



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Isak Engqvist

Sociala upphandlingar – är det möjligt?

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Bengt Lundell

Termin för examen: VT2014

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	2
FÖRORD	3
FÖRKORTNINGAR	4
1 INLEDNING	5
1.1 Presentation	5
1.2 Syfte – Problemformulering	6
1.3 Frågeställningar	7
1.3.1 Övergripande frågeställning	7
1.3.2 Konkreta frågeställningar för att exemplifiera	7
1.4 Teori, metod och material	7
1.4.1 Källor	8
1.5 Forskningsläge	8
1.6 Disposition	9
2 VAD ÄR OFFENTLIG UPPHANDLING?	11
2.1 Grudläggande principer	12
2.2 Upphandlingsstadier och kriterier	13
2.2.1 Särskilda kontraktsvillkor	13
2.2.2 Tekniska specifikationer	14
2.2.3 Kvalificering av anbudsgivare	15
2.2.4 Tilldelning av kontrakt	16
3 SOCIALA KRAV	18
3.1 Kollektivavtal och arbetsvillkor	19
3.2 Arbetsmarknadspolitiska åtgärder	20
3.3 Kommunala projekt	21
3.4 Sammanfattning	22
4 EU-RÄTTSLIGA RAMAR	23
4.1 Fördragen	23

4.2	Direktivet	23
4.3	Rättspraxis	24
4.3.1	C-368/10 – Kommissionen mot Nederländerna	24
4.3.2	C-346/06 – Rüffert	27
4.3.3	C-513/99 – Bus Concordia	28
4.3.4	C-234/03 – Contse	30
4.3.5	C-31/87 – Beentjes	32
4.3.6	C-225/98 – Kommissionen mot Frankrike	33
4.3.7	C-6/05 – Medipac – Kazantzidis	35
4.3.8	C-213/07 - Michaniki	37
4.3.9	C-341/05 – Laval	38
4.4	Sammanfattning	39
5	ILO OCH DESS BETYDELSE	41
6	DET NATIONELLA PERSPEKTIVET	43
6.1	Särskilda kontraktsvillkor	44
6.2	Tekniska specifikationer	45
6.3	Kvalificering av anbudsgivare	45
6.4	Tilldelning av kontrakt	46
6.5	Konkreta exempel	46
6.5.1	Konkurrensverkets undersökning	46
6.5.2	Botkyrka kommun	47
6.5.3	Fallet Laval	48
6.6	Sammanfattning	48
7	NYA BESTÄMMELSER PÅ GÅNG	50
7.1	Det nya upphandlingsdirektivet	50
8	ANALYS	52
8.1	Möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling?	52
8.1.1	Särskilda kontraktsvillkor	52
8.1.2	Tekniska specifikationer	53
8.1.3	Kvalificering av anbudsgivare	54
8.1.4	Tilldelning av kontrakt	54
8.1.5	Kollektivavtal?	54
8.1.6	Arbetsmarknadspolitiska åtgärder?	56
8.2	Framtiden och vad behöver göras?	56
8.3	Svårigheter med upphandlingsförfarandet	57
8.4	Avslutande ord	58

KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	60
RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	64

Summary

Public procurement has been frequently debated in news-media but also in the legal discourse, during the last years. Especially regarding the possibility to set environmental goals and we can see these requirements being more frequently used. Coordinating and supporting functions has been developed with advice on how to set these types of requirements. For example has MSR (Miljöstyrningsrådet) been an organization working with support to public bodies.

The same focus and interest as for environmental requirements has not been the case conserving social demands. But during the last couple of years public bodies has been more interested in these types of social demands. This paper intends to examine the possibilities to set social demands and perhaps more importantly to examine how these requirements should be set.

After going through some of the literature, and perhaps more importantly the case law available from the European Court of Justice certain tendencies has been detected. Some of the results obtained can be derived from rulings by the ECJ in environmental-cases concerning public procurement but also by reading the ECJ's rulings on cases concerning the fundamental principles that govern the procurement procedure.

Public procurement is a process that aims at opening up and making public contracts accessible for the internal market in Europe. In order to achieve that the procurement procedure is governed by the basic principles that constructs the European Union. These principles are openness, transparency, non-discrimination, proportionality and mutual recognition; the principles also concern the freedoms that are in the EU constitution, as for example the right to provide services and freedom of movement.

It can be concluded that there are possibilities to set social demands in public procurement. The more important issue is rather how these requirements should be set. Firstly, the contracting authority shall consider whether you should set requirements such as qualification of bidders, specifications, specific contract terms or conditions for awarding the contract. In the literature and in the Swedish law, it has been highlighted that social demands, is more suited to be used in the form of the specific contract terms, ie terms for executing the contract.

When it comes to requirements aiming at achieving social policy objectives or requirements of collective agreements or demands that demands in collective agreements should be followed, you have to set requirements within the EU law framework. Demands connected to labor market policies, it is above all the principle of proportionality which is important. Demands concerning collective agreements needs especially to take the right to provide services in to consideration.

Sammanfattning

Offentlig upphandling är ett ämne där många har synpunkter och ämnet har också debatteras frekvent i media och inom den juridiska diskursen. Inte minst handlar det om miljökrav där också fler och fler använder sig av dessa krav i sina upphandlingar. Ett samordnade och stödjande arbete med råd om hur man kan ställa miljökrav har bedrivits, inte minst inom ramen för Miljöstyrningsrådet (MSR).

Samma fokus som på miljökrav har det inte funnits när det handlar om att ställa sociala krav. Dock kan man säga att intresset från upphandlande myndigheter har blivit allt större de senaste åren. Denna uppsats ämnar fördjupa sig i möjligheterna att ställa sociala krav och kanske framförallt hur man kan ställa dessa krav.

Efter att en genomgång av den litteratur och kanske framförallt den rättspraxis som finns från EU-domstolen så kan man konstatera olika tendenser. En del av det resultat som framkommit går att härleda ur analoga tolkningar dels från hur EU-domstolen har bedömt just miljökrav men också med beaktande av hur EU-domstolen har förhållit sig till de grundläggande principer som styr upphandlingsförfarandet.

Offentlig upphandling är ett förfarande som syftar till att öppna upp och tillgängliggöra offentliga kontrakt för den inre marknaden i EU. För att göra detta så styrs upphandlingsförfarandet av de grundläggande principerna som ligger till grund för den europeiska unionen. Principerna handlar om öppenhet, transparens, icke-diskriminering, proportionalitet och ömsesidigt godkännande, respekt ska också visas för de friheter som finns i EU:s grundfördrag, så som exempelvis rätten att tillhandahålla tjänster och fri rörlighet.

Det kan konstateras att det finns möjligheter att ställa sociala krav i offentliga upphandlingar. Men den upphandlande myndigheten måste vara medveten om hur man ställer dessa krav. Dels måste den upphandlande myndigheten fundera över ifall man ska ställa kraven så som kvalificering av anbudsgivare, tekniska specifikationer, särskilda kontraktsvillkor eller villkor för tilldelning av kontrakt. I litteraturen och i lagstiftningen har det framhävts att sociala krav framförallt ska ställas i form av särskilda kontraktsvillkor, alltså villkor för kontraktets fullbordan.

När det gäller möjligheter att använda sig av krav för att uppnå arbetsmarknadspolitiska mål eller ställa krav på kollektivavtal eller på villkor som motsvarar dem i kollektivavtal så gäller det att kraven håller sig inom EU-rättens ramar. När det handlar om arbetsmarknadspolitiska åtgärder är det framförallt proportionalitetsprincipen som blir viktig. För krav om kollektivavtal så handlar det främst om bedömningar kring rätten att tillhandahålla tjänster.

Förord

Valrörelse, karneval och uppsatsskrivande. Det är på många sätt en bra beskrivning av den vår då detta examensarbete författades. Det har varit många timmar i biblioteket på juridiska fakulteten men också en del skrivande hemma i Fjärhult i Småland. Mycket arbete, en del frustration, men kanske ändå främst intresse har lagt grunden för den text som förhoppningsvis belyser upphandling ur ett kanske något nytt perspektiv.

Isak Engqvist
Fjärhult den 27 maj 2014

Förkortningar

BNP	Brutto National Produkt
EU	Europeiska Unionen
ILO	International Labour Organisation
LO	Landsorganisationen
LOV	Lagen om valfrihetssystem
MSR	Miljöstyrningsrådet
SKL	Sveriges kommuner och landsting
SOU	Statens Offentliga Utredningar
SRPP	Socialt ansvarsfull offentlig upphandling
TCO	Tjänstemännens Centralorganisation

1 Inledning

1.1 Presentation

De senaste åren har intresset för offentlig upphandling blivit ett allt större debattämne, dels inom juridiken, men också i den allmänna debatten. Det är en debatt som bygger både på fakta men också på missuppfattningar. Det är ett rättsområde som är under ständig utveckling, både genom att de relativt nya rättsreglerna prövas i domstol och praxis utvecklar rättsläget men också genom återkommande översyner och mindre förändringar i lagstiftning både nationellt och på EU-nivå.

Upphandlingsområdet är ett område som de senaste åren har varit föremål för stor rättslig utveckling. Där fler och fler olika hänsyn och parametrar önskas kunna tas i beaktande vid en offentlig upphandling. Från att för några år sedan mest varit fokuserat på miljö- och kvalitetsparametrar, inte minst i samband med upphandling av mat, till att i dag mer handla om möjligheten att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

De senaste åren har också frågan kring upphandling och arbetstagares villkor varit föremål för stor debatt. Både från olika partier och fackförbund, men också från kommuner och arbetsgivareföreningar. Krav har kommit bland annat på att man ska kräva svenska kollektivavtal vid upphandlingar för att säkerställa arbetsvillkoren för de anställda och att det inte blir en konkurrens beroende på skiftande löneläge eller andra anställningsvillkor.

Malmö kommun har bland annat jobbat mycket med hur man ska kunna ställa kollektivavtalsvillkor eller i alla fall kollektivavtalsliknande villkor i olika upphandlingar. Dels har det varit för att man ska säkerställa villkoren för arbetstagare men också för att kunna använda upphandlingarna även för arbetsmarknadsåtgärder i kommunen.¹

Flertalet myndigheter har en önskan att ställa fler sociala krav i sina upphandlingar, men känner att de saknar kunskap och stöd för hur man praktiskt kan genomföra det.²

I början av våren 2014 fattades det beslut om en revidering av nuvarande upphandlingsdirektiv. I debatten efter detta beslut har bland annat fackliga och arbetsgivareorganisationer debatterat kring huruvida den nya revideringen nu ger rätt att ställa krav på kollektivavtal i upphandlingar. I skrivande stund jobbar regeringens utredare med att analysera det nya

¹http://www.lo.se/start/solidarisk_lonepolitik/social_offentlig_upphandling/malmo_forst_ut

² SOU 2013:12, sid. 482.

direktivet för att inkomma till regeringen med de förslag till lagändringar som krävs för att implementera de nya bestämmelserna i svensk rätt.³

1.2 Syfte – Problemformulering

Uppsatsen tar sin utgångspunkt i de allt mer frekventa önskningarna från upphandlande myndigheter, framförallt kommuner och landsting, att kunna använda sina inköp inte bara för att anskaffa tjänster och produkter utan också som ett led i myndighetens arbetsmarknadspolitik. Bland annat vill man ställa krav på att den som tilldelas ett kontrakt också bidrar till att minska arbetslösheten bland vissa grupper. Man önskar också kunna ställa krav på de villkor som arbetstagarna som kommer utföra kontraktet kommer befinna sig under.

Målsättningen med denna uppsats är att undersöka de möjligheter som finns för en upphandlande myndighet att använda sig av offentlig upphandling för att uppnå socialpolitiska mål. Detta innebär att undersöka hur sociala hänsyn kan tas vid upphandlingar. Först krävs då att termen sociala hänsyn definieras och undersöks men också att EU-rättens ramar för upphandlingar undersöks. Detta ger sedan den generella grunden för de möjliga sociala hänsyn som kan ställas.

För att konkretisera och studera möjligheterna att ställa sociala krav vid offentlig upphandling kommer exempel på sådana krav att användas. Framförallt krav som handlar om att anbudsvinnaren ska anställa långtidsarbetslösa, eller ställa krav på kollektivavtal i en upphandling och om så inte är fallet, kan villkor som finns i ett kollektivavtal vara en del av kravlistan vid en offentlig upphandling.

Även användandet av olika certifieringar eller olika etiska hänsyn kommer också att beröras för att ge en bild av de hänsyn som kan tas.

Grunden är att analysera möjligheten att ställa dessa krav i ljuset av den nu rådande rättsliga regleringen, men uppsatsen gör också en ansats att utifrån det nyligen, av EU-institutionerna beslutade, reviderade upphandlingsdirektivet, försöka se hur möjligheterna att ställa dessa villkor kan komma att förändras. Frågan kommer också att belysas i ljuset av ILO-konventionerna och då framförallt konvention 94 som bland annat reglerar lönenivåer i offentliga kontrakt.

Från Sveriges kommuner och landsting (SKL) finns det ett stort intresse att kunna ställa miljökrav och sociala krav. Man menar också att det är viktigt att det underlättas för den upphandlande myndigheten att kunna ställa dessa krav. Bland annat underlättas det genom att det finns stöd och verktyg för myndigheten så att de lätt och korrekt kan ställa de krav som efterfrågas.⁴

³ Kommittédirektiv, 2012:96, 2013:21, 2013:96, 2014:38.

⁴ SKL:s remissyttrande dnr: 13/1927, sid. 2.

Det finns alltså också ett stort behov men också intresse från många upphandlande myndigheter att ställa dessa typer av krav.

1.3 Frågeställningar

1.3.1 Övergripande frågeställning

Den övergripande frågan för denna uppsats går att sammanfatta med frågeställningen: hur ser möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling ut?

Denna ram kommer sedan också att jämföras med de önskemål på sociala hänsyn som uttryckts av upphandlande myndigheter, men också av olika organisationer och andra intresseorgan, för att svara på frågan: motsvarar möjligheten att ta sociala hänsyn de önskemål som finns?

1.3.2 Konkreta frågeställningar för att exemplifiera

För att ge läsaren en mer konkret bild av hur sociala hänsyn eller krav kan ställas i en offentlig upphandling, så kommer den ram som övergripande ska undersökas också att appliceras i exemplifierande syfte på följande frågeställningar.

- Kan en upphandlande myndighet vid en offentlig upphandling ställa krav på att anbudsgivare ska vara kollektivavtalsanslutna?
- Kan och i så fall i vilken utsträckning kan en upphandlande myndighet ställa kollektivavtalsliknande villkor vid en offentlig upphandling?
- Kan och i så fall i vilken utsträckning kan en upphandlad myndighet ställa krav för att uppnå arbetsmarknadspolitiska mål, exempelvis att vinnande anbudsgivare ska anställa långtidsarbetslösa?

Förhoppningen är att med dessa exempel kunna belysa vilka principer som måste vara vägledande för utformningen av de krav och sociala hänsyn som den upphandlande myndigheten vill ställa.

1.4 Teori, metod och material

Metod som kommer användas är sedvanlig juridisk metod. Med utgångspunkt i hur man hanterar rättskällorna i förhållande till varandra. Framförallt kommer intresse ges åt hur man som upphandlande myndighet och lagstiftare i en medlemsstat ska förhålla sig till EU-rätten. Men även annat material så som handledningar, beslut och utlåtanden kommer att användas som grund för de slutsatser och teorier som presenteras.

Området offentlig upphandling är under relativt stor utveckling och inte minst så spelar praxis stor roll för rättsutvecklingen varav stor del kommer att ägnas åt denna, dels för att beskriva de avgöranden som skett, men också för att med dessa som utgångspunkt göra tolkningar av rättsområdets eventuella utveckling.

1.4.1 Källor

För att analysera rättsläget och eventuellt kunna analysera hur kommande rättsläge kommer se ut kommer dagens lagstiftning, inklusive förarbeten och EU-direktiv analyseras. Även en mycket överskådlig bild av det nyligen beslutade ny upphandlingsdirektivet kommer att göras.

En stor del av arbetet med att kartlägga rättsläget kommer vara att använda sig av den rättspraxis som kommer från EU-domstolen. De fall som valts ut tar antingen på ett direkt sätt eller i mitt tycke berör på ett analogt sätt möjligheten att ställa sociala krav vid offentliga upphandlingar. Dessutom kommer rapporter, yttranden och beslut av olika slag ligga till grund för uppsatsen.

Offentliga utredningar, handledningar från myndigheter både i Sverige och bland EU:s institutioner kommer att beaktas. Dessutom kommer doktrin i form av böcker och artiklar ligga till grund för analysen.

Området offentlig upphandling är också föremål för mycket offentlig debatt och delar av detta kommer också att användas för att illustrera och undersöka vilka infallsvinklar som finns på ämnet. Dessutom kommer det användas för att kunna diskutera uppfattningar och inställningar till offentlig upphandling.

1.5 Forskningsläge

Man kan konstatera att det finns frågetecken kring vilka typer av villkor som kan användas och speciellt hur långt man kan sträcka sig utöver harmoniserade EU-regler när det ställs krav på tjänster eller produkter.⁵

När det specifikt kommer till frågor som rör möjligheten att ställa sociala krav vid offentlig upphandling så är det en fråga där uppfattningen på många sätt är att rättsläget är oklart. Detta uttryckte också regeringen genom arbetsmarknadsministern då denne svarade på en skriftlig fråga i riksdagen. I sitt svar konstaterar ministern att det finns behov av rättsliga klargöranden i gränsdragningen om vilka sociala krav man kan ställa vid en offentlig upphandling.⁶

⁵ SOU 2013:12, sid. 389.

⁶ Svar på skriftligt fråga 2011/12:211.

I svaret hänvisades till det arbete i EU som fick sitt slut genom att rådet och parlamentet kom överens om ett nytt upphandlingsdirektiv i början av våren 2014.⁷

Efter att beslutet fattades var det en del organisationer som uttryckte att med de nya reglerna så skulle det nu vara möjligt att ställa krav på kollektivavtal.⁸

Från andra organisationer hävdades motsatsen, de menar att möjligheten att ställa kollektivavtal överdrivs och att det inte är så att de nya reglerna skulle innebära att man ska kunna ställa krav på att företag ska vara anslutna till ett kollektivavtal.⁹

Vad som kan konstateras är att det fortfarande finns oklarheter i huruvida just frågan om sociala krav och kanske framförallt frågan om krav på kollektivavtal kan ställas och framförallt hur dessa krav kan se ut.

