



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Elin Sönnerdahl

Kollektivavtal och kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet
15 högskolepoäng

Handledare: Lotta Maunsbach

Termin: VT15

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRKORTNINGAR	5
1 INLEDNING	6
1.1 Ämne och bakgrund	6
1.2 Syfte	7
1.3 Frågeställning	8
1.4 Metod	8
1.5 Material och forskningsläge	9
1.6 Avgränsningar	9
1.7 Disposition	10
2 BAKGRUND	11
2.1 Arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling	11
2.2 Den nationella regleringen	11
2.3 Sveriges inträde i EU	12
2.4 Nya upphandlingsregler	13
3 OFFENTLIG UPPHANDLING	15
3.1 Upphandling i siffror	15
3.2 Tröskelvärden och B-tjänster	15
3.3 Bestämt gränsöverskridande intresse	17
4 ARBETSRÄTTSLIG BAKGRUND	19
4.1 Den svenska modellen	19
4.2 Kollektivavtal	19
4.3 Minmilöner och allmängiltigförklaring	20

5	DET RÄTTSLIGA RAMVERKET	21
5.1	EU rätten	21
5.1.1	Primärrätten	21
5.1.2	Allmänna principer	21
5.1.2.1	Likabehandlingsprincipen	22
5.1.2.2	Icke-diskrimineringsprincipen	22
5.1.2.3	Öppenhetsprincipen	22
5.1.2.4	Principen om ömsesidigt erkännande	23
5.1.2.5	Proportionalitetsprincipen	23
5.1.3	Upphandlingsdirektiven	24
5.1.4	Utstationeringsdirektivet	24
5.2	Nationell rätt	25
5.2.1	Lagen om offentlig upphandling	26
5.2.2	Utstationeringslagen	27
6	KOLLEKTIVAVTALSKRAV I OFFENTLIG UPPHANDLING	28
6.1	Kollektivavtalsbundenhet	28
6.2	Kollektivavtalsvillkor	29
6.2.1	Direktivstyrda upphandlingar	30
6.2.2	Upphandling som omfattas av utstationeringsreglerna	31
6.2.3	Upphandlingar enligt nationell rätt	32
7	SLUTSATSER	34
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	37

Summary

Purchases bound by public procurement rules is estimated to exceed 600 billion SEK. Public procurement is also increasingly used as a means for achieving socio-economical and labour market policy targets.

New procurement directives adopted by the EU in 2014 are intended to facilitate a higher regard for labour law by the contracting authorities. These new directives have yet to be implemented in Sweden, which is one of only a few countries within the EU to apply a labour market model which does not comprise central and generally applied collective agreements or statutory minimum wages. This poses a challenge for Swedish contracting authorities when formulating terms, attributable to collective agreements, within the legal framework.

The main focus of this essay is to investigate the possibility for the Swedish contracting authorities to set requirements for collective agreements or terms attributable to such agreements when procuring public contracts to be carried out in Sweden. In the current legal situation it seems nigh on impossible to require suppliers to be bound by Swedish collective agreements. Such a requirement has in court practice been considered to constitute a breach of the EU general principles of free movement, equality, non-discrimination, transparency and proportionality. It could even constitute a breach of the negative freedom of association provided in the ECHR. It does, however, appear possible to require suppliers to accept to comply with specific contract terms, corresponding to such terms set out in collective agreements. Providing that such terms are formulated in a clear, proportionate and non-discriminatory manner and that compliance with the terms is possible to verify.

In procurement contracts covered by Directive 96/71/EC concerning posting of workers, the contracting authority, in the absence of central and generally applied collective agreements, is further limited to the requirements set out in the hard core of the directive.

With regard to procurement contracts not bound by the EU directives a scope has been left with the legislator to, within their discretion, adapt the national provisions to specific national requirements. So far the Swedish legislator has chosen to implement the wording of the directive in the national legislation, not fully utilizing this discretion.

