



JURIDISKA FAKULTETEN  
vid Lunds universitet

Christopher Stridh

# Anställningen vid offentlig upphandling

Examensarbete  
30 högskolepoäng

Handledare  
Bernard Johann Mulder

Civilrätt

Ht 09

# Innehåll

<b>SUMMARY</b>	<b>1</b>
<b>SAMMANFATTNING</b>	<b>2</b>
<b>FÖRORD</b>	<b>3</b>
<b>FÖRKORTNINGAR</b>	<b>4</b>
<b>1.1 Ämnet</b>	<b>6</b>
<b>1.2 Syfte och problemformulering</b>	<b>6</b>
<b>1.3 Avgränsningar</b>	<b>7</b>
<b>1.4 Metod och material</b>	<b>8</b>
1.4.1 Metodologisk ansats	8
1.4.2 EU-rättens inverkan på nationell juridisk metod	10
1.4.3 Särskilt om det oklara rättsläget	13
<b>1.5 Disposition</b>	<b>13</b>
<b>2.1 Allmänt om offentlig upphandling</b>	<b>14</b>
2.1.1 Inledning	14
2.1.2 LOU:s tillämpningsområde	14
2.1.3 Undantag från LOU:s tillämpningsområde	15
2.1.4 Förhållandet mellan upphandlingsdirektivet och LOU	16
2.1.5 Upphandlingar under tröskelvärdena	16
2.1.6 Upphandling av A- och B-tjänster	17
<b>2.2 LOU:s tillämplighet vid verksamhetsövergångar</b>	<b>18</b>
2.2.1 Avskiljande av verksamhet	18
2.2.2 Köp av tjänster efter avskiljande	19
2.2.3 Hur avknoppningen kan genomföras vid offentlig upphandling	20
2.2.4 Undantag för avtal som grundas på lag eller förordning	21
<b>2.3 Sammandrag</b>	<b>23</b>
<b>3.1 Huvudprinciperna vid verksamhetsövergångar</b>	<b>24</b>
<b>3.2 Frågan när en lagenlig överlåtelse föreligger</b>	<b>24</b>
<b>4.1 Motiv till att ställa krav på övertagande av personal</b>	<b>27</b>
<b>4.2 Tillämpningen av LOU</b>	<b>29</b>
4.2.1 Upphandlingsförfarandet	29
4.2.2 Användandet av särskilda kontraktvillkor	30
4.2.2.1 Rättsutvecklingen	30
4.2.2.2 Upphandlingsdirektivet och svenska lagkrav	33
4.2.3 Användandet av tilldelningsskriterium – särskilt om s.k. skallkrav	38

<b>4.3</b>	<b>Upphandling och den fria rörligheten</b>	<b>39</b>
4.3.1	Inledning	39
4.3.2	Tillämpning av gemenskapsrätten i en upphandlingsrättslig kontext	39
4.3.2.1	Reglerna om fri rörlighet	39
4.3.2.2	Undantag från reglerna om fri rörlighet	41
4.3.2.3	Krav på övertagande av personal i rättspraxis	44
<b>4.4</b>	<b>Sammanfattning och kommentar</b>	<b>46</b>
4.4.1	Inledning	46
4.4.2	Krav på social hänsyn vid offentlig upphandling	46
4.4.3	EU-rätten och kravet på proportionalitet	47
4.4.4	Krav på att överta anställningen enligt LAS	48
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>52</b>
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>59</b>

# Summary

A common contemporary phenomenon is the transfer of the operation of public business through a public tendering process. In a public tender, the contracting authority may wish to ensure that its employees are offered continued employment with the new operator. The contracting authority may wish to do this because it might otherwise have to bear the costs of personnel not assumed by the new operator, if the contracting authority at the time of the contract operates business itself.

Provided that the employment activities are covered by the transition rules in § 6 b of the Swedish Law on Employment (LAS), the employees have the right to be employed by the new operator under the same conditions as under the contracting authority. The transition activities will fall under this provision if the transferred object constitutes a lasting economic entity, which generally means that the business identity is preserved through the transfer. The rules in § 6 b of the LAS, which is based on the so-called transfer directive, Directive 2001/23/EC, are mandatory and set out for the benefit of workers. Pursuant to the transfer directive, the parties to the transfer agreement cannot agree that staff should not be transferred to the new operator in violation of § 6 b of the LAS.

However, the application of § 6 b of the LAS is very difficult to predict in certain situations. In addition, it is possible that a particular transition activity cannot be viewed as a transitional activity covered by § 6 b of the LAS, and that the employees responsible for this activity are therefore not entitled to continue their employment with the new operator. The question posed in this essay is whether the contracting authority can include as a requirement in a public contract a provision that the new operator must take over its employees.

Requiring the transfer of personnel is permitted both from a strictly labour law perspective as well as from a strictly contract law perspective, however, various statutory provisions may constrain or prevent the use of such provisions. This paper analyzes whether a transfer of personnel requirement impedes the free movement and may thus be considered contrary to EDF Treaty rules on freedom of movement. This paper argues that the EDF Treaty and the requirement of proportionality likely limit contracting authorities to institute only those transfer of personnel provisions which do not go beyond what follows from the application of § 6 b of the LAS and the transfer directive.

# Sammanfattning

En i praktiken vanligt förekommande situation är att driften av en offentlig verksamhet överläts genom ett offentligt upphandlingsförfarande. Det kan då tänkas att den upphandlande myndigheten önskar säkerställa att de anställda erbjuds fortsatt sysselsättning hos den nya verksamhetsutövaren. Ett skäl till detta kan vara att den upphandlande myndigheten annars riskerar att få bära kostnader för icke övertagen personal, om myndigheten vid tiden för upphandlingen själv bedriver verksamhet.

Förutsatt att verksamhetsövergången omfattas av reglerna i 6 b § LAS har arbetstagarna rätt att på oförändrade villkor fortsätta sin anställning hos den nya verksamhetsutövaren. Avgörande härför är om det som överlåtits utgör en bestående ekonomisk enhet, vilket brukar beskrivas som att verksamheten ska ha bevarat sin identitet. Reglerna i 6 b § LAS, som grundas på direktiv 2001/23/EG, det s.k. överlåtelsedirektivet, är tvingande till arbetstagarnas fördel. Detta betyder bland annat att parterna i överlåtelseavtalet inte med bindande verkan kan träffa avtala om att personalen inte ska övergå till förvärvaren i strid med 6 b § LAS.

Tillämpningen av 6 b § LAS kan emellertid vara mycket svårförutsägbar i vissa situationer. Det kan givetvis också tänkas att det står klart att verksamhetsövergången ifråga inte är att anse som en verksamhetsövergång i lagens mening, och att de anställda därmed inte har rätt att fortsätta sin anställning hos den nya verksamhetsutövaren. Frågan som ställs i förevarande uppsats är därför om den upphandlande myndigheten kan ställa som krav vid en offentlig upphandling att den leverantör som tilldelas kontraktet också ska överta verksamhetens personal.

Ett krav på övertagande av personal är tillåtet ur såväl ett strikt arbetsrättsligt perspektiv som ur ett strikt upphandlingsrättsligt perspektiv. Ett sådant krav kan dock tänkas hämma den fria rörligheten och därmed strida mot EUF-fördragets regler i detta avseende. Den slutsats som dras i uppsatsen i detta hänseende är att EUF-fördraget och kravet på proportionalitet sannolikt begränsar upphandlande myndigheters utrymme att ställa krav på övertagande av personal till att enbart omfatta sådana krav som inte sträcker sig längre än vad som följer vid en tillämpning av 6 b § LAS och överlåtelsedirektivet.

# Förord

*"Varje person äger en på rättvisa grundad okränkbarhet som inte ens samhällets väl kan åsidosätta. Därför förnekar rättvisan att några personers förlorade frihet kan rättfärdigas av att andra får dela på något större värde. Den låter inte ett fåtal personers påtvingade uppgifter uppvägas av att fördelarna sammanlagt blir större för flertalet."*

– John Rawls (1921–2002)

Det är med glädje som jag härmed sätter punkt för min tid som juriststudent. Jag vill tacka min handledare Bernard Johann Mulder för värdefull vägledning och inspiration under arbetets gång. Jag vill också tacka personal verksam i juristgruppen på Länsförsäkringar Skåne och hos Advokaterna Nordquist & Ståhlacke, samt Torsten Lindh på mät- och exploateringsenheten i Lomma kommun. Tack! Sist men inte minst vill jag tacka till min familj för ovärderligt stöd, och i synnerhet Kenneth Nilsson som korrekturläst, inte bara under författandet av mitt examensarbete, utan under hela min studietid.

Uppsatsen behandlar rättsläget till och med utgången av januari månad 2010.

Helsingborg i februari 2010

Christopher Stridh

# Förkortningar

AD	Arbetsdomstolen
ECR	European Court Reports
ERT	Europarättslig Tidskrift
EU	Europeiska unionen
EG	Europeiska gemenskapen respektive Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen (i lydelse fr.o.m. den 1 maj 1999)
EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
EUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
EUF-fördraget	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
HD	Högsta domstolen
JT	Juridisk Tidskrift
KL	Kommunallagen (1991:900)
LOU	Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
LAS	Lagen (1982:80) om anställnings- skydd
LUF	Lagen (2007:1092) om upp- handling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
MBL	Lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
NJA	Nytt juridiskt arkiv, avdelning I

NOU	Nämnden för offentlig upphandling
Nutek	Verket för näringslivsutveckling (Nutek avvecklades den 31 mars 2009 och verksamheten bedrivs nu vid Tillväxtverket)
Prop.	Regeringens proposition
Upphandlingsdirektivet	Direktiv 2004/18/EG
Utstationeringsdirektivet	Direktiv 96/71/EG
REG	Rättsfall från Europeiska gemenskapernas domstol
RÅ	Regeringsrättens årsbok
SKL	Sveriges kommuner och landsting
SOU	Statens offentliga utredningar
SvJT	Svensk Juristtidning
ÄLOU	Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling
Överlåtelsedirektivet	Direktiv 2001/23/EG (tidigare rådets direktiv 77/187/EEG, ändrat genom rådets direktiv 98/50/EG)



# 1 Inledning

## 1.1 Ämnet

Frågan om hur de *ekonomiska mål* som den inre marknaden syftar till att förverkliga bör och kan balanseras mot de *sociala målsättningar* som också utgör en del av den Europeiska unionens (EU) politik<sup>1</sup> har rönt ökad uppmärksamhet på senare år.<sup>2</sup> En situation där regler med delvis motstridiga syften – å ena sidan ekonomisk rationalitet och å andra sidan sociala hänsyn – ställs mot varandra är vid verksamhetsövergångar vid offentliga upphandlingsförfaranden.

Regler om att den nya verksamhetsutövaren, under vissa förutsättningar, övertar den gamla arbetsgivarens förpliktelser i förhållande till de anställda vid verksamhetsöverlåtelser finns i 6 b § lagen (1982:80) om anställningskydd (LAS), som i sin tur bygger på direktiv 2001/23/EG, det s.k. överlåtelsedirektivet.

Reglerna i 6 b § LAS är tvingande, vilket betyder att parterna inte kan disponera över dessa regler till *nackdel* för arbetstagarna. I vilken utsträckning så kan ske till *fördel* för arbetstagarna är desto mer osäkert. Denna och därtill anknytande frågeställningar kommer därför att undersökas inom ramen för föreliggande uppsats, som berör möjligheten att säkerställa fortsatt anställning för arbetstagarna vid verksamhetsövergångar vid offentlig upphandling.

## 1.2 Syfte och problemformulering

Denna uppsats syftar till att *undersöka möjligheten att säkerställa fortsatt anställning för arbetstagarna vid verksamhetsövergångar inom ramen för offentlig upphandling*. Saken skulle också kunna uttryckas så, att syftet är att undersöka möjligheterna för den upphandlande myndigheten att säkerställa efterlevnaden av 6 b § LAS, samt – om så är önskvärt – åstadkomma en högre skyddsnivå för arbetstagarna än vad som redan följer av dessa regler.

Offentlig upphandling regleras enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), som trädde ikraft den 1 januari 2008. LOU grundas på direktiv 2004/18/EG, det s.k. upphandlingsdirektivet. Den övergripande frågan som ställs i uppsatsen är därför om det är möjligt att avtala om övertagande av personal, dels enligt LAS ur ett arbetsrättsligt perspektiv, dels enligt LOU ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv.

---

<sup>1</sup> Jfr artikel 2 Fördraget om Europeiska unionen.

<sup>2</sup> I Norden har frågan ställts på sin spets i målen C-341/05 *Laval un Partneri* REG 2007 s. I-11767, dom den 18 december 2007 och C-438/05 *Viking Line* REG 2007 s. I-10779, dom den 11 december 2007.

Reglerna med bäring på möjligheten att ställa krav på övertagande av personal ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv finns främst i 6 kap. 13 § LOU. Regeln i 6 kap. 13 § LOU bygger på en ny bestämmelse i upphandlingsdirektivet, artikel 26, som i sin tur finner motsvarighet i EU-domstolens tidigare rättspraxis. Stort utrymme ägnas åt den svåra frågan om hur denna nya bestämmelse ska tolkas: bör den ges en ny självständig innebörd, eller ska den anses motsvara EU-domstolens tidigare rättspraxis?

Reglerna i LOU kan emellertid inte ses isolerade från reglerna i LAS – en av uppsatsen viktigaste slutsatser är att tillämpligheten av de arbetsrättsliga reglerna får avgörande betydelse för tillämpningen av de upphandlingsrättsliga reglerna.

Utöver nämnda bestämmelser i LOU och LAS är även Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) och de allmänna gemenskapsrättsliga<sup>3</sup> principerna av stor betydelse för uppsatsen, inte minst eftersom de ständigt gör sig påminda vid tillämpningen av det upphandlingsrättsliga regelverket. Om möjligt än viktigare är dock det faktum att det är tillämpningen av dessa regler som slutligen faller avgörandet i händelse av en konflikt mellan å ena sidan reglerna i LOU och andra regler som syftar till att främja fri rörlighet, och å andra sidan åtgärder vidtagna i syfte trygga fortsatt anställning för verksamhetens personal.

## 1.3 Avgränsningar

Vissa avgränsningar följer redan av titeln och det formulerade syftet. Uppsatsen kommer inte att undersöka möjligheterna att trygga fortsatt anställning för personalen vid rent privata verksamhetsövergångar. Jag menar att behovet av en sådan undersökning inte är lika stort som vid övergångar av offentliga verksamheter (se vidare avsnitt 4.1). Verksamhetsövergångar utanför LOU:s tillämpningsområde kommer heller inte att behandlas. En redogörelse för denna fråga skulle kräva en särskild uppsats.

Vidare syftar uppsatsen inte till att närmare undersöka *tillämpningsområdet* för 6 b § LAS.<sup>4</sup>

En redogörelse för när det föreligger en övergång i enlighet med 6 b § LAS är särskilt behjälplig för den som på förhand söker avgöra om en verksamhetsövergång kommer att medföra en automatisk övergång av personalen till förvärvaren. En sådan framställning är tillika oumbärlig om det i *efterhand* uppstår tvist i frågan om det skett en övergång i lagens mening eller inte.

Denna uppsats tar istället sin utgångspunkt i den osäkerhet som kan råda beträffande när 6 b § LAS är tillämplig, genom att undersöka möjligheten

---

<sup>3</sup> I strikt mening torde det vara felaktigt att tala om "gemenskapsrätten", eftersom begreppet härrör ur Europeiska gemenskapen (EG), som i och med Lissabonfördraget ersatts av Europeiska unionen. Det torde dock inte råda något tvivel om vad som avses med gemenskapsrätten, varför jag även fortsättningsvis kommer att använda mig av detta begrepp.

<sup>4</sup> Denna fråga behandlas utförligt i Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget i Lund, Lund 2004.

att på *förhand* säkerställa de rättsföljder som blir konsekvenserna av att regeln blir tillämplig. Eftersom 6 b § LAS är tvingande till förmån för arbetstagarna, vilket redan nämnts, förutsätts alltså i uppsatsen att det i den tänkta (överlåtelse)situationen råder ett inte obetydligt mått av osäkerhet kring om huruvida 6 b § LAS är tillämplig, alternativt att det står klart att regeln inte är tillämplig. Uppsatsen är således särskilt intressant för den som redan studerat 6 b § LAS och det bakomliggande överlåtelsedirektivet, men fortfarande känner osäkerhet inför reglernas tillämplighet, eller vill undersöka möjligheten att vid en överlåtelse uppnå ett resultat identiskt med vad som skulle ha blivit fallet *om* de vore tillämpliga. Av samma anledning är redogörelsen för 6 b § LAS begränsad till att omfatta vad som är nödvändigt för förståelsen för resten av uppsatsen.<sup>5</sup>

Slutligen, vad gäller uppsatsens upphandlingsrättsliga dimension, är LOU enbart tillämplig vid upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster, vilket brukar benämnas den *klassiska sektorn*. Vid upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, de s.k. *försörjningssektorerna*, tillämpas istället lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF), vilken grundar sig på direktivet 2004/17/EG, det s.k. försörjningsdirektivet. Denna uppsats behandlar endast de upphandlingsregler som gäller för den klassiska sektorn.<sup>6</sup> Detta utesluter dock inte att uppsatsen i stora delar kan vara av intresse för den som primärt är intresserad av vad som gäller inom försörjningssektorerna, precis som att de delar av uppsatsen som enbart behandlar reglerna i LAS även kan vara av intresse för den som främst är intresserad av vad som gäller vid rent privata verksamhetsöverlåtelser.

## 1.4 Metod och material

### 1.4.1 Metodologisk ansats

Metodavsnitt i examensuppsatser inom ramen för juris kandidatprogrammet inleds regelmässigt med en hänvisning till den rättsdogmatiska metoden eller ”den allmänt vedertagna rättsvetenskapliga (eller juridiska) metoden”. Härmed avses som regel att tolka och systematisera ett rättsligt material i syfte att fastställa gällande rätt. Det rättsliga materialet som då avses är vad som inom rättsvetenskapen sägs vara de traditionella rättskällorna i form av lag, förarbeten, praxis och doktrin.<sup>7</sup>

---

<sup>5</sup> Se fotnot 4.

<sup>6</sup> Angående upphandlingar som omfattar två eller flera sektorer, se nedan avsnitt 2.1.3.

<sup>7</sup> Peczenik, Aleksander, *Juridisk argumentation*, Norstedts förlag, Stockholm 1990, s. 131 samt Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem*, 2 uppl., AWE/Gebbers, Stockholm 1980, s. 1. För exempel på varierande uppfattningar om innebörden av begreppet rättsdogmatik, se Westberg, Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, i Heuman, Lars, red., *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm 1992, s. 421–446, s. 422 fotnot 1 med hänvisningar. För fler exempel på användning av begreppet i modern doktrin, se Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen? Domstolsprövning i gränslandet mellan privat och offentlig rätt* [cit. *Vem dömer i gråzonen?*], Iustus förlag, Uppsala 2009, s. 35 fotnot 11 med hänvisningar.

Själv uppfattar jag begreppet *rättsdogmatik* som i det närmaste innehållslöst – mängden konkurrerande uppfattningar om innebörden av begreppet ”gällande rätt” är oöverskådlig.<sup>8</sup> Ytterst kan svaret sägas bero på vad som menas med att något ”existerar”. Mot bakgrund av min personliga uppfattning i denna ytterst svårtillgängliga fråga, och min uppfattning om vetenskapsbegreppet, är jag benägen att inte uppfatta juridiken som en vetenskaplig disciplin. Om denna uppfattning, som Jareborg har uttryckt saken, har sin grund i ”fördomar eller förlegad filosofi”<sup>9</sup> låter jag vara osagt. Inspirerad av hur främst Patrik Södergren argumenterat i denna fråga<sup>10</sup> menar jag dock att det likväl är möjligt att ge begreppet ”gällande rätt” en för ändamålet meningsfull innebörd. För att det ska vara meningsfullt att beskriva ”gällande rätt” måste det först och främst, åtminstone i teorin, vara möjligt för författaren att *göra fel* när han eller hon försöker beskriva gällande rätt.

Detta kan bara vara fallet om innehållet i den gällande rätten har en existens oberoende av författarens personliga uppfattning. En sådan falsifierbar *allmän* uppfattning kan konstrueras med avstamp i idén om rättsstaten, där ”rätten” enligt idealföreställningen är synonymt med ”lagen”. Om alla praktiskt verksamma jurister vid lösandet av en rättsfråga följer dessa regler kan man då förvänta sig att de kommer fram till samma svar om vad som är ”gällande rätt”.<sup>11</sup> Den med en annan uppfattning måste ha brutit mot reglerna och har därför misslyckats med att beskriva ”gällande rätt”.

Jag är fullt medveten om att denna teori är behäftad med omfattande brister – i princip förutsätter den att lagstiftningen är både heltäckande och motsägelsefri, och att domstolarna bara har att tillämpa lagen mekaniskt. För det första är så inte fallet i praktiken, och för det andra kan ett strikt fasthållande vid detta systemargument leda till resultat som är oacceptabla ur moralisk och etisk synvinkel. Av utrymmesskäl är det här inte möjligt att uppehålla sig vid dessa inom rättsfilosofin klassiska problemställningar. Utan närmare motivering hävdar jag dock att det här av mig förespråkade förhållningssättet är att föredra i ett utvecklat rättssamhälle likt det svenska: härmed värnas nämligen de rättsstatliga värden som här mer eller mindre har förutsatts vara integrerade i begreppet gällande rätt. Det finns alltså, tvärtemot vad som tycks vara den allmänt vedertagna uppfattningen bland lärarna på *juridicum* i Lund ett värde i osjälvständighet. Här instämmer jag till fullo med Jareborg:

”Lagstiftaren stiftar lagar, domaren dömer och rättsdogmatikern konstruerar ett normativt system som ger mening åt lagarna och domarna. Rättsdogmatikern är kanske inte lika nödvändig för en rättsordning som de två andra aktörerna, men det är lätt att föreställa sig hur primitiv rättsordningen skulle vara om rättsdogmatiken aldrig hade funnits. Att rättsdogmatiken är mänskligheten till nytta kan således inte betvivlas.”<sup>12</sup>

<sup>8</sup> För en föredömlig översikt, se Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt? : om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation* [cit. *Vad är rätt?*], Norstedts juridik, Stockholm 1995, särskilt kapitel 2.