1.6 Disposition

Uppsatsen inleds med en beskrivning av offentlig upphandling och de generella komponenter som bygger upp detta förfarande. Denna beskrivning kommer givetvis att göras med hänsyn till att uppsatsen behandlar frågan om sociala hänsyn, varav beskrivningen inte kommer vara generell i den meningen att den berör alla de principer om möjligheter till kravställande som finns i förfarandet.

Kapitel tre behandlar frågan om sociala krav, vad det är för något och i vilket sammanhang det har förekommit vid offentliga inköp i olika tider. Det kommer också belysas mer specifikt uppdelat på upphandlingens olika stadier och delar.

Kapitel fyra behandlar den EU-rättsliga dimensionen något mer ingående genom en genomgång av direktivet än under tidigare kapitel och nu speciellt med fokus på de delar som ofta aktualiseras vid tagandet av sociala hänsyn. Dessutom kommer praxis från EU-domstolen att belysas för att ge ytterligare grund till hur principerna som styr upphandlingsförfarandet ska tolkas.

Kapitel fem kommer mycket överskådligt att beröra relationen mellan ILO:s konvention nummer 94¹⁰ och EU-rätten. Framförallt kommer kapitlet att beskriva den debatt och diskussion som förekommit, men också den efterfrågan på rättsligt klarläggande som finns.

⁷ <http://www.europarl.europa.eu/news/sv/news-room/content/20140110IPR32386/html/Nya-upphandlingsregler-ska-%C3%B6ka-kvalit%C3%A9n-och-ge-mer-valuta-f%C3%B6r-pengarna>

⁸ http://www.lo.se/start/pressmeddelanden/eu_ger_ratt_att_krava_kollektivavtal

⁹ <http://www.dagenssamhalle.se/debatt/facken-har-fel-om-eu-krav-pa-kollektivavtal-7409>

¹⁰ Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949 (No. 94).

Kapitel sex kommer beröra upphandling ur ett svenskt perspektiv där både lagstiftningen och svensk rättspraxis på ämnet kommer att beröras.

Kapitel sju kommer göra ett försök till en kort och överskådlig analys av det nya upphandlingsdirektivet som publicerades i EU:s officiella tidning i slutet av mars. I debatten efter att beslut om direktivet fattades i slutet av februari har olika uppfattningar om vilka ändrade möjligheter det nya direktivet ger i frågan om sociala hänsyn förekommit i media. Det är mot bakgrund av denna debatt som ett försök till mycket översiktlig analys kommer att göras.

Avslutningsvis kommer det material som presenterats analyseras och ligga till grund för de slutsatser jag kommer dra rörande möjligheten att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Dessutom kommer dessa slutsatser att appliceras och exemplifieras genom de konkreta exempel som redovisats i frågeställningen ovan.

I detta arbete kommer fokus att ligga på direktiv och lagstiftning som har med upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster. Därmed är det frågeställningar och redogörelser kopplade till dessa regleringar som kommer behandlas i denna uppsats.

2 Vad är offentlig upphandling?

Varje år köper myndigheter och andra offentliga aktörer i EU in tjänster och produkter som motsvarar 17 procent av EU:s totala BNP.¹¹ Samma ungefärliga andel av BNP gäller också för Sverige.¹² Det är alltså mycket pengar som läggs på inköp av tjänster och produkter. Hur myndigheter väljer att köpa in allt detta, vilka krav man ställer och vilka kontroller som görs, kan spela en stor roll och påverka hur aktörer på marknaden väljer att arbeta både med socialt ansvar men också andra aspekter som upphandlande myndighet väljer att lägga vikt vid.

Vad offentlig upphandling har för syfte finns det generellt sett ganska så stor enighet om. Dock kan man konstatera att det ändå finns vissa skillnader beroende på vem man frågar. EU-kommissionen menar att upphandlingsdirektivets syften är att främja en effektiv och EU-omfattande konkurrens om upphandlingskontrakt, att minska transaktionskostnaden och åstadkomma ett så effektivt användande av skattepengar som möjligt samt att minska korrruptionen. Det är alltså regler som ska stimulera rörligheten och handeln på EU:s inre marknad och minska korrruptionen vid offentliga inköp.¹³

EU-domstolen har i avgöranden understrukit att syftet med direktivet är att bland annat förverkliga friheten att tillhandahålla tjänster.¹⁴

I EU-direktivet så beskrivs det att det ska klargöras hur upphandlande myndigheter ska kunna tillgodose miljö- och socialpolitiska mål i sina upphandlingar. Mer detaljerade regleringar framkommer i europeisk och nationell politik. Bland annat har målsättningar för upphandlingar varit en del av de strategier som bestäms inom ramen för EU-maskineriet. I Sverige har den rättsliga regleringen tagit sig uttryck genom införandet av den så kallade ”bör regeln” som det kommer redogöras för senare.¹⁵

EU-regleringen har dock inga tvingande krav på medlemsstaterna att de ska ta speciella hänsyn till miljön eller sociala aspekter. Det är snarare att se som möjligheter som ifall de rör sig inom den EU-rättsliga ramen, kan användas av de upphandlande myndigheterna, givetvis beroende på den nationella lagstiftningen.¹⁶

¹¹ Kommissionens meddelande: Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 5.

¹² SOU 2011:73, sid 68-69.

¹³ SOU 2011:73, sid 38-39.

¹⁴ Dom C-346/06, punkt 36.

¹⁵ SOU 2011:73, sid. 39-40.

¹⁶ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 113.

2.1 Grudläggande principer

Upphandlingsdirektivet bygger i stort på de principer som finns i EU-fördragen. Det handlar om principer för icke-diskriminering (art 12), förbundet mot kvantitativa restriktioner (art 28 och 29), etableringsrätt (art 43) och om fri rörlighet för tjänster (art 49).¹⁷ I och med införandet av Lissabonfördraget så har artiklarna flyttats till nya platser i EUF-fördraget¹⁸. Där hittar vi icke-diskriminering i artikel 18, förbudet mot kvantitativa restriktioner återfinns i artiklarna 34 och 35, etableringsrätten i artikel 49 och principen om fri rörlighet för tjänster i artikel 56.

De principer som oftast åberopas av EU-domstolen i deras avgöranden är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.¹⁹ Dessa principer återfinns i det klassiska direktivet och där lyfter man specifikt fram principer som har med den inre marknaden att göra, om öppenhet och transparens, likabehandling, icke-diskriminering och proportionalitet.²⁰ Dessa principer har kommit till uttryck i den svenska lagstiftningen, med fokus på öppenhet, icke-diskriminering, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.²¹

Icke-diskriminering handlar om att upphandlande myndighet inte får diskriminera anbudsgivare som kommer från andra länder. Även ifall myndigheten inte förväntar sig några bud från andra länder så får man inte ställa upp krav som bara inhemska företag kan uppfylla.²²

Likabehandling handlar om att alla potentiella leverantörer måste behandlas lika och ha samma förutsättningar. Framförallt handlar det om att alla potentiella anbudsgivare ska få samma information vid samma tillfälle.²³ Detta är bland annat för att de potentiella anbudsgivarna ska ha samma grundförutsättningar för att analysera och avväga ifall man ska lämna ett anbud eller inte.

Transparens handlar om skyldigheten för den upphandlande myndigheten att informera öppet och brett de intresserade leverantörerna om hur upphandlingen går till och andra praktiska detaljer kring förfarandet.²⁴

Proportionalitetsprincipen berör i stor utsträckning vilka typer av krav som den upphandlande myndigheten kan ställa. Kraven måste stå i proportion och ha en naturlig koppling till upphandlingens behov och syfte.²⁵ Bra indikatorer på ifall villkoren är proportionella är att de är lämpliga och

¹⁷ Prop. 2006/07:128, sid. 131.

¹⁸ Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

¹⁹ Prop. 2006/07:128, sid. 132.

²⁰ Prop. 2006/07:128, sid. 151.

²¹ Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, 1 kap. 9§.

²² Prop. 2006/07:128, sid. 132.

²³ Prop. 2006/07:128, sid. 132.

²⁴ Prop. 2006/07:128, sid. 132.

²⁵ Prop. 2006/07:128, sid. 132.

effektiva.²⁶ Proportionaliteten ska bedömas utifrån vilket typ av produkt eller tjänst det är som ska upphandlas och huruvida detta är proportionerligt utifrån det syfte som finns med att ställa det specifika villkoret.

Ömsesidigt erkännande handlar framförallt om olika certifieringar eller liknande som finns och utfärdas i en medlemsstat och att detta också ska vara godtagbart i en annan medlemsstat.²⁷ Undantag från denna princip, är godtagbart när det är motiverat med hänvisning till den allmänna hälsan eller nationell säkerhet.²⁸

I Sverige så har de centrala regelverken först och främst upphandlingslagen, men det finns också mer specialiserade lagstiftningar som tar upp upphandling för mer specifika områden.²⁹

2.2 Upphandlingsstadier och kriterier

Villkoren kan utformas på lite olika sätt i en offentlig upphandling. Vilken metod som är bäst skiftar givetvis beroende på vad det är för något som ska upphandlas. Generellt kan man säga det finns fyra olika sätt att jobba med kriterier och villkor i offentlig upphandling. Det rör sig om särskilda kontraktsvillkor, tekniska specifikationer, kvalificering av anbudsgivare och tilldelning av kontrakt.³⁰

EU-domstolen har i sin praxis varit tydlig med att man inte får blanda de olika typerna av kriterier under bedömningen av anbudet. Detta för att man ska kunna säkerställa att anbudsgivare behandlas lika.³¹ Mer om EU-domstolens praxis kommer att komma längre fram i uppsatsen.

2.2.1 Särskilda kontraktsvillkor

Denna typ av särskilda kontraktsvillkor används för att beskriva hur ett kontrakt ska utföras. Det är alltså inte villkor som måste vara uppfyllda när anbudsgivaren skickar in sitt anbud, utan något som ska uppfyllas under kontraktstiden. Villkoren måste vara förenliga med EU-rätten och får inte diskriminera eller förfördela någon på grund av nationalitet. Dessa villkor

²⁶ Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Konkurrensverket 2012, sid 12.

²⁷ Prop. 2006/07:128, sid. 132.

²⁸ Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Konkurrensverket 2012, sid 12.

²⁹ Centrala regelverket är Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, men upphandling regleras också i Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, Lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet och Lag (2008:962) om valfrihetssystem.

³⁰ Forsberg, Niclas, Upphandling, enligt LOU, LUF, LUFS och LOV, andra upplagan, Nordstedts juridik, 2013, sid. 151.

³¹ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 26-27.

kan framförallt tillämpas på entreprenader eller tjänstekontrakt.³² Villkoren ska också tydligt framgå av meddelandet eller utannonseringen av upphandlingen.³³

Dessa villkor bör inte omfatta organisation, struktur eller generella policydokument hos anbudsgivaren då detta i många fall tenderar att vara diskriminerande mot anbudsgivare från andra länder. Detta följer också av att villkoren endast kan tillämpas på den del av anbudsgivarens verksamhet som har med det aktuella kontraktet att göra. Villkoren kan inte ställas på hela anbudsgivarens verksamhet eller organisation.³⁴

Enligt artikel 26 i det klassiska direktivet så kan dessa särskilda kontraktsvillkor eller utförandevillkor användas för att ta just sociala hänsyn.³⁵ Exempelvis lyfts det fram att man kan använda särskilda kontraktsvillkor för att exempelvis kräva att anbudsgivare följer de ILO-konventioner som är tillämpliga.³⁶

EU-kommissionen har i en handledande skrift framfört att det är framförallt denna typ av villkor som kan användas för att kunna ställa och ta sociala hänsyn i en upphandling. Detta eftersom att sociala hänsyn generellt inte kan ses som tekniska specifikationer eller som en del i kvalificering av anbudsgivare.³⁷

2.2.2 Tekniska specifikationer

Den upphandlande myndigheten kan ställa speciella tekniska specifikationer för det objekt eller produkt som ska upphandlas. Dessa specifikationer kan användas också för att ta sociala hänsyn i upphandlingen. Förutsättningarna för att göra detta är dock att man håller sig inom de grundläggande principerna som gäller för offentlig upphandling.³⁸ Det handlar främst om att man ska hänvisa till gemensamma europeiska standarder eller liknande. Går inte detta så ska man så långt som möjligt utgå från standarder och sedan ha tilläggspecifikationer till dessa. Viktigt är att som utgångspunkt får det inte refereras till en speciell vara eller process, på ett sådant sätt att det utpekar endast en speciell leverantör.³⁹ Det är viktigt när man ställer

³² Forsberg, Niclas, Upphandling, enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV, andra upplagan, Nordstedts juridik, 2013, sid. 299-300.

³³ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 26.

³⁴ Forsberg, Niclas, Upphandling, enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV, andra upplagan, Nordstedts juridik, 2013, sid. 299-300.

³⁵ Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG, art. 26.

³⁶ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 45.

³⁷ Kommissionens handledning, KOM (2001) 566, sid. 7.

³⁸ Forsberg, Niclas, Upphandling, enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV, andra upplagan, Nordstedts juridik, 2013, sid. 300.

³⁹ Forsberg, Niclas, Offentlig Upphandling i praktiken, tredje upplagan, Nordstedts Juridik, 2004.

tekniska specifikationer att det inte ska lägga hinder i vägen för att anbudsgivare ska kunna delta på lika villkor.⁴⁰

Framförallt kan den upphandlande myndigheten använda sig av olika standarder, prestanda och funktionskrav för att beskriva kontraktsföremålet. Det är dock viktigt att vid användandet av dessa specifikationer så måste det vara så precist att anbudsgivarna kan bilda sig en tydlig uppfattning om vad det är för kontraktsföremål som den upphandlande myndigheten önskar köpa.⁴¹

Det finns också utrymme att i de tekniska specifikationerna ställa krav på tillgänglighet och krav på säkerställande att människor med funktionsnedsättning också har tillgång till det som är föremål för upphandling.⁴²

2.2.3 Kvalificering av anbudsgivare

Denna fas har den upphandlande myndigheten möjlighet att genom kvalificeringskriterier utesluta leverantörer som inte uppfyller kraven. Framförallt handlar det om krav så som att man inte ska ha begått brott i yrkesutövningen eller allvarliga fel.⁴³ Det rör sig främst om krav som har med anbudsgivarens ekonomiska, finansiella, tekniska eller yrkesmässiga kapacitet.⁴⁴

De krav man ställer på anbudsgivarna för att kvalificera sig för att få delta i upphandlingen är krav som måste uppfyllas och därigenom måste den upphandlande myndigheten utesluta sådana anbudsgivare som inte uppfyller kraven. De krav man kan ställa ska också stå i relation och i proportion till kontraktsföremålet.⁴⁵

Under förhandlingarna till det nu gällande direktivet var det diskussioner mellan kommissionen, rådet och parlamentet kring vad som skulle inkluderas i begreppen ”allvarliga fel eller brott mot yrkesetiken”. Det som vållade störst debatt var diskussionerna kring arbetsrättsliga överträdelser. Bland annat framförde parlamentet att man ville att överträdelser av kollektivavtal, brott mot arbetsrättslig lagstiftning eller andra sociala

⁴⁰ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 23-24.

⁴¹ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 23-24.

⁴² Kommissionens meddelande KOM (2001) 566, sid. 9.

⁴³ Forsberg, Niclas, Upphandling, enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV, andra upplagan, Nordstedts juridik, 2013, sid. 300.

⁴⁴ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 24-25.

⁴⁵ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 24-25.

aspekter skulle inkluderas. Dessutom skulle också brott mot ländernas förpliktelser enligt ILO konventionerna också vara grunder för uteslutning.⁴⁶

Kommissionen menade att dessa aspekter redan inkluderades i den då gällande direktivtexten och därför blev inget av dessa förslag från parlamentet bindande text. Resultatet av parlamentets förslag blev nya punkter i de inledande skälen till direktivet. Dessa hänvisar till regleringar som gäller likabehandling i arbetslivet och likabehandling mellan män och kvinnor. Dessutom finns också hänvisningar i skälen till att brott mot regler kring arbetsvillkor, arbetsskydd och genomförande av utstationeringsdirektivet också ska ses som brott mot yrkesetiken.⁴⁷

I det nu gällande direktivet kom det inte att finnas några hänvisningar till ILO-konventionerna. Detta måste dock inte betyda att medlemsländer inte skulle kunna beakta brott mot dessa så som brott mot yrkesetiken.⁴⁸

Det finns också möjligheter att utesluta anbud som är onormalt låga. Då måste dock anbudsgivaren ges möjlighet att förklara hur denne genom sin organisation kan hålla ett sådant lågt pris. I denna undersökning kan också den upphandlande myndigheten begära in underlag som styrker att anbudsgivaren följer regler om anställningsskydd och arbetsförhållanden på den plats där arbetet ska utföras.⁴⁹

2.2.4 Tilldelning av kontrakt

När anbudsgivare har passerat kvalificeringsfasen så utgår man från tilldelningskriterier för att värdera vilket anbud som ska vinna. Dessa kriterier kan man också använda för att uppnå sociala mål med upphandlingen. Dock kan man konstatera att EU-kommissionen har indikerat att tilldelningskriterier som har som mål att bekämpa arbetslöshet är att ses som tilläggs-kriterier och skall endast få betydelse ifall två anbud är lika i tilldelningsfasen.⁵⁰

Det finns två sätt som den upphandlande myndigheten kan använda sig av för att under tilldelningsfasen avgöra vilken anbudsgivare som ska få kontraktet. Antingen så ska man välja det anbud som har det lägsta priset, eller så ska man välja det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Lägsta pris är en relativt enkel metod, dock ger det något mindre utrymme för den upphandlande myndigheten som vill använda upphandlingen för att ta sociala hänsyn. Väljer man i stället att utvärdera anbuden efter

⁴⁶ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 35-38.

⁴⁷ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 35-38.

⁴⁸ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 35-38.

⁴⁹ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 42-44.

⁵⁰ Forsberg, Niclas, Upphandling, enligt LOU, LUF, LUFSS och LOV, andra upplagan, Nordstedts juridik, 2013, sid. 300.

ekonomiskt mest fördelaktiga blir möjligheterna att ta sociala hänsyn genast mycket större, detta uttrycker också det klassiska direktivet i ingressen. Det finns dock begränsningar även här.⁵¹

Tilldelningskriterier kan användas för att ta sociala hänsyn, bland annat för produktion av en specifik vara. Det är givetvis så att villkoret måste vara kopplat till upphandlingsföremålet, dock betyder inte detta att villkoret måste beskriva en egenskap hos en vara eller liknande.⁵²

Just möjligheten till sociala krav eller hänsyn var något som diskuterades länge när nuvarande direktiv skulle tas fram. Där parlamentet och en del medlemsländer ville ge den upphandlande myndigheten större möjligheter att väga in olika aspekter i utvärderingen av anbudena.⁵³

⁵¹ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, *Upphandling och arbete i EU 2010:3*, Sieps 2010, sid. 25-26.