It remains to be seen which model will be used in the implementation of the new directives and what effect it will have on the possibility to require collective agreements or collective agreement conditions in public procurement.

Sammanfattning

Upphandling av offentliga kontrakt är av stor ekonomisk betydelse och beräknas i Sverige uppgå till drygt 600 miljarder kronor. Den offentliga upphandlingen används dessutom i allt större utsträckning för att uppnå samhällsekonomiska och arbetsmarknadspolitiska mål.

Nya EU direktiv på upphandlingsområdet ska underlätta för upphandlande myndigheter att i större omfattning beakta arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling. Sverige har inte ännu implementerat de nya direktiven och är ett av få länder inom EU som tillämpar en arbetsmarknadsmodell utan allmänna, centrala kollektivavtal och lagstadgade minimilöner. Att formulera krav som kan hänföras till kollektivavtal, inom den rättsliga ramen, innebär därmed en utmaning för upphandlande myndigheter i Sverige.

Focus i uppsatsen ligger på att utreda vilka möjligheter svenska upphandlande myndigheter har att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsenliga villkor i offentliga upphandlingar då fullgörandet av kontraktet ska ske i Sverige. I dagsläget är det i princip inte möjligt att ställa krav på att en leverantör ska vara bunden av ett svenskt kollektivavtal. Sådana krav har hittills i praxis ansetts utgöra ett hinder för den fria rörligheten samt ett brott mot de allmänna EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet. Det skulle till och med kunna anses utgöra ett brott mot den negativa föreningsfrihet som följer av EKMR. Däremot förefaller det möjligt att ställa krav på kollektivavtalsenliga villkor i form av särskilda kontraktsvillkor. Förutsättningen är att de är utformade på ett tydligt, proportionerligt och icke-diskriminerande sätt och att de är kontrollerbara. I upphandlingar som omfattas av utstationeringsdirektivet 96/71/EC är upphandlande myndigheter, ytterligare begränsade genom att sådana kollektivavtalsenliga villkor inte får sträcka sig längre än de nivåer som anges i centrala kollektivavtal eller i utstationeringsdirektivets hårda kärna.

Vad gäller upphandlingar som inte omfattas av EU-direktiven så har medlemsstaterna i praktiken lämnats ett större handlingsutrymme att utforma lagstiftningen efter nationella behov. I Sverige har lagstiftaren hittills valt att i princip implementera direktivets bestämmelser även i de nationella bestämmelserna vilket lett till att handlingsutrymmet inte utnyttjats fullt ut. Det återstår att se hur de nya lagarna kommer att utformas och vilken effekt de kan ha för möjligheten att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsvillkor vid offentlig upphandling.

Förkortningar

BNP	Bruttonationalprodukt
ECHR	European Convention on Human Rights
EES	Europeiska Ekonomiska samarbetet
EKMR	Europeiska konventionen om skydd för de mänskliga rättigheterna och de grundläggande friheterna
EU	Europeiska Unionen
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
ILO	International Labour Organisation
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transport och posttjänster
MBL	Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet
SEK	Svenska kronor
SOU	Statens offentliga utredningar
UrT	Upphandlingsrättslig Tidskrift

1 Inledning

1.1 Ämne och bakgrund

Möjligheten att ställa krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling är ett aktuellt och omdiskuterat ämne. Upphandling av offentliga kontrakt är av stor ekonomisk betydelse och beräknas i Sverige uppgå till drygt 600 miljarder kronor¹. Den offentliga upphandlingen används dessutom i allt större utsträckning för att uppnå samhällsekonomiska och arbetsmarknadspolitiska mål.²

I samband med antagandet av nya EU-direktiv på upphandlingsområdet har regelverket öppnats upp för att ge upphandlande myndigheter möjligheten att i större utsträckning ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling. Ändringarna i upphandlingsdirektiven är en del i arbetet med den gemensamma Europa 2020-startegin för ett mer miljömässigt- och socialt hållbart Europa.³