<sup>9</sup> Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 4–10, s. 10.

<sup>10</sup> Södergren, *Vem dömer i gråzonen?*, särskilt s. 37 ff.

<sup>11</sup> Jfr Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 156 ff.

<sup>12</sup> Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 4–10, s. 7.

Den som intar den här förespråkade hållningen, vilken många nog skulle kategorisera som en i grunden positivistisk syn på rätten, är hänvisad till att *så långt det är möjligt* upprätthålla den existerande gällande rätt som kan identifieras.<sup>13</sup> Vad gäller det material ("rätten") som får beaktas har lag, praxis och lagens förarbeten en särställning på så vis att de tas för självklara av juristen.<sup>14</sup> Här kommer inte närmare diskuteras vilket värde som ska tillmätas andra rättskällefaktorer<sup>15</sup>, till exempel doktrin. Jag vill dock säga något om användandet av rättspraxis som rättskällefaktor i uppsatsen.

I både förarbeten, praxis och doktrin ges ibland uttryck för uppfattningen att det endast är refererad praxis från de högsta instanserna som utgör prejudikat.<sup>16</sup> Min uppfattning är att även notismål bör anses beskriva gällande rätt.<sup>17</sup> I förevarande uppsats har jag vidare även använt mig av en del mål från såväl kammarrätterna som länsrätterna, fullt medveten om att dessa inte kan sägas utgöra gällande rätt i den ovan angivna betydelsen, då dessa saknar sådana yttre auktoritetsskäl som kännetecknar avgöranden från högsta instans. Jag menar ändå att det kan vara värdefullt att redogöra för dessa eftersom de, i större eller mindre mån, ändå kan förväntas ge vägledning för hur man *kan* angripa olika rättsliga problem, liksom ett visst underlag för hur dessa kan förväntas angripas av domstolarna i framtiden.<sup>18</sup>

## 1.4.2 EU-rättens inverkan på nationell juridisk metod

Samspelet mellan den nationella rätten och gemenskapsrätten medför omfattande konsekvenser för den svenska rättstillämparen. Med hänsyn till ämnets starka EU-rättsliga prägel ska i detta avsnitt därför göras vissa påpekanden. Den gjorda beskrivningen av uppsatsens metodologiska ansats är av tämligen abstrakt karaktär. Min ambition i förevarande och nästkommande avsnitt har istället varit att försöka förklara vad jag gjort.

Först och främst förtjänar frågan om gemenskapsrättens relation till nationell rätt en närmare diskussion. Principen om *gemenskapsrättens företräde* fastslogs av Europeiska unionens domstol (EU-domstolen) redan i

---

<sup>13</sup> Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen?*, s. 43.

<sup>14</sup> Peczenik, *Vad är rätt?*, s. 206.

<sup>15</sup> Angående rättskällebegreppet, se Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 5:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996, s. 319.

<sup>16</sup> Se till exempel SOU 1986:1 *Översyn av rättegångsbalken 2: Högsta domstolen och rättsbildningen: Delbetänkande av rättegångsutredningen*, s. 51, RÅ 2004 ref. 99 och Heuman, Lars, *Skyldigheten enligt RB 17:3 att göra förnekande och kontradiktoriska och konträra påståenden*, JT 2007–2008 s. 909–919, s. 918 f.

<sup>17</sup> I fråga om Regeringsrättens avgörande förhåller det sig så att det i vissa frågor helt saknas refererade avgöranden, trots att notisavdelningen visar att RegR faktiskt prövat frågan vid upprepade tillfällen, se Ragnemalm, Hans, *Regeringsrätten inifrån*, i Heckser och Eka (red.), *Festskrift till Johan Hirshfeldt*, Iustus förlag AB, Uppsala 2008, s. 389–404, s. 400.

<sup>18</sup> Jfr Södergren, *Vem dömer i gråzonen?*, s. 45.

det klassiska rättsfallet *Costa mot ENEL*.<sup>19</sup> Av senare praxis framgår också att den nationella rätten ska tolkas gemenskapskonformt.<sup>20</sup> Att nationella rättsregler i händelse av konflikt med gemenskapsrättsliga bestämmelser får ge vika är dock inte okontroversiellt och har inte heller erkänts förbehållslöst av alla medlemsstater, åtminstone avseende i förhållande till grundlagar.<sup>21</sup> Icke desto mindre har i Sverige Högsta domstolen (HD)<sup>22</sup> och Regeringsrätten<sup>23</sup> tydligt erkänt principen om gemenskapsrättens företräde. Utgångspunkten för denna uppsats, som ju behandlar svensk rätt, är därför att gemenskapsrätten har företräde framför nationell rätt.<sup>24</sup>

Till följd av det svenska EU-medlemskapet<sup>25</sup> har det skett stora förändringar vad gäller det rättsliga materialet. Detta har gett upphov till en rad intressanta frågeställningar. En viktig fråga, som följer i spåren av vad som nyss sagts om EU-rättens företräde, och som är av stor betydelse för ifrågasättande uppsats, är förarbetenas roll i en gemenskapsrättslig kontext. Denna diskussion kan i sin tur delas upp i dels frågan om förekomsten av gemenskapsrättsliga förarbeten och deras status som rättskälla, dels i frågan om de svenska lagförarbetenas vara eller inte vara som rättskälla inom gemenskapsrätten. Det är den sistnämnda frågan som jag vill belysa något i det närmaste.<sup>26</sup> Vad som sägs här tar sikte på vad som brukar benämnas ett klassiskt förarbetsmaterial av den typ som skapas när en lag förberetts av en självständig kommitté, vars betänkande publiceras i Statens offentliga utredningar (SOU).<sup>27</sup>

Frågan kommer först att belysas med avstamp i förarbetenas betydelse ur ett nationellt perspektiv. Tveklöst har förarbetena enligt svensk rättskällevärdelse stor betydelse för såväl tolkning som utfyllnad av lagen.<sup>28</sup> Att fastställa lagförarbetenas dignitet i förhållande till övriga rättskällefaktorer låter sig dock inte göras med enkelhet. Diskussionen försvåras av att det inte alltid är klart om en författare söker framställa en *deskriptiv* eller *normativ* rättskällevärdelse, det vill säga om han eller hon söker utreda vilka påverkningsfaktorer och vilket informationsmaterial som *faktiskt beaktas* av domarna, eller vill anvisa hur dessa *bör* förfara. Denna fråga hänger delvis samman med vilken inställning författaren ifråga har i frågan om vad som utgör gällande rätt.<sup>29</sup>

---

<sup>19</sup> Mål 6/64 *Costa mot ENEL* REG 1964 s. 1141, dom den 15 juli 1964 (domen i svensk specialutgåva volym 1 s. 211).

<sup>20</sup> Mål 14/83 *von Colson* REG 1984 s. 1891, dom den 1 april 1984 (domen i svensk specialutgåva volym 7 s. 577).

<sup>21</sup> Se vidare Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts Juridik, Stockholm 2007, s. 84.

<sup>22</sup> NJA 2002 s. 75 angående lönegaranti enligt lönegarantidirektivet.

<sup>23</sup> RÅ 1996 ref. 50 angående tillämpningen av lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÅLOU).

<sup>24</sup> Det finns dock ingen regel utan undantag; se vidare fotnot 21 samt Hettne, Jörgen, Eriksson, Otken Ida (red.), *EU-rättslig metod*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005, avsnitt 3.9 När kan EG-rättens genomslag begränsas?

<sup>25</sup> Lagen (1994:150) med anledning av Sveriges anslutning till Europeiska unionen.

<sup>26</sup> Angående den förra frågan, se Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 66 ff.

<sup>27</sup> Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 362.

<sup>28</sup> Lind, Johan, *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*, JT 1996–1997 s. 352–370.

<sup>29</sup> För en illustration över hur uppfattning om vad som utgör gällande rätt påverkar synen på rättskällorna, se Lind, Johan, *Rättsfallsanalyser – en recension eller analys?*, JT 1995–1996

I doktrinen har framförts reservationer mot att tillmäta förarbeten alltför stor betydelse. Det vore, menar man, felaktigt att betrakta förarbetena som ett uttryck för lagstiftarens vilja, eftersom den slutliga lagstiftningsprodukten ofta utgör en kompromiss av en mängd olika viljor.<sup>30</sup> Förarbetenas ställning i det praktiska rättslivet har också sagts vara svagare än vad som är fallet enligt den förhärskande rättskälleläran.<sup>31</sup> Vad gäller kritiken mot att betrakta förarbetena som ett uttryck för lagstiftarens vilja, vilket jag uppfattar som ett normativt uttalande, instämmer jag till fullo.<sup>32</sup> Ifråga om förarbetenas roll i det praktiska rättslivet, vilket snarast är att uppfatta som ett deskriptivt påstående, kan dock anföras skäl som talar för att dessa ofta (men inte alltid) behandlas som om de vore mer eller mindre bindande.<sup>33</sup> Det förefaller mig därför rimligt att inta en hållning, där uttalanden i förarbeten i en nationell kontext tillmäts stor betydelse. I sammanhanget bör dock erinras om att uttalanden i en lags förarbeten givetvis inte är bindande för en domare på samma sätt som lagstiftningen är det.<sup>34</sup>

Gemenskapsrättens företrädare framför nationell rätt innebär dock att i de fall där uttalanden i svenska förarbeten, enligt vad som beskrivits ovan, tidigare utgjort en betydelsefull del av svensk rätt och dessa regler numera ersatts av gemenskapsrättens regler saknar lagförarbetena i princip relevans.

I samband med Sveriges anslutning till EU uttalades att förarbetena alltför jämt kan tjäna som informationskälla när lagen ska tolkas, även inom de områden som står under inverkan av gemenskapsrätten.<sup>35</sup> I doktrinen uttalas ibland att argumentationsvärdet hos förarbetena bör bestämmas med hänsyn till uttalandenas sakliga tyngd och inte på grund av yttre auktoritetsskäl.<sup>36</sup> Vad som menas med detta har utvecklats i ett yttrande från Lagrådet, som påpekat att uttalanden om EU-rättens innehåll i förarbeten snarast bör ses som ett på fakta och erfarenhet grundat övervägande om hur frågan kan komma att bli bedömd av i sista hand EU-domstolen. Det får sedan ankomma på de rättstillämpande organen att värdera dessa uttalanden efter den sakliga tyngden hos de framförda argumenten mer än utifrån

---

s. 232–255 och efterföljande replik av Wennberg, Suzanne, *Vett och etiket i fråga om rättsfallsanalyser*, JT 1995–1996 s. 983–1022.

<sup>30</sup> Se till exempel Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 77.

<sup>31</sup> Sandgren, Claes, *Vad gör juristen? Och hur? – del I*, JT 1999–2000 s. 591–611 och Sandgren, Claes, *Vad gör juristen? Och hur? – del II*, JT 1999–2000 s. 867–893.

<sup>32</sup> Föreställningen om lagstiftningen som ett uttryck för en bestämd enskild eller kollektiv vilja förefaller också att vara så gott som utdöd i den rättsvetenskapliga diskussionen, jfr Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 369 f.

<sup>33</sup> Se till exempel Rosén, Johan, *De svenska lagförarbetenas vara eller inte vara – effekter av Sveriges anslutning till Europeiska unionen*, SvJT 1996 s. 244–259, s. 248 med hänvisning till bland annat Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 4:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1992, s. 319. Dock påpekar Strömholm i en senare upplaga att ”man möjligen i högsta domstolens praxis efter 1971 kan iakttaga en friare hållning till motivuttalanden” (*min kursivering*), se Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 5:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996, s. 374.

<sup>34</sup> Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 367.

<sup>35</sup> Prop. 1994/95 *Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen. Del I, bilaga 1*, s. 529. Se dock Peczenik, Aleksander, *Svenska lagmotiv i Europeisk Union*, i JT 1994–1995, s. 306–311, s. 310.

<sup>36</sup> Se till exempel Rosén, Johan, *De svenska lagförarbetenas vara eller inte vara – effekter av Sveriges anslutning till Europeiska unionen*, SvJT 1996 s. 244–259, s. 248.

auktoriteten hos den som framför dem.<sup>37</sup> Min uppfattning är därför att uttalanden i förarbetena bör behandlas med stor försiktighet om EU-rätten är otydlig till sitt innehåll.

### 1.4.3 Särskilt om det oklara rättsläget

Den frågeställning som uppsatsen behandlar präglas till stor del av ett oklart rättsläge. I min analys har jag uppmärksammat denna problematik, och jag har genomgående varit tydlig med vilken grad av säkerhet en slutsats kan dras beträffande rättsläget i en enskild fråga. *Slutsatsernas grad av säkerhet* kan indelas i tre grupper. I vissa fall (i) kan rättsläget med stöd av rättskällornasom redogjorts för ovan<sup>38</sup> betraktas så gott som säkert. I andra fall (ii) har jag funnit övervägande att skäl talar för en viss lösning, men likväl är det svårt att dra säkra slutsatser. Denna osäkerhet har markerats genom att formuleringar såsom ”torde”, ”rimligen” och ”sannolikt” har använts. Härutöver finns fall (iii) där rättsläget är så osäkert att det är svårt att uttala sig om vilken lösning som är mest sannolik. I dessa fall har jag tillåtit mig att använda mig av ändamålsresonemang, men betonar den osäkerhet som råder genom att använda mig av termer såsom ”kan” och ”möjligen”.<sup>39</sup>

## 1.5 Disposition

Uppsatsen är uppdelad i fem kapitel. I detta kapitel har ämnet, uppsatsen syften, problemställningar och avgränsningar presenterats. Dessutom har uppsatsens metodologiska ansats behandlats. Kapitel 2 ägnas åt frågan om LOU:s tillämplighet vid verksamhetsöverlåtelser. I kapitel 3 – som tillsammans med kapitel 1 och 2 utgör uppsatsens introducerande del – beskrivs skyddet för anställningen vid verksamhetsövergångar.

Kapitel 4 ägnas åt uppsatsens huvudsakliga frågeställning. Först behandlas frågan om vilka bevekelsegrunder som kan tänkas finnas för att ställa krav på övertagande av personal vid byte av verksamhetsutövare (avsnitt 4.1). Härfter angrips frågan om vilka rättsliga möjligheter som finns här till, dels utifrån ett upphandlingsrättsligt perspektiv med tillämpning av LOU och det underliggande upphandlingsdirektivet (avsnitt 4.2), dels utifrån en tillämpning av gemenskapsrätten i övrigt, det vill säga EUF-fördraget och de allmänna gemenskapsrättsliga principerna (avsnitt 4.3). Kapitlet avslutas med en sammanfattning (avsnitt 4.4). I kapitel 5 ges några avslutande anmärkningar och reflektioner.

---

<sup>37</sup> Lagrådets yttrande av den 20 februari 2002 över den lagrådsremiss som låg till grund för prop. 2001/02:121 om genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd, m.m. (Bilaga 9). Se även Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 170.

<sup>38</sup> Se fotnot 8.

<sup>39</sup> Detta avsnitt är avfattat med inspiration från Maier, Lena, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten : en rättslig studie av gemenskapsrättens inverkan på medlemsstaternas arbetsrättsliga normgivningsutrymmen* [cit. *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*], Jure, Stockholm 2000.



## 2 Upphandlingsreglerna

### 2.1 Allmänt om offentlig upphandling

#### 2.1.1 Inledning

Värdet av den offentliga upphandlingen uppskattades år 2006 i Sverige till mellan 450 och 535 miljarder kronor, motsvarande mellan 15 och 18 procent av bruttonationalprodukten.<sup>40</sup> Upphandlingsreglerna på gemenskapsnivå har som sitt främsta syfte att uppfylla ekonomiska målsättningar som fri konkurrens, fri rörlighet och värnandet om skattebetalarnas pengar. Här inbegrips att offentlig upphandling ska genomföras på ett icke-diskriminerande sätt.<sup>41</sup> På så vis utgör regelverket, sett mot bakgrund av upphandlingssektorns stora ekonomiska betydelse, en viktig del i strävan att skapa en fungerande inre marknad inom EU.

Gemenskapsrätten har sedan lång tid tillbaka innehållit regler om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten-, energi-, transport-, och telekommunikation. Reglerna fanns tidigare i fyra olika direktiv, förfarandedirektiven 93/36/EEG om upphandling av varor, 93/37/EEG om upphandling av byggtreprenader, 92/50/EEG om upphandling av tjänster samt 93/38/EEG om upphandling av varor, byggtreprenader och tjänster inom områdena vatten, energi, transporter och telekommunikation. De två förstnämnda direktiven har varit föremål för ändring genom direktiv 97/52/EG.

Den i januari 1994 trädde lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (ÄLOU) ikraft. Samtliga kapitel i ÄLOU, förutom kapitel 6, har sin grund i nämnda EU-direktiv.

#### 2.1.2 LOU:s tillämpningsområde

Enligt 1 kap. 2 § LOU, som grundas på upphandlingsdirektivet, gäller lagen för offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster samt av byggkoncessioner och när myndigheter anordnar projektävlingar. Begreppet *offentlig upphandling* definieras enligt 2 kap. 13 § LOU på följande sätt:

”Med offentlig upphandling avses de åtgärder som vidtas av en upphandlande myndighet i syfte att tilldela ett kontrakt eller ingå ett ramavtal avseende varor, tjänster eller byggtreprenader.”

---

<sup>40</sup> Bergman, Mats, *Offentlig upphandling och offentliga inköp*.

<sup>41</sup> Se Kommissionens Grönbok KOM (1996) 583 slutlig, 27 november 1996, *Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden*, s. 1. För en mer ingående behandling av motiven bakom regleringen av offentlig upphandling, se Trepte, Peter, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, Oxford 2004.

Begreppet ”upphandling” förekommer inte i upphandlingsdirektivet. Istället används uttrycket ”tilldelning av kontrakt”, dels för att beteckna hela upphandlingsprocessen, dels för att i vissa fall enbart beteckna själva tilldelningsbeslutet. Av förarbetena till den svenska lagen framgår det dock klart att avsikten är att begreppet i den svenska lagen ska täcka alla åtgärder, från förfarandets inledning till och med slutandet av ett kontrakt eller ramavtal.<sup>42</sup>

Enligt 2 kap. 19 § LOU avses med begreppet *upphandlande myndigheter* – något förenklat – kommuner, landsting och statliga myndigheter.<sup>43</sup> Enligt EU-domstolens praxis ska frågan om vad som definierar en upphandlande myndighet i direktivets mening tolkas i funktionella termer.<sup>44</sup> Huvudregeln är att LOU ska tillämpas då dessa upphandlande myndigheter förvärvar byggentreprenader, varor och tjänster. Det finns dock ett flertal undantag från lagens tillämpningsområde, varav de viktigaste ska beröras översiktligt i det följande.

### 2.1.3 Undantag från LOU:s tillämpningsområde

Ett betydelsefullt undantag från upphandlingsdirektivets och LOU:s tillämpningsområde, som redan uppmärksammats i det föregående, är verksamheter inom de s.k. försörjningssektorerna, det vill säga verksamheter inom områdena vatten-, energi-, transport-, och posttjänster, se 1 kap. 3 § LOU. Avgörande för om en viss upphandling ska göras enligt LOU, LUF eller om den helt faller utanför upphandlingsreglerna är för vilken del av verksamheten det som upphandlas är avsett, se 1 kap. 25–28 § LUF.<sup>45</sup> Tillämpningen av LUF behandlas inte inom ramens för förevarande uppsats.

Utöver nyss nämnda undantag för upphandlingar som omfattas av LUF bör nämnas de s.k. *särskilda undantagen* som finns i 1 kap. 6 § LOU. Dessa innefattar kontrakt som avser förvärv av fastighet, arrenderätt, hyresrätt, bostadsrätt, tomträtt, servitutsrätt eller någon annan rättighet med anknytning till en fastighet. Detta innebär att om en kommun köper en fastighet med därtill hörande byggnad är detta inte en offentlig upphandling som omfattas av LOU. Så är däremot fallet om en kommun ger ett byggbolag i uppdrag att uppföra en byggnad, med avsikt att sedermera förvärva eller hyra den, vilket är det att anse som en byggentreprenad i lagens

---

<sup>42</sup> Prop. 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, s. 150. För frågan om när en upphandling inletts i lagens mening, se målen C-92/00 *HI* REG 2002 s. I-5553, dom den 18 juni 2002, punkt 50 samt C-26/03 *Stadt Halle* REG 2005 s. I-1, dom den 11 januari 2005, punkt 39.

<sup>43</sup> I ÅLOU, liksom i äldre litteratur, användes istället benämningen *upphandlande enhet*. Ändringen till *upphandlande myndighet* är dock rent språklig, eftersom kretsen som ska tillämpa LOU är densamma som de upphandlande enheterna enligt ÅLOU, jfr artikel 1.9 i upphandlingsdirektivet samt prop. 2006/07:128, s. 144 ff.

<sup>44</sup> Mål C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna* (”Beentjes”) REG 1988 s. 4635, dom den 20 september 1988, punkt 11.

<sup>45</sup> Se vidare Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna* [cit. *Upphandlingens grunder*], Jure, Stockholm 2008, s. 45.

mening.<sup>46</sup> Andra undantag som nämns i paragrafen är till exempel skiljemanna- och förlikningsuppdrag, samt vissa typer av forsknings- och utvecklingstjänster.

## 2.1.4 Förhållandet mellan upphandlingsdirektivet och LOU

Från upphandlingsdirektivets tillämpningsområde är undantaget vissa slags upphandlingar, samt upphandlingar vars värde understiger vissa belopp, men som ändå omfattas av LOU. De upphandlingar som inte omfattas av upphandlingsdirektivet regleras särskilt i 15 kap. LOU<sup>47</sup>, samt i 16 kap. LOU som gäller för alla upphandlingar inom lagens tillämpningsområde. Detta har lett till att man inom litteraturen talar om det ”direktivstyrda området” respektive det ”icke direktivstyrda området”.<sup>48</sup>

En upphandling enligt de icke direktivstyrda reglerna i 15 kap. LOU ska göras genom *förenklat förfarande* eller *urvalsförfarande*, eller, om kontraktets värde är lågt eller om det finns synnerliga skäl, genom *direktupphandling*, se 15 kap. 3 § LOU.<sup>49</sup> Förfarandena förenklad upphandling, urvalsupphandling och direktupphandling definieras i 2 kap. 23–25 § LOU, och gemensamt för dessa upphandlingsformer är att den administrativa bördan är lägre än vid upphandlingar enligt de ordinarie direktivbaserade reglerna i LOU. Med direktupphandling avses ett förfarande utan krav på att upphandlingen ska föregås av att anbud begärs in av den upphandlande myndigheten, se 2 kap. 23 § LOU. Vad som utgör ett lågt värde är inte fastställt i lagstiftningen.<sup>50</sup>

## 2.1.5 Upphandlingar under tröskelvärdena

Upphandlingar vars värde understiger vissa belopp, s.k. *tröskelvärden*, omfattas inte av upphandlingsdirektivets regler, utan ska istället upphandlas enligt 15 kap. LOU. Tröskelvärdena är olika beroende på föremålet för upphandlingen.<sup>51</sup> Hur värdet av ett upphandlingskontrakt ska beräknas

---

<sup>46</sup> Jfr Sveman, Eva, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, Kommentus Förlag, Stockholm 2009, s. 12.