⁵² ERT 2012:4, sid. 693.

⁵³ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, *Upphandling och arbete i EU 2010:3*, Sieps 2010, sid. 38-42.

3 Sociala krav

Intresset från det offentliga att ställa sociala krav vid tilldelning av offentliga kontrakt till privata företag är inget nytt i Europa. I Storbritannien beslutade man redan på 1800-talet att företag som får offentliga kontrakt också ska åta sig att ge skäliga löner. Liknande krav ställdes också tidigt i bland annat USA.⁵⁴

Upphandlingsreglerna syftar till att ge anbudsgivare från hela EU/EES lika och reella möjligheter att vara med i upphandlingen. I alla de olika steg som en upphandling är uppbyggd i kan sociala hänsyn tas. Dock beror det på vilket steg man befinner sig på och dels hur man kan ställa sociala krav och i vilken utsträckning man kan göra detta.⁵⁵

Det finns ingen entydig definition, som framkommit i praxis, där vad som är sociala krav eller hur sociala hänsyn definieras. Dock finns det olika försök till definitioner från olika institutioner.⁵⁶

EU-kommissionen har bland annat i ett meddelande gett råd och tips kring hur upphandlande myndigheter kan använda sig av SRPP. Inom ramen för SRPP finns det möjlighet för den upphandlande myndigheten att använda sig av kriterier eller andra parametrar inom områden som sysselsättning, anständigt arbete, arbetstagares rättigheter, m.m.⁵⁷

När den upphandlande myndigheten överväger att ställa sociala krav eller att ta sociala hänsyn i en upphandling för att uppnå socialpolitiska eller arbetsmarknadspolitiska mål, så måste den myndigheten också överväga andra alternativ för att kunna ställa dessa krav.⁵⁸

De villkor som generellt sätt finns möjlighet att ställa, måste vid varje upphandling ställas mot det objekt som ska upphandlas. De villkor som ställs, måste ha en naturlig koppling till upphandlingsföremålet. Kraven får inte vara allt för långtgående och de får inte vara konstruerade så att aktörer med ett visst nationellt ursprung blir förfördelade.⁵⁹ Villkoren som ställs måste också vara möjliga att kontrollera. Det måste alltså finnas kontrollsystem som ser till att leverantören av den upphandlade tjänsten

⁵⁴ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 17.

⁵⁵ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 22.

⁵⁶ Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Konkurrensverket 2012, sid 7-8.

⁵⁷ Kommissionens meddelande: Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 7.

⁵⁸ Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Konkurrensverket 2012, sid 8.

⁵⁹ Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Konkurrensverket 2012, sid 9.

eller varan faktiskt uppfyller de krav som ställs. Finns det inte möjlighet att kontrollera de krav som ställs så ska de generellt inte anses som godtagbara.⁶⁰

Ett tydligt exempel är hur kommuner strävar efter att få kunna certifiera sig som ”fair-trade-city”. För att kunna uppnå det och samtidigt följa upphandlingsreglerna bör dessa, generellt sätt, utformas så som särskilda kontraktsvillkor. Detta för att göra så att företag som i dag inte uppfyller certifieringen också kan delta i upphandlingen. Dessutom får villkoren inte utformas så att man ska följa Fair-trades krav, utan dessa materiella krav måste specificeras, så att icke-certifierade leverantörer som ändå uppfyller kraven ska kunna vara med. Till sista krävs det också att den upphandlande myndigheten har system för hur de ska kunna kontrollera de krav man ställer.⁶¹

Miljöhänsyn i upphandling har under en tid diskuterats och har i mångt och mycket också visat sig vara möjligt att ställa som krav. När det handlar om sociala krav har det dock inte varit lika tydligt om vilka, eller kanske framförallt hur dessa krav kan ställas. Dock så finns det indikationer som tyder på att utrymmet är större än vad många upphandlande myndigheter tror. Det viktiga är dock att man vet hur man ska ställa krav som tar sociala hänsyn och att man kan hålla isär de olika typerna av kriterier och krav som redovisats ovan.⁶²

3.1 Kollektivavtal och arbetsvillkor

Under den omförhandlingen i EU som gav oss de nu gällande upphandlingsdirektivet var diskussionen het kring hur stora krav den upphandlande myndigheten skulle kunna ställa på en leverantör när det handlar om arbetsvillkor för företagets anställda, en debatt som fortsatt.

Riksdagen har bland annat i ett betänkande från arbetsmarknadsutskottet konstaterat att man vill se möjligheter att ställa krav som går i linje med svenska kollektivavtal i lagen om offentlig upphandling.⁶³ Det är också krav som kommit från intresseorganisationer så som LO och TCO, framförallt så efterfrågas mer tydlighet om hur rättsläget ligger i denna fråga.⁶⁴

Det finns ett intresse från ett flertal kommuner att också ställa krav som återfinns i svenska kollektivavtal men också andra arbetsmarknadspolitiska krav. Malmö stad har jobbat mycket med denna fråga och ställer nu dessa

⁶⁰ Konkurrensverket, Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling, Konkurrensverket 2012, sid 17.

⁶¹ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 61-64.

⁶² ERT 2012:4, sid 688-695.

⁶³ Betänkande 2010/11:AU3.

⁶⁴ SOU 2013:12 sid 476.

typer av krav i sina upphandlingar, framförallt när det handlar om entreprenadupphandlingar.⁶⁵

Enligt nuvarande regler torde det dock vara tydligt att krav på att anbudsgivare ska skriva under svenskt kollektivavtal inte är ett krav man kan ställa. Det strider både mot svensk rättspraxis och mot EU-rätten.⁶⁶ Kommissionen har uttryckt det som att man kan ställa krav på överrensstämmelse med nationella lagar och kollektivavtal ifall dessa följer EU-regelverket. Det är alltså kollektivavtalens ställning i en EU-kontext som blir avgörande.⁶⁷

Från SKL:s sida så finns det en önskan att kunna ställa krav på kollektivavtal eller i alla fall att man ska kunna ställa kollektivavtalsliknande villkor. Här menar man att det behövs mer information och stöd så att den upphandlande myndigheten vet vad man kan ställa för krav och på vilket sätt.⁶⁸

3.2 Arbetsmarknadspolitiska åtgärder

Som tidigare beskrivits är det stora summor pengar som årligen upphandlas av offentliga myndigheter. Ett sätt att använda denna köpkraft på är att försöka se till att de tjänster som upphandlas levereras på ett sådant sätt att det också stimulerar sysselsättning för vissa utsatta grupper, exempelvis unga. Kommissionen har i ett meddelande uttryckt att det inom de upphandlingsregler som finns ska man kunna använda upphandlingen för att främja möjligheten till anställning för vissa speciellt utsatta grupper, så som unga, långtidsarbetslösa, äldre och andra grupper som är missgynnade på dagens arbetsmarknad. Man ska också ha möjligheten att kunna använda den för att jämna ut könsskillnader.⁶⁹

Inom ramen för arbetsmarknadspolitiska åtgärder kan det också handla om att man ställer krav på jämställdhet, hälsa och säkerhet på arbetsplatsen och bekämpande av diskriminering. Framförallt handlar det om att man kan ställa krav på efterlevnad av nationell lagstiftning men också andra villkor, så länge de är i överensstämmelse med EU-regelverket.⁷⁰

Vissa indikationer från EU-domstolen har kommit som bland annat skulle kunna tolkas att hur ett företag är berett att organisera sin verksamhet med

⁶⁵ <http://www.mynewsdesk.com/se/malmo/pressreleases/sociala-villkor-och-vita-jobb-modellen-infoers-i-malmoe-stads-upphandlingar-949242>.

⁶⁶ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 56.

⁶⁷ Kommissionens meddelande: KOM (2011) 566, sid. 8.

⁶⁸ SKL:s remissyttrande dnr: 13/1927, sid. 8-9.

⁶⁹ Kommissionens meddelande: Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 7.

⁷⁰ Kommissionens meddelande: Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 8.

fokus på arbetstagare, skulle kunna vara en parameter som beaktas under tilldelningsprocessen.⁷¹

Att det finns möjligheter inom det EU-rättsliga systemet att ge stöd till olika aktörer som agerar för att utsatta grupper ska kunna ta sig in på arbetsmarknaden är något som bland annat getts uttryck i gruppundantagsförordningen⁷². Där specificeras det att vissa utsatta grupper kan vara föremål för speciella stöd från det offentliga. Bland annat handlar det om stöd till människor över 50 år, ensamstående föräldrar, personer som tillhör en minoritet och skulle behöva förbättra sina språkkunskaper, utbildning eller arbetslivserfarenhet.⁷³

Ett konkret sätt för att underlätta för framförallt funktionshindrade att komma in eller återvända till arbetsmarknaden är att nyttja möjligheten att reservera offentliga kontrakt till så kallade skyddade verkstäder, anläggningar som är inriktade på att ge anställningar till människor som står långt ifrån arbetsmarknaden och som på olika sätt är utsatta. En sådan reservation gör det alltså möjligt för den upphandlande myndigheten att prioritera skyddade verkstäder vid tilldelningen av kontrakt.⁷⁴

Förutsättningar för att kunna reservera sådana kontrakt är dels att en sådan möjlighet finns i den nationella lagstiftningen, att minst 50 procent av de som deltar i den skyddade verkstaden är människor med funktionshinder och att det är sådana personer som på grund ut av sin funktionsnedsättning inte kan delta på den öppna arbetsmarknaden.⁷⁵

3.3 Kommunala projekt

Användandet av offentliga upphandlingar för att underlätta för vissa utsatta grupper att komma in på arbetsmarknaden är något som använts av vissa kommuner i olika omfattningar.

Botkyrka kommun har i sina riktlinjer för upphandling pekat ut att dessa ska användas för att ge ungdomar mellan 14 och 16 år chansen till praktik eller trainee-platser. Anledningen är de sociala problemen och höga arbetslösheten som finns i området. Riktlinjerna gör att kommunen i vissa upphandlingar ställer krav på att entreprenören ska anställa långtidsarbetslösa ungdomar som arbetsförmedlingen anvisar till vissa förutbestämda villkor rörande lön och arbetsvillkor.⁷⁶

⁷¹ ERT 2012:4, sid. 694-695.

⁷² Kommissionens förordning (EG) nr 800/2008.

⁷³ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 116-117.

⁷⁴ Kommissionens meddelande KOM (2001) 566, sid. 27.

⁷⁵ Kommissionens meddelande KOM (2001) 566, sid. 27.

⁷⁶ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 60.

Malmö kommun har genom sina offentliga upphandlingar jobbat med ett system för att föra in sociala villkor liknande kollektivavtal så som särskilda kontraktsvillkor för entreprenaden. Där har man bland annat lyft fram villkor om lön, arbetstid, personalutrymmen m.m. Dessa villkor lyfts fram ifall entreprenören inte omfattas av ett för området gällande kollektivavtal. Malmö kommun har också i sina villkor fört in en kontrollklausul hur kommunen ska kunna kontrollera så att villkoren upprätthålls.⁷⁷

3.4 Sammanfattning

Man kan konstatera att sociala krav och sociala hänsyn när det offentliga har köpt in varor och tjänster har varit uppe för diskussion under lång tid. I den debatt och diskussion som förs går det att se att det finns önskemål om att kunna gå än längre än vad som upplevs vara möjligt i dag, exempelvis gäller det möjligheten att ställa krav vid upphandling att anbudsgivare ska vara anslutna till ett kollektivavtal i utförandelandet, eller i alla fall som ett krav att om anbudsgivaren får kontraktet då ska tillämpligt kollektivavtal ingås.

Kommissionen har uttryckt att det finns möjligheter att ta sociala hänsyn i offentlig upphandling, men att det också finns anledning för medlemsstaten eller den upphandlande myndigheten att överväga ifall det finns andra möjliga åtgärder för att uppnå de politiska mål man har.

⁷⁷ <http://www.mynewsdesk.com/se/malmo/pressreleases/sociala-villkor-och-vita-jobb-modellen-infoers-i-malmoe-stads-upphandlingar-949242> och Handling 13.1.4 (stenåker LSS, Kv. Gräslöken 1, 2013-04-11).

4 EU-rättsliga ramar

4.1 Fördragen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt lägger grunden för hur EU som organisation fungerar, men ställer också upp vägledande principer som är grundläggande för EU-rätten. För offentlig upphandling handlar det framförallt om de principer som refererats till ovan, icke-diskriminering i artikel 18, förbudet mot kvantitativa restriktioner återfinns i artiklarna 34 och 35, etableringsrätten i artikel 49 och principen om fri rörlighet för tjänster i artikel 56.

Det är i ljuset av dessa artiklar som man ska läsa upphandlingsdirektiven men också den efterföljande regleringen i medlemslandet.

4.2 Direktivet

Det nuvarande direktivet⁷⁸ beskriver de grunder som medlemsstaterna sedan har att implementera i nationella regler. Bland annat så uttrycker artikel 2 i direktivet vikten av öppenhet och icke-diskriminering i den upphandlande myndighetens hanterande och bemötande av ekonomiska aktörer.

För upphandling inom områdena vatten, energi, transport och post så är det ett annat direktiv⁷⁹ som styr förfarandet. Det ovan refererade upphandlingsdirektivets förhållande till detta regleras i artikel 12.

Artikel 19 reglerar möjligheten för medlemsstaterna att reservera kontrakt för skyddade verkstäder. Alltså kontrakt som man reserverar för verksamheter där en majoritet av de anställda har ett funktionshinder eller på annat sätt har svårigheter att utföra yrkesverksamhet på normala villkor.

Under sektionen om särskilda regler om förfrågningsunderlaget och kontraktshandlingarna regleras bland annat möjligheten att ställa tekniska specifikationer (artikel 23).

Den upphandlande myndigheten kan också ställa krav på utförande av kontraktet. Dessa krav ska framgå av meddelandet av upphandlingen. Dessa villkor får bland annat innefatta miljöhänsyn men också sociala hänsyn.

Andra villkor som den upphandlande myndigheten får eller kan åläggas av medlemsstaten att göra är att tillhandahålla information om arbetsförhållanden, beskattning och andra skyldigheter (artikel 27).

⁷⁸ Europaparlamentet och Rådets direktiv 2004/18/EG.

⁷⁹ Europaparlamentet och Rådets direktiv 2004/17/EG.

Där det kanske finns störst möjlighet att ta sociala hänsyn är i utföranderegleringar som finns i villkor för fullgörande av kontrakt, eller särskilda kontraktsvillkor. Detta återfinns i artikel 26 i direktivet.

4.3 Rättspraxis

EU-domstolen är en instans som på många sätt driver på den rättsliga utvecklingen på upphandlingsområdet. Nedan följer rättsfall som haft betydelse för utvecklingen men också tolkningen om vilka möjligheter som finns för att ställa sociala krav. De exemplifierar genom dessa konkreta fall mer ingående de principer och tankegångar som EU-domstolen använder och som är användbara för att vidare analysera möjligheten att ställa sociala krav.

4.3.1 C-368/10 – Kommissionen mot Nederländerna

I detta fall var det en provins i Holland som 2008 gick ut med en upphandling om leverans och drift av kaffeautomater.⁸⁰ I förfrågningsunderlaget så föreskrivs det under kravprofil att provinsen använder sig av två specifika märken, nämligen MAX HAVELAAR och EKO och att ingredienserna i det nu efterfrågade i möjligaste mån uppfyller kraven enligt dessa varumärken.⁸¹ Senare i processen så publicerade den upphandlande myndigheten ett informationsmeddelande avseende förtydligande kring just användandet av de ovan angivna märkena. I förtydligandet så förklarades att det inte måste vara dessa märken utan att det också går bra med andra förutsatt att de uppfyller samma kriterier och att dessa är jämförbara eller identiska. Det förtydligades också att det går bra med andra märken förutsatt att dessa grundas på samma kriterier.⁸²

I förfrågningsunderlaget har också den upphandlande myndigheten under kvalitetskrav formulerat krav som uttrycker att anbudsgivare ska uppfylla kriterier vad avser hållbara inköp och företagens sociala ansvar. Dessa kriterier specificerar inte den upphandlande myndigheten utan det är anbudsgivaren som ska precisera hur man jobbar med dessa aspekter.⁸³

Kommissionen stämmer Nederländerna för att man bryter mot direktivet och EU-rätten då man i den aktuella upphandlingen har använt sig dels av de två märkena EKO och MAX HAVELAAR för att beskriva produkterna och att man har ställt kvalitetskrav som endast uttrycks så som att man ska uppfylla krav på hållbara inköp och företags sociala ansvar.⁸⁴

⁸⁰ Dom C-368/10, punkt 14.

⁸¹ Dom C-368/10, punkt 29.

⁸² Dom C-368/10, punkt 31.

⁸³ Dom C-368/10, punkt 26.

⁸⁴ Dom C-368/10, punkt 46-47.