En typ av sociala hänsyn är krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling. Kollektivavtalet har en särskild ställning på den svenska arbetsmarknaden till följd av tillämpningen av *den svenska modellen*⁴. Kollektivavtalet utgör en grundläggande rättskälla på arbetsrättens område med följden att det på flera områden saknas lagstadgade miniminivåer för arbetsrättsliga villkor. Avsaknaden av lagstadgade eller allmängiltigförklarade lägstanivåer ställer höga krav på upphandlande myndigheter vid utformning av arbetsrättsliga krav i offentliga upphandlingar. Korrekt ställda krav kan främja goda arbetsrättsliga villkor

¹ Se avsnitt 3.1.

² Kommissionens meddelande KOM(2010) Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla, SOU 2013:12, s.33. Dir. 2014:162 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

³ Kommissionens meddelande KOM(2010) Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla.

⁴ Se avsnitt 4.1.

för arbetare som utför offentliga kontrakt i Sverige samt motverka social dumpning.⁵

Utöver den upphandlingsspecifika lagstiftningen har alla EU:s medlemsstater förbundit sig att följa de grundläggande principer för upprätthållandet av den fria rörligheten och den inre marknaden som följer av fördragen⁶. Samspelet mellan de olika regelverken är komplext. Stora ekonomiska värden, ett komplext regelverk samt en ambition att öka det sociala ansvarstagandet såväl i Sverige som inom EU-samarbetet gör frågan om möjligheten att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling värd att undersöka närmre.

1.2 Syfte

Uppsatsen syftar till att ge läsaren en bakgrund till såväl upphandlingsreglerna som arbetsrätten i de delar som påverkar möjligheten att ställa krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling. De nya EU direktiven på upphandlingsområdet har ännu inte införlivats i den nationella rätten, utgångspunkten är därför de regler som svenska upphandlande myndigheter i dagsläget har att förhålla sig till vad gäller uppställandet av sådana krav. Som nämnts i inledningen, är ämnet komplext. Det hänger till stor del samman med att ett centralstyrt och detaljerat regelkomplex, EU-rätten och upphandlingsreglerna, möter ett mer flexibelt och autonomt område som den nationella arbetsrätten där heltäckande och detaljerad lagstiftning i stor utsträckning saknas. Olika typer av upphandlingar styrs dessutom av skiljda regelverk. Avsikten är att undersöka vad dessa omständigheter har för betydelse för möjligheten att ställa krav på kollektivavtal i svenska offentliga upphandlingar.

⁵ Se avsnitt 2.4.

⁶ Fördraget om Europeiska unionen samt Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt.

1.3 Frågeställning

Den primära frågeställningen uppsatsen syftar till att besvara är:

- Vilka möjligheter har svenska upphandlande myndigheter att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsenliga villkor i samband med offentlig upphandling?

Dessutom avser jag i arbetet med att besvara den primära frågeställningen reflektera över en ytterligare frågeställning nämligen:

- Hur kan införlivandet av nya upphandlingsdirektiv i den svenska rätten tänkas påverka möjligheten att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsenliga villkor?

1.4 Metod

För att besvara huvudfrågeställningen har rättsdogmatisk metod använts för att undersöka och analysera de nationella samt EU-rättsliga källorna, i form av förarbeten, lagstiftning, praxis och rättsvetenskaplig litteratur och klarlägga gällande rätt avseende möjligheten att ställa krav på kollektivavtal i offentlig upphandling.

I Sverige är processen med att implementera de nya EU-direktiven ännu inte avslutad. Det innebär att jag, för att bilda mig en uppfattning om hur implementeringsmetoden och de överväganden som lagstiftaren gör kan påverka den effekt de nya direktiven kan tänkas få i svensk rätt framöver, har kritiskt granskat och analyserat förarbeten från såväl den pågående som tidigare implementeringsprocesser på upphandlingsområdet.