<sup>47</sup> I stora delar motsvarar bestämmelserna i detta kapitel bestämmelserna i 6 kap. ÄLOU.

<sup>48</sup> Jfr Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar* [cit. *Lag om offentlig upphandling*], Jure, Stockholm 2009, s. 52.

<sup>49</sup> Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för sitt val av upphandlingsförfarande, se prop. 2001/02:142 *Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.*, s. 99.

<sup>50</sup> I ett avgörande från Kammarrätten i Sundsvall dom den 21 november 2007, mål nr 16-07, har en upphandling motsvarande drygt fem prisbasbelopp funnits utgöra ett lågt värde. I ett yttrande från Nämnden för offentlig upphandling (NOU) i det aktuella målet ansåg en oenig nämnd att beloppet på 209 000 kr skulle anses vara ett lågt värde i lagens mening, dnr 2007/0023-22.

<sup>51</sup> Det är kommissionen som beslutar vilka tröskelvärden som ska tillämpas. Regeringen tillkännager dessa värden och vad de motsvaras av i svenska kronor i Tillkännagivandet (2008:32) av tröskelvärden vid offentlig upphandling.

framgår av 3 kap. LOU.<sup>52</sup> Dessa regler ska inte behandlas mer ingående inom ramen för denna uppsats.

Det är lätt att föreställa sig att en upphandlande myndighet kan ha ett intresse av att en upphandling ska falla under det för upphandlingen relevanta tröskelvärdet, för att därmed minska den administrativa bördan. Härvidlag kan konstateras att den upphandlande myndigheten själv avgör vad som ska upphandlas – härom sägs inget vare sig i upphandlingsdirektivet eller i LOU. Däremot är det inte tillåtet att dela upp en upphandling i flera anförskaffningar *i syfte* att kringgå reglerna om beräkning av kontraktsvärdet. I så fall ska enligt förarbetena reglerna för upphandlingar över tröskelvärdena tillämpas.<sup>53</sup>

## 2.1.6 Upphandling av A- och B-tjänster

Utöver undantagen för de upphandlingar vars värde understiger relevanta tröskelvärden skiljer man i upphandlingsdirektivet på de tjänster som anges i direktivets bilaga II A, s.k. A-tjänster, för vilka direktivets bestämmelser är tillämpliga, och tjänster som anges i bilaga II B, s.k. B-tjänster. Ifråga om de i direktivet listade B-tjänsterna, som återfinns i LOU:s bilaga 3, ska 15 kap. LOU tillämpas, se 1 kap. 2 § andra stycket p.1 LOU.

Anledningen till att det görs skillnad mellan A-tjänster och B-tjänster är, enligt upphandlingsdirektivets beaktandesats 19, att man vill begränsa direktivets tillämplighet till sådana tjänster där direktivet bestämmelser har störst möjlighet till att öka handeln över gränserna. För övriga tjänster vill man övervaka utvecklingen innan beslut fattas om fullständig tillämplighet av direktivet. Av bilagorna framgår att karaktären hos B-tjänster inte lämpar sig lika bra för gränsöverskridande konkurrensutsättning: hotell- och restaurangservice kan till exempel endast tillhandahållas på den plats där anläggningen finns. Det är dock inte utan att man kan ifrågasätta denna ordning. Hälsovård och socialtjänster räknas till exempel till B-tjänster, och det torde inte råda något tvivel om att dessa tjänster numera ingår också på en internationell marknad och är av stor ekonomisk betydelse.<sup>54</sup>

---

<sup>52</sup> Se vidare Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 133 ff. och Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2009, s. 46 ff.

<sup>53</sup> Prop. 2006/07:128, s. 316.

<sup>54</sup> Jfr Verket för näringslivsutvecklings (Nutek) rapport R 2007:24, *Offentliga upphandlingar inom vård och omsorg*, s. 6. Nutek hette Närings- och teknikutvecklingsverket när det bildades 1991 och var en sammanslagning av flera statliga myndigheter (Statens industriverk, Styrelsen för teknisk utveckling och Statens energiverk). 2001 ändrades namnet till *Verket för näringslivsutveckling*. Nutek avvecklades den 31 mars 2009 tillsammans med Glesbygdverket och Institutet för tillväxtpolitiska studier. Den verksamhet som bedrevs vid dessa myndigheter övergick till Tillväxtverket samt Myndigheten för tillväxtpolitiska utvärderingar och analyser.

## 2.2 LOU:s tillämplighet vid verksamhetövergångar

### 2.2.1 Avskiljande av verksamhet

Med offentlig upphandling avses *anskaffning* av något, det vill säga att den upphandlande myndigheten mot vederlag tillförs en tillgång eller en tjänst.<sup>55</sup> Detta innebär att i de fall till exempel en kommun eller ett landsting enbart överlåter en verksamhet är detta inte en upphandling i LOU:s mening. Vid försäljning av en verksamhet aktualiseras dock andra kommunal- och EU-rättsliga regler. Dessa frågor faller utanför ramen för denna uppsats, och ska därför bara beröras i korthet.<sup>56</sup> Den kommunalrättsliga principen om förbud mot understöd till enskilda företag innebär att alla tillgångar ska överlåtas till marknadsvärde.<sup>57</sup> Det innebär att det inte är möjligt att rikta erbjudanden till grupper av anställda. Här kan även nämnas kravet på att kommuner och landsting ska ha en god ekonomisk hushållning, vilket också förhindrar dispositioner som innebär att kommunen eller landstinget avhänder sig tillgångar under marknadsvärdet.<sup>58</sup> Det föreligger ännu inte något auktoritativt uttalande som ger svar på om det räcker med en marknadsmässig värdering, eller om det alltid ska krävas ett offentligt anbudsförfarande där det högsta anbudet ska antas.

Vidare förbjuder EU-rätten som huvudregel statsstöd, det vill säga stöd till företag som riskerar att sneddriva konkurrensen på ett sätt som påverkar handeln mellan medlemsstaterna.<sup>59</sup> Kommissionen har utfärdat en allmän vägledning angående myndigheters<sup>60</sup> försäljning av fastigheter. Enligt kommissionen ska överlåtelser ske antingen genom att öppet och offentliggjort förfarande, eller efter att värdering skett av oberoende värderingsmän i syfte att fastställa marknadsvärdet.

---

<sup>55</sup> Jfr Sveman, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, s. 11 samt Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 52.

<sup>56</sup> Dessa frågor har behandlats utförligt i Statskontorets rapport 2008:10, *Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – EG/EU-rättsliga aspekter*, samt i Sveriges Kommuner och Landstings (SKL) rapport 2008-01-28, *Avknoppningar av skolor – juridiska aspekter*. Se även Nutek:s rapport Info 072-200, *Avknoppning av verksamheter inom vård och omsorg*, som i huvudsak ansluter till Statskontorets slutsatser.

<sup>57</sup> Se 2 kap. 8 § kommunallagen (1991:900) (KL). Till denna ansluter även innehållsmässigt principen om likställighet, 2 kap. 2 § KL. Se även SOU 2007:72 *Kommunal kompetens i utveckling*.

<sup>58</sup> 8 kap. 1 § KL.

<sup>59</sup> Detta framgår av artikel 107.1 Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF) (artikel 87.1 Fördraget om upprättande av Europeiska gemenskapen (EG)). Vissa undantag från huvudregeln finns i artikel 107.2–3 EUF (artikel 87.2–3 EG).

<sup>60</sup> Reglerna om förbud mot statsstöd omfattar även regionala myndigheter såsom landsting och kommuner, se mål 323/82 *Intermills mot kommissionen* REG 1984 s. 3809, dom den 14 november 1984 (domen i svensk specialutgåva volym 7 s. 685).

## 2.2.2 Köp av tjänster efter avskiljande

Som vi sett ovan innebär en överlåtelse av en verksamhet *i sig* inte att LOU ska tillämpas. En i praktiken vanligt förekommande situation är att en kommun eller ett landsting låter anställda eller ett privat bolag ta över en viss verksamhet, till exempel en skola eller en vårdcentral, och därefter driva den i egen regi, s.k. *avknoppning*.<sup>61</sup> Sådana överlåtelser kännetecknas ofta av att det är uttalat eller underförstått att förvärvarna till den överlåtna verksamheten ska fortsätta leverera tjänster till överlåtaren efter överlåtelsen, vilket faller nytt ljus över frågan om LOU:s tillämplighet.

Ett illustrativt och i sammanhanget ofta återoppat rättsfall är RÅ 1998 not. 44, som gällde ett landstingsdrivet tvätteri som överläts genom avknoppning till ett privat företag. Regeringsrätten ansåg att reglerna om offentlig upphandling var tillämpliga, eftersom det i överlåtelsen även ingick ett ekonomiskt avtal om att landstinget skulle köpa tvättjänster från företaget. Köpet av tvättjänster skulle därför ha föregåtts av ett upphandlingsförfarande enligt LOU.

Ett liknande fall har prövats av Länsrätten i Östergötland.<sup>62</sup> Upprinnelsen till tvisten var att ett landsting beslutat att verksamheten vid en sjukvårdsinrättning (bolaget) skulle övertas av personalen. Överlåtelseavtalet i sig innehöll inget vårdavtal eller andra överenskommelser om köp av tjänster från bolaget. Landstinget beslutade dock senare att teckna avtal för närsjukvårdsuppdrag och vårdverksamhet med bolaget, varpå ett annat vårdbolag ansökte om överprövning av upphandlingen och yrkade att den skulle göras om. Landstinget gjorde gällande att förfarandet var att anse som en överlåtelse av en verksamhet, vilken inte omfattades av de upphandlingsrättsliga reglerna. Länsrätten konstaterade att avyttringen av sjukvårdsverksamheten inte utgjorde en offentlig upphandling. Landstingets beslut att teckna vårdavtal med det avknoppade bolaget var dock att anse som en offentlig upphandling i lagens mening, eftersom man vidtagit åtgärder i syfte att tilldela ett kontrakt på hälso- och sjukvårdstjänster.

I ett annat avgörande, från Kammarrätten i Stockholm<sup>63</sup>, hade kommunen överlåtit sin tolk- och översättningsverksamhet, vilket klaganden menade utgjorde en otillåten direktupphandling. Länsrätten konstaterade att ett avtal om överlåtelse av verksamhet hade tecknats mellan kommunen och bolaget. Bolaget hade vidare åtagit sig att tillhandahålla tolk- och översättningstjänster till kommunen för ett visst pris. Länsrätten menade att kommunen åtagit sig att köpa tjänster, varför avtalet var ett tjänstekontrakt som skulle upphandlas enligt LOU. Kammarrätten ansåg dock inte att avtalstexten gav stöd för att kommunen åtagit sig att köpa tjänsterna ifråga, och avslog därför överklagandet.

Rättsläget när det gäller köp av tjänster från en verksamhet som avyttrats måste anses klart, och kan sammanfattas enligt följande. En överlåtelse av en verksamhet utgör inte *per se* en offentlig upphandling i LOU:s mening. Däremot finns enligt LOU inget utrymme för en offentlig verksamhet att utan ett offentligt upphandlingsförfarande teckna kontrakt med ekonomiska

---

<sup>61</sup> Jfr Sveman, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, s. 15.

<sup>62</sup> Länsrätten i Östergötlands län dom den 7 april 2008, mål nr 723-08 E.

<sup>63</sup> Kammarrätten i Stockholm beslut den 22 februari 2008, mål nr 5127-07.

villkor med ett avknopningsföretag.<sup>64</sup> Den avknoppade verksamheten måste själv, på samma villkor som andra företag, vinna upphandlingen av avtalet i fråga för att kunna tillhandahålla sina tjänster åt överlåtaren efter avknoppningen. Detta gäller oavsett om det är den tidigare personalen som är förvärvaren av verksamheten.<sup>65</sup>

### 2.2.3 Hur avknoppningen kan genomföras vid offentlig upphandling

Utgångspunkten vid avknoppning av offentliga verksamheter är, som framgått ovan, att ett kontrakt måste tilldelas efter en upphandling enligt LOU. Själva överlåtelsen av verksamheten behöver rent principiellt inte ske enligt LOU – en annan sak är att även denna transaktion måste ske i överensstämmelse med framförallt kommunal- och EU-rätten. Avknoppning i den här avsedda bemärkelsen kan alltså ses som en process i två steg: 1) avskiljande av verksamheten, samt 2) köp av tjänster efter avknoppningen.

I praktiken är dock naturligtvis önskan att avknoppningen, inklusive överenskommelsen om fortsatt köp av tjänster, ska ske inom ramen för ett samlat förfarande. Det finns två uppenbara skäl för detta. För det första innebär två skilda processer ökade ekonomiska och administrativa bördor. För det andra, vilket kanske är av än större betydelse, vill man från den offentliga verksamhetsutöverarens sida minimera affärsrisken att den avknoppade verksamheten inte vinner den efterkommande anbudstävlingen enligt LOU.<sup>66</sup>

Klart är att LOU inte är utformad för att underlätta omvandlingar av offentliga verksamheter till alternativa driftsformer. Det finns dock möjligheter att underlätta en sådan process inom ramen för gällande lagstiftning. Vad gäller frågan om överlåtelsen av själva tillgångarna i verksamheten i samband med en avknoppning är detta givetvis ett problem – risken finns ju att ett avknoppat företag köper tillgångarna i verksamheten och därefter inte vinner upphandlingen av kontraktet ifråga. Denna affärsrisk kan minskas genom att överlåtelseavtalet utgör en fristående option kopplad till själva upphandlingen med den innebörden att den vinnande leverantören kan välja att realisera överlåtelseavtalet eller ej.<sup>67</sup> På så vis blir också överlåtelsen och upphandlingen en samlad process, istället för två åtskilda.

---

<sup>64</sup> Se även SOU 1999:149 *Upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster*, s. 244 f. Se vidare Konkurrensverkets PM 2008-09-04, *Avknoppning inom vård och omsorg – upphandlingsrättsliga aspekter*, s. 3, där Konkurrensverket gör samma bedömning.

<sup>65</sup> Upphandlingskommittén föreslog dock i sitt slutbetänkande att LOU skulle ändras så att en upphandlande myndighet skulle medges rätt att sluta avtal om att överlämna en verksamhet till anställda utan föregående upphandlingsförfarande under en begränsad tidsperiod, se SOU 2001:31 *Mera värde för pengarna*, s. 323. Förslaget ledde inte till lagstiftning eftersom ett sådant förfarande ansågs i strid med grundläggande upphandlingsrättsliga principer.

<sup>66</sup> Jfr Konkurrensverkets PM 2008-09-04, *Avknoppning inom vård och omsorg – upphandlingsrättsliga aspekter*, s. 5.

<sup>67</sup> Konkurrensverkets PM 2008-09-04, *Avknoppning inom vård och omsorg – upphandlingsrättsliga aspekter*, s. 6.

## 2.2.4 Undantag för avtal som grundas på lag eller förordning

Med offentlig upphandling avses situationer där den upphandlande myndigheten mot vederlag tillförs en tillgång eller en tjänst. Den närmare innebörden av detta var föremål för prövning i regeringsrättsavgörandet RÅ 2006 ref. 26. I målet fann Regeringsrätten att ett s.k. "samverkansavtal" enligt 5 § lagen (1993:1652) om ersättning för sjukgymnastik innebär att sjukgymnasten får rätt till offentlig finansiering av sin verksamhet enligt de grunder och på de villkor som framgår av lagen och av förordningen (1994:1120) om ersättning för sjukgymnastik. Samverkansavtalets innehåll regleras enligt lag och det finns inget utrymme för parterna att avtala om andra villkor. Samverkansavtalet fick därmed, sitt namn till trots, enligt Regeringsrätten ses som ett beslut av landstinget att ansluta en enskild sjukgymnast till det system för offentlig finansiering som regleras i nyss nämnda lag och förordning, och inte som ett avtal om köp av tjänster från sjukgymnasten som skulle upphandlas enligt bestämmelserna i LOU.

Ett annat exempel, liknande det ovan refererade regeringsrättsavgörandet, kommer från Kammarrätten i Göteborg.<sup>68</sup> Omständigheterna var följande. En kommun hade beslutat att överlåta huvudmannskapet för färdtjänst, riksfärdtjänst och beställningscentral till trafikhuvudmannen i länet, som i detta fall var ett regionförbund. Beslutet gällde under förutsättning att ytterligare sju kommuner fattade likalydande beslut. Kommunen skulle enligt överlåtelseavtalet – liksom övriga kommuner som skulle teckna likalydande avtal – betala ett årligt bidrag till regionförbundet. Ett företag ansökte om överprövning och gjorde gällande att kommunens agerande utgjort en otillåten direktupphandling.

Ett *regionförbund* består i en sammanslutning av kommuner. Den juridiska formen varigenom verksamheten bedrivs är som regel kommunalförbund<sup>69</sup>, en i kommunallagen (1991:900) (KL) särskilt reglerad offentlighetsrättslig form för samverkan mellan kommuner.<sup>70</sup>

Länsrätten gav det klagande företaget rätt. Rätten konstaterade att beslutet att överlåta huvudmannskapet för de aktuella tjänsterna innefattade myndighetsutövning som reglerades enligt lagen (1997:736) om färdtjänst och lagen (1997:735) om riksfärdtjänst. Transaktionen innefattade dock, utöver överlåtelsen av huvudmannskapet för färdtjänst och riksfärdtjänst, även köp av tjänster från en beställningscentral. Därför, fortsatte Länsrätten, hade kommunen också brutit mot LOU när den mot ersättning hade tecknat avtal med regionförbundet om att tillhandahålla beställningscentralen.

Kammarrätten å sin sida ansåg inte, tvärt emot Länsrättens uppfattning, att kommunen hade förvärvat någon vara eller tjänst av regionförbundet. I domskälen hänvisades till en dom från länsrätten i Skåne län<sup>71</sup>, som också avsåg överlåtelse av motsvarande huvudmannskap till ett regionförbund. Enligt den domen var en sådan transaktion inte att bedöma som en upphandling enligt LOU, eftersom överlåtelsen av huvudmannskapet var reglerat i de två ovan nämnda lagarna, och att underskottstäckning skulle kunna uppkomma för den

<sup>68</sup> Kammarrätten i Göteborg dom den 21 september 2007, mål nr 4003-07.

<sup>69</sup> Det som skiljer ett *kommunalförbund* från ett *kommunförbund*, vilka drivs som ideella föreningar, är att kommunerna i det förra fallet överfört myndighetsutövning till förbundet.

<sup>70</sup> Bestämmelser om kommunala företag finns 3 kap. 16–18 § KL. Se även fotnot 74.

<sup>71</sup> Länsrätten i Skåne län beslut den 26 juli 2007, mål nr 7334-07E, 7336- -7341-07E.



nya huvudmannen, det vill säga regionförbundet. Frågan om ekonomisk kompensation till regionförbundet för utförandet av tjänsten fick enligt Kammarrätten ses som en del av överlåtelsebeslutet i sin helhet.

Gemensamt för de avtal som den klagande parten i respektive mål ovan hävdade var att betrakta som ett offentligt upphandlingskontrakt var att innehållet reglerades i en lag eller förordning. Således fanns inte något utrymme för parterna att avtala om andra villkor, varför LOU inte heller var tillämplig. Denna typ av transaktion, där ansvaret för en lagreglerad verksamhet övergår från en part till en annan är mycket vanlig och av stor ekonomisk betydelse. Situationen omfattar dock inte enbart fall där verksamheten övergår från en offentlig till en privat verksamhetsutövare, vilket brukar nämnas som exempel i den juridiska litteraturen, utan även fall där driftsformen för en offentlig verksamhet förändras genom en verksamhetsövergång. Ett exempel från verkligheten får illustrera:

Ansvaret för ensamkommande flyktingbarn regleras bland annat i lagen (1994:137) om mottagande av asylsökande m.fl. (LMA). Migrationsverket har enligt 2 och 3 § LMA huvudansvaret för mottagandet av ensamkommande flyktingbarn, och Migrationsverket ska erbjuda dessa en plats på en förläggning. Migrationsverket får dock ge i uppdrag åt andra att driva dessa förläggningar. Förutsättningarna för detta har utretts inom ramen för en stalig utredning.

Utredningen föreslog att verksamheten skulle övergå i kommunal regi, efter att Migrationsverket träffat en överenskommelse med kommunen ifråga. Åtgärden omfattade totalt ca 120 anställda, som vid tidpunkten för utredningen var sysselsatta i denna verksamhet. Utredaren föreslog vidare att en förordning skulle instiftas, där villkoren avseende ersättning m.m. till kommunerna reglerades. På frågan om en sådan överlåtelse skulle upphandlas enligt LOU uttalade NOU i sitt remissvar att om övergången till kommunal drift lades fast i offentlighetsreglering kan det inte anses föreligga ett kontrakt som ska upphandlas enligt LOU.<sup>72</sup>

När det gäller överlåtelser av verksamheter som innefattar *myndighetsutövning*<sup>73</sup> kan nämnas att det finns särskilda regler för detta i regeringsformen 11 kap. 6 § tredje stycket, som säger att förvaltningsuppgift kan överlämnas till bolag, förening, samfällighet, stiftelse, registrerat trosamfund eller någon av dess organisatoriska enheter eller till enskild individ. Innefattar uppgiften myndighetsutövning ska det ske med stöd i lag. Detta innebär att uppgifter som innefattar myndighetsutövning inte går att lägga ut på ett privat företag utan särskilt lagstöd.<sup>74</sup> Myndigheten ifråga – vilket bör understrykas – frånhänder sig med detta dock inte *ansvaret* för sådana uppgifter som är obligatoriska enligt lag.<sup>75</sup>

---

<sup>72</sup> Prop. 2005/06:46 *Mottagande av ensamkommande barn*, s. 41.