Domstolen inleder med att bedöma kravet att produkterna skulle ha EKO-märkning. Man konstaterar inledningsvis att det för tekniska specifikationer handlar om att ställa krav som uttrycks i olika typer av prestanda eller funktionskrav och att miljöegenskaper ingår. Det konstateras också att det är ostridigt att just märkningen EKO är en miljömärkning.⁸⁵

Upphandlande myndighet har att behandla alla aktörer och potentiella anbudsgivare på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och se till att upphandlingen sker på ett öppet sätt. Dessa grundläggande principer spelar speciellt stor roll för de tekniska specifikationerna i och med att valet av dessa specifikationer riskerar att, beroende på hur de utformas, få diskriminerande effekt. När det handlar om miljöegenskaper kan man använda miljömärkning som bevis för att anbudsgivare uppfyller de uppställda tekniska kraven, men man kan inte ställa som krav att anbudsgivare ska ha ett visst miljömärke.⁸⁶

Man konstaterar att det krävs att den upphandlande myndigheten formulerar sina krav tydligt och klart redan från början. Detta för att potentiella anbudsgivare ska kunna bedöma förfrågningsunderlaget och först och främst ta ställning till huruvida man ska lägga ett anbud eller inte. Att den upphandlande myndigheten i ett informationsmeddelande senare meddelade att även likvärdiga alternativ skulle vara godtagbara kan inte ses som en godtagbar kompensation för att den upplysningen saknades i förfrågningsunderlaget från början. Detta medför att kommissionens talan om fördragsbrott i detta fall ska vinna bifall.⁸⁷

Vidare tar domstolen upp användandet av märkningen MAX HAVELAAR som är en märkning för rättvis handel och rättvisa villkor. Domstolen konstaterar att detta inte handlar om några tekniska specifikationer utan om villkor för fullgörande av kontrakt, där man bland annat kan beakta sociala hänsyn.⁸⁸

Domstolen går sedan vidare med att analysera användandet av dessa märken som tilldelningskriterier. Man börjar med att konstatera att direktivet inte innehåller en uttömmande lista av de kriterier som kan användas för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.⁸⁹

Dessa kriterier kan ha som syfte för att ta sociala hänsyn, det kan bland annat handla om att tillgodose behov hos missgynnade grupper. Kriterierna måste också vara kopplade till kontraktsföremålet och dessutom måste de följa principerna om öppenhet, icke-diskriminering och likabehandling. Det är alltså viktigt att kriterierna utformas så att de kan användas för att likvärdigt och i verklig konkurrens utvärdera anbuden. Under hela processen är det sedan viktigt att den upphandlande myndigheten behandlar alla

⁸⁵ Dom C-368/10, punkt 61.

⁸⁶ Dom C-368/10, punkt 62-64.

⁸⁷ Dom C-368/10, punkt 66, 68-70.

⁸⁸ Dom C-368/10, punkt 73-76.

⁸⁹ Dom C-368/10, punkt 82, 84.

potentiella anbudsgivare lika och att myndigheten i dessa meddelanden om upphandlingen är tydliga och öppna.⁹⁰

Det konstateras vidare att märkningarna avser egenskaper hos de ingredienser som är föremål för upphandlingen och inte åsyftar anbudsgivarens allmänna inköspolicy. Det visas vidare på att ett tilldelningskriterium inte behöver vara kopplat till produkten som sådan, utan att det också kan ha med produktionen av produkten att göra. Det finns därför inga hinder att använda kriterier om att produkten ska komma från rättvis handel.⁹¹

Det konstateras dock att kriterierna måste vara tydliga och i och med att man i upphandlingsunderlaget ställde upp poänggivande kriterier ifall produkterna hade vissa märken så framgick det inte tydligt att likvärdiga sätt att uppfylla kriterierna också skulle kunna accepteras. Den extra information som den upphandlande myndigheten skickade ut kompenserar inte den otydlighet som var från första början. Detta gjorde att kriteriet att ge poäng för märken på produkterna inte var förenliga med EU-rätten.⁹²

Till sist så undersöker domstolen villkoret om att anbudsgivaren ska iaktta kriterier för hållbara inköp och företagens sociala ansvar. I detta fall konstaterar domstolen att det rör sig om kvalificering av anbudsgivaren genom antingen dess ekonomiska eller finansiella ställning, eller genom tekniska specifikationer. Det visas också att kriteriet är ställt i allmänna termer som fokuserar på anbudsgivaren som så och inte på kontraktsföremålet.⁹³

Det konstateras av domstolen att kravet är otydligt och oklart, dels i vad den upphandlande myndigheten egentligen menar med de krav som ställs, men också i och med det faktum att det är anbudsgivaren som ska beskriva mer preciserat vad de gör för att uppfylla kravet. Domstolen menar därmed att kriteriet både är olovligt så som tilldelningskriterium men också för att det bryter mot principen om öppenhet i och med att kriteriet var så otydligt.⁹⁴

Man kan alltså konstatera att det i domstolen lyfts fram att man kan ställa krav både på rättvis handel, men också på krav på produkten så som vilka ingredienser som ska ingå och på typen av produktion. Det som dock går att tydligt konstatera är att den upphandlande myndigheten måste vara tydlig med de krav som denna ställer för att uppnå de ambitioner man har i form av sociala och andra hänsyn. Det är viktigt att dessa är preciserade så att potentiella anbudsgivare kan göra sig en tydlig bild av vad det är som den upphandlande myndigheten efterfrågar.

⁹⁰ Dom C-368/10, punkt 85-88.

⁹¹ Dom C-368/10, punkt 90-91.

⁹² Dom C-368/10, punkt 93-94, 96-97.

⁹³ Dom C-368/10, punkt 103.

⁹⁴ Dom C-368/10, punkt 107-108, 110-111.

4.3.2 C-346/06 – Rüffert

Målet i EU-domstolen berör en tolkningsfråga som har med en tvist i nationell domstol i Tyskland att göra. I den nationella domstolen handlar det om ett företag som står mot delstaten Niedersachsen. Delstaten upphandlade ett anläggningsarbete med stomarbeten för en kriminalvårdsanstalt. I förfrågningsunderlaget framgick det ett krav om att entreprenören skulle följa kollektivavtalet för de anställda som skulle jobba på byggarbetsplatsen. Framförallt handlade det om att betala den lön som var gällande på platsen för bygget enligt kollektivavtal.⁹⁵

Det vinnande företaget anlidade ett polskt företag så som underleverantör för vissa tjänster. En förundersökning inleddes och delstaten hävde avtalet med entreprenören med hänvisning till att man brutit mot kontraktsvillkoret om vilka villkor man haft för de anställda på byggarbetsplatsen.⁹⁶

I den domstolsprocess som sedan tar vid om ersättningar med anledning av hävningen av avtalet, så landar man i att det är beroende på tolkning av EU-rätten och därför skickas en tolkningsfråga om huruvida krav på kollektivavtalsnivå i anställningsvillkor är en omotiverad inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster.⁹⁷

Domstolen diskuterar i sitt avgörande utifrån det så kallade utstationeringsdirektivet⁹⁸ som bland annat reglerar vilka krav som en medlemsstat kan ställa på företag som agerar i landet men utanför sitt eget område.⁹⁹

Direktivet behandlar situationer då ett företag tillhandahåller tjänster i ett annat medlemsland genom att man utstationerar arbetstagare till detta land för att utföra tjänsten. Domstolen konstaterar i frågan om minimilön att det regleras antingen genom att det fastslås i lag eller författning eller att det sker i kollektivavtal eller skiljedom som förklaras ha allmän giltighet. Dessa avtal eller skiljedomar ska vara sådana som ska följas av alla företag inom en viss sektor eller arbete och inom det aktuella geografiska området.¹⁰⁰

Då det i ett land inte finns lagbestämmelser som reglerar minimilön eller ett system för att förklara att kollektivavtal eller skiljedomar har allmän giltighet, så finns det en möjlighet att utgå från kollektivavtal eller domar som gäller allmänt för alla likartade företag eller ifall det har ingåtts av den mest representativa arbetsmarknadsorganisation på nationell nivå och det är ett avtal som gäller inom hela det nationella territoriet.¹⁰¹

⁹⁵ Dom C-346/06, punkt 10.

⁹⁶ Dom C-346/06, punkt 11.

⁹⁷ Dom C-346/06, punkt 16.

⁹⁸ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG.

⁹⁹ Dom C-346/06, punkt 18.

¹⁰⁰ Dom C-346/06, punkt 21.

¹⁰¹ Dom C-346/06, punkt 22.

I fallet så inkom uppgifter från den tyska delstaten att det kollektivavtal som i delstatslagen pekades ut inte var ett sådant kollektivavtal som kan anses ha allmän giltighet och domstolen konstaterar att det i målet inte fanns några uppgifter på att de skulle vara ett avtal som annars pekats ut av direktivet.¹⁰²

Till slut kan man konstatera att domstolen menar att de krav som enligt delstatslagen ska ställas och som går ut över de miniminivåer som bland annat fastställs i utstationeringsdirektivet inte är förenligt med EU-rätten.¹⁰³

Regeringen har uttalat i samband med införande av LOV-lagstiftningen¹⁰⁴ att denna dom sätter hinder för den upphandlande myndigheten att ställa krav på kollektivavtal inom upphandlingssystemet men att det skulle finnas möjlighet att ställa vissa av de krav som finns i kollektivavtalet förutsatt att de följer EU-rätten och att de grundläggande principerna följs och att kraven ska kunna följas upp.¹⁰⁵

Här kan man konstatera att kollektivavtalets ställning är beroende på hur de behandlas i den nationella lagstiftningen. I utstationeringsdirektivet så finns det olika möjligheter för att konstatera vilka lönenivåer som ska gälla för de utstationerade arbetarna, men man kan konstatera att det är miniminivåer som avses i direktivet. Det finns möjligheter att reglera det direkt i lag, eller i ett system om att förklara kollektivavtal för allmänt giltiga eller mer eller mindre ifall de kan anses vara det. Använder man sig av någon av de möjligheter som finns uppräddade i direktivet så är det inget som hindrar att man också kräver dessa nivåer. Men ifall man inte har ett system för minimilöner som passar in i de alternativ som finns i direktivet så kan man konstatera att det inte ger den upphandlande myndigheten rätt att kräva det eftersom det skulle vara allt för ingripande och bryta mot de grundläggande principerna som styr upphandlingsförfarandet.

4.3.3 C-513/99 – Bus Concordia

Fallet berör upphandling av den lokala busstrafiken i Helsingfors, där en del av utvärderingskriterierna skulle beröra bussarnas miljöaspekter baserat på kväveutsläpp och bullernivåer.¹⁰⁶

Det var HST som tilldelades kontraktet efter utvärdering. Concordia (som vid tidpunkten för anbud hette Swebus och som under processens gång också hade namnet Stagecoach) inkom också med anbud. Efter att Concordias anbud inte antagits begärdes överprövning av beslutet från Concordias sida. Man menade att den upphandlande myndigheten diskriminerade eftersom det i praktiken endast var HST som hade möjlighet

¹⁰² Dom C-346/06, punkt 26, 28.

¹⁰³ Dom C-346/06, punkt 43.

¹⁰⁴ Lag (2008:962) om valfrihetssystem.

¹⁰⁵ Prop. 2008/09:29, sid. 77-78.

¹⁰⁶ Dom C-513/99, punkt 20-21, 23.

att tillhandahålla de busstyper som utpekades genom kväve- och bullerkriterierna.¹⁰⁷

Ärendet kom efter prövning i underinstanser upp till Högsta förvaltningsdomstolen som begärde förhandsavgörande från EU-domstolen. Domstolen anförde att för att kunna avgöra målet så innebär det tolkning av EU-rätten och speciellt frågan om ifall miljöhänsyn kan vara sådana kriterier som kan användas för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹⁰⁸

Concordia menar i domstolsprövningen att kriterier som endast är av rent ekonomisk art ska kunna användas vid utvärdering av anbud. Man menar att det offentliga har andra verktyg än upphandling för att tillgodose de behov eller krav som inte är av rent ekonomisk natur.¹⁰⁹ Dock bland de inkomna svaren till domstolen var Concordia relativt ensamma om den uppfattningen.¹¹⁰ Domstolen menar att det finns kriterier som kan användas som inte direkt är av ekonomisk natur, utan har andra värden för den upphandlande myndigheten. Som exempel anför man att det uttryckligen i direktivet står att kriterier för att utvärdera anbudets estetiska förtjänster ska kunna användas. Domstolen konstaterar således att det inte finns några hinder för den upphandlande myndigheten att använda sig av kriterier så som miljöskyddskriterier.¹¹¹

Domstolen framhåller dock att det bara för att den upphandlande myndigheten kan ställa dessa krav så betyder det inte att man kan ställa dessa krav på vilket sätt som helst. Dessa krav ska användas för att just fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga, det ska ske genom tillämpning av kvalitativa och kvantitativa kriterier och dessa ska vara kopplade till kontrakt föremålet. Det pekas också ut att kriterierna måste följa de EU-rättsliga principerna som styr upphandlingsförfarandet.¹¹²

Slutligen tar sig domstolen an frågan om huruvida de kriterier, trots att det är tillåtet att ställa denna typ av kriterier, ändå strider mot likabehandlingsprincipen. Domstolen framhäver att det i detta fall trots att det inte är många företag som kan uppfylla dessa kriterier så åsidosätter det inte likabehandlingsprincipen. Speciellt när kriterierna hade ett direkt samband mellan kontrakt föremålet och kriterierna.¹¹³

Av intresse ur denna dom kan man konstatera domstolens påpekande att det kan finnas andra värden än rent ekonomiska som är viktiga för den upphandlande myndigheten. Det handlar fortfarande om kriterier som måste ha med kontrakt föremålet att göra i sin utformning följa de principer som

¹⁰⁷ Dom C-513/99, punkt 25-27.

¹⁰⁸ Dom C-513/99, punkt 32-34.

¹⁰⁹ Dom C-513/99, punkt 44.

¹¹⁰ Dom C-513/99, punkt 45.

¹¹¹ Dom C-513/99, punkt 55-57.

¹¹² Dom C-513/99, punkt 59-60, 64.

¹¹³ Dom C-513/99, punkt 82-83, 86.

styr upphandlingsförfarandet, kanske framförallt principerna om öppenhet, transparens och icke-diskriminering. Men frågan om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud anspelar också på faktorer som är av fördel för den upphandlande myndigheten sett till dess hela verksamhet. Eventuellt skulle man kunna fundera över ifall detta öppnar upp för kriterier som bland annat skulle kunna bidra med ett minskat behov av ekonomiskt bistånd, något som skulle vara positivt för myndigheten. Detta skulle då eventuellt kunna motivera åtgärder som får människor att gå från beroende av ekonomiskt bistånd till att exempelvis få en sysselsättning.

4.3.4 C-234/03 – Contse

Det var en spansk upphandlande myndighet som skulle upphandla tillhandahållandet av vissa medicinska tjänster. Detta skulle ske utifrån vissa speciella kriterier som bland annat handlar om tillhandahållandet av lokaler och produktion inom ett visst geografiskt område.¹¹⁴

För att avgöra vem som ska tilldelas kontraktet används ett poängsystem baserat på hur och på vilket sätt som man har uppfyllt de uppställda kriterierna.¹¹⁵

Målet i den nationella domstolen och de frågor som sedermera kom till EU-domstolen rörde frågan ifall de kriterier som var föremål i fallet skulle inskränka rätten till etableringsfrihet och rätten att tillhandahålla tjänster.¹¹⁶

Domstolen börjar med att konstatera att det trots vad den upphandlande myndigheten anser är det frågan om en tjänsteupphandling. Domstolen fortsätter sedan med att konstatera att för att man ska kunna inskränka de rättigheter som finns i EU-rätten, så kräver det att fyra kriterier är uppfyllda. Det krävs att de ska tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, de skall motiveras av tvingade hänsyn till allmänintresse, de skall vara ägnade att säkerställa att de mål som eftersträvas uppnås och att de inte ska vara mer än vad som är nödvändigt för att uppnå de eftersträfvade målen.¹¹⁷

Domstolen konstaterar ganska snabbt att de kriterier som används inte hindrar företag från att etablera sig i Spanien och därav inte inskränker rätten till etableringsfrihet.¹¹⁸

Prövningen fortsätter genom att domstolen undersöker huruvida kriterierna inskränker i rätten att tillhandahålla tjänster. I detta fall konstaterar domstolen att de kriterier och tilläggs-kriterier innebär dels stora investeringar som endast kan komma att betala sig ifall man blir tilldelad kriteriet. Sedan kan man också ifrågasätta att det finns så stora skillnader i tekniska aspekter eftersom tekniken som används produceras endast av två

¹¹⁴ Dom C-234/03, punkt 8-9, 12-13.

¹¹⁵ Dom C-234/03, punkt 14.

¹¹⁶ Dom C-234/03, punkt 24.

¹¹⁷ Dom C-234/03, punkt 22, 25.

¹¹⁸ Dom C-234/03, punkt 27.

till tre företag i världen. Domstolen gör bedömningen att rätten att tillhandahålla tjänster är inskränkt i detta fall och att det då blir en fråga ifall det är motiverat utifrån de fyra kriterier som krävs (se ovan).¹¹⁹

Domstolen menar att det i detta fall ankommer på den nationella domstolen att göra den slutliga bedömningen, men att EU-domstolen kan bidra med principiella vägledningar.¹²⁰

För att vägleda den nationella domstolen går EU-domstolen in och analyserar de ställda kriterierna utifrån de fyra kriterierna ovan som gör att man kan godta brott mot de friheter som EU-rätten stipulerar. Domstolen inleder med att undersöka kriteriet om icke-diskriminering. Man konstaterar här att det inte bara handlar om direkt utan också indirekt diskriminering och att det ankommer på den nationella domstolen att avgöra ifall de ställda villkoren inte bara i text utan också i praktiken är icke-diskriminerande.¹²¹

När det gäller frågan om kravet att förfoga över lokaler så konstaterade domstolen tidigare att detta inte var en inskränkning av etableringsfriheten och domstolen menar att det då inte torde vara diskriminerande heller.¹²²

När domstolen går vidare och undersöker ifall kraven som motiveras för att säkra patienternas liv och hälsa går ut över vad som är nödvändigt så konstateras det att det inte visats att kravet på att anbudsgivare vid avlämnade av anbudet ska förfoga över dessa lokaler är proportionerligt. Speciellt så som att det också krävs att det ska finnas tillgång till en supportertjänst 24 timmar om dygnet.¹²³

Domstolen undersöker sedan ett villkor om att anbudsgivaren ska äga en anläggning för påfyllnad av gas inom en radie om 1000 km från provinsen i fråga. Här poängterar domstolen bland annat just faktumet att anbudsgivare inte bara ska ha tillgång till en sådan anläggning utan också att anbudsgivaren ska äga en sådan anläggning. Dessutom lyfter man fram att den konkreta geografiska begränsningen genom radien på 1000 km, ger en geografisk begränsning som inskränker möjligheten att leverera från områden utanför. Man menar till sist att det inte förefaller att dessa villkor är anpassade till det eftersträlvade målet i fråga.¹²⁴

Till sist kan konstateras att de bedömningskriterier som användes i upphandlingen hade fokus på en mycket större produktionsvolym än vad som var fallet i upphandlingen. Detta menar domstolen visar att kriterierna inte kunde härröras till kontrakt föremålet. Slutsatsen blev att villkor

¹¹⁹ Dom C-234/03, punkt 32-33.

¹²⁰ Dom C-234/03, punkt 34.

¹²¹ Dom C-234/03, punkt 36-37.

¹²² Dom C-234/03, punkt 38.

¹²³ Dom C-234/03, punkt 40, 43, 45.

