgar.

### 2.1.5 EU och socialpolitiken

EU som institution har utvecklats från ett rent ekonomiskt samarbete till att omfatta målsättningar inom ett mycket större område. Det samarbete som tidigare främst syftade till en gemensam marknad, omfattar nu ett djupare integrationssyfte<sup>33</sup> och sociala målsättningar.<sup>34</sup> Enligt unionsfördraget är ett av de grundläggande unionsmålen att *"skapa en allt fastare sammanslutning mellan de europeiska folken"*.<sup>35</sup> Unionen ska bygga på respekt för människans värdighet, frihet, demokrati, jämlikhet, rättsstaten och respekt för de mänskliga rättigheterna, samt ha som mål att *"främja freden, sina värden och folkens välfärd"*.<sup>36</sup>

I kommissionens meddelande "En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa" går att läsa bland annat att *"[s]ocialpolitiska åtgärder är i första hand medlemsstaternas ansvar och måste genomföras nära medborgarna på nationell, regional och lokal nivå"*<sup>37</sup> samt att *"EU har begränsade befogenheter och begränsat ansvar på det sociala området"*<sup>38</sup>. Samtidigt poängteras att EU ska arbeta i partnerskap med medlemsstaterna för att främja socioekonomiska förändringar, samt att sociala åtgärder på EU-nivå och nationell nivå ska komplettera varandra. Det sociala samarbetet måste enligt kommissionen täcka både arbetsmarknadspolitik, utbildning, hälsa, invandring och interkulturell dialog.<sup>39</sup>

Dessa målsättningar medför att EU måste ha viss befogenhet att lagstifta inom det sociala området, exempelvis det arbetsrättsliga området. Dock gäller subsidiaritetsprincipen, vilket innebär att på de områden där EU inte har exklusiv befogenhet, exempelvis det sociala området, är EU:s lagstiftande roll endast att komplettera medlemsstaternas nationella lagstiftning. Detta eftersom det anses mer effektivt att verkställa socialpolitik på nationell nivå.<sup>40</sup> Hettne uttrycker det som att EU:s befogenhet styr när EU får handla,

---

<sup>32</sup> Bernitz och Kjellgren, Europarättens grunder, s. 380.

<sup>33</sup> *ibid.*, s. 22.

<sup>34</sup> En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa.

<sup>35</sup> Artikel 1.2 i unionsfördraget.

<sup>36</sup> Artikel 2 och 3.1 i unionsfördraget

<sup>37</sup> En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa, s. 3.

<sup>38</sup> *ibid.*

<sup>39</sup> *ibid.*, s. 3 f.

<sup>40</sup> EUR-Lex – access to European Union Law, Summaries of EU Legislation, Social policy.

och subsidiaritetsprincipen styr när EU *bör* handla.<sup>41</sup> Inom de rättsområden där EU har befogenhet äger EU-rätten företräde framför nationell rätt.<sup>42</sup> Det innebär att en nationell regel som strider mot europeisk rätt inte ska tillämpas av nationella myndigheter och domstolar, samt att myndigheter inte heller i övrigt får agera i strid med EU-lagstiftning.<sup>43</sup> Således är upphandlande myndigheter skyldiga att följa fördrags- och direktivsbestämmelser samt EU-domstolens tolkning av dessa.

Ovanstående har lett till en diskussion kring upphandling och i vilken mån upphandling kan användas för att förverkliga den sociala målsättningen.<sup>44</sup> Överlåtelsedirektivet är ett exempel på reglering som har ett helt annat – socialt – ändamål än upphandlingsdirektivet. Problematik kan uppkomma då syften och ändamål med direktiven i grunden strävar efter olika saker, och dessa syften och ändamål inte alltid är förenliga.<sup>45</sup>

## 2.2 Sverige

### 2.2.1 LOU

Upphandlingsdirektivet har i Sverige genomförts genom LOU.<sup>46</sup> LOU är tillämplig när en upphandlande myndighet anskaffar en vara, tjänst eller byggtreprenad från en i förhållande till myndigheten fristående juridisk person. Anskaffningen ska ske mot ersättning i någon form, det vill säga det ska finnas ett avtal med ömsesidiga ekonomiska villkor.<sup>47</sup> Det innebär att LOU blir tillämplig när upphandlande myndighet säljer en offentlig verksamhet, eller del i sådan verksamhet, och sedan köper tillbaka tjänster av den sålda verksamheten.<sup>48</sup> Typiska exempel är kollektivtrafik eller hälso- och sjukvård, som ofta bedrivs av privata aktörer på uppdrag av det offentliga.

Även om upphandlingen inte omfattas av upphandlingsdirektivet och LOU i sin helhet, exempelvis om upphandlingens värde är under tröskelvärdena<sup>49</sup>, ska de upphandlingsrättsliga principerna och EU-fördragen tillämpas om upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse. EU-domstolen lanserade i *An Post* begreppet ”*bestämt gränsöverskridande intresse*” i EU-rätten. Domstolen uttalade att om en tjänst som i och för sig inte

---

<sup>41</sup> Hettne, EU-rättslig metod, s. 80 f.

<sup>42</sup> Se bland annat mål 6/64 Costa mot ENEL och RÅ 1996 ref. 50.

<sup>43</sup> Hettne, EU-rättslig metod, s. 173 ff.

<sup>44</sup> Se exempelvis SOU 2014:51 Nya regler om upphandling, s. 39 f.

<sup>45</sup> Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten, s. 403.

<sup>46</sup> Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

<sup>47</sup> Pedersen, Upphandlingens grunder, s. 37.

<sup>48</sup> RÅ 1998 not. 44.

<sup>49</sup> Se tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.



omfattas av upphandlingsdirektivet har ett bestämt intresse för en leverantör i en annan stat, ska de EU-rättsliga principerna om fri rörlighet beaktas i upphandlingen.<sup>50</sup> I Sverige regleras dessa upphandlingar genom 15 kap. LOU, vilket innebär att vissa regler om annonsering och förfarande ska tillämpas, samt att 1 kap. 9 § LOU, som innehåller de allmänna upphandlingsrättsliga principerna, blir tillämplig.

### 2.2.2 De allmänna upphandlingsrättsliga principerna

Den fria inre marknaden upprätthålls av ett antal principer. Eftersom upphandlingsdirektivet till stor del bygger på de fyra fördragsstadgade friheterna och tanken om en fri inre marknad med fungerande konkurrens, är dessa principer grundläggande även inom upphandlingsområdet. De brukar i upphandlingssammanhang kallas de allmänna upphandlingsrättsliga principerna och återfinns i 1 kap. 9 § LOU.

#### 2.2.2.1 Principen om icke-diskriminering

Principen om icke-diskriminering innebär att all diskriminering på grund av nationalitet är förbjuden.<sup>51</sup> En medlemsstat eller upphandlande myndighet får således inte behandla företag eller medborgare från en annan stat sämre än den behandlar egna medborgare eller inhemska företag. Det gäller både avseende direkt diskriminerande åtgärder som hindrar exempelvis friheten att etablera en rörelse i en annan medlemsstat, samt formellt icke-diskriminerande åtgärder som i praktiken har en diskriminerande effekt och hindrar tillträde till marknaden, så kallad indirekt diskriminering.<sup>52</sup> En upphandlande myndighet får därför inte ställa upp krav som endast inhemska företag i praktiken kan uppfylla, eller premiera exempelvis närodlad eller korta transportsträckor.<sup>53</sup>

Icke-diskrimineringsprincipen innebär också att aktörer från en medlemsstat inte kan tvingas uppfylla alla krav som finns i en annan medlemsstat där de utövar sin verksamhet, om de redan uppfyller motsvarande krav i sin hemstat.<sup>54</sup> Ett sådant krav skulle ålägga aktören en dubbel börda, vilket kan verka hindrande för den fria rörligheten.<sup>55</sup> Detta synsätt kom till uttryck i *Laval*, där EU-domstolen slog fast att ett lettiskt företag som utförde arbete i Sverige inte kunde tvingas teckna svenska kollektivavtal.<sup>56</sup>

---

<sup>50</sup> Mål C-507/03 An Post, punkt 29-30.

<sup>51</sup> Artikel 18 i funktionsfördraget.

<sup>52</sup> Craig, EU Law: Text, Cases and Materials, s. 773 f.

<sup>53</sup> Rosén Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling: en kommentar, s. 79.

<sup>54</sup> Mål C-76/90 Säger.

<sup>55</sup> Barnard, The Substantive Law of the EU, s. 382.

<sup>56</sup> Mål C-341/05 Laval.

Krav på verksamhetsövergång kan anses diskriminerande, dels på grund av att den nya leverantören i praktiken tvingas teckna kollektivavtal, se nedan avsnitt 3.3, och dels på grund av att kravet går utöver den av EU fastslagna minimiskyddsnivån i överlåtelsedirektivet, se nedan avsnitt 3.4.

#### 2.2.2.2 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen innebär att alla anbudsgivare ska behandlas lika, både när den upphandlande myndigheten utformar förfrågningsunderlaget och när anbuden prövas. De krav som uppställts ska tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Förfrågningsunderlagets uppställda krav ska även vara så pass tydliga att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör ska förstå vad som efterfrågas och vilka krav som ställs.<sup>57</sup> Detta synsätt har bekräftats av HFD, som visserligen också har uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, så länge de följer de allmänna upphandlingsrättsliga principerna och EU-rätten.<sup>58</sup>

Upphandlande myndigheter får enligt likabehandlingsprincipen inte ge en eller flera leverantörer en konkurrensfördel genom att övriga leverantörer får ta del av information vid en senare tidpunkt, eller inte får ta del av information alls. Likabehandlingsprincipen hindrar också upphandlande myndighet från att låta någon eller några leverantörer komplettera sitt anbud, om andra leverantörer i en liknande situation inte tillåts göra en komplettering.<sup>59</sup>

Likabehandlingsprincipen innebär inte bara att lika fall ska behandlas lika, utan också att olika fall ska behandlas olika. I målet *Fabricom* skulle exempelvis inte en konsult, som deltagit i det förberedande arbetet inför upphandlingen, behandlas på samma sätt som övriga anbudsgivare.<sup>60</sup>

Krav på verksamhetsövergång kan anses olikbehandlande, då det potentiellt ger konkurrensfördelar till vissa anbudsgivare, eller till befintlig leverantör.

#### 2.2.2.3 Transparensprincipen

Transparensprincipen har till syfte att skapa en öppenhet inom offentlig upphandling och på det sättet göra upphandlande myndigheter ansvariga för sina val, samt minimera

---

<sup>57</sup> Mål C-19/00 SIAC Construction.

<sup>58</sup> RÅ 2002 ref. 50.

<sup>59</sup> Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, s. 79 f.

<sup>60</sup> De förenade målen C-21/03 och C-34/03 *Fabricom*, punkt 31.

riskan för diskriminering och olikbehandling.<sup>61</sup> Öppenheten syftar också till att myndighetens opartiskhet ska kunna kontrolleras.<sup>62</sup> Transparensprincipen – eller öppenhetsprincipen som den också kallas – innebär att alla uppgifter kring upphandlingsförfarandet ska offentliggöras och att upphandlingen annonseras offentligt.<sup>63</sup> Det resulterar bland annat i att alla obligatoriska krav, tilldelningsgrund<sup>64</sup> och utvärderingskriterier ska anges redan i förfrågningsunderlaget.<sup>65</sup> Avseende krav på verksamhetsövergång innebär transparensprincipen att om upphandlande myndighet vill kräva övertagande av personal, så måste det anges tydligt och klart i förfrågningsunderlaget.

#### 2.2.2.4 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär främst att upphandlande myndighet i upphandlingen inte får ställa mer långtgående krav än att de står i proportion till de mål som eftersträvas med upphandlingen.<sup>66</sup> Detta har EU-domstolen uttalat i bland annat målet *Contse*. Domstolen ansåg att upphandlande myndighet hade ställt krav som gick utöver vad som var nödvändigt för att "säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas".<sup>67</sup> Kraven var därför inte förenliga med proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsbedömningen innefattar tre olika steg. Först bedöms om kravet är lämpligt och effektivt, det vill säga om det är ägnat och bidrar till att uppfylla målet som eftersträvas. I steg två avgörs om kravet är nödvändigt, det vill säga om det finns några mindre ingripande åtgärder för att uppnå syftet ska dessa istället användas. Sist, men inte minst, bedöms om kravet får oproportionerligt och överdrivet negativa effekter i förhållande till syftet.<sup>68</sup> Alla krav som ställs i en upphandling måste klara denna proportionalitetsbedömning, så även krav på verksamhetsövergång.

#### 2.2.3 6 b § LAS och 28 § MBL

Överlåtelsedirektivet har i Sverige genomförts genom 6 b § LAS och 28 § MBL.<sup>69</sup> En verksamhetsövergång i överlåtelsedirektivets och 6 b § LAS mening får i huvudsak tre centrala rättsföljder. För det första övergår rättigheter och skyldigheter på grund av de

---

<sup>61</sup> Bovis, EU Public Procurement Law, s. 250.

<sup>62</sup> Mål C-458/03 Parking Brixen, punkt 49.

<sup>63</sup> Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 155.

<sup>64</sup> Lägsta pris eller ekonomiskt mest fördelaktiga, se 12 kap. 1 § LOU.

<sup>65</sup> Se bland annat Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2331-11, Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3079-11 och Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1188-11.

<sup>66</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6065-04.

<sup>67</sup> Mål C-234/03 Contse, punkt 41.

<sup>68</sup> Pedersen, Upphandlingens grunder, s. 35.