<sup>73</sup> Angående begreppet myndighetsutövning, se Södergren, *Vem dömer i gråzonen?*, s. 56 f.

<sup>74</sup> Sveman, *Lagen om offentlig upphandling inom den klassiska sektorn*, s. 14.

<sup>75</sup> Jfr 2 § LMA, som stadgar att huvudansvaret för mottagandet av ensamkommande flyktingbarn alltså åvilar Migrationsverket.

## 2.3 Sammandrag

Av utredningen ovan framgår sammanfattningsvis följande. I princip finns det inga rättsliga möjligheter att genomföra en överlåtelse av offentligt driven verksamhet med efterföljande införskaffning av tjänster (eller varor för den delen) utan att en öppen konkurrensutsättning behöver ske enligt reglerna i LOU. Nämnas bör dock att överlåtelser av verksamheter där villkoren för utförandet av tjänsten inte bestäms av den offentliga verksamhetsutövaren, utan genom lag och/eller förordning, inte ska upphandlas enligt LOU. Det är här inte korrekt att tala om något undantag från LOU i egentlig mening, eftersom någon anskaffning mot vederlag inte sker enligt i lagen avsedd bemärkelse.<sup>76</sup>

Att vad som i dagligt tal brukar benämnas avknoppning som huvudregel ska upphandlas enligt LOU får till konsekvens att det inte heller finns några garantier för att förvärvaren till en avknoppad verksamhet sedermera också kommer att vinna den efterkommande upphandlingen av tjänsterna ifråga. Risker för negativa konsekvenser till följd av detta kan till viss del undvikas om själva överlåtelsen av verksamheten istället kopplas till tjänstekontrakt som upphandlas i vanlig ordning enligt LOU. Det bör dock observeras att detta innebär en annan risk för den upphandlande myndigheten, nämligen att materiella tillgångar står outnyttjade till följd av att en annan leverantör vinner upphandlingen av tjänsten, men väljer att inte påkalla optionen om att förvärva verksamheten.

---

<sup>76</sup> Måhända framgick detta tydligare av motsvarande bestämmelse i 1 kap. 5 § ÄLOU, som definierade upphandling som köp, leasing, hyra eller hyrköp av varor, byggtreprenader eller tjänster, däribland tjänster avseende hälso- och sjukvård.

## 3 Verksamhetsövergångar och skyddet för anställningen

### 3.1 Huvudprinciperna vid verksamhetsövergångar

I överlåtelsedirektivet stadgas att de anställda under vissa förutsättningar har rätt att på oförändrade anställningsvillkor följa med en rörelse som överlåtits, och därmed fortsätta sin anställning hos den nya verksamhetsutövaren. I svensk rätt regleras detta genom 6 b § och 7 § tredje stycket LAS och i 28 § lagen (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet (MBL). Bestämmelserna gäller för alla arbetstagare, oavsett om de är verksamma i privat eller allmän tjänst.<sup>77</sup>

Bestämmelserna kan i materiellt hänseende sägas innehålla tre huvudsakliga regler. *För det första* ska anställningsavtalen övergå från överlåtaren till förvärvaren till följd av ett arbetsgivarebyte (6 b § LAS och artikel 3 i överlåtelsedirektivet). *För det andra* utgör övergången i sig grund för uppsägning (7 § tredje stycket LAS och artikel 4 överlåtelsedirektivet). *För det tredje* är förvärvaren skyldig att under en övergångstid tillämpa villkoren i det kollektivavtal som arbetstagarna var bundna av hos överlåtaren (28 § MBL och artikel 3 i överlåtelsedirektivet).<sup>78</sup> Artikel 8 slår fast att överlåtelsedirektivet är ett minimidirektiv och att inget hindrar medlemsstaterna för att anta regleringar som medför ett mer omfattande skydd för arbetstagarna.

### 3.2 Frågan när en lagenlig överlåtelse föreligger

För att avgöra om anställningsavtalen ska övergå till följd av överlåtelsesituation måste man ta ställning till om det föreligger en *övergång av verksamheten* enligt bestämmelsen i 6 b § LAS. Avgörande härför är om det som överlåtits utgör en bestående ekonomisk enhet, vilket brukar beskrivas som att verksamheten ska ha bevarat sin identitet.<sup>79</sup> EU-domstolen har i den s.k. *Spijkers*-målet<sup>80</sup>, uppställt ett antal kriterier som skall tas med i bedömningen av om en sådan övergång har skett. Dessa s.k. *Spijkers*kriterier är:

---

<sup>77</sup> Se vidare Nyström, Birgitta, *Överlåtelsedirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet* i *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001, s. 211–233.

<sup>78</sup> Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, 13 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007, s. 195.

<sup>79</sup> Adlercreutz m.fl., *Svensk arbetsrätt*, s. 196.

<sup>80</sup> Mål C-24/86 *Spijker* ECR 1986 s. 1119, dom den 18 mars 1986.

1. Arten av företaget eller verksamheten.
2. Om företagets materiella tillgångar såsom exempelvis byggnader och lösöre har övertagits.
3. Värdet av överlåtna materiella tillgångar vid tiden för överlåtelsen.
4. Om den nye arbetsgivaren övertagit majoriteten av de anställda.
5. Om kunderna tagits över.
6. Graden av likhet mellan verksamheten före och efter överlåtelsen.
7. I förekommande fall den tidsperiod som verksamheten legat nere.

Spjikers-kriterierna är endast exempel på omständigheter som tas under övervägande när frågan ska avgöras om det föreligger en lagenlig verksamhetsövergång eller inte. Också verksamhetens art kan komma att påverka vilken betydelse som tillmäts respektive kriterium: är det till exempel fråga om en personalintensiv verksamhet är det naturligt att frågan om majoriteten av personalen fått över till den nya arbetsgivaren tillmäts större betydelse än i de fall där materiella tillgångar är av stor betydelse för driften av den aktuella rörelsen.<sup>81</sup>

Om det är fråga om en verksamhetsövergång enligt överlåtelsedirektivet eller 6 b § LAS har arbetstagaren rätt att på oförändrade villkor fortsätta sin anställning hos förvärvaren. En arbetstagare har emellertid möjlighet att motsätta sig att anställningsförhållandet går över till den nye arbetsgivaren och välja att stanna kvar hos överlåtaren enligt 6 b § fjärde stycket LAS. Vidare föreskrivs i 7 § tredje stycket LAS ett uppsägningförbud till följd av verksamhetsövergången som sådan.

Det kan noteras, att om en arbetstagare väljer att inte följa med verksamheten till en ny arbetsgivare kan de behöva omplaceras och turordnas enligt 22 § LAS. I ytterlighetsfall kan det bli så att den gamla arbetsgivaren behöver säga upp arbetstagare som inte direkt omfattades av överlåtelsen, men som på grund av turordningsreglerna hamnar i en sämre situation än de arbetstagare som vägrat medfölja verksamheten. Detta förutsatt dock att de vägrande arbetstagarna har tillräckliga kvalifikationer för arbete i de delar av verksamheten som ej överlåtits.

Det är viktigt att framhålla reglernas tvingande karaktär. Parterna kan inte avtala bort reglernas tillämplighet, till exempel genom avtal i samband med överlåtelsen eller i kollektivavtal med arbetstagarorganisationen.<sup>82</sup>

Som framkommit i kapitel 2 ska alla överlåtelser av offentliga verksamheter med efterföljande köp av tjänster upphandlas enligt LOU. Av EU-domstolens praxis följer klart att överlåtelsedirektivet även kan vara tillämpligt på en verksamhetsövergång till följd av offentlig upphandling,

---

<sup>81</sup> Adlercreutz m.fl., *Svensk arbetsrätt*, s. 196.

<sup>82</sup> Jfr AD 1998 nr 144.

till exempel en avknoppning av en tidigare kommunal verksamhet.<sup>83</sup> Det står även klart att ett *byte av entreprenör* kan omfattas av överlåtelse-direktivets bestämmelser, det vill säga de fall där en upphandlande myndighet efter en upphandling gett i uppdrag åt en leverantör att utföra en viss tjänst, och efter ett nytt upphandlingsförfarande ger samma uppdrag till en annan leverantör.<sup>84</sup>

Det är viktigt att påpeka att enbart den omständigheten att arbets-uppgiften som sådan övergått inte betyder att det behöver vara fråga om en övergång av verksamheten i lagens mening. Detta har i svensk rätt bekräftats av Arbetsdomstolen (AD) genom *Swebus III*-målen.<sup>85</sup>

Omständigheterna i *Swebus III*-målen var följande. Upphandlingen av linjetrafik ledde till att Swebus gick miste om tidigare entreprenadkontrakt. Swebus sade därför upp ett stort antal anställda. Kommunal yrkade i målet bland annat att AD skulle ogiltigförklara Swebus uppsägningar och förklara att de nya leverantörerna Linjebuss och Ödåkrabuss inträtt som arbetsgivare enligt 6 b § LAS. Linjebuss och Ödåkrabuss bestred yrkandet. AD konstaterade att 6 b och 7 § LAS skulle tolkas i enlighet med överlåtelse-direktivets innebörd och EU-domstolens praxis. Att Linjebuss och Ödåkrabuss varken övertagit arbetskraft, administration, fordon, fastigheter eller andra materiella tillgångar från Swebus talade enligt AD med avsevärd styrka för att verksamheten inte bevarat sin identitet. Någon överlåtelse i lagens mening var det därför inte fråga om i detta fall enligt AD.

---

<sup>83</sup> Mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 I-745, dom den 25 januari 2001. Se även Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 183 och där gjorda hänvisningar.

<sup>84</sup> Mål C-13/95 *Süzen* REG 1997 s. 1259, dom den 11 mars 1997.

<sup>85</sup> AD 1995 nr 163.

# 4 Verksamhetsövergångar och krav på övertagande av personal

## 4.1 Motiv till att ställa krav på övertagande av personal

Centralt för reglerna i 6 b § LAS är att parterna själva inte har möjlighet att avtala bort dem. Det går givetvis att diskutera huruvida det är möjligt att trots allt kringgå dessa regler, främst genom att försöka påverka kriterierna som ligger till grund för identitetsbedömningen före det att överlåtelsen sker, s.k. ”städåtgärder”. Inom det privata näringslivet kan detta tänkas vara lockande för överlåtaren, eftersom kravet på att förvärvaren ska överta verksamhetens personal kan inverka menligt på priset. Inom offentlig verksamhet kan dock förhållandet ofta vara det motsatta, det vill säga att den upphandlande myndigheten tvärtom har ett *intresse av att förvärvaren övertar befintlig personal*.<sup>86</sup>

Ett uttalat skäl till att överlåtaren önskar att förvärvaren ska bära det fortsatta ansvaret för personalen kan vara att denna själv annars riskerar att få bära kostnaderna för densamma. Arbetsgivaren har på grund av tvingande regler i LAS en omfattande omplaceringsskyldighet av personal. Även om en uppsägning är möjlig på grund av arbetsbrist till följd av att verksamheten övergått till en ny arbetsgivare måste denna upprätta en turordningslista på de uppsagda och stå för eventuell uppsägningskostnader.<sup>87</sup>

Förutom rent ekonomiska överväganden kan det dock även finnas andra skäl till att den upphandlande myndigheten vill säkerställa att personalen erbjuds fortsatt anställning hos förvärvaren vid en verksamhetsöverlåtelse.

För det första kan verksamheten vara av sådan art att den upphandlande myndigheten alltså har ett ansvar för verksamhetens kvalitet.<sup>88</sup> I dessa fall kan det anses eftersträvansvärt att bibehålla den kompetens som finns hos personalen i den överlåtna verksamheten, varför dessa inte ska ersättas med förvärvarens personal.

För det andra inrymmer frågan en politisk och en social dimension. Att personalen vid en verksamhetsövergång till en privat aktör ersätts av dennes personal, kanske med sämre anställningsvillkor, upplevs troligtvis som icke önskvärd. Vilket legitimt skyddssyfte uppnås då genom att överlåtarens personal får bibehålla sin anställning, eventuellt på bekostnad av förvärvarens dito? Frågan är viktigt, eftersom i den mån kravet anses utgöra ett hinder för den fria rörligheten måste det – för att vara tillåtet – kunna rättfärdigas med hänvisning till ett trängande allmänintresse. Åtgärden får

<sup>86</sup> Att så är fallet även vid vissa privata transaktioner är härmed inte uteslutet.

<sup>87</sup> Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 286. Se även SOU 1999:149, s. 171.

<sup>88</sup> Jfr fotnot 75.

inte heller vara mer långtgående än vad som krävs för att uppnå detta syfte. Denna aspekt kommer att analyseras närmare i avsnitt 4.3.2.2.

Att frågan om övertagande av personal kan vara kontroversiell framgår måhända av de olika uppfattningar som finns i frågan. Verket för näringslivsutveckling (Nutek)<sup>89</sup> har författat en rapport tillsammans med bland annat Almega, där man hävdar att det vid offentlig upphandling inte kan ställas tvingande krav avseende personalövertagande, såvida verksamheten inte utgör en bestående ekonomisk enhet, så som maskiner, inventarier och personal, det vill säga en självständig enhet som överförs i sin helhet.<sup>90</sup> Landsorganisationen (LO) samt Tjänstemännens centralorganisation (TCO) å sin sida anser att sådana krav bör vara tillåtna.<sup>91</sup>

Det är mot denna bakgrund som den fortsatta framställningen kommer att ägnas åt huvudföremålet för denna uppsats, nämligen möjligheten att *säkerställa att personalen erbjuds fortsatt anställning vid verksamhetsövergångar vid offentlig upphandling*. Ett sådant krav i en offentlig upphandling kan formuleras enligt följande:

”Beställaren avser att den aktuella verksamheten skall övergå till antagen Leverantör i samband med att denna upphandling avslutas genom att avtal träffas. Anbud skall därför omfatta såväl tillhandahållandet av tjänster, som övergång av den aktuella verksamheten (Se bilagd avtalsmall för verksamhetsövergång.)

Anbudsgivaren skall enligt 6 b § lagen om anställningsskydd, vid verksamhetsövergång erbjuda anställning, med oförändrade anställningsvillkor, till den personal som vid övertagandetillfället är anställd inom den del av verksamheten som övertas.”<sup>92</sup>

Frågan kommer att angripas först med tillämpning av LOU och det underliggande upphandlingsdirektivet (avsnitt 4.2), sedan med tillämpning av gemenskapsrätten i övrigt (avsnitt 4.3).

---

<sup>89</sup> Se fotnot 54.

<sup>90</sup> Nutek:s rapport, *Avknoppning av verksamheter inom vård och omsorg*, s. 24.

<sup>91</sup> Detta framgår av bland annat motion 2005:06:A299 *Övertagande av personal vid entreprenad*. Se även SOU 2001:31 *Mera värde för pengarna*, s. 507 ff. för en redogörelse för den allmänna debatten om social hänsyn vid offentliga upphandlingar.

<sup>92</sup> Exemplet är hämtat från Stockholms läns landstings upphandling av geriatisk vård år 2001, se Bjurman, Pernilla, *Beställarstöd – offentlig upphandling och avtal. IT, tele-och datakommunikation samt hälso- och sjukvårdstjänster*, Nordsteds Juridik AB, Stockholm 2003, s. 57. Jfr även Nielsen, Ruth, *Public Contracting and Transfer of Undertakings*, i Krüger, Kai, Nielsen, Ruth and Bruun, Niklas, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, DJØF Publishing, Copenhagen 1998, s. 283.

## 4.2 Tillämpningen av LOU

### 4.2.1 Upphandlingsförfarandet

Upphandlingsdirektivets syfte är att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster. En viktig del i detta är att minimera risken för att upphandlande myndigheter gynnar inhemska aktörer och diskriminerar utländska företag direkt eller indirekt.<sup>93</sup> Upphandlingsdirektivet innehåller detaljerade regler för hur upphandlingen ska gå till och till vem ett kontrakt ska tilldelas.

Man brukar tala om tre typer av kriterier eller villkor som tillämpas i upphandlingens olika faser: kvalifikationskrav, tilldelningskriterier och särskilda kontraktsvillkor.

Det första steget i upphandlingsprocessen syftar till att bedöma om en leverantör klarar av att genomföra ett visst upphandlingskontrakt, och brukar benämnas för kvalifikationsfasen. Bland annat kan krav ställas på ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk förmåga och kapacitet, s.k. *kvalifikationskrav*. Dessutom kan anbudsgivare uteslutas med hänvisning till tidigare misskötsel, till exempel grov brottslighet.

Sedan prövningen av en leverantörs lämplighet är avklarad enligt kvalifikationsfasen, och har utfallit till dennes förmån, ska den upphandlande enheten pröva anbudet enligt reglerna om anbudsutvärdering. Denna nästa fas i upphandlingsprocessen brukar även benämnas tilldelningsfasen. Förenklat kan man säga att krav som är hänförliga till kvalifikationsfasen har bäring på leverantören och dennes förmåga, medan krav hänförliga till tilldelningsfasen har bäring på själva anbudet.<sup>94</sup>

Enligt upphandlingsdirektivet finns det endast två alternativa utvärderingsgrunder som får tillämpas vid anbudsutvärderingen: antingen ska den upphandlande enheten anta det anbudet med lägst pris eller det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Det ekonomiskt mest fördelaktiga budet ska fastslås med hänsyn till de *tilldelningskriterier* som angetts i annonsen eller förfrågningsunderlaget (12 kap. 1 § LOU och artikel 53 i upphandlingsdirektivet). Ofta används även begreppet utvärderingskriterier om tilldelningskriterier.

Förfrågningsunderlaget är det dokument som en upphandlande myndighet tillhandahåller en leverantör som underlag för anbud.<sup>95</sup> Detta ska inte sammanblandas med annonsen för upphandlingen som, något tillspetsat, enbart innehåller den mest centrala informationen om upphandlingskontraktet ifråga. Ett företag som utifrån informationen i annonsen berömmer att det kan finnas ett intresse av att lägga ett bud får i s fall begära ut det fullständiga förfrågningsunderlaget.

Slutligen finns möjligheten att ställa s.k. *särskilda kontraktsvillkor*, som bland annat kan omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn (6 kap. 13 samt 15 kap. 4 § LOU och artikel 26 upphandlingsdirektivet). Det är denna senare typen av villkor som ska undersökas närmare i följande avsnitt.

---

<sup>93</sup> Jfr avsnitt 2.1.1.

<sup>94</sup> Om konsten att hålla isär dessa två faser av upphandlingen, se Pedersen, Kristian, *Upphandlingsrättslig krönika*, ERT 2001 nr 1, s. 174 f.

<sup>95</sup> Angående utformningen av förfrågningsunderlaget och vilka krav som kan ställas på tydlighet, se RÅ 2002 ref. 50.



## 4.2.2 Användandet av särskilda kontraktsvillkor

### 4.2.2.1 Rättsutvecklingen

De äldre upphandlingsdirektiven<sup>96</sup> saknade uttryckliga bestämmelser om vilka sociala krav som kunde ställas vid en offentlig upphandling. Det ledde till osäkerhet och oklarhet om vilka typer av krav som överhuvudtaget var möjliga att ställa och hur långtgående dessa krav i så fall kunde vara. Denna fråga har präglats av främst två centrala domar: *Beentjes*<sup>97</sup> och *Nord-Pas-de-Calais*<sup>98</sup>. Båda dessa domar innehåller flera viktiga ställningstaganden för hur reglerna om offentlig upphandling ska tolkas.

Även om rättsfallen utspelade sig vid tiden för de äldre upphandlingsdirektiven så är dessa till sin lydelse, såvitt nu är av intresse, i överensstämmelse med det nuvarande upphandlingsdirektivet. Således kommer i detta avsnitt enbart att hänvisas till ”direktivet”.

I *Beentjes* hade EU-domstolen, efter begäran om förhandsbesked från en Holländsk domstol, att ta ställning till om det var möjligt att utesluta en leverantör som inte uppfyllde kravet att rekrytera 70 procent av arbetsstyrkan från långtidsarbetslösa vid utförandet av ett anläggningsarbete. EU-domstolen konstaterade att kravet varken hade att göra med kvalificering av leverantörer med hänsyn till ekonomisk ställning eller teknisk kapacitet, men likväl kunde tas med i upphandlingskontraktet förutsatt av det var förenligt med gemenskapens grundläggande principer, och då i synnerhet med icke-diskrimineringsprincipen. Dessutom framhöll domstolen att direktivet inte var totalharmoniserande utan endast samordnande.

Omständigheterna i *Région Nord-Pas-de-Calais* var snarlika dem i *Beentjes*. Den upphandlande myndigheten hade infört ett villkor rörande sysselsättning, knuten till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten, i upphandlingen. Frågan i målet såvitt nu är av intresse var inte, vilket annars lätt kan antas, huruvida kriteriet var förenligt med gemenskapens grundläggande principer, och då i synnerhet med icke-diskrimineringsprincipen, utan om ett sådant kriterium kunde utgöra ett *upphandlingskriterium* (eng. award criteria).

Kommissionen medgav att villkoret i *Région Nord-Pas-de-Calais* kunde utgöra ett sådant, som den själv uttryckte saken, ”villkor för verkställande i den mening som avses *Beentjes*”<sup>99</sup>, men inte som i det tvistiga målet ett upphandlingskriterium som var avgörande för tilldelning av kontraktet.

EU-domstolen bemötte kommissionens argument med att uttala att det härvidlag räckte att konstatera, att villkoret i *Beentjes* ”hade utgjort grund för att utesluta en anbudsgivare och [att] det kunde därför *endast vara fråga om ett upphandlingskriterium*” (*mina kursiveringar*).<sup>100</sup>

Det nyss citerade uttalandet från EU-domstolen i *Région Nord-Pas-de-Calais* har haft stor betydelse för debatten om verkningarna av EU-

---

<sup>96</sup> Se avsnitt 2.1.1.

<sup>97</sup> Mål C-31/87 *Beentjes*, fotnot 44.

<sup>98</sup> Mål C-225/98 *EU-kommissionens mot Région Nord-Pas-de-Calais* (”*Région Nord-Pas-de-Calais*”) REG 2000 s. I-7445, dom den 26 september 2000.