¹²⁴ Dom C-234/03, punkt 57-59.

användes som var oproportionerliga och att bedömningskriterierna gick utöver vad som var motiverat och kopplat till kontrakt föremålet.¹²⁵

Denna dom illustrerar vikten av att den upphandlande myndigheten håller sig till kriterier som har med produktionen av det som upphandlas att göra och inte har med hela företaget som sådant att göra. Detta har givetvis bäring på krav som exempelvis har med företagets arbete med socialt ansvar eller liknande. Det är alltså viktigt att de krav som ställs är kopplade till föremålet för upphandlingen och att de krav som man ställer på produktion och liknande då endast handlar om krav som har med produktionen av det som är föremål för upphandlingen.

Från domen kan man också konstatera att det är viktigt att de villkor man sätter upp inte är indirekt diskriminerande. I domen gör domstolen en analys av de kriterier som ställts och även fast de krav som den upphandlande myndigheten ställt inte explicit uttrycker att det ska vara leverantörer från vissa länder så gör domstolen bedömningen att konsekvenserna av villkoren blir sådana att det blir begränsningar i geografi. Alltså att villkoret gör att alla potentiella anbudsgivare utanför detta område, på ett icke-motiverat sätt, diskrimineras.

4.3.5 C-31/87 – Beentjes

I fallet hade ett företag från Nederländerna inte tilldelats ett offentligt kontrakt trots att företaget i fråga hade avgett det lägsta anbudet. Företaget ifrågasatte en del av de krav som hade används av den upphandlande myndigheten, men den fråga som är relevant för denna uppsats är ifall ett anbud kan exkluderas på grund ut av att anbudsgivaren verkar sakna förmåga att anställa långtidsarbetslösa.¹²⁶

Frågan om en anbudsgivares förmåga att anställa långtidsarbetslösa är inte ett sådant kriterium som används för att avgöra anbudsgivarens ekonomiska eller finansiella ställning, inte heller används det för att avgöra anbudsgivarens tekniska kunnande och det får inte användas som ett kriterium för att tilldela kontrakt.¹²⁷

Domstolen påpekar att för att kriteriet ska vara förenligt med EU-rätten och direktivet så måste det följa alla de principer som finns i EU-rätten, framförallt principerna om etableringsfrihet och rätten att tillhandahålla tjänster.¹²⁸

Det är också viktigt att kriteriet inte riskerar att vara diskriminerande på grundval av nationalitet. Detta inkluderar både direkt och indirekt diskriminering och därför kommer det vara extra viktigt att undersöka ifall det kriterium man använder riskerar att vara ett sådant som endast kan

¹²⁵ Dom C-234/03, punkt 68, 79.

¹²⁶ Dom C-31/87, punkt 2-4.

¹²⁷ Dom C-31/87, punkt 28.

¹²⁸ Dom C-31/87, punkt 29.

uppfyllas av inhemska anbudsgivare. Det skulle också kunna vara diskriminering ifall det visar sig att det skulle medföra större svårigheter för utländska anbudsgivare jämfört med inhemska. Denna typ av kriterium råder också under regler för annonsering, alltså att de ska tydligt framgå av det meddelande som den upphandlande myndigheten skickar ut när de ska genomföra sin upphandling.¹²⁹

Domstolen konstaterar således att frågan om man kan ställa krav på anställning av långtidsarbetslösa inte får leda till direkt eller indirekt diskriminering av anbudsgivare som kommer från andra medlemsländer. Dessutom måste denna typ av krav också framgå av upphandlingsannonsen.¹³⁰

I fallet var också en av frågorna ifall den upphandlande myndigheten får ha som ett villkor att den upphandlande myndigheten kan ge kontraktet till den anbudsgivare som verkar vara mest acceptabel. Domstolen menar här att det beror på hur det tolkas och regleras enligt nationell lag, men att det inte får handla om en reglering som innebär att den upphandlande myndigheten får på godtyckligt grund tilldela anbudsgivare offentliga kontrakt. Skulle så vara fallet så skulle det inte vara förenligt med direktivet.¹³¹

Här kan man se vikten av icke-diskriminerande kriterier för att upphandlingen ska vara förenlig med unionsrätten. Det är alltså viktigt att när den upphandlande myndigheten exempelvis lägger in kriterier som har arbetsmarknadspolitiskt syfte att dessa utformas så att de inte blir diskriminerande mot vissa anbudsgivare. Det är alltså tydligheten och utformningen som är det avgörande för ifall man kan ställa denna typ av krav. Det som också kan konstateras är att domstolen i detta fall kategoriserar kriteriet om arbetsmarknadspolitiska åtgärder så som ett kriterium för kontraktets utförande och inte ett kriterium som kan användas vid kvalificering eller tilldelning av kontrakt.

Domstolen passar också på att påpeka vikten av transparens och tydlighet i upphandlingen och att det inte får vara kriterier som öppnar upp för godtycklighet hos den upphandlande myndigheten vid bedömning av anbud.

4.3.6 C-225/98 – Kommissionen mot Frankrike

Kommissionen stämde den franska staten eftersom en av deras myndigheter hade i offentliga upphandlingar bland annat använt sig av kriterier kopplat till ett lokalt projekt för bekämpande av arbetslöshet. Kommissionens invändning var att kriterierna var att betrakta som upphandlingskriterier och inte som ett kriterium för verkställande.¹³²

¹²⁹ Dom C-31/87, punkt 30-31.

¹³⁰ Dom C-31/87, punkt 37.

¹³¹ Dom C-31/87, punkt 25-27.

¹³² Dom C-225/98, punkt 26, 46.

Kommissionen medger att det genom Beentjes-domen (finns refererad ovan) är tillåtet att ställa krav som har med bekämpande av arbetslösheten att göra, men att dessa krav endast kan ställas som verkställighetskrav. Kommissionen menar att sysselsättningskrav inte kan ställas så som ett upphandlingskriterium som ska utvärderas vid prövning av anbud eftersom det då endast ska fästas fokus på det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.¹³³

Domstolen konstaterar att kommissionen i detta fall inte har gjort gällande att kriteriet som sådant skulle vara oförenligt med gemenskapsrätten och det därför inte ankommer på domstolen att göra en materiell bedömning av kriteriet utan endast avgöra på vilket sätt den typen av kriterier kan ställas.¹³⁴

Det framhävs i domstolens bedömning att för att avgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan man använda sig av flera olika kriterier för att nå fram till ett sådant resultat. Ett sådant kriterium skulle kunna vara bekämpande av arbetslöshet.¹³⁵

Dock krävs det att kriteriet fortfarande följer det grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om bland annat icke-diskriminering och att det inte hämmar etableringsrätten och rätten att fritt tillhandahålla tjänster. Domstolen pekar i detta fall tillbaka på Beentjes-domen där man kunde konstatera att det kriterium om bekämpande av arbetslöshet som i den domen godkändes av domstolen hade den verkan att ifall det inte skulle vara uppfyllt så skulle inte anbudet antas, alltså var det en del av utvärderingen av anbudet och inte en del i verkställighetsregler.¹³⁶

Sammanfattningsvis kan man konstatera att kommissionen inte hade framgång med sin talan och att det konstaterades att denna typ av kriterier kan ställas också så som upphandlingskriterier om det håller sig inom gränserna för de gemenskapsrättsliga principerna.¹³⁷

Det poängteras i domen att i och med kommissionens talan så blir domstolens bedömning något smalare. Det man dock kan konstatera och ta med sig är att det framhävs åter igen att arbetsmarknadspolitiska kriterier kan användas och att den upphandlande myndigheten för att avgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte enbart behöver hålla sig till strikt ekonomiska parametrar. Beroende på utformning så skulle alltså bekämpande av arbetslöshet vara ett sådant kriterium. Detta konstaterades redan i Bus Concordia domen (refererad ovan), men nu kan man se att domstolen även resonerade så då det var frågan om sociala krav.

¹³³ Dom C-225/98, punkt 46.

¹³⁴ Dom C-225/98, punkt 53.

¹³⁵ Dom C-225/98, punkt 49-50.

¹³⁶ Dom C-225/98, punkt 50, 52.

¹³⁷ Dom C-225/98, punkt 54.

4.3.7 C-6/05 – Medipac – Kazantzidis

I fallet var det ett grekiskt sjukhus som skulle inhandla viss typ av material för sjukhusbruk. Detta skedde i en upphandling där det föreskrevs att de produkter som skulle levereras skulle vara certifierade enligt European Pharmacopoeia och vara CE-märkt.¹³⁸

Företaget Medipac var en av nio som inkom med anbud om att leverera de efterfrågade produkterna. Dock så beslutade den upphandlandet myndigheten att exkludera dem eftersom deras produkter och framförallt en del av ett material som användes i dessa produkter inte ansågs vara säkra. Detta efter att en läkare vid det sjukhus där produkterna skulle användas framfört en rekommendation att produkten inte skulle användas. Därav så avvisades Medipacs anbud.¹³⁹

Medipac begärde prövning av beslutet i nationella domstolar i Grekland, där skickades sedan frågor om förhandsavgörande till EU-domstolen.¹⁴⁰

En av frågorna som skickades till EU-domstolen handlade om huruvida man som upphandlande myndighet kan avvisa en produkt som är certifierad enligt de gällande EU-normerna på grunden att det skulle vara för att skydda folkhälsan.¹⁴¹

Medipac menar tillsammans med kommissionen att medlemsstater inte kan förbjuda produkter som har blivit certifierade enligt EU-direktivet om medicinska produkter¹⁴² och som i detta fall bär CE-märkningen. Man menar att märkningen medför att produkten uppfyller de krav som finns i direktivet och att det genom direktivet finns en presumtion att produkter som har CE-märkningen ska vara godkända produkter i hela unionen. Möjligheten att inskränka detta finns endast i fråga om skyddsåtgärder som sker i enlighet med direktivet om medicinska produkter.

Domstolen konstaterar att direktivet om medicinska produkter harmoniserar de viktigaste kraven som medicinska produkter ska klara. När en produkt har blivit godkänd och certifierad enligt direktivets föreskrifter så ska den anses uppfylla de krav som finns och alltså vara lämplig för det ändamål som den är ämnad att användas till. Dessutom är det viktigt att dessa produkter ska få cirkulera fritt på den inre marknaden (inom unionen).¹⁴³

Men det går att konstatera att presumtionen kan brytas ifall man finner att den medicinska utrustningen som bär CE-markeringar ändå kan anses utgöra en risk för patienter eller användare. Medlemsstaterna har att centralt samla in och utvärdera incidenter eller andra rapporter om produkten efter

¹³⁸ Dom C-6/05, punkt 21.

¹³⁹ Dom C-6/05, punkt 22-24.

¹⁴⁰ Dom C-6/05, punkt 25-27.

¹⁴¹ Dom C-6/05, punkt 37.

¹⁴² Rådets Direktiv 93/42/EEG av den 14 juni 1993 om medicintekniska produkter

¹⁴³ Dom C-6/05, punkt 42-43.

det att den har introducerats på marknaden. Om medlemsstaten utifrån de inkomna uppgifterna överväger att vidta vissa åtgärder så måste EU-kommissionen informeras.¹⁴⁴

Vidare menar man att direktivet om medicinska produkter också inkluderar ett ansvar hos medlemsstaterna att vidta åtgärder ifall det skulle visa sig att produkter som har godkänts och placerats på marknaden innebär risker. Dessa åtgärder innebär att medlemsstaten ska vidta alla nödvändiga åtgärder för att produkten tas bort från marknaden, förhindra att de placeras där eller att de börjar användas. Detta ska meddelas till kommissionen som då också prövar ifall medlemsstatens åtgärder är befogade eller inte.¹⁴⁵

Denna prövning av produkterna och beslut om vidtagande av åtgärder ska göras av en av medlemsstaten speciellt utpekad myndighet eller organ. Samt att medlemsstaten ska ha rutiner för hur kommissionen på lämpligt vis meddelas. I detta fall menar domstolen att den upphandlande myndigheten i fallet inte är en sådan av staten utpekad myndighet och att den därmed inte kan göra dessa typer av bedömningar. Den upphandlande myndigheten skulle i stället informerat rätt myndighet om den oroväckande informationen som fanns om produkten så att de rätta skyddsrutinerna kunde göras verksamma.¹⁴⁶

Domstolen menar också att det framgår av ordalydelsen och av syftet med direktivet om medicinska produkter att vilken upphandlande myndighet som helst inte ska kunna göra egna bedömningar utan att det ska just vara en speciell utsedd myndighet som sköter denna typ av bedömningar. För att upprätthålla exempelvis principen om fri rörlighet för varor och tjänster.¹⁴⁷

Domstolen kommer slutligen fram till att principerna om likabehandling och om öppenhet gör att den upphandlande myndigheten inte kan göra egna bedömningar utifrån säkerhets och hälsoaspekter ifall anbudet uppfyller de kriterier som ställdes upp för upphandlingen. För att säkerhets och hälsoaspekter ska kunna beaktas (utöver vad som sägs i upphandlingsunderlaget) så måste de förutbestämda rutinerna hos en övervakande myndighet användas.¹⁴⁸

Vid beaktande och utvärdering av anbudsgivare är det viktigt att alla behandlas lika och på ett korrekt sätt. Domen illustrerar just vikten av att man håller sig inom ramarna för de regelverk som finns, för att den upphandlande myndigheten ska förhålla sig rätt till anbudsgivarna. I fallet så kunde man inte utesluta ett anbud på grunder som inte hade vidimerats av den korrekta nationella myndigheten. Denna princip kommer troligen också gälla vid bedömning av anbudsgivare utifrån ett socialt perspektiv.

¹⁴⁴ Dom C-6/05, punkt 44-45.

¹⁴⁵ Dom C-6/05, punkt 46.

¹⁴⁶ Dom C-6/05, punkt 47-49.

¹⁴⁷ Dom C-6/05, punkt 50-51.

¹⁴⁸ Dom C-6/05, punkt 55.

4.3.8 C-213/07 - Michaniki

I detta fall handlar det om en upphandling av arbeten som ska utföras för utbyggnaden av en snabbtågslinje mellan två städer i Grekland. I upphandlingsförfarandet hade det inkommit anbud från bland annat företaget Michaniki.¹⁴⁹

Företaget fick dock inte vara med i upphandlingen då det enligt grekisk rätt föreligger hinder ifall det finns kopplingar mellan det anbudsgivande företaget och ett mediaföretag, varpå tvist uppstod vid domstol i Grekland om just denna fråga och förhandsavgörande från EU-domstolen begärdes.¹⁵⁰

Först hade EU-domstolen att avgöra ifall den lista på grunder för uteslutning av anbudsgivare som deltar vid offentlig upphandling av byggtreprenader är uttömmande eller inte.¹⁵¹

Domstolen konstaterar här att ett av syftena med direktivet är att främja etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster. Detta gör att den lista på uteslutningsgrunder baserat på den yrkesmässiga hedern eller finansiella ställningen har syftet att vara en uttömmande lista och att medlemsstaterna inte har att komplettera listan med fler uteslutningsgrunder.¹⁵²

Domstolen menar dock att detta inte hindrar att medlemsstaterna meddelar materiella regler som handlar om hur myndigheter ska iaktta principer om likabehandling och öppenhet i upphandlingsförfarandet. Dock är det så att dessa nationella föreskrifter måste iaktta proportionalitetsprincipen och då säkerställa att reglerna inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet.¹⁵³

Den grekiska domstolen frågade sedan EU-domstolen huruvida en bestämmelse om att det inte får finnas kopplingar mellan mediasektorn och ett byggföretag ifall byggföretaget ska kunna vara föremål för ett offentligt kontrakt, är förenlig med gemenskapsrätten eller ej. EU-domstolen poängterar här att det inte är domstolens uppgift att avgöra nationell lagstiftnings förenlighet med EU-rätten, utan att det är något som ankommer på den nationella domstolen. Dock kan EU-domstolen uttrycka hur den anser att man kan tolka EU-rätten för att på så sätt ge vägledning till den nationella domstolen.¹⁵⁴

Att det sker ett arbete hos medlemsstaten som handlar om att säkerställa öppenhet och transparens vid upphandlingar är ett befogat syfte enligt domstolen. Att man som det förevarande fallet har regler kring medias inflytande över upphandlingar kan mycket väl vara berättigat för att

¹⁴⁹ Dom C-213/97, punkt 12-13.

¹⁵⁰ Dom C-213/97, punkt 17, 20-21.

¹⁵¹ Dom C-213/97, punkt 37.

¹⁵² Dom C-213/97, punkt 39, 43.

¹⁵³ Dom C-213/97, punkt 44, 47-48.

¹⁵⁴ Dom C-213/97, punk 50-52.

säkerställa mångfald och oberoende av media. Därför så finns det inga hinder att ha dessa typer av regler eller villkor, men dessa måste givetvis vara förenliga med proportionalitetsprincipen.¹⁵⁵

Dock konstaterar domstolen att i det grekiska fallet så innebär den regel som är i fråga i detta fall att det skulle vara oproportionerligt och inte på ett klart sätt vara motiverat till det syfte som den är satt att uppnå.¹⁵⁶

Domen är viktigt ur hänseendet vilka krav man ställer på anbudsgivaren. Alltså vilka krav som ska gälla för att anbudsgivaren ska kunna kvalificeras för att få vara med i upphandlingen. Dessa krav måste vara proportionerliga utifrån de bakomliggande syften som finns för att ställa kriterierna. Dessa syften måste sedan också vara motiverade mot bakgrund av unionsrätten.

4.3.9 C-341/05 – Laval

Fallet rör ett lettiskt byggföretag som genom sitt helägda dotterbolag i Sverige bedrev byggtjänster på bland annat ett skolbygge i Vaxholms kommun. På platsen var det lettiska byggarbetare som var utstationerade från Lettland som arbetade, ingen av dem var medlemmar i ett svenskt fackförbund men det var tecknat lettiskt kollektivavtal.¹⁵⁷

Det skedde förhandlingar mellan Laval och fackförbunden i Sverige om att ingå svenskt kollektivavtal men dessa förhandlingar gick inte i lås och de svenska fackförbunden varslade om stridsåtgärder först genom blockad av arbetsplatsen och sedan genom sympatiåtgärder som gjorde att Laval inte kunde vara med och erbjuda sina tjänster på andra byggplatser i Sverige. Till slut gick det svenska dotterbolaget i konkurs.¹⁵⁸

Laval stämde de fack som vidtagit stridsåtgärder vid arbetsdomstolen och där konstaterade domstolen att det fanns EU-rättsliga frågor som skulle behöva belysas, därför skickade arbetsdomstolen frågor om huruvida de vidtagna stridsåtgärderna var förenliga med EU-rätten och huruvida den svenska regleringen i form av ”*lex Britannia*” som är ett undantag från förbudet att man inte får använda fackliga stridsåtgärder för att tränga undan ett redan ingånget kollektivavtal är förenligt med EU-rätten eller ej.¹⁵⁹

Det konstateras i domen att det i Sverige inte finns system för fastställande av minimilön så som det föreskrivs i utstationeringsdirektivet¹⁶⁰. Det finns inte en lagstadgad minimilön, det finns inte ett system för allmängiltigförklarande av kollektivavtal och Sverige hade inte vid det

¹⁵⁵ Dom C-213/97, punkt 59-61.