1.5 Material och forskningsläge

I arbetet med att analysera rättskällorna har de grundläggande delar av samt samspelet mellan EU-rätten, arbetsrätten samt upphandlingsreglerna varit nödvändiga att klarlägga. I dessa delar har arbetsrättslig, upphandlingsrättslig samt EU-rättslig rättsvetenskaplig litteratur utgjort den primära källan. I egenskap av tillsynsmyndighet över offentlig upphandling i Sverige tillhandahåller Konkurrensverket statistik och informationskrifter och uppdragsforskning som varit till stor hjälp i arbetet med uppsatsen.

Möjligheten att ställa krav på kollektivavtal vid offentlig upphandling är ett aktuellt ämne men ett relativt outforskat område rent juridiskt.

En statlig utredning om hur de nya reglerna bör implementeras, den så kallade genomförandeutredningen⁷, har pågått sedan hösten 2012 och redovisades förra året. Ytterligare en utredning, med fokus på möjligheten att ställa krav på kollektivavtal, har nu tillsatts av regeringen.⁸

Uppdragsforskning som nyligen har presenterats av Konkurrensverket⁹ har undersökt i vilken omfattning det, med dagens lagstiftning, går att ställa krav på kollektivavtalsbundenhet. En sammanfattning av rättsläget i frågan redogörs också för i en artikel som publicerats i UrT.¹⁰

1.6 Avgränsningar

I den följande framställningen har jag valt att endast fokusera på arbetsrättsliga hänsyn i form av krav på kollektivavtal, alternativt kollektivavtalsvillkor som ställs av upphandlande myndighet i form av särskilda kontraktvillkor vid upphandlingar där kontraktet ska fullgöras i Sverige.

⁷SOU 2014:51.

⁸Dir. 2014:162.

⁹Utförd av docent Andrea Sundstrand, Stockholms universitet.

¹⁰Nyrreröd, UrT, 2014 s. 67.

Frågan om möjligheten att ställa krav på kollektivavtal aktualiseras oftast i samband med upphandlingar som rör tjänsteutövning och byggtreprenader, därmed används främst det klassiska upphandlingsdirektivet¹¹ och den svenska lagen (2007:1091) om offentlig upphandling i de klassiska sektorerna som illustration av detaljbestämmelser i lagstiftningen. Övrig upphandlingslagstiftning kommer endast att beröras i samband med lagstiftningsöversikten och i de fall då lagstiftningen för samtliga områden sammanfaller.

Inom ramen för frågeställningen ryms inte någon utredning av eventuella konsekvenser då en kontraktspart inte fullföljer de villkor som ställts upp i upphandlingen eller möjligheten att ställa krav på eventuella underleverantörer.

Då fokus ligger på kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor är såväl bakgrundsdelen som de efterföljande kapitlen om offentlig upphandling och arbetsrätt utformade och avgränsade utifrån detta perspektiv.

1.7 Disposition

Inledningsvis kommer jag att kort beskriva upphandlingslagstiftningens bakgrund och utveckling i Sverige samt den utveckling som skett från Sveriges inträde i EES fram till idag. För att ge ytterligare underlag för läsaren följer i kapitel tre och fyra en redogörelse för grundläggande drag i såväl offentlig upphandling som arbetsrätt. Ambitionen är inte ge en heltäckande bild, delar har valts ut för att underlätta förståelsen av frågeställningen. Därefter följer en beskrivning av den för frågeställningen relevanta rättsliga ramen i form av lagstiftning och allmänna rättsprinciper samt praxis. Praxis tas dessutom upp i sitt sammanhang, löpande i samtliga delar. Kapitel sex ägnas åt att sätta de rättsliga ramarna i förhållande till frågeställningen och slutligen följer mina sammanfattande slutsatser i ett avslutande kapitel.

¹¹ direktiv 2014/24/EU (tidigare direktiv 2004/18/EG).