<sup>99</sup> Mål C-225/98 *Région Nord-Pas-de-Calais*, punkt 46.

<sup>100</sup> Mål C-225/98 *Région Nord-Pas-de-Calais*, punkt 52 med hänvisning till mål C-31/87 *Beentjes*, punkt 14.

domstolens avgörande i *Beentjes*, vilket kommer att beröras mer ingående nedan. Först ska dock göras några påpekande om själva domsluten i båda de refererade målen.

Enligt min mening finns det anledning att ifrågasätta utgången i såväl *Beentjes* som *Région Nord-Pas-de-Calais*. I *Beentjes* konstaterade EU-domstolen att det omtvistade kravet, som röde krav på anställning av långtidsarbetslösa, kunde tas med i ett upphandlingskontrakt, förutsatt av det, vilket understöds, var förenligt med gemenskapens grundläggande principer och då i synnerhet med icke-diskrimineringsprincipen. Denna bedömning överlämnade man dock åt den nationella domstolen att avgöra. Dock torde krav på rekrytering av långtidsarbetslösa i praktiken missgynna utländska aktörer, eftersom dessa har mycket svårare att uppfylla ett sådant krav. Till försvar av EU-domstolens dom kan anföras att det förutsatts att de arbetslösa personerna enligt upphandlingen må vara såväl inhemska som från någon annan medlemsstat.<sup>101</sup> I *Région Nord-Pas-de-Calais* var dock villkoret rörande sysselsättning uttryckligen knuten till en lokal åtgärd för att bekämpa arbetslösheten, varför åtgärden måste anses otillåten.<sup>102</sup>

I en kommentar till *Beentjes* menade kommissionen, i linje med hur generaladvokaten tidigare argumenterat<sup>103</sup>, att domen skulle tolkas som ett generellt förbud mot uteslutning av anbudsgivare på andra grunder än de som anges i direktivet. Istället, menade kommissionen, var villkoret ifråga ett villkor som skulle behandlas *utanför* upphandlingsprocessen – det hade alltså ingen påverkan på om anbudsgivaren skulle tilldelas kontraktet eller inte.<sup>104</sup>

Hur bör då EU-domstolens avgörande i *Beentjes* tolkas? Debatten om verkningarna av domstolens rättspraxis i dessa två mål har varit minst sagt omfattande.<sup>105</sup> Nedan görs ett försök att bringa klarhet i denna stundtals

---

<sup>101</sup> Jfr Krüger, Kai, Nielsen, Ruth and Bruun, Niklas, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, DJØF Publishing, Copenhagen 1998, s. 137.

<sup>102</sup> Jfr målen C-113/89 *Rush Portuguesa v Office national d'immigration* REG I-1417, dom den 27 mars 1990 och C-243/89 *Kommissionen mot Danmark* REG 1993 s. I-3353, dom den 22 juni 1993 (domen i svensk specialutgåva, volym 14, s. I-229). Se också Arrowsmith, Sue, Kunzlik, Peter (eds.), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions* [cit. *Social and environmental policies in EC procurement law*], Cambridge University Press, Cambridge 2009, s. 163 fotnot 163.

<sup>103</sup> Generaladvokatens (M. Darmon) förslag till avgörande den 4 maj 1988, punkterna 39 och 43, i mål C-31/87 *Beentjes*.

<sup>104</sup> Commission Communication COM (89) 400 final, 24 July 1989, *Commission Public Procurement: Regional and Social Aspects*, punkt 47: "Nor did it form part of the criteria applied by the purchasing authority to decide to whom to award the contract."

<sup>105</sup> För ytterligare kommentarer se Krüger, Kai, *Non-economical "soft" and "green" considerations in public award procedures*, ERT 2002 nr 1, s. 57 ff., McCrudden, Christopher, *Social Policy Issues in Public Procurement: a Legal Overview*, i Arrowsmith, Sue, Arwel, Davies (ed.), *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer Law International, London 1998, s. 231 ff., Steinicke, Michael, Groesmeyer, Lise, *EU's udbuds-direktiver: med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundet, København 2008, s. 757 f., Bovis, Christopher, *EU public procurement law*, Edward Elgar, Cheltenham 2007, s. 274 ff., Trepte, Peter, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2. ed. Oxford University Press, Oxford 2007, s. 301 ff., Hjelmberg, Simon Evers, Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels, *EU-udbudsretten: udbudsdirektivet for offentlige myndigheder*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2005, s. 200, Nielsen, Ruth, *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomforbundet, København 2005, særskilt s. 312 ff.

förvirrande diskussion, som jag menar främst har sin grund i att begreppet ”upphandlingskriterium” har använts på ett mångtydigt sätt.

Till stöd för att den av kommissionen redovisade tolkningen är felaktig har anförts det ovan citerade uttalandet av EU-domstolen i *Région Nord-Pas-de-Calais*<sup>106</sup>, att villkoret i *Beentjes* hade utgjort grund för att utesluta en anbudsgivare och därför endast kunde utgöra ett *upphandlingskriterium*.<sup>107</sup> Villkor av det slag det var frågan om i *Beentjes*, omnämndes av domstolen själv som ett *additional specific conditions*.<sup>108</sup> En fråga som ställts är om detta är en förpliktelse som den som tilldelas kontraktet måste acceptera, och i så fall vad som händer om en anbudsgivare inte accepterar ett sådant villkor: får anbudsgivaren då uteslutas från upphandlingen, eller är den upphandlande myndigheten, om budgivare ifråga sedermera vinner upphandlingen, hänvisad till att försöka häva kontraktet på kontraktuell grund? Det senare skulle bli resultatet utifrån kommissionens tolkning av rättsfallet, som ju menade att villkoret ifråga skulle behandlas *utanför* själva upphandlingsprocessen.

Av EU-domstolens domskäl i *Beentjes* framgår uttryckligen att kravet ifråga varken hade att göra med kvalificering av leverantörer med hänsyn till ekonomisk ställning eller teknisk kapacitet, det vill säga kravet tillhörde inte kvalificeringsfasen. Vidare var den utvärderingsgrund som användes av den upphandlande myndigheten var “the most acceptable tender”, vilket av EU-domstolen ansågs tillåtet enbart om detta *motsvarade* vad direktivet benämnde som utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga budet.<sup>109</sup>

I den svenska juridiska litteraturen har Jan-Erik Falk påpekat, att eftersom det i *Beentjes* omtvistade kravet på rekrytering av långtidsarbetslösa var formulerade i absoluta termer – vilket också är min uppfattning –, och den upphandlande myndigheten använde sig av utvärderingsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet följer att kravet *inte* konstituerade ett tilldelningskriterium för att utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.<sup>110</sup> Eftersom det likväl lagts till grund för uteslutning av en anbudsgivare måste det varit fråga om ett upphandlingskriterium. Märk väl att begreppet *upphandlingskriterium* i detta avseende inte är begränsat till att enbart innefatta sådana tilldelningskriterier som ska tillämpas vid anbudsutvärderingen, utan omfattar även andra kriterier som kan påverka valet av leverantör. Då EU-domstolen samtidigt uttryckte att direktivet inte var totalharmoniserande, utan enbart samordnande, ska villkoret av *Beentjes*-karaktär betraktas som ett extra tillkommande kriterium som inte listas i direktivet, ett villkor *sine qua non*.<sup>111</sup> Denna

---

<sup>106</sup> Se till exempel Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 232.

<sup>107</sup> Mål C-225/98 *Région Nord-Pas-de-Calais*, punkt 52 med hänvisning till mål C-31/87 *Beentjes*, punkt 14.

<sup>108</sup> Mål C-31/87 *Beentjes*, punkt 20

<sup>109</sup> Mål C-31/87 *Beentjes*, punkt 27.

<sup>110</sup> Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 232.

<sup>111</sup> Jfr Trepte, Peter, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide* [cit. *Public Procurement in the EU*], 2. ed., Oxford University Press, Oxford 2007, s. 305.

uppfattning har sedermera accepterats även av kommissionen.<sup>112</sup> Det finns dock de som alltjämt tycks mena att kommissionens tolkning är den riktiga.<sup>113</sup>

Att olika medlemsstater använder olika språk ställer ofta till problem när EU-domstolens avgörande i upphandlingsrättsliga mål ska tolkas, inte i minst nationell kontext. EU-domstolen har i sin praxis på upphandlingsområdet tillämpat samma begrepp för olika saker. I den svenska doktrinen ses ofta uttryck med innebörden att samma terminologi används som används av "fackfolk"<sup>114</sup>, vad detta nu innebär. Detta problem är inte begränsat till upphandlingsrätten, utan gäller även för arbetsrätten.<sup>115</sup>

Vid en hårdhänt juridiskspråklig granskning kan givetvis även anmärkas att domstolens formulering i *Région Nord-Pas-de-Calais* var något olyckligt, det vill säga att det i *Beentjes* "endast [kunde] vara fråga om ett upphandlingskriterium". Förutom att begreppet upphandlingskriterium (eng. award criteria) är mångtydigt förhåller det ju sig onekligen så att en anbudsgivare kan uteslutas även på andra grunder än misslyckande att uppfylla tilldelningskriterierna.<sup>116</sup> Tänkbart är ju att anbudsgivare uteslutits för att denna ansetts brista i sin uppfyllelse av andra slags villkor – även om direktivets bestämmelser om tidsgränser inte stadgar detta uttryckligt, är det logiskt att ett anbud som inkommit efter tidsgränserna ska uteslutas. Att det inte är någon av dessa uteslutningsgrunder som avses är väl dock i det närmaste självklart.

#### **4.2.2.2 Upphandlingsdirektivet och svenska lagkrav**

För svenskt vidkommande infördes redan före antagandet av det nya upphandlingsdirektivet möjligheten att ställa s.k. *särskilda villkor* i 1 kap. 18 b § ÄLOU, vilket ansågs motsvara den typ av villkor, additional specific conditions, som det var fråga om i *Beentjes*. Dock fick enligt lagtexten en upphandlande enhet enbart "ställa särskilda villkor för hur uppdraget skall genomföras", vilket precis som nu gällande 6 kap. 13 § LOU samt artikel 26 i upphandlingsdirektivet möjligen begränsar regelns tillämpningsområde.

Den svenska lagstiftaren sade sig vid instiftandet av 18 b § ÄLOU uttryckligen ha inspirerats av kommissionens första förslag<sup>117</sup> till ett nytt upphandlingsdirektiv.<sup>118</sup> Klart är dock att kommissionen vid utformandet av sitt förslag inte tagit intryck av EU-domstolens rättspraxis i *Beentjes* som redogjorts för ovan, eller i vart fall inte lagt den till grund för sitt förslag till

---

<sup>112</sup> Kommissionens meddelande KOM (2001) 566 slutlig, 28 november 2001, *Tolkningsmeddelade från kommissionen om gemenskapslagstiftningen med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta social hänsyn vid offentlig upphandling*, s. 17.

<sup>113</sup> Se till exempel Miljöstyrningsrådets PM 2009-01-30, *Juridiska förutsättningar för sociala och etiska krav i offentlig upphandling*, s. 7, som dock tycks stödja sig på föråldrad doktrin.

<sup>114</sup> Se till exempel Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 348.

<sup>115</sup> Se till exempel Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 99 f.

<sup>116</sup> Jfr Trepte, *Public Procurement in the EU*, s. 303 f.

<sup>117</sup> Se Kommissionens förslag KOM (2000) 275 slutlig, 30 augusti 2000, *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader*, beaktandesats 22.

<sup>118</sup> Prop. 2001/02:142, s. 44.

ändring i upphandlingsreglerna i denna del.<sup>119</sup> Ändå framgår klart av författningskommentaren till den svenska regeln att den svenska lagstiftaren inte avsåg en förändring av rättsläget.<sup>120</sup> Följaktligen måste den svenska lagstiftarens avsikt<sup>121</sup> ha varit att tillåta sådana villkor som det var frågan om i *Beentjes*, trots att formuleringen begränsade möjligheten att ställa särskilda villkor. Paragrafen kan alltså sägas ha varit en produkt av kommissionens uppfattning om hur detta villkor skulle tolkas, eller möjligen deras uppfattning om hur ett sådant villkor borde utformas i lagstiftningen.<sup>122</sup> Inför införandet av 1 kap. 18 b § ÄLOU riktades också kritik från Lagrådet, dels mot att införa ny lagreglering utan att man därmed åsyftade att förändra rådande rättsläge, dels mot att regleringen var mycket allmänt hållen.<sup>123</sup>

Sedermera infördes en bestämmelse med i princip motsvarande lydelse som 1 kap. 18 b § ÄLOU i det nuvarande upphandlingsdirektivets artikel 26, under rubriken ”Villkor för fullgörande av kontraktet.” Artikeln lyder:

”En upphandlande myndighet får ställa särskilda sociala, miljömässiga och andra villkor för hur ett kontrakt skall fullgöras. Dessa villkor skall anges i annonsen om upphandling eller i förfrågningsunderlaget.”

Artikel 26 i upphandlingsdirektivet har implementerats i svensk rätt genom införandet av 6 kap. 13 § LOU för upphandlingar som omfattas av direktivet, samt i 15 kap. 14 § LOU vid upphandlingar som faller utanför det direktivstyrda området.<sup>124</sup> Dessa villkor utgör en förpliktelse som den som ska tilldelas kontraktet måste acceptera. I praktiken sker detta ofta genom att anbudsgivarna, när de lämnar sitt anbud, åtar sig att uppfylla kravet i den händelse de tilldelas kontraktet. Ofta innehåller förfrågningsunderlaget förtryckta kolumner där anbudsgivaren enkelt kan markera att denna förbinder sig att följa villkoret ifråga. Om en anbudsgivare *inte* förbinder att följa de uppställda villkoren är den upphandlande myndigheten skyldig att utesluta leverantören från upphandlingen ifråga. Detta följer enligt EU-domstolens praxis av likabehandlingsprincipen.<sup>125</sup> Denna typ av villkor kommer fortsättningsvis att benämnas *särskilda kontraktsvillkor*.

Frågan har ställts om dessa villkor motsvarar vad som EU-domstolen karakteriserade som ett additional specific condition i *Beentjes*. I den svenska doktrinen har Falk uttalat att det *förmodligen* är möjligt enligt 6 kap. 13 § LOU att ställa krav med samma innebörd som EU-domstolen

---

<sup>119</sup> Detta framgår av Kommissionens handbok SEC (2004) 1050, 18 augusti 2004, *A handbook on environmental public procurement*, särskilt s. 36.

<sup>120</sup> Prop. 2001/02:142, s. 44.

<sup>121</sup> Jfr dock fotnot 30.

<sup>122</sup> Jfr Falk, Jan-Erik, *Förändringar i upphandlingslagstiftningen*, ERT nr 1 2005, s. 105 f.

<sup>123</sup> Prop. 2001/02:142, s. 45.

<sup>124</sup> SOU 2005:22 *Nya upphandlingsregler*, s. 299, samt prop. 2006/07:128, s. 194 f.

<sup>125</sup> Mål C-243/89 *Kommissionen mot Danmark* REG 1993 s. I-3353, dom den 22 juni 1993 (domen i svensk specialutgåva, volym 14, s. I-229), punkt 23. Se även Kommissionens meddelande KOM (2001) 566 slutlig, 28 november 2001, *Tolkningsmeddelade från kommissionen om gemenskapslagstiftningen med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta social hänsyn vid offentlig upphandling*, s. 17 f. som hänvisar till samma dom.

avsåg med begreppet *additional specific condition*.<sup>126</sup> Som skäl härför anger Falk att samma förhållande råder nu, som när EU-domstolen i *Beentjes*-målet påpekade att det dåvarande upphandlingsdirektivet inte innehöll en komplett uppsättning regler, och att det därför fanns utrymme för medlemsstaterna att tillämpa egna materiella rättsregler eller procedurregler, förutsatt att dessa inte kommer i konflikt med gemenskapsrätten.<sup>127</sup>

Vad gäller upphandlingsdirektivet anges redan i den andra beaktandesatsen att EU-domstolens praxis ligger till grund för direktivtexten, särskilt vad gäller tilldelning av kontrakt. Även beaktandesatsen 33 ger stöd för att EU-domstolens praxis blivit bekräftad genom det nya direktivet.<sup>128</sup> Problemet är bara hur denna praxis ska tolkas (och vilken praxis som avses), vilket var en av de stora stötestenarna vid diskussionerna som föregick det slutliga förslaget till direktivtexten.

Jörgen Hettne har diskuterat kodifiering som fenomen och den problematik som uppstår i samband med kodifiering med utgångspunkt i främst direktiv 2006/123/EG, det s.k. tjänstedirektivet, och har utifrån denna analys formulerat en rad såväl frågeställningar som generella slutsatser, vilka i allra högsta grad är relevanta även för frågan om hur upphandlingsdirektivet och LOU ska tolkas.<sup>129</sup>

Att kodifiering är problematiskt som fenomen kan förefalla märkligt ur juridisk synvinkel – att rätten kodifieras innebär ju att gällande rätt bekräftas. Rent juridiskt är det dock svårt att fånga allt vad som framgår av rättspraxis i en kortfattad text. Vidare kan man inte bortse från den politiska dimensionen av kodifieringsproblematiken. Det är vanligt att en kodifiering i själva verket innefattar många och långa diskussioner om hur rättspraxis faktiskt ska tolkas, vilket onekligen var fallet ifråga om upphandlingsdirektivet.<sup>130</sup> Detta innebär att kodifieringar många gånger uppvisar stora likheter med en ”vanlig” lagstiftning. Hettne uttrycker saken som så, att det som i ett juridiskt perspektiv kan förefalla gammalt och etablerat, i den politiska processen kan bli nytt och kontroversiellt.<sup>131</sup> Detta kan förvisso vara att föredra ur ett demokratiskt perspektiv, eftersom synpunkter kan inhämtas från samhällets olika politiska och civila intressegrupper, men likväl ställer detta ofta till problem för rättstillämparen när denna ska tolka den nya lagstiftningen. Frågan blir om lagstiftningen ”tagit över” eller om den ska förstås mot bakgrund av tidigare rättspraxis. Hettne menar att utgångspunkten måste vara att den nya lagtexten tar över.<sup>132</sup> Detta stämmer även överens med principen om lagstiftningens överhöghet.<sup>133</sup>

<sup>126</sup> Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 238.

<sup>127</sup> Jfr mål C-31/87 *Beentjes*, punkt 20.

<sup>128</sup> Jfr Bercusson, Brian & Bruun, Niklas, *Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU* i Nielsen, Ruth, Treumer, Steen (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2005, s. 111. Jag har svårt att tolka om författarna härmed intar samma ställning som Falk, eller om uttalandet är mer generellt.

<sup>129</sup> Se Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol* [cit. *Rättsprinciper som styrmedel*], Norstedts Juridik, Stockholm 2008, s. 305 f.

<sup>130</sup> För en utförlig redogörelse för lagstiftningsarbetet som föregick upphandlingsdirektivet, se Hebly, M. Jan (ed.), *European Public Procurement: History of the "Classic" Directive 2004/18/EC*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007, s. 711–726.

<sup>131</sup> Hettne, *Rättsprinciper som styrmedel*, s. 308.

<sup>132</sup> Hettne, *Rättsprinciper som styrmedel*, s. 228.

<sup>133</sup> Jfr Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 24.

Sue Arrowsmith har tagit fasta på detta, och menar att om villkor som inte hade med fullgörandet av kontraktet att göra var tillåtna, så skulle artikel 26 inte heller nämna något om fullgörande.<sup>134</sup> Arrowsmith lyfter i sin analys även fram historien bakom upphandlingsdirektivet, och konstaterar härvidlag att det uttryckligen varit kommissionens målsättning att begränsa möjligheten att ställa denna typ av krav.<sup>135</sup>

En motsatt tolkning skulle kunna gå ut på att eftersom tidigare rättspraxis, det vill säga *Beentjes*, enbart berört sådana villkor som har med fullgörandet att göra, så har man kommit att använda sig av detta uttryck, utan att för den sakens skull utesluta tillämpningen av andra slags villkor.<sup>136</sup>

Den svenska lagstiftaren ger delvis motstridiga besked i denna fråga. Å ena sidan uttrycker man att bestämmelsen i upphandlingsdirektivets artikel 26 är ny, å andra sidan att den motsvarar 1 kap. 18 b § LOU.<sup>137</sup> Detta uttalande får ses mot bakgrund av att man vid instiftandet av 18 b § ÅLOU inte avsåg en förändring av gällande rätt, men vad som utgjorde gällande rätt vid denna tidpunkt beror ytterst på hur man tolkar *Beentjes*. Det är möjligt att uppfatta avgörandet som begränsat till den typen av villkor som det var fråga om i den aktuella tvisten, vilket hade koppling till fullgörandet av kontraktet, men också som ett generellt uttalande om att sociala villkor är tillåtet.

Det finns dock uttalanden som antyder att den svenska lagstiftaren nu avsett att inskränka tillämpningsområdet för dessa villkor. I skälen för regeringens förslag uttalas bland annat att "[T]illämpningsområdet för särskilda kontraktsvillkor inom det sociala området är naturligen begränsat till köp av tjänster [...] med hänsyn till att det är fråga om *villkor för uppdragets utförande*" (*mina kursiveringar*),<sup>138</sup> vilket tyder på att det måste finnas en koppling till upphandlingsföremålet.

Jag menar att starka skäl talar för att direktivtexten begränsar vilka slags villkor som får ställas till sådana villkor som har med fullgörandet av kontraktet att göra. Vad angår EU-domstolens uttalande i *Beentjes* om att direktivet inte innehöll en komplett uppsättning regler utan enbart var samordnande, vilket kanske är det tyngsta argumentet för den av Falk förordade

---

<sup>134</sup> Arrowsmith m.fl., *Social and environmental policies in EC procurement law*, s 212 f. Se även Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2. ed., Sweet & Maxwell, London 2005, s. 1280.

<sup>135</sup> Se till exempel Kommissionens tolkningsmeddelande KOM (2001) 274 slutlig, 4 juli 2001, *Tolkningsmeddelande från om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling*, s. 22, där kommissionen uttalar att "ett sådant krav skall anges på ett sådant sätt att det har bäring på prestanda eller utförandet av kontraktet". Se även Kommissionens förslag KOM (2000) 275 slutlig, 30 augusti 2000, *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader*, s. 17.