¹⁵⁶ Dom C-213/97, punkt 68-69.

¹⁵⁷ Dom C-341/05, punkt 27-28.

¹⁵⁸ Dom C-341/05, punkt 35-38.

¹⁵⁹ Dom C-341/05, punkt 39-40.

¹⁶⁰ Europaparlamentet och rådets direktiv 96/71/EG.

tillfället bestämt att man kan utgå från ett för branschen allomfattande kollektivavtal.¹⁶¹

Domstolen konstaterar således att det inte finns en rätt för medlemsstaten att utifrån direktivet kräva minimilön i och med att det inte är fastställt på något i direktivet angivet sätt.¹⁶²

Domstolen gör en liknande bedömning vad avser de regler i kollektivavtalen som går utöver den svenska lagstiftningen på områden och att Sverige inte enligt direktivet har rätt att kräva det.¹⁶³

Slutligen kan det konstateras att domstolen menar att stridsåtgärder som är till för att förmå en part att acceptera villkor som går ut över vad som är föreskrivet så som minimikrav enligt utstationeringsdirektivet¹⁶⁴ är oförenliga med det i EU-rätten fastslagna rätten om fri rörlighet för varor och tjänster.¹⁶⁵

Domen är viktig för att sätta upp gränser och ge vägledning hur man ska tolka rätten att tillhandahålla tjänster som är fastslagen i fördraget. Domen ger därmed ramarna för unionsrätten som ligger som grund för de krav och på den utformning som kan ske utifrån en offentlig upphandling.

4.4 Sammanfattning

Det går att göra slutsatsen att EU-rätten både är generös men också svårhanterlig. Efter den genomgång av rättspraxis som skett, kan man konstatera att det finns möjligheter att på olika sätt ta sociala hänsyn eller andra hänsyn om så önskas. Den springande punkten är dock att man gör det på rätt sätt.

Det är till och med så att EU-domstolen klart och tydligt proklamerar att det inte finns hinder för att exempelvis ta sociala hänsyn, eller än mer konkret att kräva att produkter ska komma från rättvis handel. Men ändå så slutar det med att det är den upphandlande myndigheten som har gjort fel i sin upphandling.

Det går alltså att konstatera att den största problematiken inte ligger i ifall man får ställa sociala krav eller inte, utan att det i mångt och mycket ligger i frågeställningen, hur man får ställa dessa krav.

Vad som dess fall illustrerar är att det viktigaste som den upphandlande myndigheten måste reflektera över när olika krav ska formuleras och ställas är hur kraven förhåller sig till de olika principerna som styr unionsrätten och

¹⁶¹ Dom C-341/05, punkt 63-67.

¹⁶² Dom C-341/05, punkt 71.

¹⁶³ Dom C-341/05, punkt 80-81.

¹⁶⁴ Europaparlamentet och rådets direktiv 96/71/EG.

¹⁶⁵ Dom C-341/05, punkt 111.

upphandlingsförfarandet. Det är utifrån en avvägning baserat på dessa principer som kraven och kriterierna kan formuleras och ställas.

5 ILO och dess betydelse

Sverige har anslutit sig till ILO:s konvention nummer 94 som handlar om att garantera att arbetare som utför ett jobb som ingår i ett offentligt kontrakt inte ska ha sämre arbetsförhållanden eller anställningsvillkor än vad det är för andra anställda inom samma yrkesområde.¹⁶⁶

Bland annat så ålägger konventionen de anslutna staterna att i offentliga kontrakt ha klausuler som säger att arbetstagare ska garanteras lönenivåer och andra anställningsvillkor som bland annat ligger i paritet med bland annat kollektivavtal.¹⁶⁷ Denna klausul har varit föremål för debatt under många år, speciellt när man diskuterar relationen mellan denna konventions bestämmelser och de åtaganden som konventionsländerna har mot EU-rätten.

Riksdagen fattade 2011 beslut om att tillkännage till regeringen att man vill se att Sverige ratificerar ILO 94 konventionen och gör de lagstiftningsmässiga justeringar som krävs för att Sverige ska följa konventionen.¹⁶⁸

Att det finns konflikter mellan ILO och EU-rätten har också uppmärksammats av regeringen som höll ett nordiskt seminarium kring frågan 2008.¹⁶⁹

Från EU-domstolen har förhållandet mellan ILO-konvention 94 och EU-rätten inte berörts. Det har uppmärksammats av bland annat tidskriften EU & arbetsrätt, där EU-domstolens tolkning i målet Rüffert (refererat ovan) går stick i stäv med de åtaganden som finns enligt ILO 94-konventionen. Den del som främst är uppe för diskussion är den om hur den fria rörligheten ska förhålla sig till kraven enligt ILO 94 och de fackliga rättigheterna.¹⁷⁰

I domen i fallet Rüffert så inkom både Danmark, Norge och Finland med yttrande till domstolen som just belyste den konflikt som finns mellan ILO 94 och EU-rätten. Dessa yttranden valde dock domstolen inte att besvara i sitt avgörande.¹⁷¹

Sverige har bland annat inom ramen för EU-samarbetet tagit upp frågan om ILO 94:s kompatibilitet med EU-rätten. Bland annat har frågor ställts till kommissionens rättstjänst där man ställt frågor kring just förhållandet

¹⁶⁶ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 120-122.

¹⁶⁷ ILO no. 94 – Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949, artikel 2.

¹⁶⁸ Betänkande 2010/11:AU10 Arbetsrätt.

¹⁶⁹ <http://www.regeringen.se/content/1/c6/10/32/07/d6d6a664.pdf>

¹⁷⁰ Ahlberg, Kerstin, Domen i Målet Rüffert: EG-domstolen på kollisionkurs med ILO:s konvention 94, EU & arbetsrätt 1 2008.

¹⁷¹ Yttrande från den Finska regeringen, 7/12-2006, HEL6100-28.

mellan ILO 94 och EU-rätten. I anteckningar från en muntlig dragning i en av rådsarbetsgrupperna rapporteras om rättstjänstens inställning till frågeställningen.¹⁷²

Enligt rapporten framhäver rättstjänsten att EU-domstolen i fallet Rüffert (som refererats ovan) inte tog ställning till huruvida det finns en konflikt mellan ILO 94 och EU-rätten eller inte. Italien har i detta sammanhang framfört att man skulle inför ILO-konventionen i bilagan till direktivet vilket anger att direktivet inte hindrar tillämpningen av konventionen som är listade.¹⁷³

Rättstjänsten framhäver att det skulle vara komplicerat att införa konventionen i listan och att relationen mellan konventionen och direktivet skulle behöva analyseras vidare, speciellt i ljuset av Rüffert-domen. I slutänden så konstaterar rättstjänsten att det blir en politisk fråga huruvida förhållandet mellan ILO 94 och EU-rätten formellt ska utvecklas eller ej.¹⁷⁴

Det går alltså att konstatera att det är oklart hur relationen mellan ILO 94 och EU-rätten förhåller sig. Till sist kommer det troligen handla om politiska avvägningar ifall denna fråga ska kunna belysas tydligare framöver.

Att det varit föremål för debatt är något som också speglades när effekterna av Lavaldomen (refererad ovan) presenterades. Arbetsdomstolen beslutade efter att EU-domstolens förhandsavgörande kom att döma de berörda fackförbunden till skadestånd, något som ILO:s expertkommitté några år senare dömde som ett brott mot ILO-förpliktelserna. Dock poängterar expertkommittén att man inte yttrar sig över ifall EU-domstolens dom var fel eller inte, utan man kommenterar endast de konsekvenser som domen fick i Sverige. Men det illustrerar på ett intressant sätt den spänning som finns mellan EU-rätten och ILO-regelverket.¹⁷⁵

¹⁷² Utdrag ur aktbilaga från Socialdepartementet, 300 i S2012/430.

¹⁷³ Utdrag ur aktbilaga från Socialdepartementet, 300 i S2012/430.

¹⁷⁴ Utdrag ur aktbilaga från Socialdepartementet, 300 i S2012/430.

¹⁷⁵ Petra Herzfeld Olsson, ILO-kritik: Laval-domen grav kränkning av föreningsfriheten Staten bör kompensera facken för skadeståndet, EU & arbetsrätt, 2013.

6 Det nationella perspektivet

Direktivet som ovan behandlats har i svensk lagstiftning implementerats genom lagen om offentlig upphandling (LOU)¹⁷⁶. Denna lag reglerar dock, precis som EU-direktivet inte tjänster inom områdena vatten, energi, transport eller post. Däremot gäller vissa upphandlingar på försvarsområdet.¹⁷⁷

Principerna som ligger till grund för hur upphandlingsförfarandet ska fungera återfinns i 1 kap. 9§, där principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet finns. I 1 kap. 9a§, uttrycks sedan att den upphandlande myndigheten bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn. Det kan alltså mer ses som ett målsättningsstadgande än som ett åläggande på den upphandlande myndigheten.

Det svenska syftet med den offentliga upphandlingen är att ta tillvara på den konkurrens som finns på marknaden och på så vis se till att de skattepengar som handhas används på bästa och mest effektiva sätt.¹⁷⁸

När Sverige har implementerat EU-direktiven till svensk lagstiftning har man i mångt och mycket valt att lägga sig så nära direktivet och direktivtexten som möjligt. Detta har givetvis bidragit till att de otydligheter som funnits redan i direktivtexten också flyttats med in i den svenska lagstiftningen. Lagstiftaren har alltså valt att inte själv genom lagstiftningen ta ställning till en del av de oklarheter som finns i direktiven, utan överlämnat denna uppgift till myndigheter och domstolar att lösa i tillämpningsstadiet.¹⁷⁹

Den nuvarande lagstiftningen på upphandlingsområdet grundas i två SOU-utredningar.¹⁸⁰ Dessa lyfter fram att det grundläggande syftet med offentlig upphandling och EU-direktivet är att se till att friheten att tillhandahålla varor och tjänster på den inre marknaden ska respekteras.¹⁸¹

I Sverige så är upphandlingsdirektivet implementerat i svensk rätt genom LOU, LUF, LOV, LUFs. Dessa baseras till stora delar så som den europeiska regleringen ser ut. Det man kan säga att Sverige valt att göra är att reglera den delen av inköpen som ligger under de europeiska gränsvärdena.¹⁸²

¹⁷⁶ Lag (2007:1091) om offentlig upphandling.

¹⁷⁷ Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, 1 kap. 3-3a§§.

¹⁷⁸ SOU 2011:73, sid 39.

¹⁷⁹ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 46-48.

¹⁸⁰ SOU 2005:22 och SOU 2006:28.

¹⁸¹ SOU 2005:22, sid. 195.

¹⁸² Prop. 2006/07:128, sid. 280-282, 423-424.

När det handlar om sociala hänsyn trycker regeringen på att man måste skilja på vilka krav man ställer och hur man ställer dessa. Bland annat är det enklare att ställa sociala krav på anbudsgivarens organisation och verksamhet ifall det handlar om upphandling av en tjänst eller av en produkt som anbudsgivaren ska tillverka på uppdrag av den upphandlande myndigheten. Att ställa sociala krav på företagets organisation när det kommer till direkta inköp av produkter som inte ska specialtillverkas för den upphandlande myndigheten riskerar sådana krav i stor utsträckning att vara diskriminerande för anbudsgivare från andra länder.¹⁸³

Den svenska implementeringen av upphandlingsdirektivet kan inte anklagas för att tänja allt för mycket på direktivets gränser när det kommer till att tillåta den upphandlande myndigheten att ta sociala hänsyn. Man har varit mycket försiktig. Dock har regeringen under senare år betonat vikten av att den upphandlande myndigheten vid upphandlingar även tar miljömässiga och sociala hänsyn.¹⁸⁴ Bland annat kan detta illustreras med införandet av den så kallade ”bör-regeln”. Då upphandlingslagen ändrades så att den nu uppmanar den upphandlande myndigheten att ta miljöhänsyn och sociala hänsyn.¹⁸⁵

Man kan för övrigt konstatera att det är viktigt att när den upphandlande myndigheten ställer sociala krav så ska det göras på ett klart, tydligt och transparent sätt. Det är viktigt att tydlighet och klarhet får vara ledorden för myndighetens ställande av sociala krav.¹⁸⁶

6.1 Särskilda kontraktsvillkor

I den svenska lagstiftningen regleras användandet av särskilda kontraktsvillkor på sådant sätt att det är den upphandlande myndigheten som får ställa krav på utförande av upphandlingen. Lagtexten specificerar där särskilt att man får använda sig av sociala eller miljömässiga villkor.¹⁸⁷

När det gäller implementeringen i svensk rätt av möjligheten att ställa kontraktsvillkor har detta tagit sig uttryck mycket i riktade insatser till vissa specifika grupper. Det kan exempelvis handla om krav på att arrangera yrkesutbildning på arbetsplatsen, insatser för personer med speciella svårigheter att komma in på arbetsmarknaden, insatser för att minska arbetslösheten och skydda miljön.¹⁸⁸

¹⁸³ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 46-48.

¹⁸⁴ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 51-52.

¹⁸⁵ Prop. 2009/10:180, sid. 267-273.

¹⁸⁶ Miljöstyvningsrådet, Kravställan och verifiering inom hållbarhet nedåt i leverantörskedjan, Miljöstyvningsrådets rapport 2010:8, 2010, sid. 28-33.

¹⁸⁷ Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, 6 kap. 13§.

¹⁸⁸ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 48-49.

Miljöstyrningsrådet (MSR) har jobbat till viss del med sociala krav vid offentlig upphandling, främst i frågan om etiska krav som ställs på produkter som inhandlas av den upphandlande myndigheten, exempelvis kaffe, te och drivmedel. Rådet har i mångt och mycket jobbat med att se över system för övervakning av de krav som ställs upp. Framförallt har rådet lyft fram möjligheten att använda sig av villkor som skulle betecknas så som särskilda kontraktsvillkor. Rådet lyfter också fram att arbetet med att ta miljöhänsyn i den offentliga upphandlingen också torde kunna inkludera sociala hänsyn och krav. Framförallt ser rådet vinster med att samordna kontrollen och efterlevnaden av dessa krav.¹⁸⁹

6.2 Tekniska specifikationer

Den upphandlande myndigheten får enligt LOU använda sig av tekniska specifikationer för att precisera produkten eller framhäva vissa kvalitéer eller prestanda på produkten eller tjänsten. Det får hänvisas till olika standarder eller andra referenssystem, dock måste det också framgå av meddelandet om upphandling att det också handlar om likvärdiga standarder, märkningar eller referenssystem. För sociala hänsyn handlar det främst om möjligheten att ställa krav på tillgänglighet för funktionshindrade och att generellt på tillgängligheten för samtliga användare av en tjänst.¹⁹⁰

6.3 Kvalificering av anbudsgivare

För att kontrollera anbudsgivare så finns det regleringar kring detta i LOU:s tionde och elfte kapitel. Där regleras det bland annat hur man kan kontrollera finansiell ställning, hur man avgör anbudsgivarens ställning i form av kompetens och ifall man har begått brott inom området för upphandlingen.

Bland annat så finns möjlighet att ställa krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 11 kap. 10§. Här kan man också använda sig av standarder eller klassificeringssystem, så länge man också accepterar andra likvärdiga sätt att visa upp sin yrkesmässiga kapacitet.

Möjligheten att utestänga anbudsgivare som brister eller begått brott som strider mot yrkesetiken, var föremål för stora diskussioner på EU-nivå (se ovan). Dock när det skulle implementeras i svensk rätt så valde lagstiftaren att inte förtydliga detta i den svenska lagstiftningen. Varken i lagstiftningen eller i förarbetena valde lagstiftaren att så som i direktivets inledning förtydliga vad det kan handla om för brott.¹⁹¹

¹⁸⁹ Miljöstyrningsrådet, Kravställan och verifiering inom hållbarhet nedåt i leverantörskedjan, Miljöstyrningsrådets rapport 2010:8, 2010, sid. 14-16, 28-31.

¹⁹⁰ Lag (2007:1091) om offentlig upphandling, 6 kap. 1-3§§.

¹⁹¹ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 49.

Möjligheten att vid onormalt låga anbud begära in redogörelser för hur man följer reglerna för arbetsvillkor och arbetsskydd implementerades också i svensk rätt och följer i mångt och mycket direktivet.¹⁹²

På samma sätt som ovan har MSR också jobbat med kravprofiler som man kan ställa på leverantören i fråga om etiska krav för att de ska kunna kvalificeras som anbudsgivare. Här har arbetet mer varit fokuserat på hur man kan ställa krav på bevisning från anbudsgivaren för att de ska kunna kvalificeras så som anbudsgivare. Bland annat har man lyft fram olika typer av verifieringssystem eller bevis på att man är kopplad till kollektivavtal eller andra typer av sammanslutningar som indikerar på att man följer regler och överenskommelser på arbetsmarknaden.¹⁹³

6.4 Tildelning av kontrakt

Implementeringen av direktivet när det handlar om tildelningskriterier så följer det i mångt och mycket direktivet. Varken i förarbeten eller i lagstiftningen väljer man att förtydliga eller exemplifiera utifrån direktivets inledande skäl.¹⁹⁴

I den svenska lagstiftningen regleras tildelning av kontrakt i 12 kap. LOU. I 12 kap. 1§ LOU finns det två sätt för den upphandlande myndigheten att välja hur man ska utse den anbudsgivaren som ska tilldelas kontraktet. Antingen så kan man använda sig av principen om lägsta pris eller så kan man välja det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Väljer den upphandlande myndigheten det senare så ska de kriterier eller parametrar som kommer användas för att avgöra vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet anges i meddelandet om upphandling. I lagrummet finns det en uppräknning av olika aspekter som skulle kunna vara grund för att avgöra vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, men det är inte en uttömmande lista. Det viktigaste är dock att de kriterier man använder ska ha en koppling till kontraktets föremål.