<sup>69</sup> Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamhet och kollektiva uppsägningar.

anställningsavtal och de anställningsförhållanden som gäller vid tidpunkten för övergången på den nya arbetsgivaren. Det innebär att anställningen per automatik, när överlåtelsen täcks av 6 b § LAS, går över till den nya arbetsgivaren, med bibehållna villkor. Det innebär också att den nya arbetsgivaren är ansvarig för alla förpliktelser gentemot arbetstagaren, men den gamla arbetsgivaren är solidariskt ansvarig för förpliktelser som uppkom innan övergången. Detta gäller alla typer av anställningsformer, det är alltså inte av betydelse om arbetstagaren innehar en tillsvidareanställning, är timanställd eller arbetar deltid.<sup>70</sup>

Den andra följden består i att även det kollektivavtal som gällde vid tiden för överlåtelsen enligt 28 § MBL går över till den nya arbetsgivaren, som är bunden av kollektivavtalet i ett år från övergången eller till dess ett nytt kollektivavtal börjar gälla. Det gäller dock endast om den nya arbetsgivaren inte sedan tidigare är bunden av något kollektivavtal, som är tillämpligt på de arbetstagare som omfattas av överlåtelsen. 28 § MBL hänvisar till 6 b § LAS, och blir således tillämplig först när en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS anses ha ägt rum.

Den tredje följden av att 6 b § LAS är tillämplig är att överlåtelsen i sig inte är saklig grund för uppsägning.<sup>71</sup> Självklart kan uppsägning på grund av arbetsbrist eller omorganisation<sup>72</sup> bli aktuell efter överlåtelsen, men eftersom de arbetstagare vars anställning gått över till den nya arbetsgivaren får tillgodoräkna sig sin tid hos den gamla arbetsgivaren, blir följden att den nya arbetsgivaren måste räkna in den tiden vid upprättande av turordningslistor.

Bestämmelsen utgör en rättighet för berörd arbetstagare och en skyldighet för den nya arbetsgivaren som tagit över verksamheten, i upphandlingssammanhang den nya leverantören. Det finns ingen skyldighet för arbetstagaren att utnyttja rättigheten enligt 6 b § LAS, men arbetstagaren kan heller inte avstå rättigheten om denne väl följer med till den nya arbetsgivaren. Det går således inte att som ny arbetsgivare ta över anställda, men erbjuda dem sämre anställningsvillkor i kombination med en kompensation för de sämre villkoren.<sup>73</sup> Om 6 b § LAS blir tillämplig är alltså samtliga rättsföljder tvingande.<sup>74</sup>

---

<sup>70</sup> Nielsen, EU Labour Law, s. 445.

<sup>71</sup> 7 § 3 LAS och artikel 4 i överlåtelsedirektivet.

<sup>72</sup> För en utförlig redogörelse avseende saklig grund för uppsägning, se Glavå, Arbetsrätt, avsnitt 4.

<sup>73</sup> Prop. 1994/95:102 Övergång av verksamhet och kollektiva uppsägningar, s. 34.

<sup>74</sup> Nielsen, EU Labour Law, s. 450.

6 b § LAS kan bli tillämplig både när en upphandlande myndighet själv har drivit verksamheten och ska lägga ut den på privat utövare,<sup>75</sup> samt när verksamheten redan bedrivs av privat utövare men en ny utövare eventuellt ska ta över efter genomförd upphandling. EU-domstolen har i målet *Süzen* slagit fast att det inte krävs något avtalsförhållande mellan överlåtaren och förvärvaren i överlåtelsedirektivets mening.<sup>76</sup> Detta synsätt har senare bekräftats i målet *Liikenne*, i vilket EU-domstolen slog fast att det faktum att upphandlingsdirektivet är tillämpligt inte hindrar att överlåtelsedirektivet är tillämpligt parallellt.<sup>77</sup> Så länge kriterierna för verksamhetsövergång är uppfyllda kan alltså överlåtaren utgöras av befintlig leverantör och förvärvaren av en ny leverantör. Detta synsätt hade även Arbetsdomstolen i det så kallade Swebusmålet, där man konstaterade att upphandling inte utesluter tillämpning av 6 b § LAS.<sup>78</sup>

EU-domstolen uppställde i målet *Spijker* följande kriterier för när verksamhetsövergång ska anses föreligga.<sup>79</sup>

1. Arten av företaget eller verksamheten.
2. Frågan om företagets materiella tillgångar, såsom byggnader och lösöre, har överlåtits eller inte.
3. Värdet av överlåtna immateriella tillgångar vid överlåtelsepunkten.
4. Om majoriteten av de anställda har tagits över av den nya arbetsgivaren eller inte.
5. Om kunderna tagits över eller inte.
6. Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen.
7. I förekommande fall den tidsperiod under vilken verksamheten har legat nere.

En upphandlande myndighet som vill försäkra sig om att verksamhetsövergång ska ske kan givetvis utforma upphandlingen så att ovanstående kriterier uppfylls. Den här uppsatsen kommer dock inte vidare behandla när överlåtelsedirektivet är tillämpligt, utan istället fokusera på om upphandlande myndighet kan få ovanstående rättsföljder att inträffa oavsett om överlåtelsedirektivet är tillämpligt eller inte.

---

<sup>75</sup> RÅ 1998 not. 44.

<sup>76</sup> Mål C-13/95 *Süzen*, punkt 11-12.

<sup>77</sup> Mål C-172/99 *Liikenne*, punkt 21.

<sup>78</sup> AD 1995 nr 163.

<sup>79</sup> Mål 24/85 *Spijker*.

### 3 Sociala hänsyn

#### 3.1 Begreppet

Det finns ingen definition fastställd i praxis av vad sociala hänsyn innebär. Kommissionen menar att sociala hänsyn i offentlig upphandling innebär att den upphandlande myndigheten använder den offentliga upphandlingen till att genomföra social- eller arbetsmarknadspolitiska åtgärdsprogram, genom att ta hänsyn till en eller flera sociala aspekter när den utformar och genomför upphandlingen. Dessa sociala aspekter kan enligt kommissionen bestå av bland annat arbetstagares rättigheter.<sup>80</sup>

Enligt 1 kap. 9 a § LOU, som saknar motsvarighet i upphandlingsdirektivet, *bör* upphandlande myndigheter beakta sociala hänsyn om upphandlingens art motiverar detta. Bestämmelsen är en rekommendation och målsättning, som inte juridiskt binder myndigheterna. Hur bestämmelsen tillämpas i relation till de övriga upphandlingsreglerna är i viss mån oklart.<sup>81</sup> Klart är dock att krav som motiveras med sociala hänsyn måste vara förenliga med EU-rätten och de allmänna upphandlingsrättsliga principerna, det vill säga vara icke-diskriminerande, likabehandlande, transparenta och proportionerliga.<sup>82</sup> Det är också detta som avses med uttrycket "upphandlingens art" i 1 kap. 9 a § LOU.<sup>83</sup>

Det krävs också att kraven har en koppling till kontraktsföremålet.<sup>84</sup> Kopplingen till kontraktsföremålet innebär att myndigheten endast kan ställa krav som ger en fördel avseende det specifika kontraktet eller bedömer leverantörens förmåga att utföra just den tjänst som upphandlas. EU-domstolen uttalade i *Wienstrom* att upphandlande myndighet inte får premiera leverantörer som levererar en hög andel förnybar energi till *hela* marknaden, utan endast ta hänsyn till den mängd förnybar energi som skulle komma att levereras inom det upphandlade kontraktet.<sup>85</sup>

EU-domstolen slog i ovan nämnda mål, *Wienstrom*, även fast att det krävs att upphandlande myndighet i efterhand har möjlighet att kontrollera att kraven efterföljs. Om kra-

---

<sup>80</sup> Kommissionens handledning om socialt ansvarsfull upphandling, s. 7 samt Konkurrensverkets vägledning "Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling", s. 7 f.

<sup>81</sup> Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, s. 99.

<sup>82</sup> Se bl.a. mål C-513/99 *Concordia*, punkt 59 och 63.

<sup>83</sup> Prop. 2009/10:180 *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*, s. 273.

<sup>84</sup> Se exempelvis mål C-513/99 *Concordia*, punkt 59 och mål C-368/10 *Max Havelaar*, punkt 91 (med hänvisning till generaladvokatens förslag till avgörande, punkt 110).

<sup>85</sup> Mål C-448/01 *Wienstrom*.

vet inte kan kontrolleras, åsidosätter upphandlande myndighet likabehandlingsprincipen, då möjlighet att kontrollera att uppställda kriterier följs, krävs för ett öppet och objektivt förfarande.<sup>86</sup> Leverantörens efterlevnad av krav på verksamhetsövergång bör vara enkelt för upphandlande myndighet att kontrollera, och kravet är inte problematiskt ur den synvinkeln. Värt att notera är dock att om krav på verksamhetsövergång utformas som ett särskilt villkor för fullgörande av kontraktet, se nedan avsnitt 3.2.2, och den vinnande leverantören under avtalstiden inte följer villkoret, blir följden ett avtalsbrott istället för ett "upphandlingsbrott".<sup>87</sup> Det innebär att upphandlingen inte kan överprövas, utan istället får konflikten lösas i en civilprocess om avtalsbrott mellan myndighet och leverantör.

### **3.2 Sociala hänsyn i olika faser av upphandlingen**

Sociala hänsyn kan tas i olika faser av upphandlingen. Övertagande av personal kan användas som kriterium vid utvärderingen, varför kort ska redogöras för vad utvärderingsfasen innebär. Bäst lämpar sig krav på verksamhetsövergång dock som ett särskilt villkor för fullgörande av kontraktet, varför en noggrannare genomgång av detta begrepp görs.

#### *3.2.1 Utvärderingskriterier*

I *Concordia* slog EU-domstolen fast att upphandlande myndighet i utvärderingsfasen, vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, får använda sig av kriterier som inte är enbart ekonomiska. Kriterierna måste dock ha en koppling till kontraktsföremålet, eftersom det ska fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i den specifika upphandlingen.<sup>88</sup> I 12 kap. 1 § LOU räknas ett antal olika kriterier som kan ligga till grund för tilldelningen upp, men uppräknningen är inte uttömmande. Tvärtom är det myndigheten själv som avgör vilka kriterier den vill lägga till grund för tilldelning.<sup>89</sup>

EU-domstolen prövade i *Nord Pas de Calais* utvärdering av sociala kriterier, närmare bestämt ett kriterium relaterat till sysselsättning och att bekämpa arbetslöshet. EU-domstolen konstaterar att upphandlande myndighet vid bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska ta hänsyn till exempelvis pris, tid för fullgörande, drifts-

---

<sup>86</sup> Mål C-448/01 *Wienstrom*, punkt 50-51.

<sup>87</sup> Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 260 f.

<sup>88</sup> Mål C-513/99 *Concordia*, punkt 55.

<sup>89</sup> Mål C-19/00 *SIAC Construction*, punkt 35.

kostnader, lönsamhet och teknisk förtjänst. Enligt domstolen utesluter det dock inte möjligheten att som kriterium även använda villkor som har samband med att bekämpa arbetslösheten, under förutsättning att kriteriet är förenligt med de allmänna upphandlingsrättsliga principerna. Domstolen nämner särskilt icke-diskrimineringsprincipen, samt poängterar den fria etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster.<sup>90</sup>

Även i *Max Havelaar* var sociala tilldelningskriterier uppe till prövning hos EU-domstolen.<sup>91</sup> Kommissionen motsatte sig starkt att sociala kriterier kunde användas som tilldelningsgrund, men domstolen slog fast att det är möjligt. Enligt Ahlberg öppnar *Max Havelaar* upp nya möjligheter för upphandlande myndigheter när det gäller att utvärdera sociala kriterier.<sup>92</sup> Hon menar bland annat att domen ger nya argument för upphandlande myndigheter som vill ge extra poäng i utvärderingen till leverantörer som är villiga att ta över personal.<sup>93</sup>

Det verkar alltså som att EU-domstolen anser det tillåtet för myndigheten att ta sociala hänsyn i utvärderingsfasen, så länge kriteriet inte är diskriminerande eller bryter mot andra principer. Dock noterar domstolen i *Nord Pas de Calais* även att kommissionens talan utformats så att kommissionen endast angriper att bekämpning av arbetslöshet angetts som ett upphandlingskriterium, och inte att kriteriet skulle vara diskriminerande. "*Under dessa förhållanden*"<sup>94</sup> kan domstolen inte bifalla kommissionens talan. Uttalandet öppnar möjligen upp för tolkningen att domstolen skulle bifallit kommissionens talan om de anfört att kriteriet bröt mot de upphandlingsrättsliga principerna. Det borde således vara möjligt för upphandlande myndighet att ställa upp övertagande av personal som ett utvärderingskriterium, och exempelvis ge högre poäng till anbudsgivare som anger att de kan ta över personal, med risken att kravet vid en prövning skulle anses bryta mot de upphandlingsrättsliga principerna, främst icke-diskrimineringsprincipen.

### 3.2.2 Särskilda villkor för fullgörande av kontraktet

Särskilda villkor för fullgörande av kontraktet, som reglerar själva utförandet av den upphandlade tjänsten, kan uttryckligen enligt 6 kap. 13 § LOU användas för att tillgoda sociala hänsyn. Det finns ibland behov av att uppställa vissa villkor i upphandling-

---

<sup>90</sup> Mål C-225/98 Nord Pas de Calais, punkt 49-50.

<sup>91</sup> Mål C-368/10 Max Havelaar.

<sup>92</sup> Ahlberg, Även sociala kriterier kan beaktas vid tilldelning av offentliga kontrakt, s. 694.