<sup>136</sup> Jfr beaktandesats 5 som säger att "I detta direktiv *klargörs* det därför hur de upphandlande myndigheterna kan bidra till att skydda miljön och främja en hållbar utveckling" (*min kursivering*). Att denna beaktandesats enbart berör miljövillkor torde dock inte spela någon roll, eftersom ingenting tyder på att dessa ska behandlas annorlunda än sociala villkor, jfr nedan avsnitt 4.2.3.

<sup>137</sup> Prop. 2006/07:128, s. 196.

<sup>138</sup> Prop. 2006/07:128, s. 200.

tolkningen, måste detta uttalande ses i ljuset av senare praxis<sup>139</sup>, som tvärtom tydligt anger att direktivet sätter gränsen för vilka krav som får ställas på anbudsgivare.<sup>140</sup> EU-domstolens uttalande i *Beentjes* ska alltså ses mot bakgrund av det förhållande att det dåvarande direktivet saknade reglering för denna typ av villkor. Detta hävdar jag även följer av EU-domstolens uttalande i *Beentjes*.<sup>141</sup> Genom att införa en uttrycklig bestämmelse härom, begränsad till villkor som har med kontraktets fullgörande att göra, menar jag således att luckan för vad EU-domstolen *bör* kunna åstadkomma inom ramen för sin juridiska verksamhet har täppts till.<sup>142</sup>

Att denna slutsats kan falla på skam bör dock aldrig uteslutas. Det finns, som redogjorts för i det föregående, skäl som talar i båda riktningar. EU-domstolen är vidare känd för att kunna gå långt i sina tolkningsoperationer.<sup>143</sup> Brian Bercusson och Niklas Bruun påpekar härvidlag att kommissionen tidigare tydligt har tagit ställning emot möjligheten för upphandlande enheter att anta policys om social hänsyn och arbetsvillkor, men att EU-domstolen tenderar att blockera sådana försök från kommissionens sida.<sup>144</sup> Detta såg vi exempel på i *Région Nord-Pas-de-Calais*, där domstolen alltså uttryckligen avfärdade kommissionens tidigare tolkning av *Beentjes*.<sup>145</sup>

---

<sup>139</sup> Se målen C-360/89 *Kommissionen mot Italien* REG I-3401, dom den 3 juni 1992, särskilt punkt 20, C-94/99 *ARGE Gewässerschutz v. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft* REG I-11037, dom den 7 december 2000, punkt 27, samt förenade målen C 226/04 och C-228/04 *La Cascina Soc. Coop. Arl, Zilch Srl mot Ministero della Difesa och Ministero dell'Economia e delle Finanze, Pedus Service, Cooperativa Italiana di Ristorazione Soc. Coop. Arl (CIR), Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infurtuni sul lavoro (INAIL) och Consorzio G.F.M. mot Ministero della Difesa, La Cascina Soc. Coop. arl* REG 2006 I-7, dom den 9 februari 2006, punkterna 22–23.

<sup>140</sup> Se även SOU 1999:149, s. 172, där man med anledning av kommissionens förslag till upphandlingsdirektiv uttalar att "[E]tt sådant villkor är tillåtet så länge det endast är fråga om ett villkor avseende *själva utförandet av uppdraget*" (*mina kursiveringar*).

<sup>141</sup> Se mål C-31/87 *Beentjes*, punkt 20: "*within the framework of the common rules which it (upphandlingsdirektivet, förf.anm.) contains, the Member States remain free to maintain or adopt substantive and procedural rules in regard to public works contracts on condition that they comply with all the relevant provisions of Community law*" (*mina kursiveringar*).

<sup>142</sup> Se dock Arrowsmith m.fl., *Social and environmental policies in EC procurement law*, s. 214.

<sup>143</sup> Jfr Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 344.

<sup>144</sup> Bercusson, Brian & Bruun, Niklas, *Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU* i Nielsen, Ruth, Treumer, Steen (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København, s. 116.

<sup>145</sup> Mål C-225/98 *Région Nord-Pas-de-Calais*, punkt 52 med hänvisning till mål C-31/87 *Beentjes*, punkt 14.



### 4.2.3 Användandet av tilldelningskriterium – särskilt om s.k. skallkrav

Ett tilldelningskriterium är ett kriterium som används för att fastställa det *ekonomiskt mest fördelaktiga budet*, som tillsammans med det *lägsta priset* utgör de utvärderingsgrunder som är tillåtna enligt upphandlingsdirektivet och LOU. Utvärderingsgrunden lägsta pris innebär att den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som har lägst pris och motsvarar kraven för upphandlingen, såsom dessa framgår av annonsen om upphandlingen eller förfrågningsunderlaget. Antingen uppfyller anbudsgivaren kravet, eller så ska budet förkastas. I Sverige brukar sådana villkor benämnas *skallkrav*. Det går utmärkt att tillämpa skallkrav tillsammans med andra tilldelningskriterier inom ramen för prövningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga budet.<sup>146</sup>

Som vi sett i föregående avsnitt finns en möjlighet att ställa särskilda kontraktsvillkor enligt 6 kap. 13 § LOU, givet att dessa villkor är förenliga med gemenskapsrätten i övrigt. Jag har argumenterat för att sådana villkor troligtvis måste vara knutna till kontraktets fullgörande. Låt säga att ett krav av denna anledning *inte* kan ställas som särskilt kontraktsvillkor – kan ett sådant krav istället ställas som ett skallkrav för tilldelandet av kontraktet? Svaret torde bli nekande.

Alla tilldelningskriterier måste vara ”kopplade till föremålet för kontraktet”. Att detta gällde vid tillämpningen av de äldre upphandlingsdirektiven fastslogs av EU-domstolen i *Concordia*<sup>147</sup> och framgår numera uttryckligen av artikel 53 (1) (a) respektive 12 kap. 1 § LOU. Arrowsmith argumenterar för att konceptet ”kopplade till föremålet” måste anses korrespondera med begreppet ”fullgörande av kontrakt”.<sup>148</sup> Det skulle stå i strid med upphandlingsdirektivets inre systematik att tillåta tilldelningskriterium som inte var knutna till fullgörandet, men att inte tillåta sådana villkor som särskilda kontraktsvillkor och vice versa.

Skillnaden i terminologi, menar Arrowsmith, förklaras av den rättspraxis som föregick artikel 53 (*Concordia*) gällde ett leveransavtal, för vilket uttrycket ”kopplade till föremålet”<sup>149</sup> föll sig mer naturligt, medan rättsfallet som lett till artikel 26 (*Beentjes*) rörde uppförandet av en byggtreprenad, för vilket ”fullgörande”<sup>150</sup> ansågs mer lämpligt.<sup>151</sup>

<sup>146</sup> Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 353. Se även Pedersen, *Upphandlingens grunder*, s. 87.

<sup>147</sup> Mål C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne* (cit. ”*Concordia Bus*”) REG I-7213, dom den 17 september 2002, punkt 59. Frågan i målet gällde om en upphandlande myndighet vid upphandling av lokala busstransporttjänster kunde använda sig av bussarnas kväveoxidutsläpp och bullernivå vid utvärdering av anbuderna.

<sup>148</sup> Arrowsmith m.fl., *Social and environmental policies in EC procurement law*, s. 241.

<sup>149</sup> Eng. ”subject matter”.

<sup>150</sup> Eng. ”performance”.

<sup>151</sup> Arrowsmith m.fl., *Social and environmental policies in EC procurement law*, s. 242.

## 4.3 Upphandling och den fria rörligheten

### 4.3.1 Inledning

De grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna står främst att finna i EUF-fördraget. Till de grundläggande gemenskapsrättsliga reglerna räknas även de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. De grundläggande gemenskapsrättsliga principerna utgör en egen rättskälla inom EU-rätten, och supplerar i hög grad den skrivna EU-rätten. Vid kollision mellan skriven och oskriven rätt kan grundläggande rättsprinciper utgöra en grund till ogiltigförklaring<sup>152</sup>, men vid konflikt med primärrätt har den senare företräde. Detta får inte förväxlas med det faktum att rättsprinciper många gånger kan tjäna som stöd vid tolkning av primärrättsliga regler.<sup>153</sup> De gemenskapsrättsliga principerna måste alltså, tillsammans med EUF-fördraget, alltid hållas i minnet och har sagts utgöra EU-juristens intellektuella verktyg.<sup>154</sup>

Gemenskapsrätten, inklusive de allmänna rättsprinciperna, måste respekteras vid *all* offentlig upphandling, såvida det inte föreligger ett särskilt undantag vilket är fallet med till exempel upphandling inom försvarsområdet.<sup>155</sup> Det råder heller inget tvivel om att upphandlande myndigheter är förpliktigade subjekt, och därmed jämställs med staten i dessa sammanhang.<sup>156</sup>

Detta betyder att gemenskapsrätten är fullt ut tillämplig även vid upphandlingar *utanför* upphandlingsdirektivets tillämpningsområde, till exempel vid upphandlingar under tröskelvärdena eller vid upphandling av s.k. B-tjänster, vilket framgår klart av EU-domstolens praxis.<sup>157</sup> Detta har även bekräftats av HD.<sup>158</sup> Vad som sägs i detta avsnitt äger således lika stor tillämpning inom respektive utanför det direktivstyrda området.

### 4.3.2 Tillämpning av gemenskapsrätten i en upphandlingsrättslig kontext

#### 4.3.2.1 Reglerna om fri rörlighet

EUF-fördraget saknar uttryckliga regler om offentlig upphandling, vilket kan förefalla märkligt med hänsyn till upphandlingens stora ekonomiska betydelse. De grundläggande reglerna i EUF-fördraget med bäring på

<sup>152</sup> Artikel 263 EUF (artikel 230 EG).

<sup>153</sup> Jfr Strömholm, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, s. 324.

<sup>154</sup> Se Norberg, Sven, *EU-medlemskapet och de svenska domstolarna*, SvJT 1995 s. 401–424, s. 406.

<sup>155</sup> Arrowsmith m.fl., *Social and environmental policies in EC procurement law*, s. 56. Se även Arrowsmith, *The law of public and utilities procurement*, kapitel 19.

<sup>156</sup> Jfr även Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 37 och 39.

<sup>157</sup> Mål C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG* REG 2000 s. I-10745, dom den 7 december 2000, punkterna 60–63.

<sup>158</sup> NJA 1998 s. 873. För vidare kommentarer till innehållet i rättsfallet, se Falk, *Lag om offentligt upphandling*, s. 477 ff.

offentlig upphandling står istället att finna främst i de allmänna bestämmelserna som tillförsäkrar fri rörlighet av varor<sup>159</sup>, rätten att tillhandahålla tjänster<sup>160</sup> och den fria etableringsrätten<sup>161</sup>.

De bestämmelser i EUF-fördraget som främst kan bli aktuella att tillämpa vid en verksamhetsöverlåtelse inom ramen för LOU är rätten att tillhandahålla tjänster och den fria etableringsrätten, eftersom det som upphandlas som regel är den efterföljande införskaffningen av tjänster. Själva överlåtelsen av verksamhetens materiella tillgångar kopplas som regel till en option i tjänstekontraktet (jfr ovan avsnitt 2.3.3).<sup>162</sup> I princip finns det dock inget som hindrar att reglerna om fri rörlighet för varor kan bli aktuella även vid tjänsteupphandlingar som innehåller varor.<sup>163</sup> Notera dock att om så är fallet ska dessa regler tillämpas före reglerna om rätten att tillhandahålla tjänster.<sup>164</sup>

Av EUF-fördraget tycks följa att det är tillräckligt att staten i formell mening erbjuder näringsidkare från andra länder samma villkor som ges värdlandets egna verksamhetsutövare. EU-domstolen har dock utvidgat sin rättspraxis till att även innefatta regler som ur ett generellt perspektiv avser tillträde till den aktuella näringen som sådan och som inte särbehandlar utländska näringsidkare från inhemska sådana (eng. market access).<sup>165</sup>

I *Gebhard*<sup>166</sup>, som gällde friheten att tillhandahålla tjänster, slog EU-domstolen fast att ”nationella åtgärder som kan hindra eller göra det mindre attraktivt att utöva *de grundläggande friheter som garanteras fördraget*” (*mina kursiveringar*) ska uppfylla följande fyra förutsättningar:

- vara tillämpliga på ett icke diskriminerade sätt,
- framstå som motiverade med hänsyn till ett trängande allmänintresse,
- vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas genom dem, samt
- inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning.

Avgörandet i *Gebhard* är viktigt, dels då det fastslår att även icke-diskriminerande åtgärder omfattas av friheten att tillhandahålla tjänster, dels då det visar att detta även gäller för övriga friheter enligt EUF-fördraget, vilket gör att denna klassificering inte är avgörande för om en åtgärd är tillåten eller inte.<sup>167</sup>

Ett krav på övertagande av personal träffar utländska och nationella leverantörer lika. Frågan är därför om ett krav på övertagande av personal i

---

<sup>159</sup> Artikel 34 EUF (artikel 28 EG).

<sup>160</sup> Artikel 56 EUF (artikel 49 EG).

<sup>161</sup> Artikel 49 EUF (artikel 43 EG).

<sup>162</sup> Jfr även prop. 2006/07:128, s. 200.

<sup>163</sup> Jfr Falk, *Lag om offentlig upphandling*, s. 37.

<sup>164</sup> Artikel 57 EUF (artikel 50 EG).

<sup>165</sup> Jfr Barnard, Catherine, *The substantive Law of the EU: The Four Freedoms* [cit. *The Substantive Law of the EU*], Oxford University Press, Oxford 2007, s. 256 f.

<sup>166</sup> Mål C-55/94 *Gebhard* REG 1995 s. I-4165, dom den 30 november 1995, punkt 37.

<sup>167</sup> Detta har fastslagits även i senare praxis, se mål C-165/98 *Mazzoleni och ISA* REG 2001 s. I-2189, den 15 mars 2001, punkt 22.

praktiken gör det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras i EUF-fördraget, och därmed fångas av någon av dessa bestämmelser enligt hur EU-domstolen resonerade i *Gebhard*?<sup>168</sup> Jag menar att detta måste vara utgångspunkten, eftersom det onekligen måste anses mindre attraktivt för en utländsk entreprenör att utföra ett kontrakt, om denna samtidigt måste överta ansvaret för (den svenska) personalen.

Som framkommit följer vid en övergång av verksamhet enligt 6 b § LAS att förvärvaren är skyldig att tillämpa villkoren i det kollektivavtal som arbetstagaren är bundna av (jfr ovan avsnitt 3.3.3). I detta avseende ser jag paralleller till den argumentation som lagts fram av Reinhold Fahlbeck i sitt remissyttrande<sup>169</sup> Laval-utredningens förslag<sup>170</sup> till åtgärder med anledning av *Laval*.<sup>171</sup> Kärnan i Fahlbecks argumentation kan sägas gå ut på att det inte är möjligt att avgränsa kollektivavtalets rättsliga verkningar så att det enbart och uteslutande avser arbets- och anställningsvillkor, utan att hela den kollektiva arbetsrätten kopplas på. Ett sådant krav är därför handelshindrande och tillika oförenligt med EUF-fördragets krav på proportionalitet. Det kan således finnas anledning att skilja på krav som kräver ett övertagande av personal ”enligt 6 b § LAS”, vilket skulle medföra att eventuell bundenhet till kollektivavtal uppstår, respektive sådana krav som enbart stadgar att personalen ska tas över.

#### **4.3.2.2 Undantag från reglerna om fri rörlighet**

Jag menar att det är troligt att ett krav på övertagande av personal behöver rättfärdigas under EUF-fördraget enligt *Gebhard*, såsom en åtgärd som gör det mindre attraktivt att utöva de grundläggande friheter som garanteras i fördraget. För att rättfärdiga en sådan åtgärd, eller snarare villkor, är det första steget att identifiera ett trängande allmänintresse. Vidare måste åtgärder som vidtas i syfte att säkerställa ett trängande allmänintresse överensstämma med proportionalitetsprincipen.<sup>172</sup>

Som vi sett ovan i avsnitt 4.1 är det troligt att en upphandlande myndighet har rent ekonomiska bevekelsegrunder för sitt krav på att förvärvaren ska överta personalen. Att sådan ekonomisk hänsyn inte utgör ett trängande allmänintresse står dock helt klart av EU-domstolens praxis.<sup>173</sup> Andra trängande allmänintressen som hittills godkänts av EU-domstolen – och som kan tänkas rättfärdiga ett krav på övertagande av personal – kan

---

<sup>168</sup> Att åtgärder som får som praktisk konsekvens att utländska aktörer missgynnas kan vara förbjudna, även om de rent formellt inte är diskriminerande, har bekräftats av EU-domstolen i ett flertal rättsfall, se mål C-31/87 *Beentjes*, punkt 30. Se även målen C-225/98 *Région Nord-Pas-de-Calais*, punkt 53, samt mål C-243/89 *Kommissionen mot Danmark*. Se dock mål C-513/99 *Concordia Bus*. Se även Arrowsmith m.fl., *Social and environmental policies in EC procurement law*, s. 78 fotnot 71.

<sup>169</sup> Juridiska fakulteten, Lunds universitet, Fakultetsstyrelsen [Reinhold Fahlbeck], ”Remiss: SOU 2008:123 Förslag till åtgärder med anledning av Laval-dom”, Dnr J 2009/2, 09-03-05, s. 181.

<sup>170</sup> SOU 2008:123 *Förslag till åtgärder med anledning av Laval-domen*.

<sup>171</sup> Mål C-341/05 *Laval un Partneri* REG 2007 s. I-11767, dom den 18 december 2007.

<sup>172</sup> Jfr mål C-55/94 *Gebhard*, punkt 37.

<sup>173</sup> Jfr de Búrca, Gráinee and Craig, Paul, *EU Law: Text, Cases, and Material* [cit. *EU Law*], 4<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, New York 2008, s. 827. Se även Barnard, *The substantive Law of the EU*, s. 495 f. och där gjorde rättsfallshänvisningar.

vara till exempel motverkande av social dumpning<sup>174</sup>, otillbörlig konkurrens<sup>175</sup> och motverkande av störningar på arbetsmarknaden<sup>176</sup>. Även det sociala skyddet för arbetstagare – i mer allmän bemärkelse – har erkänts utgöra ett trängande allmänintresse av EU-domstolen.<sup>177</sup> Jag menar därför att det är högst troligt att ett krav på övertagande av personal skulle kunna motiveras av social skyddshänsyn för arbetstagarna. En intressant fråga är dock hur fri en nationell domstol skulle känna sig inför uppgiften att identifiera ett trängande allmänintresse i en situation som inte uttryckligen prövats av EU-domstolen, det vill säga om domstolen själv skulle ta ställning i frågan eller först konsultera EU-domstolen.<sup>178</sup>

Vad gäller prövningen enligt proportionalitetsprincipen kan konstateras att EU-domstolens praxis är föränderlig och mångfacetterad. Dessutom är frågan om avsteg från friheten att tillhandahålla tjänster en av de mest prövade frågorna i EU-domstolen.<sup>179</sup> En prövning av kravet på övertagande av personal enligt EUF-fördraget och proportionalitetsprincipen låter sig därför inte lätt fångas i konceptuella termer. Nedan görs ett försök att beskriva de viktigaste frågorna att ta hänsyn till vid en sådan prövning. Jag kommer också att visa att upphandlingsdirektivets utformning kan vara av direkt betydelse i detta avseende, ett förhållande som mig veterligen inte uppmärksammats tidigare inom doktrinen.

Själva proportionalitetstestet har formulerats på olika sätt i praxis. Det råder därför tvivel om vilka moment som egentligen ingår i testet.<sup>180</sup> Jörgen Hettne ifrågasätter härvidlag om varje moment överhuvudtaget har ett självständigt innehåll, och konstaterar att oavsett vilket test<sup>181</sup> man väljer att tillämpa, så blir den i praktiken avgörande frågan nästan alltid huruvida den nationella åtgärden går längre än vad som är *nödvändigt* för att uppnå sitt syfte.<sup>182</sup>

I beaktandesats 34 till upphandlingsdirektivet stadgas att gällande lagar, förordningar och kollektivavtal rörande anställningsvillkor och arbetarskydd, på såväl nationell nivå som gemenskapsnivå, är tillämpliga vid fullgörandet av ett offentligt kontrakt om dessa bestämmelser och tillämpningen av dem överensstämmer med gemenskapsrätten. Vidare stadgas att för gränsöverskridande verksamhet fastställs de minimivillkor som måste uppfyllas i direktiv 96/71/EG, det s.k. utstationeringsdirektivet. Vidare framgår

---

<sup>174</sup> Mål C-244/04 *Kommissionen mot Tyskland* REG 2006 s. I-885, dom den 19 januari 2006, punkt 61.

<sup>175</sup> Mål C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix* REG 2004 s. I-9553, dom den 12 oktober 2004, punkt 41.

<sup>176</sup> Mål C-445/03 *Kommissionen mot Luxemburg* REG 2004 s. I-10191, dom den 21 oktober 2004, punkt 38.

<sup>177</sup> Mål C-490/04 *Kommissionen mot Tyskland* REG 2007 s. I-6095, dom den 18 juli 2007, punkterna 68–77, särskilt punkten 80.

<sup>178</sup> Jfr Barnard, *The substantive Law of the EU*, s. 497. Angående samarbetet mellan nationell domstol och EU-domstolen och begäran om förhandsavgörande, se Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 108 f. samt s. 127.

<sup>179</sup> Jfr de Búrca, Gráinee and Craig, Paul, *EU Law*, s. 829.

<sup>180</sup> Jfr Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 155.

<sup>181</sup> För en närmare beskrivning av olika steg i ett proportionalitetstest, se Groussot, Xavier, *Proportionality in Sweden: The influence of European Law*, Nordic Journal of International Law 2006:75, s. 451-472.

<sup>182</sup> Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 156.

av artikel 27 i upphandlingsdirektivet, som införlivats i svensk rätt genom 6 kap. 12 § LOU, att en upphandlande myndighet får *informera leverantörer* om vilka organ som kan lämna uppgifter om bland annat arbetsvillkor. Den upphandlande myndigheten ska begära att anbudsgivare bekräftar att de tagit hänsyn till sådana bestämmelserna vid utformningen av anbudet, förutsatt att sådan information lämnats.