6.5 Konkreta exempel

6.5.1 Konkurrensverkets undersökning

Konkurrensverket har i en beställd rapport bett en konsult att titta på hur användandet av sociala krav och specifikt arbetsrättsliga villkor används i svenska offentliga upphandlingar. Bakgrunden till frågeställningen kommer bland annat från Ruffert-domen (som refererats till ovan).¹⁹⁵

¹⁹² Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 50.

¹⁹³ Miljöstylningsrådet, Kravställen och verifiering inom hållbarhet nedåt i leverantörskedjan, Miljöstylningsrådets rapport 2010:8, 2010, sid. 14-16, 28-31.

¹⁹⁴ Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, Upphandling och arbete i EU 2010:3, Sieps 2010, sid. 50.

¹⁹⁵ Stefan Elg, Arbetsrättsliga villkor i den offentliga upphandlingen, Allego, 2009, sid. 2.

I denna analys har konsultföretaget utdömt formuleringar så som:

”Alla löner enligt gällande kollektivavtal”

”Ersättning skall härvid utgå enligt entreprenörens kollektivavtal”

”Om entreprenören inte tecknat svenskt kollektivavtal skall ändå motsvarande villkor gälla för entreprenörens anställda”

”Leverantören skall följa svenska kollektivavtal eller motsvarande villkor”¹⁹⁶

Det konstateras i rapporten att de ovanstående utdragen från undersökta förfrågningsunderlag inte är förenliga med EU-rätten i och med att de ställer krav på entreprenören att antingen teckna kollektivavtal, implicit att man ska teckna kollektivavtal eller att man ska följa alla de villkor som finns i ett kollektivavtal. Detta menar konsultrapporten är att ställa krav som bland annat går längre än vad Ruffert-domen medger.¹⁹⁷

6.5.2 Botkyrka kommun

Botkyrka kommun har i ett projekt för att få långtidsarbetslösa ungdomar ut i arbete använt sig av kommunens upphandlingar för att åstadkomma detta. Exempelvis vid en markskötselentreprenad så ställde man krav på att entreprenören för ett entreprenadområde skulle åta sig att anställa en långtidsarbetslös ungdom som kommunen utser. Det ställs också krav i upphandlingen på att ifall entreprenören inte har tecknat kollektivavtal så ska ändå motsvarande villkor gälla för entreprenörens anställda.¹⁹⁸

Konkurrensverket har undersökt upphandlingen och dels tittat på kravet att alla anställda ifall entreprenören inte tecknat kollektivavtal ska omfattas av motsvarande regler och dels frågan ifall denna form av krav på anställningar av långtidsarbetslösa är förenligt med upphandlingsreglerna.¹⁹⁹

När det gäller frågan om krav på att vid avsaknaden av kollektivavtal så ska motsvarande regler gälla för entreprenörens anställda så konstaterar verket att det är ett krav som mot bakgrund av EU-rätten inte är möjligt att ställa. När det handlar om minimilöner eller liknande så är det utstationeringsdirektivet²⁰⁰ och dess tolkning genom EU-domstolens praxis som sätter ramarna för de villkor man kan ställa i övrigt i arbetsrättsligt hänseende.²⁰¹

För möjligheten att använda sig av upphandling för att motverka arbetslöshet hos vissa grupper konstaterar verket att det finns möjlighet till detta enligt EU-rätten. Detta förutsatt att de krav som ställs följer de

¹⁹⁶ Stefan Elg, Arbetsrättsliga villkor i den offentliga upphandlingen, Allego, 2009, sid. 4.

¹⁹⁷ Stefan Elg, Arbetsrättsliga villkor i den offentliga upphandlingen, Allego, 2009, sid. 4.

¹⁹⁸ Konkurrensverkets beslut, 2010-04-15, Dnr 259/2009, sid. 2.

¹⁹⁹ Konkurrensverkets beslut, 2010-04-15, Dnr 259/2009, sid. 1.

²⁰⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG.

²⁰¹ Konkurrensverkets beslut, 2010-04-15, Dnr 259/2009, sid. 3-4.

grundläggande principerna för upphandling och inte omfattar hela anbudsgivarens verksamhet utan bara den verksamhet som är föremål för upphandlingen.²⁰²

Det är framförallt viktigt att dessa typer av krav i upphandlingar håller sig inom proportionalitetsprincipen och att det då är åtgärdens effektivitet och möjligheten för den upphandlande myndigheten att vidta andra åtgärder som vägs in i bedömningarna.²⁰³

6.5.3 Fallet Laval

Efter EU-domstolens dom i fallet Laval (refererat ovan) så genomfördes förändringar av den svenska lagstiftningen²⁰⁴ i syfte att följa domen och förändra så lite som möjligt på den svenska arbetsmarknaden.²⁰⁵

Regeringen konstaterar att om man kräver mer än minimivillkoren så bör det anses så som inskränkande av rätten om fri rörlighet för varor och tjänster. Därav måste förändringar i lagen ske.²⁰⁶

Det som var avsaknaden i den svenska regelmassan var ett system för att använda centrala kollektivavtal så som grunden för de minimivillkor som man kan kräva utan att det skulle inskränka den fria rörligheten för varor och tjänster. Därför föreslog regeringen ändringar av detta så att det i lag skulle framgå att centrala branschavtal kan ses så som allmänt gällande trots att de inte har förklarats allmängiltiga. Helt enligt det system som finns i utstationeringsdirektivet^{207 208}.

6.6 Sammanfattning

Man kan konstatera att Sverige genom införandet av ”bör-regeln” i större grad än tidigare poängterar i lagstiftningen att det är viktigt för den upphandlande myndigheten att överväga ifall sociala hänsyn ska tas eller inte. Man kan också konstatera att i den svenska lagstiftningen så är det särskilt specificerat att det är främst i form av särskilda kontraktsvillkor, alltså villkor för utförande av kontraktet, som man kan använda sig av för att ställa sociala krav. Det går givetvis att göra det på andra sätt också i upphandlingen, dock medför det avsevärda begränsningar och det är extra viktigt att den upphandlande myndigheten ställer upp dessa krav tydligt och med beaktande av de grundläggande principerna som styr upphandlingsförfarandet.

²⁰² Konkurrensverkets beslut, 2010-04-15, Dnr 259/2009, sid. 4-5.

²⁰³ Konkurrensverkets beslut, 2010-04-15, Dnr 259/2009, sid. 5-6.

²⁰⁴ Prop. 2009/10:48.

²⁰⁵ Prop. 2009/10:48, sid. 25-26.

²⁰⁶ Prop. 2009/10:48, sid. 24-25.

²⁰⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG.

²⁰⁸ Prop. 2009/10:48, sid. 30-32.

Man kan konstatera att det finns möjligheter att använda sig av offentliga upphandlingar för att hjälpa till med anställningar av människor som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, bland annat långtidsarbetslösa. Dock ska principerna iakttas och framförallt bör den upphandlande myndigheten beakta proportionalitetsprincipen och också överväga ifall det finns mindre ingripande åtgärder som kan vidtas eller ifall syftet kan uppnås på ett annat sätt än genom att använda sig av offentlig upphandling.

När det gäller kollektivavtal så kan man inte rakt av kräva anslutning till kollektivavtal eller att ifall anbudsgivaren inte har tecknat ett kollektivavtal att samma regler ändå ska gälla för de anställda hos anbudsgivaren. Det som framkommer i Laval- domen (refererat ovan) visar också på de begränsningar som EU-domstolen ser att kollektivavtalsvillkor har i ställning i jämförelse med EU-rätten och rätten om fri rörlighet för varor och tjänster. I fallet handlade det om fackliga organisationers strejkrätt i förhållande till olika villkor på arbetsmarknaden. Men det bör finnas möjlighet att dra även slutsatser om hur villkoren allmänt ska ses i förhållande till EU-rätten och dess fastslagna rättigheter och friheter.

7 Nya bestämmelser på gång

7.1 Det nya upphandlingsdirektivet

I början av 2014 kom EU-parlamentet och rådet överens om nya upphandlingsregler. När det nya direktivet är publicerat i EU:s officiella tidning så har medlemsländerna 24 månader på sig att införliva de nya reglerna i nationella bestämmelser.²⁰⁹ Det nya direktivet publicerades i EU:s officiella tidning i slutet av mars och innebär också att det tidigare direktivet²¹⁰ upphör att gälla.²¹¹

Så som refererats ovan under beskrivningen av forskningsläget så går det att konstatera att det finns olika uppfattningar om vilka exakta effekter som de nya reglerna kommer att få. Detta gör det givetvis intressant att ta del av det nu publicerade direktivet för att se vilka ändringar som kan komma att ske.

Den svenska regeringen har tillsatt en utredning för att se vilka ändringar som måste till för att Sverige ska kunna implementera det nya direktivet. Denna utredning har fått förlängning av sitt uppdrag och ska inte presentera det förrän 1 juli 2014. Anledningen till förlängningen har varit att EU-förhandlingarna har dragit ut på tiden.²¹²

I det nya direktivet står det beskrivet i preambeln hur sociala hänsyn ska förhålla sig till andra aspekter av upphandlingsförfarandet. Bland annat så beskrivs det att medlemsstaterna har till uppgift att säkerställa att sociala-miljömässiga- och arbetsrättsliga skyldigheter efterlevs. Förutsättningen är dock att dessa skyldigheter är förenliga med unionsrätten. Bland annat exemplifieras dessa krav med säkerställande av minimilön och att detta kan ske genom hänvisande till kollektivavtal.²¹³

Detta uttrycker också det nya direktivets artikel 18.2 som stadgar att medlemsstater har att säkerställa att tillämpliga regler på arbetsmarknaden följs, förutsatt att dessa är i enlighet med unionsrätten.²¹⁴ Detta är ett tillägg i jämförelse med det gamla direktivet.²¹⁵

Det ska vara möjligt att ställa krav på produktionen av varan eller tjänsten, alltså att man ska kunna ställa krav för fullgörande av kontrakt eller verkställighet av en tjänst. Dessa krav ska dock vara kopplade till

²⁰⁹ <http://www.europarl.europa.eu/news/sv/news-room/content/20140110IPR32386/html/Nya-upphandlingsregler-ska-%C3%B6ka-kvalit%C3%A9n-och-ge-mer-valuta-f%C3%B6r-pengarna>.

²¹⁰ Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG.

²¹¹ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU.

²¹² Kommittédirektiv, 2012:96, 2013:21, 2014:38.

²¹³ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU, preambeln punkt 37.

²¹⁴ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU, artikel 18.2.

²¹⁵ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU, Bilaga XV.

kontraktföremålet på ett eller annat sätt. Det får alltså inte handla om krav på leverantörens hela produktion eller på leverantörens generella politik rörande miljö eller sociala frågor.²¹⁶

I direktivet tas frågan om kollektivavtal upp och i preambeln hänvisas det i denna fråga direkt till tillämpningen av utstationeringsdirektivet²¹⁷ som gräns för hur man utifrån kollektivavtal kan ställa krav vid upphandlingar.²¹⁸

Detta aktualiserar givetvis frågan om de begränsningar som finns enligt utstationeringsdirektivet i vilka villkor som får krävas och vilken ställning dessa har i relation till rätten om fri rörlighet för varor och tjänster. I sammanhanget är det givetvis av vikt att beakta den process som skett i samband med Laval-domen²¹⁹.

²¹⁶ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU, preambeln punkt 97.

²¹⁷ Europaparlamentet och rådets direktiv 96/71/EG.

²¹⁸ Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU, preambeln punkt 98.

²¹⁹ Dom C-341/05.

8 Analys

8.1 Möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling?

Det går först och främst att konstatera att det finns möjligheter för den upphandlande myndigheten att ställa upp sociala kriterier vid en offentlig upphandling. Myten som ibland finns att det endast är lägsta pris som kan ligga till grund för en upphandling är felaktig. Det finns möjligheter av den upphandlande myndigheten att framförallt ställa upp krav på hur tjänsten eller just den varan som ska levereras ska utföras, alltså ställa upp krav på verkställighet av kontraktet.

Men man kan konstatera att det också går att få in sociala hänsyn på andra sätt i offentlig upphandling. Det kan vara allt från kvalificering av anbudsgivare, tillämpning av vissa tilldelningskriterier och angivandet av vissa tekniska specifikationer.

Vad man kan konstatera utifrån de rättsfall som refererats ovan är det generellt så att det finns möjligheter att ställa sociala krav i offentlig upphandling. Det är till och med så att EU-domstolen i vissa fall tydligt skriver ut att så är möjligt. Det som domstolen dock spenderar extra mycket tid kring är frågan hur dessa hänsyn kan tas och på vilka sätt de kan ställas.

För den upphandlande myndigheten är det viktigt att just beakta frågan hur man ska ställa de krav eller politiska mål som är uppsatta. Dels i vilken del av upphandlingen som de ska tas upp, men också hur de ska utformas där.

Ytterst är det principerna om likabehandling, öppenhet, icke-diskriminering och proportionalitet som spelar roll, tillsammans med fördragens stadgade friheter så som etableringsrätten och friheten att tillhandahålla tjänster och produkter. För att konkretisera kan man säga att möjligheten att ställa sociala krav finns, men begränsas så till vida att de krav eller kriterier som ställs ska rymmas inom unionsrätten.

Det är också viktigt att komma ihåg att de krav som den upphandlande myndigheten ställer på anbudsgivaren endast kan ställas inom ramen för upphandlingen. Detta betyder att det bara är den delen av produktionen, verksamheten eller företaget som har med kontrakt föremålet att göra som kan komma i fråga för de krav och villkor som ställs upp i upphandlingen.

8.1.1 Särskilda kontraktsvillkor

Den upphandlande myndigheten kan alltså ställa vissa särskilda kontraktsvillkor. Detta innebär oftast att det handlar om krav som har med

verkställighet av kontraktet att göra. Detta är också den typen av villkor som den svenska lagstiftningen speciellt uttrycker att man ska använda för att ställa sociala krav.

Detta är alltså villkor som har med utförandet att göra vilket betyder att den upphandlande myndigheten inte kan ställa krav på att anbudsgivaren uppfyller dem just vid tillfället innan leverans av produkten eller tjänsten sker. Det kan handla om att en vara ska produceras på ett speciellt sätt, så behöver inte anbudsgivaren producera på det sättet när den får kontraktet tilldelat, däremot så måste den uppfylla dessa krav när de ska börja leverera produkterna.

För den upphandlande myndigheten är det dock viktigt att man ställer krav på särskilda kontraktsvillkor som också går att undersökas och kontrolleras av den upphandlande myndigheten. Ställer man krav som inte kommer kunna kontrolleras så är det också mycket tvivelaktigt att villkoret är förenligt med regleringen av offentlig upphandling. Eftersom det då finns stor risk att vissa anbudsgivare inte kommer att uppfylla villkoret samtidigt som andra gör det. Detta kommer givetvis påverka priset och de potentiella anbudsgivarna och sedermera anbudsgivarna kommer inte kunna behandlas lika.

Vad som också är viktigt när den upphandlande myndigheten ska använda sig av särskilda kontraktsvillkor är att villkoren måste ha en koppling till kontraktsföremålet. Villkoren kan inte handla om något helt annat än vad som faktiskt är föremål för upphandlingen. Detta hänger ihop med att den upphandlande myndigheten inte kan ställa krav på exempelvis hela anbudsgivarens produktion eller verksamhet utan just den delen som har att göra med kontraktsföremålet.

8.1.2 Tekniska specifikationer

Möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa krav på tekniska specifikationer ger också möjligheter att kanske ställa krav som vid en första anblick inte verkar ha med just teknik att göra. Det kan handla om specifikationer som inte heller direkt har med produkten eller tjänsten att göra. Det kan också vara själva produktionssättet som åsyftas för den specifika produkten.

I domen C-368/10 (Kommissionen mot Nederländerna) konstaterar domstolen exempelvis att det inte finns några hinder att kräva exempelvis att produkten kommer från rättvis handel eller ekologisk produktion. Vad som är viktigt är att den upphandlande myndigheten specificerar vad man menar med dessa krav och om man hänvisar till en viss märkning så kan man göra detta i bevis syfte och man måste vara öppen för anbudsgivare som på annat sätt än genom märkningen visar att man når upp till kraven. Det är också viktigt att man som upphandlande myndighet inte ställer kravet så som att den skulle gälla hela produktionen som anbudsgivaren har utan bara

sträcka sig så långt som till den produkt och mängd som specificeras i upphandlingen.

8.1.3 Kvalificering av anbudsgivare

Kvalificering av anbudsgivare handlar i mångt och mycket om att kontrollera anbudsgivaren och dess finansiella ställning. Här kan kontroller av inbetalda skatter och avgifter vara av vikt för att kunna undersöka anbudsgivarens seriositet på marknaden. Det är också i denna fas som man bedömer och kontrollerar ifall anbudsgivaren har varit dömd för något brott kopplat till yrkesutövningen eller på andra sätt ifall det förekommit fel i yrkesutövningen.

Här finns det en diskussion kring vissa internationella förpliktelser inte minst ILO-konventioner och för att vara specifik, ILO-konvention 94. Det som går att konstatera i den frågan är att rättsläget är oklart. Inte ens rättstjänsten på kommissionen verkar ha det klart för sig hur det ligger till. Vad som dock kan sägas är att det skulle kunna tolkas som att det finns en viss tvekan från rättstjänsten om hur ILO 94 skulle kunna vara en del av EU-rätten utifrån de domslut som kommit från EU-domstolen.

För övrigt är det viktigt för den upphandlande myndigheten att veta att de krav som ställs för att kvalificera anbudsgivaren ska vara tydliga och proportionerliga utifrån syftet med upphandlingen och upphandlingens typ. Det är också viktigt att den upphandlande myndigheten är tydlig med att det finns olika sätt att bevisa att man uppfyller de krav som myndigheten ställer upp.

8.1.4 Tilldelning av kontrakt

Vid tilldelning av kontrakt finns det alltså genom att den upphandlande myndigheten väljer att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som vinner och inte det som är lägsta pris en möjlighet att ställa sociala krav. Det måste inte heller vara krav som är helt kvantifierbara ekonomiskt i ljuset av just den upphandlingen. EU-domstolen uttryckte bland annat i fallet Bus Concordia som finns refererat till ovan att man kan se till hela den upphandlande myndighetens verksamhet för att på så sätt avgöra vad som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Här skulle man kunna tänka sig att sociala hänsyn skulle kunna tas för att man kan se att det skulle kunna minska exempelvis en kommuns kostnader ifall man kan lösa exempelvis sysselsättningsproblem genom upphandlingen.