<sup>93</sup> *ibid.*, s. 695.

<sup>94</sup> Mål C-225/98 Nord Pas de Calais, punkt 54.



en, som varken har med leverantörens ekonomiska eller finansiella ställning, dennes tekniska förmåga och kapacitet eller med utvärderingen att göra.<sup>95</sup> Dessa villkor utgörs av särskilda villkor för fullgörande av kontraktet, även kallade särskilda kontraktsvillkor, och blir en del av det avtal som tecknas mellan vinnande leverantör och den upphandlande myndigheten.

De särskilda kontraktsvillkoren kan dels avse hur ett kontrakt ska utföras, och dels vara ett villkor som leverantören helt enkelt ska uppfylla. Den andra typen av villkor är då närmare ett kvalificeringskrav, då det utgör ett villkor som måste vara uppfyllt för att leverantören överhuvudtaget ska få kontraktet. Skillnaden är dock att det särskilda kontraktsvillkoret inte behöver vara uppfyllt förrän efter tilldelning av kontraktet. Det innebär att om leverantören inte uppfyller villkoret är detta ett kontraktsbrott, och hanteras inte inom upphandlingsprocessen.<sup>96</sup> Det ligger närmast till hands att krav på verksamhetsövergång utgörs av den andra typen av villkor, då det inte reglerar på vilket sätt leverantören ska utföra uppdraget som sådant, men ska uppfyllas av leverantören vid avtalsstart.

I *Beentjes*<sup>97</sup> konstaterade EU-domstolen att särskilda villkor för fullgörandet av kontraktet inte är relevanta varken vid bedömning av teknisk förmåga och kapacitet eller ekonomisk och finansiell ställning. Kontraktsvillkor hanteras således separat från tilldelning av kontraktet, och är ett villkor som leverantören måste acceptera vid utförande av kontraktet.<sup>98</sup> Om anbudsgivare inte accepterar de uppställda kontraktsvillkoren ska anbudet anses som orent och förkastas, då det utgör ett brott mot likabehandlingsprincipen att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga krav i förfrågningsunderlaget.<sup>99</sup>

De särskilda kontraktsvillkoren måste anges i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget. Upphandlande myndigheter är skyldiga att upplysa om alla villkor som kommer gälla vid genomförande av kontraktet, så att anbudsgivare kan utarbeta sina anbud utefter de rätta premisserna. En anbudsgivare och potentiell leverantör ska

---

<sup>95</sup> Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 258.

<sup>96</sup> *ibid.*, s. 260 f.

<sup>97</sup> Mål 31/87 *Beentjes*.

<sup>98</sup> Communication Public Procurement Regional and Social Aspects, punkt 47.

<sup>99</sup> Mål C-243/89 *Stora Bält*.

således, utefter de upplysningar som getts av den upphandlande myndigheten, kunna bedöma om kontraktet är av intresse.<sup>100</sup>

Eftersom särskilda kontraktsvillkor avser utförandet av kontraktet, får de inte ta sikte på leverantörens verksamhet som helhet. Det måste således, precis som avseende kvalificeringskrav och tekniska specifikationer, finnas en koppling till kontraktsföremålet. Det är därmed svårare att ta sociala hänsyn genom särskilda kontraktsvillkor i samband med varuupphandlingar, där varorna som regel redan producerats och kontraktsföremålet består av de fysiska varorna. Sociala hänsyn genom särskilda kontraktsvillkor lämpar sig därför bättre för tjänsteupphandlingar.<sup>101</sup> Exempel på lämpliga särskilda kontraktsvillkor är krav som avser villkor i kollektivavtal och andra arbetsrättsliga krav.<sup>102</sup> Kommissionen har i sin handledning "Socialt ansvarsfull upphandling: En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling" uttalat följande om arbetsvillkor som sociala hänsyn:

*"[...] arbetsvillkoren för de arbetstagare som arbetar med att fullgöra kontraktet [är] inte tekniska specifikationer eller urvalskriterier i den mening som avses i upphandlingsdirektiven. Eftersom sådana sociala hänsyn dessutom är svåra att koppla till kontraktsföremålet, skulle det generellt sett inte vara möjligt att föra in dem i tilldelningskriterierna för kontraktet".<sup>103</sup>*

Det ska finnas en koppling till kontraktsföremålet, avseende de sociala krav den upphandlande myndigheten ställer både vad gäller utvärderingskriterier och kontraktsvillkor. Det framstår dock som att det krävs olika kopplingar till kontraktsföremålet beträffande utvärderingskriterier och kontraktsvillkor.<sup>104</sup> Avseende utvärderingskriterier måste de uppställda kriterierna syfta till att fastställa det för myndigheten ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Beträffande kontraktsvillkor verkar det, som jag förstår det, vara tillräckligt att villkoret reglerar *hur* kontraktet utförs, inte hur *fördelaktigt* det utförs. McCrudden tolkar det som att utvärderingskriterier ska ha en koppling till själva kontraktsföremålet ("*the subject matter of the contract*"), medan kontraktsvillkor ska ha

---

<sup>100</sup>Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, avsnitt 3.2.1.2.

<sup>101</sup> Konkurrensverkets vägledning "Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling", s. 37.

<sup>102</sup> *ibid.*, s. 45.

<sup>103</sup> Kommissionens handledning om socialt ansvarsfull upphandling, not 84.

<sup>104</sup> McCrudden, *Buying Social Justice*, s. 564.

en koppling till fullgörandet ("*the performance of the contract*"), och att det föreligger en skillnad däremellan.<sup>105</sup>

Arrowsmith menar däremot att det finns en koppling mellan utvärderingskriterier och särskilda villkor för fullgörande av kontraktet, på det sätt att om ett särskilt kontraktsvillkor är tillåtet är motsvarande krav tillåtet att använda som utvärderingskriterium, och vice versa. Hon anser det ologiskt att göra en skillnad mellan de båda begreppen, då både utvärderingskriterier och särskilda kontraktsvillkor kan få en lika stor påverkan på upphandlingen. Bedömningen av om koppling till kontraktetsföremålet föreligger måste därför, enligt Arrowsmith, bli densamma avseende utvärderingskriterier och särskilda kontraktsvillkor.<sup>106</sup>

Falk verkar mena att det finns en diskrepans mellan "särskilda villkor för fullgörande av kontraktet" enligt artikel 26 och 6 kap. 13 § LOU och "särskilda tilläggsvillkor" som EU-domstolen tagit fram och lutat sig mot i bland annat *Beentjes*. Enligt Falk finns en möjlighet att de särskilda tilläggsvillkoren inte måste avse fullgörandet av kontraktet på samma sätt som de särskilda villkoren för fullgörande, utan de kan ta sikte även på andra saker. I *Beentjes* till exempel fanns det inget krav på att de långtidsarbetslösa skulle utföra vissa arbeten, utan endast att de skulle anställas. Falk menar att det inte är helt självklart att kravet som ställdes upp i *Beentjes* hade varit tillåtet enligt artikel 26 i upphandlingsdirektivet.<sup>107</sup>

Krav på verksamhetsövergång formuleras normalt som ett särskilt villkor för fullgörande av kontraktet, då det inte *kan* vara uppfyllt förrän vid avtalsstart och därmed inte lämpar sig för att ställas som ett obligatoriskt kvalificerings- eller tekniskt krav som ska vara uppfyllt vid anbudsinlämningen. Istället reglerar kravet hur den leverantör som tilldelas kontraktet ska agera.

### **3.3 Kollektivavtal och kollektivavtalsliknande villkor**

Att som upphandlande myndighet ställa krav på att leverantören ska teckna kollektivavtal är problematiskt på flera sätt. Det anses vara olikbehandlande, diskriminerande och strida mot de EU-rättsliga friheterna om bland annat frihet att tillhandahålla tjänster.<sup>108</sup> Däremot kan upphandlande myndigheter under vissa omständigheter ställa krav på kol-

---

<sup>105</sup> McCrudden, *Buying Social Justice*, s. 564.

<sup>106</sup> Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 741.

<sup>107</sup> Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, s. 268 ff.

<sup>108</sup> Konkurrensverkets vägledning "Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling", s. 43.

lektivavtalsliknande villkor, det vill säga anställningsvillkor som följer av kollektivavtal.<sup>109</sup> Utstationeringsdirektivet är dock begränsningen för vilka krav på anställningsvillkor som kan ställas i en upphandling. EU-domstolen slog i målet *Rüffert* fast att en upphandlande myndighet måste följa övrig EU-lagstiftning, och att vad gäller krav på minimilöner för utländska arbetstagare kan myndigheten endast ställa krav enligt vad som följer av utstationeringsdirektivet, då detta direktiv anger den skyddsnivå en medlemsstat kan kräva att ett företag i en annan medlemsstat ska iaktta gentemot sina arbetstagare.<sup>110</sup> Att ställa krav utöver på EU-nivå fastställd skyddsnivå ansågs således diskriminerande mot företag i andra medlemsstater. Jämför dock resonemanget nedan, avsnitt 3.4, angående hur svensk domstol bedömt liknande frågor.

### **3.4 Strängare krav än EU-rätten uppställer**

Överlåtelsesdirektivet är ett minimidirektiv, vilket innebär att direktivet uppställer vissa minimivillkor som medlemsstaterna vid genomförandet av direktivet måste uppfylla. Det står dock medlemsstaten fritt att uppställa en högre skyddsnivå än den i direktivet.<sup>111</sup> Sverige har valt att införa 6 b § LAS i linje med överlåtelsesdirektivet, och har alltså inte uppställt en högre skyddsnivå för arbetstagare vid genomförandet.

Frågan är om en upphandlande myndighet kan ställa krav utöver minimidirektivet, trots att svensk lagstiftning inte uppställer sådana högre krav. Kammarrätten i Göteborg har konstaterat att det inte kan anses strida mot upphandlingsreglerna att uppställa krav som går utöver den skyddsnivå EU-rätten kräver.<sup>112</sup> Målet gällde hantering av personuppgifter. Västtrafik hade i en upphandling av bland annat kundservice krävt att personuppgifter inte fick överföras till tredje land – det vill säga land utanför EU – om inte landet tillträtt dataskyddskonventionen<sup>113</sup>. Kravet gick utöver den skyddsnivå för personuppgifter som uppställs enligt harmoniserad EU-lagstiftning. Kammarrätten uttalade att det inte finns något hinder för en upphandlande myndighet att ställa mer långtgående krav än harmoniserad EU-lagstiftning, så länge kravet inte bryter mot de upphand-

---

<sup>109</sup> Rosén Andersson m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, s. 319.

<sup>110</sup> Mål C-346/06 *Rüffert*, punkt 33.

<sup>111</sup> Bernitz och Kjellgren, *Europarättens grunder*, 2010, s. 33.

<sup>112</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3931-13.

<sup>113</sup> Europarådets konvention 108 av den 28 januari 1981 om skydd för enskilda vid automatisk databehandling av personuppgifter.

lingsrättsliga principerna eller strider mot LOU på annat sätt. Avgörandet bekräftade Kammarrätten i Stockholms tidigare ståndpunkt.<sup>114</sup>

### 3.5 Praxis

#### 3.5.1 *Liikenne*

EU-domstolen har inte avgjort frågan om krav på verksamhetsövergång, men målet *Liikenne*, som främst rörde frågan om överlåtelsedirektivet kunde vara tillämpligt vid offentlig upphandling, tas ofta upp i samband med argumentation kring kravet. Domstolen gjorde i målet uttalanden om upphandlingsdirektivens syften och hur dessa samspelar med andra lagar och förordningar. Upphandlingsdirektiven syftar, enligt EU-domstolen, inte till att inskränka sociala rättigheter och skyldigheter och befria upphandlande myndigheter och leverantörer från ansvar enligt andra lagar och förordningar. Istället är syftet med upphandlingsdirektiven att inom ramen för de sociala rättigheter och skyldigheter som fastställs genom annan lagstiftning främja konkurrens på lika villkor. Särskilt nämns främjande av etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster.<sup>115</sup>

Domstolen uttalar också att leverantörerna inom denna ram behåller sitt handlingsutrymme för att fritt konkurrera sinsemellan och inkomma med olika anbud, det vill säga det finns andra områden att konkurrera med än personal. Domstolen ger som exempel inom just kollektivtrafik med buss att leverantörerna kan "*konkurrera i fråga om nivån på fordonens utrustning och prestanda ur energi- och miljösynpunkt, organisationens effektivitet och kontakterna med allmänheten, samt, såsom i alla företag, i fråga om den önskade vinstmarginalen.*"<sup>116</sup>

I kommissionens tolkningsmeddelande om sociala hänsyn gör kommissionen en tolkning av *Liikenne*. Enligt kommissionen framgår det av rättsfallet att upphandlande myndigheter är skyldiga att upplysa anbudsgivare om alla villkor som gäller för utförandet av kontraktet. Sådana villkor kan bland annat vara ifall leverantören kan komma tvingas överta personal, och *om* det i sådana fall är fråga om en situation där överlåtelsedirektivet är tillämpligt. I vilka situationer leverantören kan komma tvingas överta personal om överlåtelsedirektivet *inte* är tillämpligt framgår inte. Kommissionen verkar således öppna upp för två olika situationer där en ny leverantör är skyldig att överta personal; dels på grund av en situation där överlåtelsedirektivet är tillämpligt, och dels på grund

---

<sup>114</sup> Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11.

<sup>115</sup> Mål C-172/99 *Liikenne*, punkt 22.