Vilka implikationer får detta för möjligheten att ställa krav på övertagande av personal? Att ett lagkrav som grundas på ett EU-rättsligt direktiv är förenligt med gemenskapsrätten kan förefalla självklart. Dock måste även ett sådant villkor i princip rättfärdigas enligt proportionalitetsprincipen ifall det konstituerar ett handelshinder.<sup>183</sup> Det finns alltså i princip inget som hindrar EU-domstolen från att underkänna en direktivbestämmelse med hänvisning till att denna står i strid med de överordnade reglerna i EUF-fördraget om den fria rörligheten.

Det råder dock inget tvivel om att EU-domstolen är mycket mer tolerant vad avser *gemenskapslagstiftarens utrymme* att anta åtgärder som kan sägas utgöra ett avsteg från bestämmelserna om den fria rörligheten, än vad som är fallet med åtgärder vidtagna av *enskilda medlemsstater*.<sup>184</sup> Detta betyder alltså att nationella arbetsrättsliga regler som går utöver vad som följer av EU-rätten kan bli föremål för en strängare proportionalitetsbedömning. Det är därför, menar jag, troligtvis ingen slump att beaktandesats 34 inte specificerar vilken typ av nationella arbetsrättsliga regler som tillämpliga vid fullgörandet av ett offentligt kontrakt, och dessutom anger att dessa *ska vara förenliga med gemenskapsrätten i övrigt*, samtidigt som utstationeringsdirektivet och de minimiregler som följer av detta direktiv uttryckligen omnämns.

Notera att samma mönster går igen vad gäller artikel 27, som stadgar att *information* får lämnas om nationella arbetsrättsliga regler som en budgivare har att rätta sig efter. Om denna regel istället skulle ha avfattats i termer av att specifika nationella arbetsrättsliga regler var *tvingande* skulle dessa, genom att nämnas i direktivet, så att säga ha lyfts upp på gemenskapsnivå. Därmed skulle de också varit mycket svåra att angripa som ett hinder mot den fria rörligheten.

Slutsatsen jag drar av detta är alltså att ett krav på övertagande av personal måste anses tillåtet, men enbart i den mån de sträcker sig till att omfatta vad som följer vid en tillämpning av överlåtelsedirektivet. I övriga fall, givet att de utgör ett hinder mot den fria rörligheten, måste sådana villkor rättfärdigas av ett trängande allmänintresse samt leva upp till kravet på proportionalitet.

Observera att detta inte är samma sak som att krav som följer av 6 b § LAS är tillåtna, även om dessa regler i stora drag överensstämmer med varandra. På några punkter går de svenska implementeringsbestämmelserna i 6 b § LAS länge än överlåtelsedirektivet beträffande vad som omfattas av

---

<sup>183</sup> Jfr Arrowsmith m.fl., *Social and environmental policies in EC procurement law*, s. 160 fotnot 48. Se även Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 151.

<sup>184</sup> En annan sak är att det är omdiskuterat huruvida dessa situationer bör skilja sig åt, eftersom det egentligen är samma situation som regleras, se till exempel Öberg, Ulf, *Tre lösa trådar: mer om förarbeten, statens processföring vid EG-domstolen och det gemenskapsrättsliga uppenbarhetsrequisitet*, SvJT 2003 s. 514–519, s. 505.

begreppet övergång respektive överlåtelse. Särskilt kan nämnas att vad offentlig verksamhet beträffar, så omfattas alla arbetstagare, till skillnad från vad som följer av överlåtelsedirektivet, av skyddsreglerna i LAS.<sup>185</sup>

Vad gäller krav på övertagande av personal som sträcker sig längre än vad som följer av överlåtelsedirektivet är det svårt att med någon exakthet uttala sig om hur en domstol skulle se på ett sådant krav ur proportionalitets-hänsyn.

Att ett sådant krav skulle vara oförenligt med gemenskapsrätten och kravet på proportionalitet antyds i *Rüffert*-målet.<sup>186</sup> I målet fastslog EU-domstolen att den tyska delstaten Niedersachsen inte fick kräva att ett företag som tilldelas offentliga kontrakt betalar sina anställda löner enligt kollektivavtalet på orten, eftersom detta utgjorde ett otillåtet hinder mot den fria rörligheten. Det aktuella kollektivavtal var inte allmängiltigförklarat, det vill säga det gällde inte för alla arbetstagare inom den aktuella branschen. Därmed gick kravet längre än de minimivillkor som enligt artikel 3.8 i utstationeringsdirektivet ska garanteras alla arbetare (även kallat ”den hårda kärnan”). EU-domstolen ansåg inte heller att kravet var proportionerligt. Tyvärr går EU-domstolen inte in på varför ett sådant krav inte kunde anses försvarbart.<sup>187</sup> Om resonemanget i *Rüffert*-målet appliceras på ett krav om övertagande av personal, skulle det betyda att alla krav som går utöver vad som följer av överlåtelsedirektivet miniminivå också var otillåtna. I avsaknad av ytterligare praxis från EU-domstolen är det dock oklart hur det förhåller sig med detta.

#### **4.3.2.3 Krav på övertagande av personal i rättspraxis**

I Sverige har frågan om tillåtligheten av ett krav på övertagande av personal prövats av Kammarrätten i Göteborg.<sup>188</sup> I målet fastslog Kammarrätten Länsrättens dom, som i domskälen konstaterade att det inte var fråga om någon överlåtelse enligt reglerna i 6 b § LAS, och att ett sådant krav stred mot kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § ÄLOU, genom att inte ge anbudsgivaren friheten att använda sig av den egna organisatoriska kompetensen, och att upphandlingen därför skulle göras om. Domen implicerar, i linje med vad som anförts ovan, att kravet på övertagande av personal är lagligt enbart om det förelegat en överlåtelse i överlåtelsedirektivets mening, även om domstolen hänvisar till den svenska regeln i 6 b § LAS. Vilka vidare slutsatser som går att dra av domen är däremot mer oklart.

Begreppet ”affärsmässighet” är numera utmönstrat från svenska LOU. Istället anges i 1 kap. 9 § LOU de principer som ska tillämpas vid all offentlig upphandling: principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt godkännande och proportionalitet.

<sup>185</sup> Se vidare Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 271.

<sup>186</sup> I mål C-346/06 *Dirk Rüffert mot Land Liedersachsen* ECR 2008 s. I-1989, dom den 3 april 2008.

<sup>187</sup> Se närmare mål C-346/06 *Dirk Rüffert mot Land Liedersachsen*, punkt 38.

<sup>188</sup> Kammarrätten i Göteborg dom den 28 augusti 1998, mål nr 3696-1998. Krav på övertagande av personal har även prövats av Länsrätten i Västernorrlands län dom den 26 oktober 2007, mål nr 2087-07 E. I målet gjordes dock ej gällande av kravet i sig stred mot LOU, utan att det var otydligt formulerat.

I förarbetena till svenska LOU sägs att utmönstringen av begreppet affärsmässighet inte är avsedd att innebära någon förändring av rättsläget vad gäller vilka *rättsprinciper* som skall iaktas vid en upphandling.<sup>189</sup> Detta kan uppfattas som att rättsläget är helt oförändrat, det vill säga att samma regler gäller nu, som vid tidpunkten för Kammarrättens avgörande i det ovan refererade avgörandet. Uttalandet kan emellertid även uppfattas så, att lagstiftaren med sitt uttalande enbart påpekar att ingen förändring är avsedd vad gäller de *gemenskapsrättsliga principer* som ska tillämpas vid all offentligt upphandling. Jag menar att den senare tolkningen är mest trolig, vilket framgår av sammanhanget där uttalandet görs som ansluter till beaktandesats 2 i upphandlingsdirektivet och hur krav som följer härav ska implementeras i svensk rätt.<sup>190</sup>

Om denna tolkning är riktigt måste Kammarrättens dom att ses som ett utslag av en begränsning som följde av ÄLOU och kravet på affärsmässighet, snarare än ett utslag till följd av en begränsning som följer av nu gällande gemenskapsrätt. Att detta är den riktiga tolkningen vinner också stöd i doktrinen.<sup>191</sup>

Om vi å andra sidan antar tolkningen att det råder full korrespondens mellan kravet på affärsmässighet enligt 1 kap. 4 § ÄLOU och de principer som nämns i 1 kap. 9 § LOU uppstår frågan om det går identifiera ett krav på att anbudsgivaren ska vara fri att använda sin egna organisatoriska kompetens – vilket var det krav som uppställdes i Kammarrättens dom enligt den förra regeln – enligt någon av de principer som ställs i den senare regeln, och då i synnerhet kravet likabehandling. Rättsläget i detta avseende kan inte betraktas som annat än osäkert.

Å ena sidan kan anföras att EU-domstolen i *Concordia* tillät ett miljökrav som i praktiken endast kunde uppfyllas av ett fåtal leverantörer (av vilka en hade nära samröre med den upphandlande myndigheten).<sup>192</sup> Å andra sidan antyds i såväl *Beentjes* som *Nord-Pas-de-Calais* att arbetsrelaterade villkor som i praktiken kan missgynna utländska aktörer kan anses hindra den fria rörligheten (jfr avsnitt 4.3.2.1).

Intressant är att detta i sin tur väcker frågor om det finns stöd för att behandla miljövillkor annorlunda än sociala villkor. Detta är inte uteslutet, inte minst som det råder vissa språkliga skillnader i direktivtexten vad avser dessa olika typer av villkor. Jag har dock tidigare, i enlighet med vad Arrowsmith anført, argumenterat för att det skulle strida mot systematiken i upphandlingsdirektivet (jfr avsnitt 4.2.3). Märk att även om ett krav på övertagande av personal anses stå i strid med likhetsprincipen kan det, enligt vad som redogjorts för ovan, tänkas rättfärdigas med hänsyn till ett det sociala skyddet för arbetarna (tvingande allmänintresse). Frågan om ett sådant krav ska anses proportionerligt är dock osäkert (jfr avsnitt 4.3.2.2).

---

<sup>189</sup> Prop. 2006/07:128, s. 157.

<sup>190</sup> Se vidare prop. 2006/07:128, s. 151 ff.

<sup>191</sup> Se Maier, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*, s. 405. Se även SOU 1999:149, s. 171 f., där möjliga tolkningar av rättsfallet diskuteras i korthet.

<sup>192</sup> Mål C-513/99 *Concordia Bus*.



## 4.4 Sammanfattning och kommentar

### 4.4.1 Inledning

Skyddsreglerna i 6 b § LAS är tvingande och det finns inte något utrymme för att påverka rättsverkningarna av en verksamhetsövergång vare sig i överlåtelseavtalet eller genom kollektivavtal.<sup>193</sup> Svårigheten ligger istället i – som Johann Mulder kärnfullt uttryckt saken – att veta *vad* som är tvingande.<sup>194</sup>

Vad som ska bedömas utgöra en bestående ekonomisk enhet är svårt att avgöra i förväg, det vill säga huruvida 6 b § LAS är tillämplig eller inte. Ytterst ankommer det på EU-domstolen att efter en samlad bedömning av de s.k. Spjikers-kriterierna<sup>195</sup> avgöra om det är fråga om personalövertagande. Kännetecknande för 6 b § LAS är att det är väldigt svårt, för att ibland inte säga omöjligt, att med fullständig säkerhet avgöra hur bedömningen kommer att falla ut i slutändan. Vid verksamhetsövergångar vid offentlig upphandling – vare sig det är frågan om en verksamhetsöverlåtelse i ordets allmänna bemärkelse eller ett byte av entreprenör som eventuellt omfattas av 6 b § LAS – utgör denna osäkerhet en oönskad risk för den upphandlande myndigheten (se avsnitt 4.1). Möjligheterna för en upphandlande myndighet att i förväg kunna överbrygga denna osäkerhet utgör själva kärnan för denna uppsats.

### 4.4.2 Krav på social hänsyn vid offentlig upphandling

Som vi sett ovan råder det i många avseende tveksamhet kring möjligheterna att ställa krav på social hänsyn inom ramen för LOU, vilket givetvis även gäller krav på övertagande av personal. En starkt bidragande orsak till denna osäkerhet, menar jag, beror på att möjligheten att ställa sådana krav är svåra att identifiera i de olika stegen av upphandlingsprocessen.

Vad gäller kravet på övertagande av personal som ett *särskilt kontraktsvillkor* har många frågetecken rätats ut i och med införandet av artikel 26 i upphandlingsdirektivet respektive 6 kap. 13 § LOU. De resonemang som förts genom uppsatsen kan, tvärtemot vad som gjorts gällande i den svenska juridiska litteraturen, sammanfattas så, att möjligheten att ställa särskilda kontraktsvillkor inskränkts till att enbart omfatta sådana villkor som har med fullgörandet av kontraktet att göra.

Detta följer dels av lydelsen i lagtexten och det underliggande direktivet, som måste anses ha företräde framför tidigare rättspraxis, dels av upphandlingsdirektivets inre systematik. Detta får också till resultat att alla

---

<sup>193</sup> Jfr AD 1998 nr 144.

<sup>194</sup> Mulder, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, s. 345.

<sup>195</sup> Se avsnitt 3.2.

villkor som är tillåtna som särskilda kontraktsvillkor också måste anses tillåtna som utvärderingsvillkor, och vice versa (jfr avsnitt 4.3.2).

En viktig fråga som hittills inte berörts är hur ett villkor för fullgörande av ett kontrakt ska definieras, och om ett krav på övertagande av personal i så fall faller in under denna definition?

En bred tolkning av fullgörandebegreppet kan avse både (i) *hur* ett kontrakt ska fullgöras, till exempel att en byggentreprenad ska genomföras av långtidsarbetslösa, och (ii) *villkor som en leverantör ska uppfylla*, för att få utföra kontraktet. För de fall den snävare definitionen antas, enligt vilken den andra typen av villkor (ii) inte är tillåtna, kan kravet på att en leverantör till exempel ska ha en friskvårdsplan för sin personal utgöra ett exempel på additional specific condition i EU-domstolens mening, men som inte faller under begreppet *särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras* enligt artikel 26 i upphandlingsdirektivet respektive 6 kap. 13 § LOU.<sup>196</sup>

Jag hävdar att ett krav på övertagande av personal måste anses falla in även under den förra, snävare definitionen av begreppet. Detta vinner stöd i hur kommissionen själv argumenterade i *Région Nord-Pas-de-Calais*. Där uttalade den att villkoret rörande sysselsättning kunde utgöra ett sådant, som man själv uttryckte saken, ”villkor för verkställande i den mening som avses *Beentjes*”<sup>197</sup>, men inte som i det tvistiga målet som ett upphandlingskriterium som var avgörande för tilldelning av kontraktet. Att verkställande måste anses motsvara ”fullgörande” står klart av den engelska versionen av rättsfallet, som använder uttrycket ”performance”, vilket också är det begrepp som används i artikel 26 i upphandlingsdirektivet. Konceptuellt måste ett krav på övertagande av personal anses likställt med ett krav på anställning av långtidsarbetslösa, eftersom ingen av kraven har någon bäring på tjänstens egenskaper.

### 4.4.3 EU-rätten och kravet på proportionalitet

Ett särskilt kontraktsvillkor, eller för den delen ett utvärderingskriterium, är enbart tillåtet så länge ett sådant villkor överensstämmer med gemenskapsrätten i övrigt. I den mån ett villkor om övertagande av personal konstituerar ett hinder mot den fria rörligheten, vilket jag argumenterat för är sannolikt, uppstår frågan om det likväl kan rättfärdigas under fördraget, och då i synnerhet om det lever upp till kravet på proportionalitet.

EU-domstolens avgörande i *Rüffert*-målet antyder att ett sådant krav bör anses oproportionerligt. Enligt devisen ”en svala gör ingen sommar” menar jag likväl att det inte går att ta slutlig ställning i denna fråga.

Det finns här anledning att fästa uppmärksamhet på betydelsen av hur den upphandlande myndigheten på förhand definierar det trängande allmän-

---

<sup>196</sup> Exemplet är hämtat från Falk, Jan-Erik, *Förändringar i upphandlingslagstiftningen*, ERT nr 1 2005, s. 105 f., som utan att ange källa har hämtat exemplet från Kommissionens meddelande KOM (2001) 566 slutlig, 28 november 2001, *Tolkningsmeddelade från kommissionen om gemenskapslagstiftningen med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta social hänsyn vid offentlig upphandling*, s. 14.

<sup>197</sup> Mål C-225/98 *Région Nord-Pas-de-Calais*, punkt 46.

intresset om den önskar ställa krav på övertagande av personal. Låt mig illustrera detta med följande exempel.

Inledningsvis i detta kapitel (avsnitt 4.1.) nämndes att det kan anses eftersträvansvärt att bibehålla den kompetens som finns hos personalen i en verksamhet, trots att formen för driften förändras.<sup>198</sup> Det har även fällt allmänna uttalanden om att det borde finnas större rättsligt utrymme att i dessa fall ställa krav på övertagande av personal.<sup>199</sup> Även för de fall ett sådant intresse skulle accepteras som ett trängande allmänintresse av en domstol<sup>200</sup> skulle kravet troligtvis inte anses förenligt med proportionalitetsprincipen. Detta följer av att målsättning – en viss kompetensnivå – kan uppnås genom att ställa krav härom på leverantören, till exempel viss erfarenhet av liknande arbetet, vilket är fullt möjligt inom ramen upphandlingsdirektivet och LOU.<sup>201</sup>

Exemplet visar att kravet på proportionalitet inte enbart tvingar domaren att iklä sig rollen som upphandlande myndighet, utan också tvingar den upphandlande myndigheten att iklä sig rollen som domare.<sup>202</sup>

#### 4.4.4 Krav på att överta anställningen enligt LAS

Om en förvärvare bryter mot sitt åtagande gentemot en överlåtare genom att inte erbjuda personalen fortsatt anställning i enlighet med 6 b § LAS, kan den senare rikta anspråk mot den förra på kontraktuell grund.

Oavsett hur ett krav om att följa reglerna i 6 b § LAS har formulerats inom ramen för en upphandling rör det sig om ett villkor, vars efterlevnad endast kan kontrolleras i efterhand. Avgörande är *om 6 b § LAS varit tillämplig eller inte*. Detta får inte förväxlas med att den leverantör som inte åtar sig att följa ett sådant villkor, och om villkoret är ställt som ett särskilt kontraktsvillkor, ska uteslutas från upphandlingen och därmed aldrig ska tilldelas kontraktet.

Detta innebär att det kan ankomma på en förvaltningsdomstol, men även allmän domstol, att ta ställning till tillämpligheten av 6 b § LAS, för att därmed kunna avgöra frågan om ett kontraktsbrott förelegat eller inte.

Frågan är då vad som händer om ett krav på övertagande av personal sträcker sig längre än vad som följer av de tvingande reglerna i 6 b § LAS? Jag har argumenterat för att även i detta fall blir en bedömning av om 6 b § LAS är tillämplig aktuell – det vill säga om det var frågan om en verksamhetsövergång i lagens mening eller inte – trots kravets till synes absoluta karaktär. Detta beror på att tillåtligheten av ett sådant krav är beroende av om överlåtelsen är att anse som en övergång av verksamhet i överlåtelsedirektivets mening.

---

<sup>198</sup> Se även fotnot 78.

<sup>199</sup> SOU 1999:149, s. 171.

<sup>200</sup> Jfr fotnot 178.

<sup>201</sup> Jfr mål C-31/87 *Beentjes*.

<sup>202</sup> Jfr Stone, Sweet Alec, *Judicial Authority and Market Integration in Europe*, i Ginsburg, Tom and Kagan, A. Robert (eds.), *Institutions and Public Law: Comparative Approaches*, Peter Lang, New York 2005, s. 99–140, s. 107.

En annan viktig fråga är vem som kan disponera över ett villkor i ett överlåtelseavtal som stadgar att personalen ska övergå till den nya verksamhetsutövaren. Även i detta hänseende är krav på övertagande av personal som korresponderar med de tvingande reglerna i överlåtelsedirektivet (och 6 b § LAS) relativt oproblematiska, såtillvida att om förvärvaren inte uppfyller denna sin skyldighet kan arbetstagarna personligen ändå kräva sin rätt med hänvisning till 6 b § LAS, utan att behöva stödja sig på några bestämmelser härom i själva överlåtelseavtalet. Om kravet på övertagande av personal däremot enbart följer av överlåtelseavtalet, och inte följer av reglerna i överlåtelsedirektivet, blir frågan om vem som äger rätt att göra ett sådant krav gällande mer problematiskt.

Huvudregeln i svensk rätt skulle ge arbetstagen rätt att – i egenskap av gynnad tredje man – stödja sig på ett sådant avtal i domstol. Detta förutsätter dock att det går att styrka att avsikten varit att arbetstagaren skulle erhålla en sådan självständig rätt enligt överlåtelseavtalet.<sup>203</sup> Det bör också noteras att det alltjämt är så att den upphandlande myndigheten är skyldig att tillse att avtalet efterlevs även i detta avseende.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, Juristförlaget, Lund 2002, s. 143.

<sup>204</sup> Se fotnot 125.

## 5 Slutord

Uppsatsen adresserar två problemområden av särskilt stor betydelse. För det första råder det osäkerhet kring frågan om möjligheten att ställa särskilda kontraktsvillkor vid offentlig upphandling har begränsats till villkor som har att göra med ”fullgörandet av kontraktet”, och hur fullgörandebegreppet i så fall ska tolkas. För det andra är det oklart hur långtgående ett sådant särskilt kontraktsvillkor får vara för att inte strida mot gemenskapsrätten och då i synnerhet kravet på proportionalitet.

Proportionalitetstest som metod för att lösa ett rättsligt problem kan kännas ovan för den svenska juristen, mig själv inräknad, som gärna vill att lagtext, förarbeten och i bästa fall några lämpliga uttalanden i doktrinen, så att säga ska tillhandahålla svar närmast genom en schematisk på förhand given lösning. Själva avvägningen kläs förvisso i juridisk språkdräkt, till exempel genom att domstolen tillämpar olika ”fasta steg” i sin bedömning, men jag menar att det ändå är ofrånkomligt att domstolen – i avsaknad av tydliga regler – i viss mån måste stödja sina resonemang på moraliska och/eller politiska värderingar.<sup>205</sup> Jag menar därför att en grundläggande förståelse för det spänningsförhållande mellan ekonomisk och social hänsyn som kan sägas präglade gemenskapssamarbetet är nödvändig för att som jurist kunna tillämpa EU-rätten och för med framgång kunna argumentera med stöd i densamma. Den politiska dimensionen är alltså inte enbart något som gör EU-rätten mer intressant, utan en rättslig realitet att förhålla sig till.<sup>206</sup>

EU var ursprungligen, och är till stor del fortfarande är, ett ekonomiskt samarbete, vilket ofta sägs sätta sin prägel på EU-domstolens intresse-avvägningar.<sup>207</sup> En intressant fråga är därför om detta måhända håller på att förändras, såtillvida att sociala målsättningar getts en mer framskjutna roll i EU:s lagstiftningsarbete?