8.1.5 Kollektivavtal?

Frågan om kollektivavtal har varit något som debatterats stort och mycket. Speciellt sedan Laval-domen kom och fackföreningen Byggnads med flera fick domslut mot sig att de stridsåtgärder de hade vidtagit inte var lagliga i och med att den svenska lagstiftningen inte var förenlig med EU-rätten och då speciellt rätten om fri rörlighet för varor och tjänster. Allt efter detta har

framförallt fackföreningsrörelsen framfört att det måste vara möjligt att ställa krav på svenska kollektivavtal. Från vissa upphandlande myndigheter har detta också varit ett önskemål att man skulle kunna ställa som krav.

Vad man kan konstatera är att det enligt nu gällande rätt inte är speciellt troligt att man ska kunna ställa krav på att vara ansluten till ett kollektivavtal. Detta har visat sig både i rättspraxis men också i beslut och undersökningar från exempelvis konkurrensverket. Det har också visat sig att det inte bara finns ett hinder för att ställa upp krav om att anbudsgivare ska vara ansluten till ett kollektivavtal, det finns också hinder som säger att man inte kan ställa exakt samma krav som finns i kollektivavtal och på så sätt kringgå att man inte kan ställa upp krav om anslutning till kollektivavtal.

I stället bör den upphandlande myndigheten överväga att välja ut villkor i kollektivavtalen som går att använda i upphandlingsförfarandet. I processen att välja ut dessa villkor måste den upphandlande myndigheten beakta de grundläggande principerna som finns för upphandling. Speciellt handlar det om principerna om proportionalitet, likabehandling och öppenhet beaktas, samtidigt som man får se till att man inte inskränker rätten om fri rörlighet för varor och tjänster.

Vad man kan konstatera efter Laval-domen och de ändringar som gjorts i den svenska lagstiftningen så är det så att det i dag är de minimiregler som finns i centrala kollektivavtal som utgör den grund som man bör kunna ställa. Dock ska man notera att det i Laval-domen inte var frågan om offentlig upphandling utan att det handlade om tolkning av utstationeringsdirektivet²²⁰ och EU-fördraget. Det är ju så att dessa krav ska tolkas utifrån unionsrätten och deras principer. Det innebär också att proportionalitetsprincipen ska tas in i tolkningen. Ifall det blir stora skillnader är något som jag inte ämnar spekulera kring, men däremot en faktor man bör vara medveten om.

En annan faktor som talar mot möjligheten att ställa krav på kollektivavtal i upphandlingar är principen om öppenhet och tydlighet men också principen om likabehandling av ekonomiska aktörer. Den upphandlande myndigheten måste vara tydlig i de krav och kriterier som gäller för upphandlingen så att de potentiella anbudsgivarna först ska kunna ta ställning till ifall de ska lägga ett anbud utifrån förfrågningsunderlaget och dels att det ska vara så tydligt så att de kan göra bra beräkningar i sitt anbudssvar. Det kan finnas situationer då avtalstiden på upphandlingen löper över en sådan tidsperiod att en ny avtalsrörelse tar vid och ett nytt kollektivavtal kommer på plats, med den potentiella möjligheten att nya villkor införs, villkor som inte var kända då anbudet lades.

²²⁰ Europaparlamentet och rådets direktiv 96/71/EG.

8.1.6 Arbetsmarknadspolitiska åtgärder?

Det är från det material som finns klart att det inom upphandlingsförfarandet finns möjligheter att använda offentlig upphandling för att grupper långt från arbetsmarknaden ska kunna komma in på densamma. Exempelvis särskilda kontraktsvillkor som säger att entreprenören för ett visst kontrakt ska anställa långtidsarbetslösa ungdomar eller något liknande. Detta är givetvis inte en obegränsad möjlighet för den upphandlande myndigheten utan något som också råder över de grundläggande principerna som finns för upphandlingsprocessen.

Det handlar framförallt om att den upphandlande myndigheten måste beakta principerna om proportionalitet. Proportionaliteten ska bedömas utifrån hur effektiv kriteriet eller åtgärden är, alltså ifall det är effektivt för det syfte som åtgärden har. Sedan så har den upphandlande myndigheten också att undersöka ifall det finns andra mindre ingripande åtgärder som kan vidtas för att uppnå syftet även utanför upphandlingsförfarandet. Men man måste också även analysera det krav som man ställer på den ekonomiska aktören så att det inte blir diskriminerande mot andra aktörer eller att utformningen av villkoret på något annat vis förfördelar någon potentiell anbudsgivare.

8.2 Framtiden och vad behöver göras?

Det nya upphandlingsdirektivet som beslutades mellan europaparlamentet och rådet i början av året innehåller en del förtydliganden när det kommer till exempelvis sociala hänsyn men också frågan om kollektivavtal. Uttryckligen står det nu i direktivet att kollektivavtal ska tas hänsyn till vid upphandlingar, dock finns alltid tillägget så länge det håller sig inom EU-rättens ramar. Detta går givetvis att tolka på olika sätt. Men så som en del debattörer har uttryckt det, att det nu skulle vara fritt fram att kräva kollektivavtal vid offentlig upphandling är nog att läsa in allt för mycket i de nya skrivningarna.

Dels kan det konstateras att även fast direktivet nu uttryckligen säger att hänsyn ska tas till kollektivavtal så ska detta alltid ske inom unionsrättens ramar, alltså är det unionsrätten som fortsatt sätter gränsen för hur mycket av kollektivavtalet som kan påverka upphandlingen. Exempelvis kommer fortfarande Laval-domen och utstationeringsdirektivet att spela en roll i hur stora ramar som finns för användandet av kollektivavtalsvillkor.

Men sedan finns det en annan dimension som också talar mot att man nu ska ha fritt fram att kräva kollektivavtal. Detta i och med att avtalen kan ändras under tid och de villkor som stoppas in i dessa avtal är något som avgörs mellan parterna i avtalet. Det är i det sammanhanget inte för otroligt att det kan finnas villkor som det offentliga, genom upphandlingen, inte kan ställa då det kanske kan komma att strida mot de grundläggande principerna.

Det naturliga skulle vara att även fortsättningsvis så är det specifika villkor i kollektivavtalen som man skulle kunna lyfta in i upphandlingarna. Dock skulle man kunna tänka sig att genom de ändringar som ändå gjorts i direktivet så har fokus flyttats lite, något som kanske kan komma att påverka hur man framöver kommer att göra exempelvis proportionalitetsbedömningar.

Vad som annars kan konstateras är att utvecklingen går mot att offentlig upphandling ska kunna handla om mer än bara inköp av en produkt eller tjänst till lägsta pris. Utvecklingen går mot att den upphandlande myndigheten ska kunna vara en mer aktiv och medveten konsument och då speciellt när det kommer till miljöområdet och det sociala området. Det kommer bli intressant att se hur implementeringen och senare tillämpningen av det nya direktivet kan komma att se ut.

Ur ett EU-rättsligt perspektiv så kommer diskussionen kring ILO-konventionerna och då kanske framförallt nummer 94 (i alla fall ur denna uppsats perspektiv) och dess förhållande till EU-rätten att vara intressanta. Det går att konstatera i dag att det trots avsaknaden av praxis eller ställningstaganden, finns en konflikt eller i alla fall en problematik om förhållandet mellan dessa två regelsystem. Hur detta till sist ska avgöras är dock svårt att se.

8.3 Svårigheter med upphandlingsförfarandet

Det har av flera organisationer, inte minst kommuner och landsting, framkommit att det upplevs att det finns betydande svårigheter för den upphandlande myndigheten att ställa sociala krav och det efterfrågas mer stöd och handledning för att den upphandlande myndigheten ska känna säkerhet i hur förfarandet ska ske och utformas.

En del ligger säkert i att det behövs mer handledningar och mer stöd, dock finns det i själva upphandlingssystemet en inbyggd svårighet i och med att det just är en principstyrd process. Upphandlingsförfarandets uppbyggnad där det är de grundläggande principerna som sätter upp ramarna för hur man kan ställa de krav som den upphandlande myndigheten önskar. Till sist kommer det behöva bli en individuell bedömning som den upphandlande myndigheten måste göra utifrån ifall de krav man ställer är proportionerliga, kopplade till kontrakt föremålet, icke-diskriminerande m.m.

Som upphandlande myndighet som önskar sig klara vägledningar och handledningar så skulle jag nog säga att det kommer vara svårt att med säkerhet ta fram kriterier som funkar i alla lägen och som man kan säga att dessa funkar att ställa och dessa inte.

Med det sagt så ska man inte heller negligera det arbetet som bland annat skett inom ramen för miljöstyrningsrådet för framtagande av villkor och

kriterier, inte heller ska man negligera det arbete som bland annat skett inom Malmö stad för att ta fram rutiner och strukturer för hur sociala upphandlingar kan ske.

8.4 Avslutande ord

Det kan konstateras att det finns möjligheter för den upphandlande myndigheten att ställa sociala krav och på annat sätt bidra till ett mer socialt hållbart inköp. Just att möjligheten finns är det egentligen ingen större juridisk debatt om. Däremot finner man de stora juridiska diskussionerna kring frågan hur man kan ställa dessa krav.

I besvarandet av dessa frågor är det otroligt viktigt att den upphandlande myndigheten ser att det kan finnas olika möjligheter och verktyg att använda för att kunna nå sina uppsatta mål. Det kan framförallt handla om att det mål man sätter upp inte alltid måste formuleras som ett kriterium på exakt det sätt man tänker sig i en första anblick.

De kriterier man slutligen tänker sig använda måste sedan granskas och analyseras i ljuset av de grundläggande principerna så att de inte blir diskriminerande, allt för ingripande eller på annat sätt inskränker de rättigheter och friheter som är garanterade inom unionen.

Så för den upphandlande myndigheten handlar det inte bara om att ställa krav utan det handlar nästan mest om att myndigheten måste fundera över hur och på vilket sätt de ska ställa dessa krav. För att göra detta kräver det ett arbete kring målsättningar och kriterier, men givetvis också att det satsas på kompetensutveckling så att det finns utbildad personal på den upphandlande myndigheten. Möjligheten att ställa sociala krav finns, men den svåra frågan är hur dessa krav ska ställas.

Det ska dock sägas att upphandlingar kan bli komplicerade. Inte minst eftersom förfarandet just är uppbyggt kring ett antal principer och att det kommer att bli bedömningar och avvägningar vid varje upphandling som avgör hur just den upphandlingen kan utformas. Detta gör givetvis frågan om hur många olika hänsyn som faktiskt ska vara möjliga att använda vid offentlig upphandling intressant.

Det är givetvis önskvärt att det offentliga är mycket medvetna konsumenter, men det ska också beaktas att ifall den upphandlande myndigheten försöker lösa samhällsproblem genom villkor i upphandlingar så måste det också påpekas att dessa problem troligen också behöver andra åtgärder för att lösas. Det är ur detta perspektiv viktigt att den upphandlande myndigheten inte bara ser upphandling som sitt verktyg för att lösa samhällsproblem, utan att myndigheten också inventera andra möjliga åtgärder som den kan vidta.

Ett allt för svällande upphandlingsförfarande med allt för stor flora av olika parametrar kan riskera att försvåra det offentligas inköp men också avskräcka anbudsgivare eftersom komplicerade förfaranden ter sig

kostsamma och svåra. Detta riskerar att leda till en minskad konkurrens mellan anbudsgivare.

Många parametrar kan användas vid en offentlig upphandling och sociala hänsyn finns det absolut möjligheter att ta. Dock gör nog den upphandlande myndigheten rätt i att inte använda allt för många parametrar och på det sättet försvåra upphandlingen för sig själv men också för potentiella anbudsgivare.

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur och artiklar

Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU 2013:3*, SIEPS 2010.

Ahlberg, Kerstin, *Även sociala kriterier kan beaktas vid tilldelning av offentliga kontrakt*, Europarättslig tidskrift 2012:4.

Ahlberg, Kerstin, *Domen i målet Rüffert: EG-domstolen på kollisionskurs med ILO:s konvention 94*, Eu & arbetsrätt, 2008.

Forsberg, Niclas, *Upphandling, enligt LOU, LUF, LUFS och LOV*, Nordstedt juridik, andra upplagan, 2013.

Forsberg, Niclas, *Offentlig upphandling i praktiken*, Nordstedts juridik, tredje upplagan, 2004.

Herzfeld Olsson, Petra, *ILO-kritik: Laval-domen grav kränkning av föreningsfriheten Staten bör kompensera facken för skadeståndet*, EU & arbetsrätt, 2013.

Rapporter

Elg, Stefan, *Arbetsrättsliga villkor i den offentliga upphandlingen*, Allego, 2009.

Konkurrensverket, *Miljöhänsyn och sociala hänsyn i offentlig upphandling*, Konkurrensverket 2012.

Miljöstyrningsrådet, *Kravställan och verifiering inom hållbarhet nedåt i leverantörskedjan*, Miljöstyrningsrådets rapport 2010:8, Miljöstyrningsrådet 2010.

Författningar

Fördrag

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

Förordning

Kommissionens förordning (EG) nr 800/2008 av den 6 augusti 2008 genom vilken vissa kategorier av stöd förklaras förenliga med den gemensamma marknaden enligt artiklarna 87 och 88 i fördraget (allmän gruppundantagsförordning).

Direktiv

Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster.

Europaparlamentet och rådets direktiv 2004/17/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningsdirektivet).

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

Europaparlamentet och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

Rådets direktiv 93/42/EEG av den 14 juni 1993 om medicintekniska produkter.

Lagar

SFS 2007:1091. *Lag om offentlig upphandling*. Stockholm: Socialdepartementet.

SFS 2007:1092. *Lag om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*. Stockholm: Socialdepartementet.

SFS 2011:1029. *Lag om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet*. Stockholm: Socialdepartementet.

SFS 2008:962. *Lag om valfrihetssystem*. Stockholm: Socialdepartementet.

Offentligt tryck

Propositioner

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

Proposition 2008/09:29. *Lag om valfrihetssystem*. Stockholm : Socialdepartementet.

Proposition 2009/10:180. *Nya rättsmedel på upphandlingsområdet*. Stockholm : Socialdepartementet.

SOU

SOU 2013:12. Upphandlingsutredningen. *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling : slutbetänkande*. Stockholm : Fritze.

SOU 2011:73. Upphandlingsutredningen. *På jakt efter den goda affären – analys och erfarenheter av den offentliga upphandlingen: delbetänkande*. Stockholm: Fritze.

SOU 2005:22. *Nya upphandlingsregler*. Stockholm: Fritze.

Kommittédirektiv

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

2013:21. *Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09)*. Stockholm: Socialdepartementet.

2014:38. *Tilläggsdirektiv till utredningen om genomförande av EU:s direktiv om offentlig upphandling, upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt tilldelning av koncessioner (S 2012:09)*. Stockholm: Socialdepartementet.

Betänkande

Betänkande 2010/11: AU3. *En förnyad arbetsmiljöpolitik men en nationell handlingsplan 2010-2015*. Stockholm: Arbetsmarknadsutskottet.

Dokument från kommissionen

Kommissionens meddelande: *Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*. Bryssel: 2010.

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

Internationella instrument

ILO no. 94 – Labour Clauses (Public Contracts) Convention, 1949

Internetkällor

LO. Malmö först ut.

http://www.lo.se/start/solidarisk_lonepolitik/social_offentlig_upphandling/malmo_forst_ut (Hämtad 2014-04-15).

Regeringen. Nordiskt trepartiskt seminarium: Normkonflikter mellan EU och ILO – hur kan de lösas? Regeringen. 2008.

<http://www.regeringen.se/content/1/c6/10/32/07/d6d6a664.pdf> (Hämtad. 2014-03-25).

Media

Tidningsartiklar

Erixon, Olof. Debatt: Facken har fel om EU-krav på kollektivavtal. Dagens samhälle. 2014. <http://www.dagenssamhalle.se/debatt/facken-har-fel-om-eu-krav-pa-kollektivavtal-7409> (Hämtad 2014-02-17).

Pressmeddelanden

Europaparlamentet. Nya upphandlingsregler ska öka kvalitén och ge mer valuta för pengarna. 2014. <http://www.europarl.europa.eu/news/sv/news-room/content/20140110IPR32386/html/Nya-upphandlingsregler-ska-%C3%B6ka-kvalit%C3%A9n-och-ge-mer-valuta-f%C3%B6r-pengarna> (Hämtad 2014-02-17).

LO, EU ger rätt att kräva kollektivavtal. 2014.

http://www.lo.se/start/pressmeddelanden/eu_ger_ratt_att_krava_kollektivavtal (Hämtad 2013-02-17).

Malmö Stad, Sociala villkor och Vita jobb-modellen införs i Malmö stads upphandlingar. Mynewsdesk. 2014.

<http://www.mynewsdesk.com/se/malmo/pressreleases/sociala-villkor-och-vita-jobb-modellen-infoers-i-malmoe-stads-upphandlingar-949242> (Hämtad 2014-02-17)

Övrig dokumentation

Borg, Anders. *Svar på skriftlig fråga 2011/12:11: Mervärdesskattefrågan och föreningslivet*. Stockholm: Finansdepartementet.

Yttrande från den finska regeringen i målet Ruffert, 7/12-2006, HEL6100-28.

Utdrag ur aktbilaga från Socialdepartementet, 300 i S2012/430.

Konkurrensverket. *Beslut: Angående krav på kollektivavtal i samband med offentlig upphandling*. 2010-04-15, Dnr 259/2009.

Sveriges kommuner och landsting. *Yttrande: Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*. Dnr: 13/1927.

Rättsfallsförteckning

Rättsfall från EU-domstolen

- C-31/87 Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, 1988-09-20
- C-225/98 Kommissionen mot Frankrike, 2000-09-26
- C-513/99 Concordia Bus Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL- Bussiliikenne, 2002-09-17
- C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), 2005-10-27
- C-6/05 Medipac-Kazantzidis AE mot Venizeleio-Pananeio (PE.S.Y. KRITIS), 2007-06-14
- C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska byggarbetsförbundet, Svenska byggarbetsförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska elektriker förbundet, 2007-12-18
- C-346/06 Dirk Rüffert mot Land Niedersachsen, 2008-04-03
- C-213/07 Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis, Ypourgos Epikrateias, 2008-12-16
- C-368/10 Kommissionen mot Nederländerna, 2012-05-10