<sup>116</sup> *ibid.*, punkt 23.

av annan, ospecificerad, anledning.<sup>117</sup> Det öppnar möjligtvis upp för tolkningen att kommissionen anser det tillåtet att ställa krav på verksamhetsövergång.

En möjlig slutsats av domstolens uttalande är att den menar att konkurrensen kan bibehållas även om krav på verksamhetsövergång ställs, då alla anbudsgivare måste ta över personalen om de tilldelas kontraktet. På så sätt uppkommer inget brott mot likabehandlingsprincipen, och anbudsgivarna kan konkurrera på andra punkter. Jag anser dock att det finns vissa problem med att applicera domstolens resonemang på just krav på verksamhetsövergång. Domstolens resonemang avser nämligen de fall då överlåtelседirektivet är tillämpligt, det vill säga då tvingande lagstiftning föreskriver att verksamhetsövergång ska ske. Om verksamhetsövergången istället ställs som ett krav av upphandlande myndighet, anses det däremot utgöra en inskränkning av de grundläggande EU-rättsliga friheterna och måste kunna motiveras enligt likabehandlings-, icke-diskriminerings- och proportionalitetsprincipen.<sup>118</sup>

### 3.5.2 Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3696-1998

Krav på verksamhetsövergång har vid ett tillfälle prövats uttryckligen i svensk domstol. Förvaltningsrätten ansåg då att krav på verksamhetsövergång stred mot dåvarande kravet i LOU på affärsmässighet. Numera är begreppet affärsmässighet utmönstrat ur LOU, men de allmänna upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU anses omfatta begreppet.<sup>119</sup> Förvaltningsrätten angav att krav på övertagande av personal ”strider mot kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU genom att det inte ger anbudsgivarna frihet att utnyttja den egna organisationens kompetens”. Domen fastställdes utan vidare motivering av kammarrätten.<sup>120</sup>

Domens prejudicerande verkan kan diskuteras, se ovan avsnitt 1.5.2.3. Sedan avgörandet har nya upphandlingsregler antagits, där större fokus på sociala hänsyn har införts i lagstiftningen genom bland annat 1 kap. 9 a § LOU.<sup>121</sup> *Liikenne* avgjordes efter kammarrättsavgörandet, och i och med EU-domstolens uttalande kring upphandlingsdirektivens inverkan på det sociala området, kan argumenteras för att utfallet skulle bli ett annat

---

<sup>117</sup>Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, avsnitt 3.2.1.2.

<sup>118</sup>Sundstrand, Offentliga kontrakt – möjlighet till undantag från EU:s primärrätt, s. 75 f.

<sup>119</sup> Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, s. 157.

<sup>120</sup> Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3696-1998.

<sup>121</sup> Prop. 2006/07:128 Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

idag.<sup>122</sup> Ytterligare försiktighet avseende prejudikatvärde är på sin plats, då kammarrätten inte på egen hand motiverar sin slutsats utan endast instämmer i förvaltningsrättens dom. Förvaltningsrätten fann att upphandlingen var bristfällig på flera punkter och det är därför oklart om det var just kravet på verksamhetsövergång som var avgörande för kammarrättens bedömning.

Utredningen om sjukvårdsupphandling diskuterade i sitt betänkande möjliga tolkningar av Kammarrättens avgörande i mål nr 3696-1998.<sup>123</sup> Betänkandet publicerades år 1999 och mycket har hänt, både i lagstiftning och praxis, sen dess. Betänkandet i sig är därför av begränsad relevans, men jag anser ändå utredningens resonemang intressant. Utredningen menar att avgörandet gjordes i det enskilda fallet, att det ska tolkas restriktivt och att inga slutsatser om att det generellt skulle vara otillåtet att ställa krav på verksamhetsövergång kan dras. Tvärtom verkar utredningen anse att det är tillåtet att ställa krav på övertagande av personal, så länge kravet ställs som ett särskilt villkor för fullgörande av kontraktet och inte står i strid med andra EU-rättsliga regler. Utredningen baserar delvis sitt resonemang på EU-domstolens avgörande i *Beentjes*, som slog fast att det inte var diskriminerande att ställa krav på att 70 % av den arbetskraft som användes för den upphandlade tjänsten skulle bestå av långtidsarbetslösa personer.<sup>124</sup> Jag anser att argumentationen i viss mån är rimlig. Domstolens argumentation bygger främst på att kravet stred mot principen om affärsmässighet, då anbudsgivarna inte kunde utnyttja den egna organisationens kompetens. Detsamma borde vara tillämpligt även i fallet *Beentjes*, där den leverantör som tilldelades kontraktet också förbundit sig att anställa annan personal än den som redan fanns inom organisationen. Syftet med kraven som ställdes i *Beentjes* och kammarrättsmålet verkar också vara liknande, i båda fallen syftar de till en social insats (även om de långtidsarbetslösa i fallet *Beentjes* eventuellt är i större behov av socialt stöd än de arbetstagare som berördes i kammarrättsfallet). Ändå bedömdes kravet på anställning av långtidsarbetslösa som tillåtet av EU-domstolen, medan kammarrätten kom till motsatt slutsats avseende krav på övertagande av personal. Krav på verksamhetsövergång kan, enligt min mening, anses otillåtet på andra grunder, men just det faktum att anbudsgivaren inte kan utnyttja den egna organisationens kompetens anser jag inte vara det starkaste argumentet mot tillåtlighet.

---

<sup>122</sup> Jämför dock mitt resonemang om *Liikennes* tillämpning avseende krav på verksamhetsövergång ovan, avsnitt 3.5.1.

<sup>123</sup> SOU 1999:149 Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

<sup>124</sup> *ibid.*, s. 171 f.

## 4 Debatten

Jag kommer i det följande redogöra för och, utifrån vad som angetts ovan om den arbetsrättsliga och upphandlingsrättsliga regleringen, analysera ett antal argument som tas upp i debatten kring krav på verksamhetsövergång.

### 4.1 Argument för

#### 4.1.1 Anställningstrygghet

Ett ofta framfört argument för att ställa krav på verksamhetsövergång är att kravet ska säkerställa arbetstagares anställningstrygghet.

Oscar Taxén, jurist på fackförbundet Kommunal, menar att anbudsgivare som inte innehaft kontraktet tidigare kan lämna anbud utefter kalkyler där delar av eller all personal saknar erfarenhet, och enligt kollektivavtal därför ska ha lägsta lön. Befintlig leverantör, som är bunden av avtal med sina anställda, måste dock beräkna anbudet inklusive lönehöjningar och förmåner. Det innebär att det i praktiken är omöjligt att vinna ett kontrakt två gånger i rad.<sup>125</sup> Denna åsikt delas även av Taxéns kollega Per Holmström, förste vice ordförande för Kommunal.<sup>126</sup>

Enligt Taxén anställer den nya leverantören den befintliga personalen, utan att behöva ta hänsyn till turordning, på provanställningar eller timanställningar. Taxén menar att detta skapar en otrygg situation för anställda, då de ofta varken kan ta lån, teckna hyreskontrakt eller öppna telefonabonnemang.

Enligt SEKOs rapport "Spårlöst försvunna rättigheter" blir det om upphandlande myndighet ställer krav på verksamhetsövergång omöjligt för anbudsgivare att konkurrera med varandra genom sänkta löner och försämrade arbetsvillkor. Ett krav på verksamhetsövergång skulle också, enligt SEKO, eliminera den stress och oro det innebär för arbetstagare att efter varje upphandling behöva söka nytt jobb.<sup>127</sup>

Eva Sonidsson från Socialdemokraterna i Västernorrland menar att avsaknaden av krav på verksamhetsövergång vid Skånetrafikens upphandling av tåg resulterade i strejk och konflikter, då den nya leverantören anställde tidigare tillsvidareanställd heltidspersonal på tim- och deltidsanställningar.<sup>128</sup> Beata Hammarskiöld från Almega anser däremot de

---

<sup>125</sup> Taxén, Kräv personalövertagande vid upphandlingar av kollektivtrafik.

<sup>126</sup> Holmström, Välkommet klarspråk från S om tågkonflikten.

<sup>127</sup> SEKO:s rapport "Spårlöst försvunna rättigheter", s 28 f.

<sup>128</sup> Sonidsson, Tågstrejken hade kunnat undvikas.



aktuella konflikterna inte berodde på avsaknad av sociala krav i upphandlingen. Hon menar att verksamhetsövergång regleras i 6 b § LAS, och att det är den arbetsrättsliga lagstiftning som myndighet och leverantör har att beakta avseende övertagande av personal vid upphandling.<sup>129</sup>

Magnus Ljung, jurist på arbetsgivar- och intresseorganisationen SKL, anser att krav på verksamhetsövergång är som viktigast vid upphandlingar där det krävs på grund av kvalitet, exempelvis sociala tjänster, och menar att det är en politisk fråga om upphandlande myndigheter vill ställa sådana krav av andra skäl, exempelvis anställningstrygghet. SKL vill att deras medlemmar ska ha så stor handlingsfrihet som möjligt, och anser det principiellt tillåtet att ställa krav på övertagande av personal med motivet anställningstrygghet, om kravet i det enskilda fallet uppfyller kraven i upphandlingslagstiftningen.<sup>130</sup>

Sammanfattningsvis verkar alltså grundtanken vara att det är skyddsvärt att skapa en kontinuitet i arbetstagares anställningar. Frågan är dock vilka arbetstagare som är skyddsvärda, och vems rättigheter som skyddas genom krav på verksamhetsövergång. Arbetstagarna som redan finns hos den nya leverantören kan hamna längre ner på turordningslistan och därmed hamna i en sämre position än om verksamhetsövergång inte skett. Genom att ställa kravet utvidgar man tillämpningsområdet för 6 b § LAS, vilket kan medföra en negativ konsekvens för den nya leverantörens arbetstagare. Jag ser ingen anledning till varför upphandling ska ha en särställning jämfört med andra överlåtelser som inte uppfyller kriterierna i 6 b § LAS. Vid sådana privata överlåtelser får inte överlåtarens arbetstagare förmånen att kunna övergå till förvärvaren. Tillämpningen av 6 b § LAS är inte dispositiv, parterna kan inte styra över när den blir tillämplig, utan kriterierna i bestämmelsen och praxis styr tillämpningsområdet. Givetvis kan det hända även vid en privat överlåtelse att förvärvaren tar över personalen när 6 b § LAS inte är tillämplig, men det sker då rimligtvis efter en förhandling mellan parterna om de kommersiella villkoren för överlåtelsen.

Ytterligare ett problem är avtalsfriheten – upphandlande myndighet kan inte tvinga en leverantör att ingå kollektivavtal genom offentlig upphandling, och då borde den rimligtvis inte heller kunna tvinga leverantören att ingå eller ta över anställningsavtal. Dock

---

<sup>129</sup> Hammarskiöld, Sociala krav ligger inte bakom tågkonflikten.

<sup>130</sup> Ljung, telefonintervju den 24 november 2014.

var det ju just det som godkändes av EU-domstolen i *Beentjes*. Falk resonerar kring att begreppet "särskilda villkor för fullgörande av kontraktet" enligt artikel 26 i upphandlingsdirektivet kan ha ett snävare tillämpningsområde än begreppet "särskilda tilläggs-villkor", som EU-domstolen benämnde villkoren i bland annat *Beentjes*, se ovan avsnitt 3.2.2. Jag kan se två olika tolkningar av Falks resonemang. Det första alternativet är att de villkor som ställdes i *Beentjes* kanske inte hade varit tillåtna idag, då artikel 26 kräver en starkare koppling till utförandet av kontraktet. Den andra tolkningen är att EU-domstolen har utvidgat tillämpningsområdet för artikel 26 i och med att de använder sig av begreppet "särskilda tilläggs-villkor", och att kraven i *Beentjes* därför hade klarat en prövning i EU-domstolen även idag. Den första tolkningen framstår som mer rimlig, då EU-lagstiftaren genom artikel 26 sannolikt i viss mån ville lagstifta kring den situation som uppkommit i bland annat *Beentjes*. Om Falks tolkning av diskrepansen mellan begreppen är riktig var inskränkningen i artikel 26 troligen avsedd. Dock går rättsutvecklingen mot ett mer tillåtande håll avseende sociala hänsyn,<sup>131</sup> vilket talar för att villkoren i *Beentjes* hade varit tillåtna även idag.

I *Beentjes* fanns dock ingen EU-rättslig minimilagstiftning att utgå ifrån, som det finns avseende verksamhetsövergång, vilket kan ha lett till en annan bedömning. En jämförelse kan göras med målet *Rüffert*, där EU-domstolen uttalade att det är diskriminerande att ställa krav som går utöver den EU-rättsligt fastställda skyddsnivån i utstationeringsdirektivet.

En annan aspekt av avtalsfriheten är att den nya leverantören, om en verksamhetsövergång enligt 6 b § LAS sker, enligt 28 § MBL blir bunden av de kollektivavtal som de anställda omfattas av vid tiden för överlåtelsen. Ett krav på verksamhetsövergång innebär således i praktiken att den nya leverantören, om denne inte redan är bunden av ett kollektivavtal som omfattar den övertagna personalen, tvingas teckna kollektivavtal. I det nuvarande rättsläget får det anses klart att krav på tecknande av kollektivavtal inte är tillåtet, se ovan avsnitt 3.3, och jag anser det orimligt att ett krav utformat på ett annat sätt men med samma – otillåtna – följder då skulle vara tillåtet.

Sammantaget anser jag att det finns en rad problem med argumentet anställningstrygghet, bland annat att krav på verksamhetsövergång riskerar att försämra situationen för

---

<sup>131</sup> Se bland annat mål C-368/10 Max Havelaar och 2014 års direktiv.

andra arbetstagare än dem som omfattas av överlåtelsen och att kravet kan inkräkta på avtalsfriheten.