2 Bakgrund

2.1 Arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling

Förekomsten av arbetsrättsliga krav vid tilldelning av offentliga kontrakt kan spåras tillbaka till Storbritannien i slutet av 1800-talet. Då antog det brittiska underhuset en resolution om skäliga och rättvisa löner vilken innebar att privata aktörer var tvungna att betala de anställda skäliga löner vid utförandet av arbete i enlighet med avtal som tecknats med offentliga myndigheter. Vid fastställande av vad som skulle anses vara skälig lön hänvisades bland annat till kollektivavtal inom en viss sektor.¹²

2.2 Den nationella regleringen

Regler om offentlig upphandling har funnits i Sverige sedan början av 1900-talet och användes redan på 1920-talet som ett socialt och samhällsekonomiskt styrmedel. Vid den tidpunkten användes iakttagande av särskilda hänsyn vid offentlig upphandling för att bland annat bevara viss näring, motverka arbetslöshet och prioritera den inhemska produktionen. Möjligheten att ta hänsyn till situationen på arbetsmarknaden samt att ge företräde åt svenska varor togs bort i samband med 1952 års upphandlingskungörelse som senare kompletterades för att även inkludera upphandling av tjänster genom upphandlingskungörelsen 1973.¹³ Dessa upphandlingskungörelser byggde i högre grad på principer om offentlighet, rättssäkerhet och affärsmässighet, vilket innebar att utnyttjande av konkurrensen blev ett krav.

¹² Ahlberg och Bruun, 2010, s. 119.

¹³ Prop. 1992/93:88 s.34. Upphandlingskungörelse (1973:600).

Upphandlingskungörelsen¹⁴ ersattes sedermera av 1986 års upphandlingsförordning.¹⁵ Förordningen var inte lika detaljerad utan innehöll endast ett ramregelverk som kompletterades genom föreskrifter utfärdade av Riksrevisionsverket.¹⁶

2.3 Sveriges inträde i EU

Upphandlingsförordningen gällde fram till 1 januari 1994 då lagen om offentlig upphandling (1992:1528) trädde i kraft i samband med Sveriges inträde i EES, och kort därefter även i EU. Det fick betydelsen att offentliga upphandlingar i Sverige öppnades upp för konkurrens från anbudsgivare i samtliga medlemsstater i enlighet med EU-rätten.¹⁷ Numera regleras upphandlingsområdet till stor del av EU-rätten som är införlivad i svensk rätt genom 2007 års lag (2007:1091) om offentlig upphandling samt lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Inom ramen för EU-samarbetet är grunden för regleringen på upphandlingsområdet det så kallade Lissabonfördraget som innehåller två, för EU-rätten grundläggande fördrag: fördraget om europeiska unionen (FEU) samt det tillhörande fördraget om europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Det innebär att upphandlingsreglerna ska verka för att undanröja hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster och därmed främja etableringsfriheten och den inre marknaden.¹⁸ Det huvudsakliga syftet på EU-nivå har alltså inte nödvändigtvis varit att det offentliga ska göra en bra affär med offentliga medel. Fokus har istället legat på att skydda företagen som tillhandahåller varor och tjänster, de ekonomiska aktörerna, inom unionen genom att i största mån främja konkurrens och öppenhet och förhindra att upphandlande myndigheter tar andra hänsyn än ekonomiska.¹⁹

¹⁴ Upphandlingskungörelse (1973:600).

¹⁵ Upphandlingsförordning (1986:366).

¹⁶ Prop. 92/93:88 s.34 f.

¹⁷ Norman och de Jonge, 2014, s.1:1 och 1:6.

¹⁸ Se bl.a. art. 3.3 EUF samt art. 49 och art. 56 FEUF.

¹⁹ Sundstrand, 2012 s. 60 f.