Jag menar att det utifrån de nya upphandlingsdirektiven inte är möjligt att urskilja en sådan förskjutning mot ökat sociala hänsynstagande i relation till ekonomiska målsättningar – snarare skönjas i direktivet en utveckling i motsatt riktning. Förvisso medger direktivet, till skillnad från tidigare upphandlingsdirektiv, uttryckligen socialt hänsynstagande. Denna möjlighet har dock troligtvis inskränkts i förhållande till vad de flesta juridiska forskare ansåg redan följde av EU-domstolens praxis redan före

---

<sup>205</sup> Jfr Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 43.

<sup>206</sup> Betydelsen härv bör emellertid inte överdrivas. Posner, som förvisso förutspår ett ökat inflytande från andra vetenskapliga discipliner inom juridiken, påpekar härvidlag: ”I daresay that many legal scholars who today are breathing the heady fumes of deconstruction, structuralism, moral philosophy, and the theory of the second best would be better employed studying the origins of the Enelow-Ettelson doctrine (doktrinen om rätten att under vissa omständigheter omedelbart överklaga ett domstolsbeslut att vilandeförklara ett mål, förf.anm.) or synthesizing the law of insurance.” Se Posner, A. Richard, *The decline of law as an autonomous discipline: 1962–1987*, Harvard Law Review, Vol. 100 No. 4, Feb 1987, s. 761–780, s. 777.

<sup>207</sup> Jfr Hettne m.fl., *EU-rättslig metod*, s. 28. Se dock Maier, *EU, arbetsrätten och normgivningsmakten*, s. 188 fotnot 601, som mycket riktigt påpekar att gemenskapssamarbetet ursprungligen emmanerar ur fredsbevarande syften.

upphandlingsdirektivets tillkomst. Detta är tydligt inte minst vad gäller de särskilda kontraktsvillkoren, men även vad gäller den stora skillnaden mellan innehållet i beaktandesatserna och själva direktivtexten ifråga om vilka regler som uttryckligen uppges vara bindande för en leverantör vid utförandet av ett offentligt upphandlingskontrakt.

Jag har i min analys visat att det finns starka skäl som talar för att upphandlingsdirektivet i detta avseende begränsar medlemsstaterna utrymme av tillämpa arbetsrättsliga regler som är mer förmånliga än vad som följer av överlåtelsedirektivet. Om rättsutvecklingen fortsätter på den väg som EU-domstolen slog sig in på i *Rüffert*, vilket skulle innebära att skiljelinjen mellan vad som anses tillåtet och inte ifråga om krav på övertagande av personal går mellan krav som motsvarar överlåtelsedirektivet å ena sidan och krav som sträcker sig längre än detta å andra sidan, kan detta få långtgående konsekvenser, inte bara för arbetsrätten. Detta eftersom nationella krav som går utöver EU-rätten – i den mån de anses hindra den fria rörligheten – anses oproportionerliga.

I praktiken innebär en sådan ordning att ett direktiv som anger en miniminivå i ett visst hänseende också utgör "taket" för vilka nationella regleringar som är tillåtna. Huruvida det är acceptabelt att tolka gemenskapsrätten på detta vis kan diskuteras – det torde knappast ha varit medlemsstaterna avsikt att minimidirektiv i praktiken också ska utgöra en övre gräns för nationell skyddslagstiftning. Oavsett vad man anser i denna fråga sänder detta viktiga signaler till aktörer som på olika sätt försöker påverka innehållet i rätten inom ett visst område, inte minst arbetsmarknadens part och då i synnerhet arbetstagarorganisationerna. Konkret innebär ju detta att nationella bestämmelser, för att inte kunna angripas under förevändningen att de utgör ett oproportionerligt hinder mot den fria rörligheten, i framtiden uttryckligen anges i den gemenskapliga lagstiftningen för att inte bryta mot densamma. Allmänna formuleringar om att nationell rätt ska respekteras är i detta avseende minst sagt vilseledande ifråga om vad som faktiskt är gällande rätt. Detta skulle också innebära ett väldigt stort steg i riktning mot en harmonisering av stora delar av lagstiftningen inom EU.

# Käll- och litteraturförteckning

## Offentligt tryck

Motion 2005/06:A299 *Övertagande av personal vid entreprenad.*

Prop. 1994/95 *Sveriges medlemskap i den Europeiska unionen. Del I, bilaga 1.*

Prop. 1996/97:153 *Ändringar i lagen om offentlig upphandling.*

Prop. 2001/02:121 *om genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd, m.m.*

Prop. 2001/02:142 *Ändringar i lagen om offentlig upphandling, m.m.*

Prop. 2005/06:46 *Mottagande av ensamkommande barn.*

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

Prop. 2006/07:128 *Ny lagstiftning om offentlig upphandling och upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster Del 2 Bilagor.*

SOU 1986:1 *Översyn av rättegångsbalken 2: Högsta domstolen och rättsbildningen: Delbetänkande av rättegångsutredningen.*

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

SOU 2001:31 *Mera värde för pengarna.*

SOU 2005:22 *Nya upphandlingsregler.*

SOU 2006:28 *Nya upphandlingsregler 2.*

SOU 2007:72 *Kommunal kompetens i utveckling.*

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

Lagrådets yttrande av den 20 februari 2002 över lagrådsremiss som låg till grund för prop. 2001/02:121 *om genomförandet av Europaparlamentets och rådets direktiv om mönsterskydd, m.m.* (Bilaga 9).

## **Europeiska unionen**

Commissions Communication COM (89) 400 final, 24 July 1989, *Commission Public Procurement: Regional and Social Aspects*.

Kommissionens Grönbok KOM (1996) 583 slutlig, 27 november 1996, *Offentlig upphandling inom Europeiska unionen: överväganden inför framtiden*.

Kommissionens förslag KOM (2000) 275 slutlig, 30 augusti 2000, *Förslag till Europaparlamentets och Rådets direktiv om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av varor, tjänster och byggentreprenader*.

Kommissionens tolkningsmeddelande KOM (2001) 274 slutlig, 4 juli 2001, *Tolkningsmeddelande från om gemenskapslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta miljöhänsyn vid offentlig upphandling*.

Kommissionens meddelande KOM (2001) 566 slutlig, 28 november 2001, *Tolkningsmeddelade från kommissionen om gemenskapslagstiftningen med tillämpning på offentlig upphandling och möjligheterna att ta social hänsyn vid offentlig upphandling*.

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

Kommissionens meddelande om inslag av stöd vid statliga myndigheters försäljning av mark och byggnader (97/C 209/03).

Kommissionens handbok SEC (2004) 1050, 18 August 2004, *A handbook on environmental public procurement*.

## **Litteratur**

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, 12:e upplagan, Juristförlaget, Lund 2002.

Adlercreutz, Axel, Mulder, Bernard Johann, *Svensk arbetsrätt*, 13 uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 2007.

Arrowsmith, Sue, *The law of public and utilities procurement*, 2. ed., Sweet & Maxwell, London 2005.

Arrowsmith, Sue, Arwel, Davis (eds.), *Public Procurement: Global revolution*, Kluwer Law International, London 1998.



Arrowsmith, Sue, Kunzlik, Peter (eds.), *Social and environmental policies in EC procurement law: new directives and new directions*, Cambridge University Press, Cambridge 2009.

Barnard, Catherine, *The substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, Oxford University Press, Oxford 2007.

Bernitz, Ulf, Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*, Norstedts juridik, Stockholm 2007.

Bercusson, Brian & Bruun, Niklas, *Labour Law Aspects of Public Procurement in the EU* i Nielsen, Ruth, Treumer, Steen (ed.), *The New EU Public Procurement Directives*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2005.

Bjurman, Pernilla, *Beställarstöd - offentlig upphandling och avtal: IT, tele- och datakommunikation samt hälso- och sjukvårdstjänster*, Norstedts juridik, Stockholm 2003.

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

de Búrca, Gráinee and Craig, Paul, *EU Law: Text, Cases, and Material*, 4<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, New York 2008.

Falk, Jan-Erik, *Förändringar i upphandlingslagstiftningen*, ERT nr 1 2005, s. 86.

Falk, Jan-Erik, *Lag om offentlig upphandling: en kommentar*, Jure, Stockholm 2009.

Falk, Jan-Erik, Pedersen, Kristian, *Centrala frågeställningar vid offentlig upphandling*, Jure, Stockholm 2004.

Forsberg, Niclas, *Upphandling enligt LOU, LUF och LOV*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2009.

Groussot, Xavier, *Proportionality in Sweden: The influence of European Law*, Nordic Journal of International Law 2006:75, s. 451–472.

Hebly, M. Jan (ed.), *European Public Procurement: History of the 'Classic' Directive 2004/18/EC*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn 2007.

Hettne, Jörgen, *Rättsprinciper som styrmedel. Allmänna rättsprinciper i EU:s domstol*, Norstedts Juridik, Stockholm 2008.

Hettne, Jörgen, Eriksson, Otken Ida (red.), *EU-rättslig metod*, Norstedts Juridik AB, Stockholm 2005.

Heuman, Lars, *Skyldigheten enligt RB 17:3 att göra förnekande och kontradiktoriska och konträra påståenden*, JT 2007–2008 s. 909–919.

Hjelmberg, Simon Evers, Jakobsen, Peter Stig, Poulsen, Sune Troels, *EU-udbudsretten: udbudsdirektivet for offentlige myndigheder*, Jurist- og Økonomforbundets forlag, København 2005.

Jareborg, Nils, *Rättsdogmatik som vetenskap*, SvJT 2004 s. 4–10.

Krüger, Kai, Nielsen, Ruth and Bruun, Niklas, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, DJØF Publishing, Copenhagen 1998.

Lind, Johan, *Rättsfallsanalyser – en recension eller analys?*, JT 1995–1996 s. 232–255.

Lind, Johan, *Högsta domstolen och frågan om doktrin och motiv som rättskälla*, JT 1996–1997 s. 352–370.

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

McCrudden, Christopher, *Social Policy Issues in Public Procurement: a Legal Overview*, i Arrowsmith, Sue, Arwel, Davies (ed.), *Public Procurement: Global Revolution*, Kluwer Law International, London 1998.

Mulder, Bernard Johann, *Anställningen vid verksamhetsövergång*, Juristförlaget i Lund, Lund 2004.

Nielsen, Ruth, *Udbud af offentlige kontrakter*, Jurist- og Økonomforbundet, København 2005.

Nielsen, Ruth, *Public Contracting and Transfer of Undertakings*, i Krüger, Kai, Nielsen, Ruth and Bruun, Niklas, *European Public Contracts in a Labour Law Perspective*, DJØF Publishing, Copenhagen 1998.

Norberg, Sven, *EU-medlemskapet och de svenska domstolarna*, SvJT 1995 s. 401–424.

Nyström, Birgitta, *Överlåtelsesdirektivets tillämpning vid övergång av offentlig verksamhet* i *Festskrift till Hans Stark*, Jure, Stockholm 2001, s. 211–233.

Olesen, Naundrop Karsten, Steinicke, Michael (red.), *Udførelse af offentlig opgave via kontrakt: udgivelse på baggrund af konference afholdt i regi af PROF - nordisk netværk for samspillet mellem privat og offentlig ret*, Jurist- og Økonomforbundet, København 2005.

Peczenik, Aleksander, Aarino, Aulis, Bergholtz, Gunnar, *Juridisk argumentation – en lärobok i allmän rättslära*, Norstedts förlag, Stockholm 1990.

Peczenik, Aleksander, *Juridikens metodproblem*, 2 uppl., AWE/Gebers, Stockholm 1980.

Peczenik, Aleksander, *Svenska lagmotiv i Europeisk Union*, JT 1994–1995, s. 306–311.

Peczenik, Aleksander, *Vad är rätt?: om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation*, Norstedts juridik, Stockholm 1995.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingsrättslig krönika*, ERT 2001 nr 1, s. 174.

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder: en introduktion till offentlig upphandling och upphandling inom försörjningssektorerna*, Jure, Stockholm 2008.

Ponser, A. Richard, *The decline of law as an autonomous disciplin: 1962–1987*, Harvard Law Review, Vol. 100 No. 4, Feb 1987, s. 761–780.

Ragnemalm, Hans, *Regeringsrätten inifrån*, i Heckser och Eka (red.), *Festskrift till Johan Hirshfeldt*, Iustus förlag AB, Uppsala 2008, s. 389–404.

Rosén, Johan, *De svenska lagförarbetenas vara eller inte vara – effekter av Sveriges anslutning till Europeiska unionen*, SvJT 1996 s. 244–259.

Sandgren, Claes, *Vad gör juristen? Och hur? – del I*, JT 1999–2000 s. 591–611.

Sandgren, Claes, *Vad gör juristen? Och hur? – del II*, JT 1999–2000 s. 867–893.

Steinicke, Michael, Groesmeyer, Lise, *EU's udbudsdirektiver: med kommentarer*, Jurist- og Økonomforbundet, København 2008.

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 4:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1992.

Strömholm, Stig, *Rätt, rättskällor och rättstillämpning*, 5:e uppl., Norstedts Juridik AB, Stockholm 1996.

Stone, Sweet Alec, *Judicial Authority and Market Integration in Europe*, i Ginsburg, Tom and Kagan, A. Robert (eds.), *Institutions and Public Law: Comparative Approaches*, Peter Lang Publishing, New York 2005, s. 99–140.

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

Södergren, Patrik, *Vem dömer i gråzonen? Domstolsprövning i gränlandet mellan privat och offentlig rätt*, Iustus Förlag AB, Uppsala 2009.

Trepte, Peter, *Regulating procurement: understanding the ends and means of public procurement regulation*, Oxford University Press, Oxford 2004.

Trepte, Peter, *Public Procurement in the EU, A Practitioner's Guide*, 2. ed. Oxford University Press, Oxford 2007.

Wennberg, Suzanne, *Vett och etikett i fråga om rättsfallsanalyser*, JT 1995–1996 s. 983–1022.

Westberg, Peter, *Avhandlingsskrivande och val av forskningsansats – en idé om rättsvetenskaplig öppenhet*, i Heuman, Lars, red., *Festskrift till Per Olof Bolding*, Juristförlaget, Stockholm 1992, s. 421–446.

Öberg, Ulf, *Tre lösa trådar: mer om förarbeten, statens processföring vid EG-domstolen och det gemenskapsrättsliga uppenbarhetsrekvisitet*, SvJT 2003 s. 505–520.

## Övriga källor

Avknoppning inom vård och omsorg – upphandlingsrättsliga aspekter, PM 2008-09-04,

<[http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/PM/Avknoppning\\_inom\\_v%C3%A5rd\\_och\\_omsorg.pdf](http://www.kkv.se/upload/Filer/Upphandling/PM/Avknoppning_inom_v%C3%A5rd_och_omsorg.pdf)> (2010-02-10).

Bergman, Mats, *Offentlig upphandling och offentliga inköp - omfattning och sammansättning*, Konkurrensverkets uppdragsforskning, december 2008

<[http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdragsforskning/forsk\\_rap\\_offentliga\\_inkop.pdf](http://www.konkurrensverket.se/upload/Filer/Trycksaker/Rapporter/uppdragsforskning/forsk_rap_offentliga_inkop.pdf)> (2010-02-10).

Juridiska fakulteten, Lunds universitet, Fakultetsstyrelsen [Reinhold Fahlbeck], "Remiss: SOU 2008:123 Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen", Dnr J 2009/2, 09-03-05, s. 181.

Miljöstyrningsrådets PM 2009-01-30, *Juridiska förutsättningar för sociala och etiska krav i offentlig upphandling*

<[http://www.msr.se/Documents/publikationer/vagledn/PM\\_Juridiska\\_forutsattningar\\_sociala\\_krav.pdf](http://www.msr.se/Documents/publikationer/vagledn/PM_Juridiska_forutsattningar_sociala_krav.pdf)> (2009-11-10).

Nutek:s rapport Info 072-200, *Avknoppning av verksamheter inom vård och omsorg*

<<http://publikationer.tillvaxtverket.se/ProductView.aspx?id=1146>> (2010-01-31).

Nutek:s rapport (R 2007:24), *Offentliga upphandlingar inom vård och omsorg*

<<http://publikationer.tillvaxtverket.se/ProductView.aspx?ID=604>>  
(2010-01-31).

SKL:s rapport 2008-01-28, *Avknoppningar av skolor – juridiska aspekter*  
<<http://www.skl.se/web/ced0c55b-e31d-4f6e-a3a3-6ff3a3c75b0c.aspx#>>  
(2010-01-31).

Statskontorets rapport 2008:10, *Prissättning vid överlåtelse av offentlig verksamhet till kommunal personal (s.k. avknoppning) – EG/EU-rättsliga aspekter*  
<[http://www.statskontoret.se/Statskontoret/Templates/PublicationPage\\_\\_\\_\\_\\_3817.aspx](http://www.statskontoret.se/Statskontoret/Templates/PublicationPage_____3817.aspx)> (2010-01-31).

Yttrande i Kammarrättens i Sundsvall mål 16-07 mellan Hallstahammars kommun och Länsstyrelsen i Gävleborgs län, dnr 2007/0023-22.

# Rättsfallsförteckning

## EU-domstolen

Mål 6/64 *Costa mot ENEL* REG 1964 s. 1141, dom den 15 juli 1964 (domen i svensk specialutgåva volym 1 s. 211)

Mål 14/83 *von Colson* REG 1984 s. 1891, dom den 1 april 1984 (domen i svensk specialutgåva volym 7 s. 577)

Mål 323/82 *Intermills mot kommissionen* REG 1984 s. 3809, dom den 14 november 1984

Mål C-24/86 *Spijker* ECR 1986 s. 1119, dom den 18 mars 1986

Mål C-31/87 *Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna* REG 1988 s. 4635, dom den 20 september 1988

Mål C-113/89 *Rush Portuguesa v Office national d'immigration* REG I-1417, dom den 27 mars 1990

Mål C-360/89 *Kommissionen mot Italien* REG I-3401, dom den 3 juni 1992

Mål C-243/89 *Kommissionen mot Danmark* REG 1993 s. I-3353, dom den 22 juni 1993 (domen i svensk specialutgåva, volym 14, s. I-229)

Mål C-55/94 *Gebhard* REG 1995 s. I-4165, dom den 30 november 1995

Mål C- 87/94 *Kommissionen mot Belgien* REG 1996 s. 2043, dom den 25 april 1996

Mål C-13/95 *Süzen* REG 1997 s. 1259, dom den 11 mars 1997

Mål C-225/98 *EU-kommissionens mot Région Nord-Pas-de-Calais* REG 2000 s. I-7445, dom den 26 september 2000

Mål C-324/98 *Telaustria Verlags GmbH och Telefonadress GmbH mot Telekom Austria AG* REG 2000 s. I-10745, dom den 7 december 2000

Mål C-94/99 *ARGE Gewässerschutz v. Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft* REG I-11037, dom den 7 december 2000

Mål C-172/99 *Liikenne* REG 2001 I-745, dom den 25 januari 2001

Mål C-92/00 *HI* REG 2002 s. I-5553, dom den 18 juni 2002

Mål C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne* REG I-7213, dom den 17 september 2002

Mål C-224/01 *Köbler* REG s. I-10239, dom den 30 september 2003

Mål C-448/01 *Wienstrom GmbH mot Österrike* REG 2003 s. I-14527, dom den 4 december 2003

Mål C-60/03 *Wolff & Müller GmbH & Co. KG mot José Filipe Pereira Félix* REG 2004 s. I-9553, dom den 12 oktober 2004

Mål C-445/03 *Kommissionen mot Luxemburg* REG 2004 s. I-10191, dom den 21 oktober 2004

Mål C-26/03 *Stadt Halle* REG 2005 s. I-1, dom den 11 januari 2005

Mål C-244/04 *Kommissionen mot Tyskland* REG 2006 s. I-885, dom den 19 januari 2006

Förenade målen C 226/04 och C-228/04 *La Cascina Soc. Coop. Arl, Zilch Srl mot Ministero della Difesa och Ministero dell'Economia e delle Finanze, Pedus Service, Cooperativa Italiana di Ristorazione Soc. Coop. Arl (CIR), Istituto nazionale per l'assicurazione contro gli infurtuni sul lavoro (INAIL) och Consorzio G.F.M. mot Ministero della Difesa, La Cascina Soc. Coop.arl* REG 2006 I-7, dom den 9 februari 2006

Mål C-490/04 *Kommissionen mot Tyskland* REG 2007 s. I-6095 , dom den 18 juli 2007

Mål C-438/05 *Viking Line* REG 2007 s. I-10779, dom den 11 december 2007

Mål C-341/05 *Laval un Partneri* REG 2007 s. I-11767, dom den 18 december 2007

Mål C-346/06 *Dirk Rüffert mot Land Liedersachsen* ECR 2008 s. I-1989, dom den 3 april 2008

## **Högsta domstolen**

NJA 1998 s. 873

NJA 2002 s. 75

## **Regeringsrätten**

RÅ 1996 ref. 50

RÅ 1998 not. 44

RÅ 2002 ref. 50

RÅ 2004 ref. 99

RÅ 2006 ref. 26

## **Kammarrätterna**

Kammarrätten i Göteborg dom den 28 augusti 1998, mål nr 3696-1998

Kammarrätten i Göteborg dom den 21 september 2007, mål nr 4003-07

Kammarrätten i Sundsvall dom den 21 november 2007, mål nr 16-07

Kammarrätten i Stockholm beslut den 22 februari 2008, mål nr 5127-07

Kammarrätten i Stockholms dom den 10 april 2009, mål nr 584-08

## **Länsrätter**

Länsrätten i Skåne län beslut den 26 juli 2007, mål nr 7334-07E, 7336- -  
7341-07E

Länsrätten i Västernorrlands län dom den 26 oktober 2007, mål nr 2087-07  
E

Länsrätten i Östergötlands län dom den 7 april 2008, mål nr 723-08 E

## **Arbetsdomstolen**

AD 1995 nr 163

AD 1998 nr 144