#### 4.1.2 *Hantering av arbetsbrist*

När en myndighet ska upphandla en tjänst man tidigare drivit i egen regi, vill myndigheten ibland undvika att själv tvingas stå kostnaderna för att exempelvis omplacera anställda, säga upp personal på grund av arbetsbrist, upprätta turordningslistor, och så vidare.<sup>132</sup> Det är helt enkelt mindre resurskrävande för myndigheten om den nya entreprenören tar över befintlig personal och får hantera den eventuella arbetsbrist som uppstår.

Att ställa krav på verksamhetsövergång med det motivet kan inte anses utgöra en social hänsyn, då kravet motiveras med att det medför en ekonomisk fördel för myndigheten om den nya leverantören tar över personal, inte med att man vill värna om arbetstagarna. Jag anser det orimligt att en myndighet ska kunna "avtala bort" skyldigheter enligt arbetsrättslig lagstiftning, det vill säga genom ett villkor i upphandlingen friskriva sig från omplaceringsskyldigheten i 7 § LAS. Privata företag har i normalfallet inte den möjligheten. Omplacering ska ske inom den privata arbetsgivarens företagsenhet, eller möjligtvis inom en annan driftsenhet, men omplaceringsskyldigheten sträcker sig inte till andra företag inom samma koncern. En myndighet är skyldig att omplacera inom myndighetens verksamhetsområde.<sup>133</sup> Beroende på det privata företags, i det här fallet den nya leverantörens, företagsorganisation kan omplaceringsskyldigheten bli avsevärt mindre omfattande hos det privata företaget än hos myndigheten. Att myndigheten i det fallet kan "lämpa över" omplaceringsskyldigheten på leverantören innebär således i praktiken ett sämre skydd för arbetstagaren. Jag ställer mig tveksam till om detta argument skulle användas öppet av en upphandlande myndighet som motivering till kravet, men om så vore fallet anser jag inte att det skulle vara framgångsrikt.

Vidare kan noteras att kravet med den här motiveringen skulle ha en svag koppling till kontraktsföremålet, då det inte ställs på grund av att myndigheten vill reglera hur tjänsten ska utföras utan för att undkomma ansvar och kostsam personalhantering. I och med den svaga kopplingen anser jag att kravet bryter mot de allmänna upphandlingsrättsliga principerna och därmed ska anses handelshindrande och som en inskränkning

---

<sup>132</sup> SOU 1999:149 Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster, s. 171.

<sup>133</sup> Lunning & Toijer, lagkommentar till 7 § LAS, underrubrik "Omfattningen av omplaceringsskyldigheten".

av friheten att tillhandahålla tjänster. Att motivera kravet med tvingande hänsyn till allmänintresset är inte heller möjligt, då ekonomiska skäl som huvudregel inte kan utgöra en sådan hänsyn, se ovan avsnitt 2.1.2.

#### 4.1.3 Högre kvalitet

Rädsla för störningar i trafiken om nya förare skulle bemanna busslinjerna var anledningen till att Umeå kommun beslutade att Länstrafiken i Västerbotten skulle ställa krav på övertagande av personal i en pågående upphandling av busstrafik.<sup>134</sup> Den befintliga personalen har kunskap om verksamheten och övergången från en leverantör till en annan blir sannolikt mindre kännbar om personalen är kvar.

Det handlar i det här fallet om en kvalitetsaspekt snarare än social aspekt – om befintlig personal är kvar blir kvaliteten på den upphandlade tjänsten högre. Detta argument framhålls av SEKO, som menar att följderna av krav på verksamhetsövergång bland annat är att samhället kan tillvarata viktig kompetens.<sup>135</sup> Även Ljung instämmer i resonemanget, och anser att det i sociala tjänster, exempelvis drift av äldreboenden eller andra typer av vårdhem, kan vara viktigt för brukarna att behålla samma personal även efter genomförd upphandling och byte av leverantör.

Ahlberg och Bruun anser att om syftet med kravet på verksamhetsövergång är att bevara kvalitet i tjänsten utgör kravet ingen social hänsyn, och borde vara tillåtet.<sup>136</sup> Jag anser att resonemanget är rimligt, i alla fall avseende koppling till kontraktets utförande. Om kravet medför att tjänsten utförs på ett bättre sätt och med högre kvalitet har kravet en tydligare koppling till utförandet av tjänsten. Dock kan kravet givetvis fortfarande vara oproportionerligt i det enskilda fallet. Om upphandlande myndigheter vill säkerställa kvaliteten på tjänsten finns också andra vägar att gå. Exempelvis kan krav på erfarenhet ställas upp, vilket inte är lika ingripande för leverantören men ändå säkerställer att de arbetstagare som ska utföra arbetet har relevant och tillräcklig kompetens. Detta fungerar dock inte avseende exempelvis vårdtjänster där brukarna upparbetat ett förtroende för de befintliga arbetstagarna. Sammanfattningsvis anser jag argumentet avseende kvalitet vara ett bra och troligen framgångsrikt argument, men eventuellt oproportionerligt i det enskilda fallet om samma effekt kan nås genom krav på erfarenhet.

---

<sup>134</sup> Tidningen Arbetet, Förarna ska med i Umeå.

<sup>135</sup> SEKO:s rapport "Spårlöst försvunna rättigheter", s. 28.

<sup>136</sup> Ahlberg och Bruun, Upphandling och arbete i EU, s. 149 ff.

Taxén menar att leverantörer inte ser långsiktigt på verksamheten, eftersom det är omöjligt att vinna ett kontrakt två gånger i rad, se ovan, avsnitt 4.1.1. Det leder bland annat till bristfällig utbildning av personal. Jag drar slutsatsen att det resonemanget är tillämpligt även på investeringar i inventarier, material, och så vidare. Enligt Taxén är det därför viktigt att ställa krav på verksamhetsövergång, för att motivera leverantörer att investera i personal och verksamheten i övrigt. Argumentet är möjligtvis relevant vid en bedömning av kravets koppling till kontraktets utförande och kvalitet samt vid en proportionalitetsbedömning. Dock talar argumentet, enligt min mening, inte i riktningen att ett krav skulle vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Om syftet med kravet är att få leverantören att investera i verksamheten, anser jag inte kravet varken lämpligt eller effektivt i förhållande till syftet. Tvärtom kan krav på övertagande av personal verka kontraproduktivt, då den befintliga leverantören är medveten om att personalen vid nästa upphandling kommer gå över till en annan arbetsgivare om upphandlingen förloras. Detta kan vara en anledning för arbetsgivaren att inte göra stora investeringar i sin personal. Effekten av kravet är i vart fall för osäker för att man ska kunna säga att kravet är nödvändigt för att uppfylla syftet. Jag anser därför att argumentet om investeringsvilja problematiskt, och troligen mindre framgångsrikt vid en prövning.

## **4.2 Argument emot**

### *4.2.1 Förenlighet med den inre marknaden*

Taxén på Kommunal framhåller främst två argument som tas upp av skeptiker till krav på verksamhetsövergång. Det första är att krav utöver harmoniserad EU-lagstiftning aldrig får ställas om de inte är förenliga med "inre marknadstestet", det vill säga *Gebhard*-testet, se ovan avsnitt 2.1.2, och krav på verksamhetsövergång är inte förenligt med detta test. Jag tolkar argumentet som att krav på verksamhetsövergång inte är förenligt med de fördragsstadgade friheterna, exempelvis fri rörlighet för tjänster, då det har en handelshindrande effekt. Även Arrowsmith menar att ett krav som hindrar utländska leverantörer från att medta sin egen arbetskraft till den stat där kontraktet ska utföras är diskriminerande enligt artikel 56 i funktionsfördraget som stadgar fri rörlighet för tjänster.<sup>137</sup> Diskriminerande åtgärder måste rättfärdigas med tvingande hänsyn till allmänintresset, det vill säga vara förenliga med det inre marknadstestet.

---

<sup>137</sup> Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, s. 293.

I slutbetänkandet från Upphandlingsutredningen 2010 kommer utredningen fram till att det inre marknadstestet endast ska tillämpas på tillträdeshindrande åtgärder, det vill säga åtgärder som helt hindrar potentiella leverantörers tillträde till upphandlingen. Inre marknadstestet blir därför inte tillämpligt på särskilda kontraktsvillkor, då kontraktsvillkor inte är ett kvalificeringskrav eller anges i de tekniska specifikationerna (så kallade tillträdeskrav, enligt utredningen).<sup>138</sup> Det kan då argumenteras för att om ett krav på verksamhetsövergång ställs i form av ett kontraktsvillkor bör inte själva *tillträdet* till upphandlingen hindras, då kontraktsvillkor inte behöver vara uppfyllda förrän i samband med kontraktets utförande. Dock måste anbudsgivaren acceptera de särskilda villkoren, och om denne inte har möjlighet att göra detta blir, enligt min mening, effekten av det särskilda kontraktsvillkoret detsamma som om kravet ställts som ett tillträdeskrav. Detta eftersom anbudsgivarens anbud ska förkastas om denne inte godkänner alla kontraktsvillkor. Däremot anser jag att om verksamhetsövergång utgör ett utvärderingskriterium, det vill säga poäng ges i anbudsutvärderingen till leverantörer som anger att de kan ta över personal, är det inte tillträdeshindrande på samma sätt. Leverantörer kan då konkurrera med övriga delar av anbudet, och få höga poäng avseende andra utvärderingskriterium om de inte har möjlighet att ta över personal. Detta förutsatt att inte övertagande av personal utgör det enda, eller största, utvärderingskriteriet.

Jag instämmer i att det är tveksamt om krav på verksamhetsövergång skulle vara förenligt med kriterierna som ställs upp i *Gebhard*. Kravet tillämpas visserligen på ett icke-diskriminerande sätt, eftersom alla leverantörer, oavsett etableringsland, måste uppfylla kravet. Däremot finns det risk för att kravet inte skulle anses kunna rättfärdigas av tvingande hänsyn till allmänintresset, om det prövades av EU-domstolen. Socialt skydd för arbetstagare har visserligen ansetts utgöra ett sådant tvingande hänsyn, bland annat i *Kommissionen mot Tyskland*.<sup>139</sup> I det avgörandet avsågs dock lön och andra anställningsvillkor. Jag anser det osäkert om tvingande hänsyn, som ska användas restriktivt, kan utsträckas till ett skydd för fortsatt anställning vid en "verksamhetsövergång" som inte uppfyller rekvisiten i överlåtelsedirektivet. I och med överlåtelsedirektivet finns det redan en skyddslagstiftning som reglerar den här situationen, och det är enligt min mening tveksamt om det kan utgöra ett tvingande hänsyn till allmänintresse att utvidga ett skydd där EU-lagstiftaren fastställt vad den anser vara en rimlig skyddsnivå.

---

<sup>138</sup> SOU 2013:12 Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling, s. 392.

<sup>139</sup> Mål C-490/04 Kommissionen mot Tyskland, punkt 68-77, och där angiven praxis.

#### 4.2.2 Konkurrens, likabehandling och proportionalitet

Den andra invändningen Taxén tar upp är att det visserligen kan vara tillåtet att ställa ett socialt krav som går utöver harmoniserad lagstiftning, men det specifika kravet – det vill säga verksamhetsövergång – är inte likabehandlande.

Argumentet kring likabehandling handlar främst om vem som får konkurrensfördelar i upphandlingen. Om myndigheten ställer krav på verksamhetsövergång finns en risk – eller möjlighet om man så vill – att den befintliga leverantören får konkurrensfördelar, eftersom denne inte behöver nyanställa personal. Taxén menar å andra sidan att om man *inte* ställer krav på verksamhetsövergång har nya leverantörer en konkurrensfördel eftersom de kan kalkylera sitt anbud utefter anställning av ny, oerfaren personal som går in på lägsta lön enligt kollektivavtal. Den befintliga leverantören måste istället konkurrera med sin personal som har varit anställd under nuvarande avtalsperiod och därmed har högre lön. Enligt Taxén medför det därför snarare en högre grad av likabehandling att ställa krav på verksamhetsövergång, då anbudsgivarna i det fallet konkurrerar med samma lönekostnader.

Att ställa krav som påverkar anbudsgivarens interna organisation och innebär krav på ändring av organisation, struktur eller policy inom företag som är etablerat inom en annan medlemsstat kan, enligt kommissionen, ses som diskriminerande och handelshindrande.<sup>140</sup> Uttalandet från kommissionen görs avseende kontraktsvillkor som rör utförandet av varuupphandlingar, och det är oklart hur uttalandet ska tolkas avseende tjänsteupphandlingar. Konkurrensverket har valt att tolka det som att uttalandet är tillämpligt även vid tjänsteupphandlingar, och använder kommissionens uttalande som ett argument för att krav på verksamhetsövergång inte är tillåtet.<sup>141</sup> Jag anser det inte helt självklart att krav som innebär ändring av organisation, struktur eller policy nödvändigtvis måste vara diskriminerande avseende tjänsteupphandlingar. I varuupphandlingar har leverantörens organisation en mycket svag koppling till kontrakt föremålet, då varan normalt sett redan är producerad och det är den fysiska varan som är föremålet för upphandlingen. I tjänsteupphandlingar däremot utgör snarare leverantörens organisation en del av föremålet för upphandlingen, då organisationen kan spela en roll för hur

---

<sup>140</sup>Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling, avsnitt 1.6.