På senare tid har det dock blivit tydligt att det även i upphandlingsregleringen finns behov av en möjlighet att ta andra hänsyn än rent ekonomiska. Tendenser som visat sig såväl i praxis²⁰ som i nya direktiv på upphandlingsområdet.²¹

2.4 Nya upphandlingsregler

År 2010 påbörjade EU-kommissionen en utredning kring att vidga möjligheten att ta sociala hänsyn vid offentliga upphandlingar. Utredningen mynnade 2011 ut i ett förslag på anpassning av upphandlingsdirektiven.²² Efter vidare behandling inom EU och av medlemsstaterna resulterade arbetet i antagandet av tre nya och omarbetade direktiv på upphandlingsområdet 2014, direktiv 2014/24/EU om offentlig upphandling, direktiv 2014/25/EU om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster samt direktiv 2014/23/EU om tilldelning av koncessioner.

De nya reglerna ska vara implementerade i medlemstaternas nationella lagstiftning senast 24 månader från antagandet.²³ För Sveriges är implementeringen av de nya reglerna planerat till april 2016 i form av tre nya upphandlingslagar. En ny lag om offentlig upphandling, en om offentlig upphandling i försörjningssektorerna samt en ny lag om upphandling av koncessioner.²⁴

Tanken är att de nya upphandlingsreglerna ska vara en del i EU:s strategi för en mer socialt och miljömässigt hållbar utveckling som på sikt anses nödvändigt för att öka den ekonomiska tillväxten samt sysselsättningen inom unionen.²⁵

²⁰ C-513/99 Concordia Bus, C-448/01 ENV och Wienstrom och C-368/10 Max Havelaar.

²¹ direktiv 2004/18/EG samt direktiv 2004/17/EG.

²² Sundstrand, 2012, s.19.

²³ d.v.s. senast i mars 2016.

²⁴ Dir. 2014:162 s.6.

²⁵ Europeiska kommissionen, Nya regler om offentlig upphandling och koncessioner, 2014, s.7.

De nya direktiven vilar på samma EU rättsliga grund som de tidigare direktiven vilket betyder att samma grundläggande principer gäller. Ändringarna syftar bland annat till att öka flexibiliteten samt underlätta för små och medelstora aktörer att delta i upphandlingar. Dessutom utvidgas möjligheten ytterligare för upphandlande myndigheter att utvärdera anbud utifrån fler kriterier än priset, för att ge större möjlighet att iaktta andra hänsyn än rent ekonomiska, till exempel arbetsrättsliga hänsyn.²⁶ 2013 var den vanligaste tilldelningsgrunden i Sverige för första gången lägsta pris, en utveckling mot att endast ekonomiska hänsyn tas i allt större utsträckning.²⁷ Enligt de nya direktiven ska offentlig upphandling användas till mer än den aktuella affären. De ska fungera som ett styrmedel för att främja tillväxt och öka förtroendet för den inre marknaden, motverka social dumpning²⁸ och för att bidra till en miljömässigt och socialt hållbar utveckling inom unionen.²⁹

²⁶Skäl 37 samt skäl 78 i ingressen till direktiv 2014/24/EU.

²⁷ Konkurrensverket, Siffror och fakta om upphandling s.7-9.

²⁸ Om begreppet social dumpning se bl.a. Nyström, 2011, s.108 ff. samt s.145 f. här i betydelsen att använda arbetskraft med sämre löner och villkor som konkurrensmedel.

²⁹ Europeiska kommissionen , Nya regler om offentlig upphandling och koncessioner, 2014, s.6 ff.

3 Offentlig upphandling

3.1 Upphandling i siffror

Enligt Konkurrensverkets beräkningar uppgår svenska inköp som omfattas av upphandlingsreglerna till drygt 600 miljarder kronor vilket utgör ungefär en femtedel av BNP. År 2013 annonserades nästan 20 000 upphandlingar av vilka ungefär 30 procent omfattades av EU:s upphandlingsdirektiv.