<sup>141</sup> Konkurrensverkets vägledning "Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling", s. 42.

tjänsten utförs. Uttalandet som sådant kan, enligt min mening, därför inte tala för att krav på verksamhetsövergång vid tjänsteupphandlingar skulle vara otillåtet.

Ljung anser inte att ett krav på verksamhetsövergång är olikbehandlande, då likabehandlingsprincipen enligt Ljung inte innebär att den upphandlande myndigheten ska försätta alla anbudsgivare i samma situation. Så länge kravet gäller på samma sätt för alla leverantörer är det typiskt sett likabehandlande, oavsett om det ger konkurrensfördelar, eller nackdelar, för någon eller några anbudsgivare. Enligt Ljung är det snarare en fråga om kravet är proportionerligt. Ljung menar också att det är stor betoning på sociala krav i 2014 års direktiv, och att det kan tyda på en utveckling mot att sociala hänsyn i större utsträckning kommer anses proportionerligt i framtiden. Jag är benägen att hålla med Ljung. Likabehandlingsprincipen, som jag uppfattar den, innebär inte att upphandlingen helt ska befrias från konkurrensfördelar (eller konkurrensnackdelar). Om så vore fallet skulle inte upphandlingen tjäna sitt syfte; att utnyttja konkurrensen på marknaden. Däremot innebär likabehandlingsprincipen att upphandlingen ska befrias från krav som ger anbudsgivare *oproportionerliga* konkurrensfördelar (eller nackdelar), och jag anser att kravet på övertagande av personal riskerar att vara oproportionerligt i vissa fall.

För det första är kravet inte alltid lämpligt och effektivt om syftet är att skapa anställningstrygghet. Om den nya leverantören måste ta över anställda finns en risk för att arbetsbrist uppstår hos den nya leverantören, och att arbetstagare därmed sägs upp oavsett. Ett argument för att kravet trots allt är effektivt är att myndigheten i förfrågningsunderlaget måste ange alla relevanta krav, och den nya leverantören vet därför redan vid anbudsinlämning att övertagande av personal kommer ske. Därmed kan leverantören i sitt anbud räkna med övertagande av personal, och kan avstå från att starta en process för nyanställning för det fall denne tilldelas kontraktet. Om leverantören vet att denne har tillräckligt med personal och inte har möjlighet att överta anställda utan att det skapar arbetsbrist kan denne välja att inte lämna anbud. Det skapar dock ett annat problem, i och med att kravet då kan utesluta vissa företag från upphandlingen och därmed kan anses få överdrivna negativa effekter jämfört med syftet.

Ett exempel på överdrivna negativa effekter kan vara om kravet på verksamhetsövergång resulterar i att mindre företag, som inte har någon möjlighet att ta över personal, inte deltar i upphandlingen, eller om personal som arbetat länge hos den nya leverantö-



ren hamnar långt ner på turordningslistan och sägs upp, om övertagandet av personal skapar arbetsbrist hos den nya leverantören.

Lars Gellner, arbetsrättsjurist med ansvar för upphandlingsfrågor på Svenskt Näringsliv, menar också att det är proportionalitetsprincipen som avgör om ett krav på verksamhetsövergång är tillåtet eller inte.<sup>142</sup> Han anser det klart att sociala krav får ställas, men att dessa ska prövas mot proportionalitetsprincipen, det vill säga ifall det sociala skyddsintresse som uttrycks genom kravet kunde ta sig en annan, mer effektiv och mindre ingripande form. Avseende proportionalitetsbedömningen anser Gellner att det föreligger en skillnad mellan när kravet berör upphandlande myndighets egna anställda och när kravet berör anställda hos en leverantör som bedrivit verksamhet åt den upphandlande myndigheten. Enligt Gellner skulle det troligen ses som ett rimligt kommersiellt villkor, och därmed proportionerligt, om upphandlande myndighet krävde att en leverantör skulle ta över myndighetens egen personal. Om kravet däremot ställs avseende en ny leverantör som övertar verksamhet som tidigare bedrivits av en annan leverantör menar Gellner att kravets tillåtlighet är mer osäker. Kravet skulle då kunna ses som ett oproportionerligt ingripande i förhållanden mellan företag, bland annat avseende konkurrensförhållanden, orimlig belastning och arbetsrättsliga konsekvenser.

Delvis anser jag Gellners resonemang rimligt. Det blir per definition mer ingripande att kräva att ett företag ska ta över ett annat företags personal, än att kräva övertagande av egen personal, då två företag då drabbas av någon typ av "belastning". Det skulle eventuellt kunna få betydelse proportionalitetsbedömningen, närmare bestämt vid avgörandet om åtgärden får överdrivet negativa effekter i förhållande till syftet. Dock delar jag inte Gellners åsikt avseende konkurrensförhållanden och arbetsrättsliga konsekvenser. För konkurrensen i upphandlingen får kravet samma konsekvenser, då det inte har någon betydelse för anbudsgivarna från vem de kan komma att få överta personal vid en eventuell tilldelning av kontraktet. Även de arbetsrättsliga konsekvenserna blir desamma, då tillämpningsområdet för 6 b § LAS utvidgas på samma sätt oberoende av vem personalen är anställd av innan överlåtelsen.

Avseende konkurrensen menar Gellner även att ett krav på verksamhetsövergång riskerar att hämma viljan hos privata företag att lägga anbud i en upphandling.<sup>143</sup> Det är ett

---

<sup>142</sup> Gellner, e-mail den 1 december 2014.

<sup>143</sup> Bussmagasinet, Svenskt Näringsliv om krav på övertagande av personal: "Illavarslande".

argument värt att uppmärksamma, då upphandlingslagstiftningen till stor del bygger på konkurrens och en fri marknad, se ovan avsnitt 2.1.3. Ett krav som påverkar potentiella anbudsgivares handlingsutrymme på ett sätt som gör att de avstår från att lämna anbud, verkar per definition negativt på konkurrensen och är därför ett brott mot ändamålet med upphandlingslagstiftningen. Utifrån en ändamålstolkning av upphandlingslagstiftningen borde alltså minskad konkurrens vara ett gott argument emot krav på verksamhetsövergång.

#### 4.2.3 Högre skyddsnivå än EU-rätten uppställer

Kammarrätten har uttalat att det inte finns något principiellt problem med att ställa krav som går utöver EU-rätten, så länge kraven är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna, se ovan avsnitt 3.4. Om man utgår från att kammarrättens ståndpunkt är riktigt uppkommer frågan vad en högre skyddsnivå än den EU-rätten uppställer innebär. Nielsen menar att tillämpligheten av överlåtelsedirektivet kan vidgas genom att upphandlande myndighet ställer krav på verksamhetsövergång i en upphandling, och därigenom föreskriver en högre skyddsnivå.<sup>144</sup> Jag anser att den slutsatsen är tveksam, om medlemsstaten – i det här fallet Sverige – har valt att inte utvidga tillämpningsområdet för överlåtelsedirektivet när det implementerades i svensk rätt. Som jag resonerar kring ovan, avsnitt 4.1.1, är det inte helt logiskt att upphandlande myndigheter ska kunna utvidga tillämpningsområdet av en skyddslagstiftning, med följderna att offentligt anställda arbetstagare får ett större skydd än privat anställda arbetstagare.

Å andra sidan är det just detta som är meningen med sociala hänsyn i offentlig upphandling; att myndigheten kan använda upphandlingen som ett styrmedel och få leverantörer på marknaden att agera på ett sätt som är, av myndigheten, önskat. Om det i så fall skulle vara tillåtet att ställa vilka krav som helst, även de som utvidgar eller går utöver befintlig lagstiftning, så länge kraven är förenliga med upphandlingsdirektiven och den praxis som utkristalliserats av EU-domstolen, blir det således avgörande om krav på verksamhetsövergång är transparent, likabehandlande, icke-diskriminerande och har koppling till kontraktsföremålet. Kammarrätten verkar, som redogjorts för ovan, mena att det inte i sig finns några hinder mot att ställa krav som går utöver harmoniserad EU-lagstiftning, så länge kraven är förenliga med de upphandlingsrättsliga principerna och har koppling till kontraktsföremålet. I den upphandling som kammarrätten hade att ta

---

<sup>144</sup> Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten, s. 404 f. med hänvisning till Nielsen, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, s. 283.

ställning till handlade det om att skydda personuppgifter, och det ansågs tillåtet att ställa krav som gav personuppgifter ett mer långtgående skydd än vad som ställdes upp i harmoniserade EU-lagstiftning. Jag ser ingen anledning till varför det resonemanget inte skulle vara tillämpligt när en upphandlande myndighet ställer krav som ger arbetstagarare ett mer långtgående skydd än vad som ställs upp enligt EU-lagstiftning.

Dock har EU-domstolen i *Rüffert* slagit fast att utstationeringsdirektivet är den yttersta gränsen för vilken skydds nivå en upphandlande myndighet kan kräva avseende anställningsvillkor, av ett företag etablerat i en annan medlemsstat. Utstationeringsdirektivet är också ett minimidirektiv, och samma princip borde således rimligen gälla även avseende överlåtelsedirektivet. I *Rüffert* handlade det om krav på vissa minimilöner, vilket kan vara diskriminerande mot utländska leverantörer som generellt sett enligt hemlandets nationella lagstiftning eller kollektivavtal betalar lägre minimilöner. Effekten blir densamma i det här fallet, eftersom leverantören tvingas ta över anställda till samma villkor. Det innebär att leverantören, i de flesta fall, måste betala den övertagna personalen en lön som går utöver utstationeringsdirektivet. Kravet på övertagande av personal kan därför bli diskriminerande, om man följer resonemanget i *Rüffert*.

Skillnaden mellan utstationeringsdirektivet och överlåtelsedirektivet är dock att utstationeringsdirektivet behandlar en situation där två medlemsstater är inblandade, och reglerar i viss mån därmed vad som kan anses kunna krävas av en annan medlemsstat. Utstationeringsdirektivet syftar inte endast till att skydda arbetstagarers villkor, utan även till att främja fri rörlighet för tjänster.<sup>145</sup> Överlåtelsedirektivet däremot gäller oavsett om ett land eller flera är inblandade, och har inget syfte att utjämna skillnader mellan länder eller liknande. Det kan, enligt min mening, vara ett argument till varför resonemanget i *Rüffert* inte ska tillämpas på krav på verksamhetsövergång.

Maier menar att Kammarrätten i Göteborg, i mål nr 3639-1998, se ovan avsnitt 3.5.2, antyder att krav på verksamhetsövergång kan vara oförenligt med upphandlingsdirektivet även i det fall medlemsstaten valt att införa överlåtelsedirektivet på ett sådant sätt att tillämpningen av direktivet utvidgas i nationell lagstiftning.<sup>146</sup> Jag anser att det resonemanget är orimligt, då upphandlande myndighet i sådana fall inte ens kan ställa krav

---

<sup>145</sup> En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa, s. 10.

<sup>146</sup> Maier, EU, arbetsrätten och normgivningsmakten, s. 405.

på att leverantören ska följa arbetsrättslig lagstiftning, ett krav som borde ses som okomplicerat.

Ljung, jurist på SKL, ser ingen koppling mellan minimidirektiv och vilka krav som kan ställas av upphandlande myndigheter. Han menar att minimilagstiftning utgör ett "golv", och det är orimligt att det då samtidigt skulle utgöra ett "tak", eller en övre gräns för vad en myndighet kan kräva i en upphandling. Upphandlande myndigheter uppträder på marknaden som myndigheter, men samtidigt som kommersiella marknadsaktörer, och har stor frihet att definiera sina krav. Dock, betonar Ljung, måste kravet vara proportionerligt i det enskilda fallet och en minimilagstiftning kan påverka bedömningen av vad som är proportionerligt. Jag instämmer i Ljungs bedömning. Utifrån kammarrätternas bedömning i fallet med personuppgifter, se ovan avsnitt 3.5.2, ser jag principiellt inga problem med att ställa krav som går utöver de minimikrav som uppställs av EU-rätten. Dock ligger det nära till hands att bedöma kravet som oproportionerligt då det utvidgar en lagstiftnings tillämpningsområde jämfört med vad som hade varit fallet vid en privat överlåtelse.

Sammanfattningsvis anser jag att det faktum att ett krav på verksamhetsövergång går utöver den av EU fastställda skyddsnivån i överlåtelsedirektivet är ett bra argument emot att kravet skulle vara tillåtligt, då kravet därmed riskerar att bryta mot icke-diskriminerings- och proportionalitetsprincipen. Samtidigt finns det argumentationsutrymme för att hävda motsatsen, till exempel genom att luta sig mot kammarrättens praxis.

### **4.3 Särskilt om kollektivtrafik**

#### *4.3.1 Artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen*

Avseende kollektivtrafik<sup>147</sup> finns ytterligare ett argument som används för att motivera kravets tillåtlighet. I artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen anges följande.

*"Utan att det påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning och gemenskapslagstiftning, inklusive kollektivavtal mellan arbetsmarknadens parter, får de behöriga myndigheterna kräva att det utvalda kollektivtrafikföretaget erbjuder den personal*

---

<sup>147</sup> Med kollektivtrafik avses enligt kollektivtrafikförordningen nationell och internationell kollektivtrafik på järnväg och andra spårburna transportsätt, och på väg, utom trafik som i första hand bedrivs på grund av sitt historiska intresse eller sitt turistvärde, se artikel 1.2 i kollektivtrafikförordningen. Sverige har också valt att tillämpa förordningen på kollektivtrafik på vatten, se 1 kap. 1 a § lag (2010:1065) om kollektivtrafik.

*som tidigare anställts för att tillhandahålla tjänsterna samma rättigheter som den skulle ha haft i samband med en överlåtelse enligt direktiv 2001/23/EG (det vill säga överlåtelsedirektivet, min anm.).”*

I artikel 288.2 i funktionsfördraget stadgas att förordningar äger allmän giltighet och är till alla delar bindande och direkt tillämpliga i varje medlemsstat, vilket innebär att artikel 4.5 är tillämplig i Sverige, trots att den inte genomförts i svensk rätt. Frågan är vilken betydelse den har för upphandling av kollektivtrafik samt hur den förhåller sig till det upphandlingsrättsliga regelverket.

I skäl 16 i kollektivtrafikförordningens anges att om ingåendet av avtal om allmän trafik kan leda till byte av kollektivtrafikföretag, det vill säga byte av leverantör, bör upphandlande myndighet kunna kräva att den nya leverantören tillämpar bestämmelserna i överlåtelsedirektivet. Skäl 16 anger också att överlåtelsedirektivet inte hindrar medlemsstater från att skydda andra överlåtelsevillkor beträffande arbetstagares rättigheter, än dem som omfattas av överlåtelsedirektivet. Skäl 17 säger att det står myndigheter fritt att ställa upp sociala och kvalitetsmässiga kriterier i syfte att upprätthålla och höja kvalitetsstandarden. Som exempel tas minimikrav för bland annat arbetsvillkor och skyldigheter enligt kollektivavtal eller andra bestämmelser och överenskommelser avseende arbetsplatser och social trygghet.

Enligt tolkningsriktlinjer från kommissionen ska myndigheten, om den kräver överlåtelse av personal enligt artikel 4.5, tydligt specificera dessa skyldigheter i detalj i *anbudshandlingarna*.<sup>148</sup> Kommissionens uppfattning verkar alltså vara att artikel 4.5 blir tillämplig vid *upphandling* av kollektivtrafik.

Kommissionen anger i tolkningsriktlinjerna att myndigheten har fyra möjligheter att skydda personal vid operatörsbyte, det vill säga när ny leverantör av kollektivtrafik upphandlas.<sup>149</sup> Den första är att helt enkelt inte vidta några åtgärder, och låta arbetstägarna utnyttja sina rättigheter enligt överlåtelsedirektivet, om direktivet blir tillämpligt.

Det andra alternativet är dock intressant. Kommissionen menar att den upphandlande myndigheten kan kräva en övergång av den personal som tidigare anställts för att tillhandahålla tjänsten som upphandlas, med de rättigheter som personalen skulle varit

---

<sup>148</sup> Meddelande från kommissionen om tolkningsriktlinjer för förordning (EG) nr 1370/2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg.

<sup>149</sup> *ibid.*, avsnitt 2.2.8.

berättigade till om en överlåtelse skett i den mening som avses i överlåtelsedirektivet, oavsett om överlåtelsedirektivet är tillämpligt eller inte. Kommissionen hänvisar i detta sammanhang till skäl 16, där det sägs att överlåtelsedirektivet inte hindrar medlemsstaterna från att tillämpa andra överlåtelsevillkor beträffande arbetstagares rättigheter än de som framgår av överlåtelsedirektivet, och att myndigheten därigenom, om det är lämpligt, kan ta hänsyn till sociala normer i nationella lagar eller andra författningar, eller i kollektivavtal eller överenskommelser som ingåtts mellan arbetsmarknadens parter. Det verkar alltså som att det, enligt kommissionen, är tillåtet att ställa krav på övertagande av personal vid upphandling av kollektivtrafik. Det kan dock diskuteras om kommissionen menar att det *alltid* är ett tillåtet krav, eller om det visserligen är principiellt tillåtet men måste prövas mot de allmänna upphandlingsrättsliga principerna i det enskilda fallet.

Ljung från SKL förespråkar den tidigare tolkningen och menar att lagstiftaren i och med införandet av artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen har gjort proportionalitetsbedömningen i fallet kollektivtrafikupphandlingar. Jag anser att Ljung eventuellt tillmäter artikel 4.5 för stor betydelse. Det är enligt min mening viktigt att göra en proportionalitetsbedömning i det enskilda fallet, även om det framstår som principiellt tillåtet att ställa krav på verksamhetsövergång i kollektivtrafikupphandlingar.

Det tredje alternativet är att den upphandlande myndigheten kräver att kollektivtrafikföretaget respekterar vissa sociala normer för all personal som är delaktig i att tillhandahålla offentliga transporttjänster *"i syfte att säkra öppna och jämförbara konkurrensvillkor mellan företag och undvika risken för social dumpning"* såsom anges i skäl 17 i kollektivtrafikförordningen. Enligt kommissionen kan dessa normer exempelvis kunna vara kollektivavtal. Även detta är intressant ur ett upphandlingsperspektiv, då den allmänna uppfattningen är att upphandlande myndighet inte kan ställa krav på kollektivavtal, se ovan avsnitt 3.3. Den problematiken ryms dock inte inom ramen för den här uppsatsen. Det fjärde alternativet, enligt kommissionen, är att den upphandlande myndigheten tillämpar en kombination av de två senare alternativen.

Enligt SEKO ställer tyska kollektivtrafikmyndigheter, med hänvisning till artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen, regelmässigt krav på verksamhetsövergång.<sup>150</sup> Då upphandlingsregleringen i och med upphandlingsdirektivet är harmoniserad inom EU borde

---

<sup>150</sup> SEKO:s rapport "Spårlöst försvunna rättigheter", s. 24.

samma möjlighet gälla i alla medlemsstater. Dock har inte Tysklands tillvägagångssätt prövats av EU-domstolen, och det går därför inte att med säkerhet säga att det handlar om tillåtna krav enligt upphandlingsdirektivet.

#### 4.3.2 Problematik

Betydelsen av artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen är ännu oklar, då dess tillämpning inte har prövats av varken svensk domstol eller EU-domstolen. Om man antar att den skulle möjliggöra för upphandlande myndigheter att vid upphandling av kollektivtrafik ställa krav på verksamhetsövergång, anser jag att det kan få problematiska konsekvenser. En sådan möjlighet innebär nämligen att kollektivtrafikupphandlingar får en särställning jämfört med övriga tjänsteupphandlingar, eftersom det är ytterst tveksamt om krav på verksamhetsövergång är förenligt med upphandlingsreglerna (se bland annat ovan avsnitt 4.2.2). Det kan diskuteras varför kollektivtrafik bör ha en sådan särställning, då det sannolikt finns en liknande problematik även vid tjänsteupphandlingar inom andra områden. Enligt Ljung betyder artikel 4.5 dock inte att det är otillåtet att ställa motsvarande krav inom andra områden, utan snarare att det bör anses proportionerligt att ställa liknande krav även i upphandlingar inom andra områden.

Problematik uppstår också i relation till normhierarkin, då artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen anger att den inte påverkar tillämpningen av nationell lagstiftning eller gemenskapslagstiftning. Då det enligt min mening inte alltid är förenligt med upphandlingsreglerna och 6 b § LAS att ställa krav på verksamhetsövergång, ställer jag mig frågan vad denna formulering innebär. SEKO menar att det finns två möjliga tolkningar.<sup>151</sup> Den första, restriktiva tolkningen skulle innebära att krav på verksamhetsövergång inte får ställas om det är förbjudet enligt annan lagstiftning, exempelvis upphandlingslagstiftningen. Den andra tolkningen, vilken SEKO anser är den rimligaste, skulle innebära att artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen skapar ett undantag från annan lagstiftning avseende krav på verksamhetsövergång, men bestämmelsen påverkar inte annan lagstiftning i övrigt. Enligt ordalydelsen i artikeln ställer jag mig kritisk till den sistnämnda tolkningen, men å andra sidan kan det vara den enda rimliga. Det borde finnas många situationer där artikel 4.5 och upphandlingsdirektivet är tillämpliga parallellt, då kollektivtrafik som regel tillhandahålls av en myndighet och tilldelningen av kollektivtrafikav-

---

<sup>151</sup> SEKO:s rapport "Spårlöst försvunna rättigheter", s. 24.

tal därmed omfattas av upphandlingsdirektivet.<sup>152</sup> Det verkar orimligt att artikel 4.5, förutsatt att krav på verksamhetsövergång inte är förenligt med upphandlingsdirektivet, skulle ha ett så kraftigt begränsat tillämpningsområde. Kan det vara så att EU-lagstiftaren inte har uppmärksammat upphandlingsdirektivet vid skapandet av artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen? Det är förhoppningsvis inte fallet.

Trots att kollektivtrafikförordningen har direkt effekt, och en tillämpning av dess artiklar vid första anblick därför verkar enkel, kan slutsatsen alltså dras att betydelsen av artikel 4.5 inte är helt klar. Dock används artikeln som ett argument från upphandlande myndigheter för att ställa krav på verksamhetsövergång, vilket väl får sägas medföra en betydelse i sig. Jag tror också att argumentet kan vinna framgång, trots att det medför viss problematik i förhållande till upphandlingslagstiftningen.

## 5 Framtiden

I februari 2014 antogs ett nytt upphandlingsdirektiv, som 2016 ska implementeras i svensk rätt.<sup>153</sup> Den av regeringen tillsatta Genomförandeutredningen har i en departementspromemoria och ett betänkande lämnat sina förslag på hur direktivet ska genomföras i svensk rätt.<sup>154</sup> 2014 års direktiv används som argument för att EU:s lagstiftare numera fokuserar på sociala hänsyn, och att möjligheterna att ställa krav på sådana hänsyn ökat.<sup>155</sup> I det följande utreds vad 2014 års direktiv och Genomförandeutredningen säger om sociala hänsyn.

Det framhålls i skäl 37 och artikel 18.2 i 2014 års direktiv att upphandlande myndigheter *ska* vidta relevanta åtgärder, i syfte att integrera miljö-, social- och arbetsrättsliga hänsyn i upphandlingen och för att säkerställa efterlevnaden av tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser. Samtidigt betonas att de relevanta åtgärderna måste vara förenliga med principerna, och särskilt likabehandlingsprincipen. EU-lagstiftaren hänvisar också till utstationeringsdirektivet och slår fast att upphandlande myndighets åtgärder måste vara förenliga med det. Genomförandeutredningen menar att artikel 18.2 kan ses som en erinran från EU-lagstiftaren att det är möjligt, och önskvärt, för upphandlande myndigheter att ta sociala hänsyn. Utredningen hänvisar sedan

---

<sup>152</sup> Se dock artikel 5.1 i kollektivtrafikförordningen.

<sup>153</sup> Artikel 90 i 2014 års upphandlingsdirektiv.

<sup>154</sup> SOU 2014:51 och Ds 2014:25 Nya regler om upphandling.

<sup>155</sup> Detta är exempelvis Magnus Ljungs, SKL, åsikt. Se även SOU 2014:51 och Ds 2014:25 Nya regler om upphandling.



till *Max Havelaar*, och menar att möjligheten till sociala hänsyn har utvidgats, i och med att en svag koppling till kontraktets föremål godtas.<sup>156</sup>

Artikel 70 i 2014 års direktiv behandlar villkor för fullgörande av kontraktet, och slår fast att de särskilda krav som får ställas på hur kontraktet ska fullgöras får omfatta bland annat sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn. I skäl 98 framhålls att det är synnerligen viktigt att kontraktsvillkor som avser sociala aspekter avser den tjänst som upphandlas, det vill säga har en koppling till utförandet av kontraktet. Villkoren ska också tillämpas i enlighet med EU-domstolens tolkning av utstationeringsdirektivet, med vilket jag antar att EU-lagstiftaren avser bland annat målet *Rüffert*. Villkoren ska inte heller väljas eller tillämpas så att de är direkt eller indirekt diskriminerande. Detta följer redan idag av de upphandlingsrättsliga principerna och EU-domstolens praxis, men kan, precis som Genomförandeutredningen poängterar avseende artikel 18.2, sannolikt ses som en påstötning från EU-lagstiftaren om vad som är ett önskvärt agerande från upphandlande myndighets sida.

Sammanfattningsvis kan sägas att det inte framgår uttryckligen av varken 2014 års direktiv eller Genomförandeutredningens betänkande och departementspromemoria vad som ska anses tillåtet avseende sociala hänsyn i allmänhet och krav på verksamhetsövergång i synnerhet. Det som framgår tydligt är dock en önskan från EU-lagstiftaren om att sociala hänsyn ska få en större och tydligare roll i upphandlingen. Det synsättet kan även tyda på att ett krav på verksamhetsövergång skulle anses proportionerligt, och det framstår som rimligt att använda de nya bestämmelserna som ett argument för krav på verksamhetsövergång.

## 6 Sammanfattande slutsats och reflektioner

Jag anser att det framförallt finns två potentiella – rättsliga – problem med de argument som tas upp för att motivera krav på verksamhetsövergång. För det första innebär krav på verksamhetsövergång en utvidgning av överlåtelsedirektivets och 6 b § LAS tillämpningsområde. Att skydda arbetstagares rätt till kontinuitet i anställningen kan därför angripas som argument, då det enligt *Rüffert* kan anses diskriminerande att ställa krav utöver en skyddsnivå fastställd av EU. Icke-diskrimineringsprincipen blir också aktuell i och med att verksamhetsövergång medför att den nya leverantören blir bunden av be-

---

<sup>156</sup> SOU 2014:51 Nya regler om upphandling, s. 39 f.

fintliga kollektivavtal, vilket kan anses bryta mot icke-diskrimineringsprincipen. Det diskriminerade kravet kan inte heller rättfärdigas enligt tvingande hänsyn till allmänintresse, då tvingande hänsyn ska tillämpas restriktivt och troligen inte går utöver fastställd skyddsnivå, i det här fallet överlåtelsedirektivet.