Överprövningar är dubbelt så vanliga bland upphandlingar som omfattas av EU direktiven. Totalt överprövades cirka 8 procent av alla upphandlingar och den genomsnittliga handläggningstiden för överprövning i förvaltningsrätten har nästan tredubblats sedan 2005 och låg år 2013 på 2,3 månader.³⁰

3.2 Tröskelvärden och B-tjänster

Upphandling av kontrakt som inte överskrider EU:s tröskelvärden och som inte heller utgör upphandling av B-tjänster omfattas inte av de äldre upphandlingsdirektiven.³¹ Medlemsstaterna har här lämnats utrymme att införa särskilda nationella regler eller välja att tillämpa regler motsvarande direktiven. I Sverige har lagstiftaren valt det senare alternativet.³²

Tröskelvärden fastställs för samtliga medlemsstater av kommissionen vartannat år. På grund av de frekventa ändringarna framgår, för svensk del, inte gällande tröskelvärden direkt av lagtexten i LOU eller LUF. De framgår istället av regeringens tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling.³³ Sedan 1 januari 2014 är tröskelvärdet vid upphandling av varor och tjänster enligt LOU 1 806 427 kronor vilket motsvarar 207 000 euro.³⁴ Vid upphandling av varor och tjänster enligt LUF är tröskelvärdet 3 612 854 kronor eller 414 000 euro och för

³⁰ Konkurrensverket, Siffror och fakta om upphandling s.7-9.

³¹ direktiv 2004/18/EG, direktiv 2004/17/EG.

³² SOU 2014:51 s.19 f.

³³ Pedersen s.47, Sundstrand s.101f.

³⁴ För statliga myndigheter gäller 1 169 378 kronor eller 134 000 euro.

byggtreprenader, enligt både LOU och LUF, ligger tröskelvärdet på 45 256 666 kronor vilket motsvarar 5 186 000 euro.³⁵

Tanken bakom att på förhand uppskatta värdet på offentliga kontrakt är dels för att fastställa vilket regelverk som ska tillämpas, dels att undanta kontrakt som är av så ringa värde att kostnaden för upphandlingsförfarandet överstiger nyttan av en konkurrensutsättning. I de nationella bestämmelserna i 15 kap. LOU och LUF har därför bestämmelser införts som avgör om den upphandlande myndigheten kan använda ett enklare förfarande. Det är till exempel möjligt att direktupphandla tjänster, varor och byggtreprenader om kontraktet inte överstiger 15 procent av tröskelvärdet i respektive direktiv.³⁶

I upphandlingsdirektiven har tjänster tidigare varit uppdelade i två kategorier A-tjänster och B-tjänster. Upphandling av A-tjänster omfattades av upphandlingsdirektiven eftersom de per automatik ansågs vara av ett gränsöverskridande intresse. Exempelvis gällde det tjänster som transporter och telekommunikationstjänster. Kategorin B-tjänster har i princip varit undantagna från direktivens tillämpning eftersom dessa tjänster med hänsyn till dess art inte ansetts vara av ett gränsöverskridande intresse.³⁷ Därmed har varje medlemsstat haft behörighet att utforma bestämmelser för denna typ av kontrakt inom ramen för den nationella lagstiftningen. Exempel på B-tjänster är framförallt hälso- och sjukvårdstjänster, utbildningstjänster och juridiska tjänster.³⁸

I de nya direktiven har begreppen A- respektive B-tjänster avskaffats. För en del, i direktiven särskilt angivna, sociala eller andra särskilda tjänster finns, av samma anledning som tidigare, även fortsättningsvis större utrymme för nationell reglering. Den typ av tjänster som undantas är till exempel hälso- och sjukvård, utbildning, socialtjänst och kultur.³⁹

³⁵ Tillkännagivande (2014:5) om tröskelvärden vid offentlig upphandling, Kommissionens meddelande 2013/C 366/01.

³⁶ Sundstrand, 2012, s.101 ff., 15 kap. 3§ 2st. LOU samt 15 kap. 3§ 2st. LUF.

³⁷ Enligt art. 32 direktiv 2004/18/EG tillämpas endast de regler som styr tekniska specifikationer samt kontraktstilldelning.