För det andra, även om man skulle bortse från problematiken kring att utvidga tillämpningsområdet för överlåtelsedirektivet och 6 b § LAS, anser jag inte kravet nödvändigtvis förenligt med proportionalitetsprincipen. Om syftet är att skydda arbetstagares rättigheter kan kravet varken anses lämpligt, effektivt eller nödvändigt, då det riskerar att försämra rättigheterna för andra arbetstagare än de som omfattas av upphandlingen. Dessutom kan kravet få överdrivna negativa effekter, då ingripandet för det enskilda företaget kan vara betydande. Kravet skulle till och med kunna få effekten att företag avstår från att lägga anbud, vilket givetvis hämmar konkurrensen i upphandlingen. En sund konkurrens på marknaden är, förutom huvudsyftet med upphandlingsdirektivet, en av grundbultarna inom EU och påverkan på konkurrensen väger således troligen tungt vid en prövning. Arbetstagares trygghet framstår således, enligt mig, som ett mindre framgångsrikt argument för att motivera en utvidgning av överlåtelsedirektivets tillämpningsområde ur ett rättsligt perspektiv.

Ett argument som är mindre problematiskt är argumentet att krav på verksamhetsövergång syftar till att bibehålla tjänstens kvalitet. I det fallet framstår syftet som mer legitimt, och åtgärden också som lämplig, effektiv och nödvändig i förhållande till syftet. Ett argument emot att kravet är nödvändigt är att samma syfte i många fall kan uppnås genom att ställa krav på erfarenhet, vilket är mindre ingripande än krav på verksamhetsövergång. Jag anser dock att kvalitetsargumentet har större rättslig relevans och skulle vinna större framgång vid en domstolsprövning, än argumentet kring arbetstagares trygghet.

Att använda 2014 års direktiv som argument för att krav på verksamhetsövergång är proportionerligt är också rimligt, då 2014 års direktiv i viss mån talar för att sociala hänsyn är tillåtet i större utsträckning än tidigare. EU-lagstiftaren uttalar en önskan om att upphandling ska användas för att förverkliga sociala målsättningar, men det är dock oklart vad detta betyder i praktiken.

Avseende kollektivtrafik och artikel 4.5 i kollektivtrafikförordningen kan konstateras att artikelns betydelse är oklar. Att använda artikel 4.5 som argument för att krav på verk-

samhetsövergång kan ställas är problematiskt, dels då den medför en särställning för kollektivtrafik på marknaden och dels då artikeln enligt dess ordalydelse inte ska påverka tillämpningen av annan lagstiftning. Dock anser jag att argumentet har möjlighet att vinna framgång, då det uttrycker en önskan från EU-lagstiftaren om att sådana krav ska vara möjliga att ställa.

Det starkaste intryck jag fått under arbetets gång är att argument och tolkningar framförs utifrån det intresse som gynnar aktören i fråga. Fackliga organisationer har givetvis ett intresse av att företräda sina medlemmar, det vill säga arbetstagarna, på bästa möjliga sätt. Noteras bör också att kollektivavtal följer med till den nya leverantören vid en verksamhetsövergång, vilket gör verksamhetsövergången till en intressefråga för facket. SKL ser till sina medlemmars, det vill säga upphandlande myndigheters, intresse av handlingsfrihet och att göra upphandlingsförfarandet så fritt som möjligt. Svenskt näringsliv har ett intresse av att skapa utrymme för så konkurrenskraftiga anbud som möjligt, för att på så sätt gynna sina medlemmar bestående av leverantörer och anbudsgivare.

Sammanfattningsvis har den argumentation som tas upp från olika aktörer på marknaden varierande rättslig relevans, och är i många fall ett uttryck för politisk argumentation i intressefrågor. Det jag har insett när jag gett mig in i debatten, är att det inte finns någon klar skiljelinje mellan juridik och politik. Det är politiken som påverkar vad gällande rätt är och driver rätten framåt, genom att använda juridisk argumentation som gynnar ett visst intresse eller ändamål.

I grund och botten handlar det om att motstående intressen inom upphandling och på arbetsmarknaden – ekonomiska intressen av fri rörlighet och sund konkurrens och sociala intressen av arbetstagares trygga anställningar – måste hanteras på något sätt. Enligt *Liikenne* ska sociala intressen väga lika tungt som upphandlingsdirektivens intressen, men gäller det endast när det finns ett *lagstadgat* socialt intresse att ta hänsyn till? Debatten kring krav på verksamhetsövergång gäller hur långt utanför ramarna upphandlande myndigheter kan gå avseende att beakta sociala intressen. Vem bestämmer vad som är skyddsvärt – upphandlande myndighet, upphandlingsreglerna eller lagstiftningen i stort? Kring detta finns ett argumentationsutrymme som utnyttjas och används av olika aktörer som vill använda olika skyddsintressen på olika sätt och för att nå olika mål.

Frågan om vem som bestämmer vad som är skyddsvärt leder vidare till frågan om EU:s kompetens i sociala frågor och vad EU:s arbete bör omfatta. Trots denna, enligt mig, viktiga fråga är det inget argument jag stött på i debatten. Jag anser dock att detta är vad debatten kokar ner till. Det hade därför varit spännande och intressant om diskussionen kretsade mer kring frågor om EU:s lagstiftande organ generellt bör reglera specifika sociala frågor, som anställningstrygghet, eller om unionssamarbetet bör hållas inom det traditionellt ekonomiska området, med en fri inre marknad och sund konkurrens som mål? Mer specifikt för upphandlingsområdet utmynnar den frågan i följande; är det ett brott mot EU-rätten att som upphandlande myndighet värna om ett socialt skyddsintresse som EU:s institutioner inte anser skyddsvärt?

## 7 Källförteckning

### 7.1 Litteratur

#### 7.1.1 Böcker och artiklar

Ahlberg, Kerstin, Även sociala kriterier kan beaktas vid tilldelning av offentliga kontrakt, *Europarättslig tidskrift* nr 4/2012, s. 688-696.

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

Arrowsmith, Sue, *The Law of Public and Utilities Procurement: Regulation in the EU and UK*, Volume 1, tredje upplagan, Sweet & Maxwell, London, 2014.

Barnard, Cathrine, *The Substantive Law of the EU*, fjärde upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2013.

Bernitz, Ulf, *Förhandsavgöranden av EU-domstolen – Svenska domstolars hållning och praxis*, rapport från Sieps, 2010:2.

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2010.

Bovis, Christopher H., *EU Public Procurement Law*, andra upplagan, Edward Elgar, Cheltenham, 2012.

Craig, Paul, *EU Law: Text, Cases and Materials*, femte upplagan, Oxford University Press, Oxford, 2011.

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan, Jure Förlag AB, Stockholm, 2011.

Glavå, Mats, *Arbetsrätt*, andra upplagan, Studentlitteratur, Lund, 2011.

Hettne, Jörgen, *EU-rättslig metod: teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011.

Korling, Fredric, *Juridisk metodlära*, Studentlitteratur, Lund, 2013.

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

Maier, Lena, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten – En rättslig studie av gemenskapsrättens inverkan på medlemsstaternas arbetsrättsliga normgivningsutrymmen*, Jure AB, Stockholm, 2000.

Nielsen, Ruth, *EU Labour Law*, andra upplagan, DJØF Publishing Jurist- och Økonomforbundets Forlag, Köpenhamn, 2013.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*, andra upplagan, Jure Förlag AB, Stockholm, 2011.

Rosén Andersson, Helena, m.fl., *Lagen om offentlig upphandling: en kommentar*, första upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2013.

Sundstrand, Andrea, *Offentliga kontrakt – möjlighet till undantag från EU:s primärrätt*, *Förvaltningsrättslig tidskrift*, nr 2013 1, s. 67-78.

### 7.1.2 Elektroniskt material

Bussmagasinet, Svenskt Näringsliv om krav på övertagande av personal: "Illavarslande", <http://www.bussmagasinet.se/2014/08/svenskt-naringsliv-om-krav-pa-overtagande-av-personal-illavarslande/> Publicerad den 14 augusti 2014. Uppgift hämtad den 17 december 2014.

EUR-Lex – access to European Union Law, Summaries of EU Legislation, Social policy, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=URISERV:ai0023&rid=7> Publicerad den 14 april 2010. Uppgift hämtad den 23 december 2014.

Hammar skiöld, Beata, Sociala krav ligger inte bakom tågkonflikten, Dagens Samhälle, <http://www.dagensamhalle.se/debatt/sociala-krav-ligger-inte-bakom-tagkonflikten-9520> Publicerad den 13 juni 2014. Uppgift hämtad den 19 november 2014.

Holmström, Per, Välkommet klarspråk från S om tågkonflikten, Dagens Samhälle, <http://www.dagensamhalle.se/debatt/vaelkommet-klarsprak-fran-s-om-tagkonflikten-9522> Publicerad den 13 juni 2014. Uppgift hämtad den 19 november 2014.

Lunning, Lars och Toijer, Gudmund, Anställningsskydd – en lagkommentar, 30 maj 2010, Zeteo, lagkommentar till 7 § LAS.

Sonidsson, Eva, Tågstrejken hade kunnat undvikas, Dagens Samhälle. <http://www.dagensamhalle.se/debatt/tagstrejken-hade-kunnat-undvikas-9475> Publicerad den 12 juni 2014. Uppgift hämtad den 19 november 2014.

Tidningen Arbetet, Förarna ska med i Umeå, <http://arbetet.se/2014/11/21/tuffa-busskrav/> Publicerad den 21 november 2014. Uppgift hämtad den 2 december 2014.

Wennergren, Bertil och von Essen, Ulrik, Förvaltningsprocesslagen m.m. – en kommentar, 1 augusti 2014, Zeteo, lagkommentar till 34 a § förvaltningsprocesslagen.

## 7.2 Offentlig tryck

### 7.2.1 Europeiskt

Communication Public Procurement Regional and Social Aspects, COM (89) 400 Final.

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

En förnyad social agenda: Möjligheter, tillgång och solidaritet i framtidens Europa, meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt regionkommittén, (KOM (2008) 412 slutlig).

Kommissionens handledning, Socialt ansvarsfull upphandling: En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, Europeiska unionens publikationsbyrå, 2011.

Meddelande från kommissionen om tolkningsriktlinjer för förordning (EG) nr 1370/2007 om kollektivtrafik på järnväg och väg (2014/C 92/01).

### 7.2.2 Svenskt

#### 7.2.2.1 Propositioner

Prop. 1994/95:102, Övergång av verksamhet och kollektiva uppsägningar.

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

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

#### 7.2.2.2 Statens offentliga utredningar

SOU 1999:149, Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster.

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

SOU 2014:51, Nya regler om upphandling, delbetänkande.

#### 7.2.2.3 Annat riksdagstryck

Ds 2009:30, Nya rättsmedel m.m. på upphandlingsområdet.

Ds 2014:25, Nya regler om upphandling.

Tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.

#### 7.2.2.4 Övrigt

Konkurrensverkets vägledning ”Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling”, 2011.

Nutek, Avknoppning av verksamheter inom vård och omsorg, info 072-2008, 2008.

### **7.3 Utländska domstolar**

#### 7.3.1 EU-domstolen

Mål 6/64 Costa mot ENEL.

Mål 120/78 Cassis de Dijon.

Mål 24/85 Spijker.

Mål 352/85 Bond mot Nederländerna.

Mål 31/87 Beentjes.

Mål C-243/89 Stora Bält.

Mål C-76/90 Säger.

Mål C-55/94 Gebhard.

Mål C-13/95 Süzen.

Mål C-225/98 Nord Pas de Calais.

Mål C-380/98 University of Cambridge.

Mål C-172/99 Liikenne.

Mål C-513/99 Concordia.

Mål C-19/00 SIAC Construction.

Mål C-448/01 Wienstrom.

De förenade målen C-21/03 och C-34/03 Fabricom.

Mål C-234/03 Contse.

Mål C-323/03 Kommissionen mot Spanien.

Mål C-458/03 Parking Brixen.

Mål C-507/03 An Post.

Mål C-260/04 Kommissionen mot Italien.

Mål C-490/04 Kommissionen mot Tyskland.

Mål C-341/05 Laval.

Mål C-346/06 Rüffert.

Mål C-384/08 Attansio Group.

Mål C-368/10 Max Havelaar.

#### **7.4 Svenska domstolar**

##### *7.4.1 Förvaltningsdomstolarna*

RÅ 1996 ref. 50.

RÅ 1998 not. 44.

RÅ 2002 ref. 50.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3696-1998.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 6065-04.

Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1188-11.

Kammarrätten i Jönköping, mål nr 2331-11.

Kammarrätten i Stockholm, mål nr 2841-11.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3079-11.

Kammarrätten i Göteborg, mål nr 3931-13.

##### *7.4.2 Arbetsdomstolen*

AD 1995 nr 163.

#### **7.5 Övrigt**

Gellner, Lars, arbetsrättsjurist med ansvar för upphandlingsfrågor på Svenskt Näringsliv, e-mail den 1 december 2014.

Ljung, Magnus, jurist på SKL, telefonintervju den 24 november 2014, kl. 13.20.

SEKO:s rapport "Spårlöst försvunna rättigheter", 2014.

Taxén, Oskar, jurist på Kommunal, Kräv personalövertagande vid upphandlingar av kollektivtrafik, PM.



Jag, Hanna Lundqvist, registrerades på kursen första gången HT14. Jag har inte omregistrerats och inte deltagit i något tidigare examinationstillfälle.