³⁸ Sundstrand, 2012, s.104, Bergman, Indén, Lundberg, Madell, 2011, s.123.

³⁹ direktiv 2014/24/EU.

Därutöver höjs tröskelvärdet för samtliga upphandlingar till 750 000 euro vilket motsvarar 6 545 025 kr. Den äldre regleringen av tröskelvärden och B-tjänster tillämpas dock i svensk rätt fram till implementeringen av de nya reglerna i april 2016.

3.3 Bestämt gränsöverskridande intresse

Medlemsstaterna har alltså, som följer av redogörelsen ovan, givits ett visst handlingsutrymme att utforma regleringen av sådana upphandlingar som klassificeras som B-tjänster eller faller under de tröskelvärden som satts av kommissionen. Undantaget är när en sådan upphandling trots sin art eller ett ringa värde skulle anses vara av ett bestämt gränsöverskridande intresse.⁴⁰

Enligt EU-domstolens praxis gäller i sådana fall primärrättens regler oberoende av värde eller typ av tjänst. Främst är det den fria etableringsrätten och fria rörligheten enligt art. 49 och art. 56 FEUF som måste iakttas men även de allmänna principer som följer därav måste upprätthållas.⁴¹ Ett bestämt gränsöverskridande intresse föreligger så fort ett företag i en annan medlemsstat har intresse av att delta i en upphandling i en annan medlemsstat.

Några exakta kriterier för när ett gränsöverskridande intresse föreligger finns inte men förhållanden som skulle kunna vara av betydelse för bedömningen är till exempel det geografiska läget och den aktuella marknadens storlek.⁴²

Vad gäller byggentreprenader är tröskelvärdet så pass högt att även relativt stora upphandlingar faller utanför. Det utesluter inte att sådana upphandlingar skulle kunna vara av intresse för potentiella anbudsgivare i andra medlemsstater. Vid denna typ av upphandlingar kan även det geografiska läget vara av avgörande betydelse, exempelvis om arbetet ska utföras nära gränsen till en annan medlemsstat.

⁴⁰ Sundstrand, 2012, s.141, Bergman, Indén, Lundberg, Madell, 2011, s.123.

⁴¹ mål C-507/03 (An Post) B-tjänster samt förenade målen C-147/06 och C-148/06 (SECAP och Santosoro) upphandlingar under tröskelvärdet.

⁴² Sundstrand, 2012, s.138 f.

Vad gäller de upphandlingar som faller inom upphandlingsdirektivens tillämpningsområde är bedömningen som beskrivs ovan inte nödvändig. Bestämmelserna i direktiven tillämpas på sådana upphandlingar oavsett om de har ett gränsöverskridande intresse eller inte.⁴³

⁴³ Sundstrand, 2012, s.140 ff.

4 Arbetsrättslig bakgrund

4.1 Den svenska modellen

Det svenska arbetsrättsliga modellen skiljer sig, med undantag för de övriga nordiska länderna, till stor del från övriga EU och EES-länder.⁴⁴ I Norden har arbetsmarknadsorganisationerna traditionellt sett haft en stark ställning vilket i förening med en genomsnittlig organisationsgrad på omkring 70 procent⁴⁵ resulterat i att det i hög grad råder autonomiför arbetsmarknadens parter.⁴⁶

Svenska arbets- och anställningsvillkor är visserligen lagreglerade på vissa områden. Exempel på sådan lagstiftning är: lag (1982:80) om anställningsskydd, medbestämmandelagen (1976:580), arbetsmiljölagen (1977:1160) samt semester- och arbetstidslagstiftningar.⁴⁷ Även dessa lagar är dock i hög grad dispositiva och kan frångås genom tecknande av kollektivavtal.⁴⁸

4.2 Kollektivavtal

Kollektivavtalen har en mycket framträdande roll i den svenska arbetsmarknadsmodellen. Trots avsaknaden av lagstiftning för allmängiltigförklaring av kollektivavtal omfattas idag nästan nio av tio löntagare i Sverige av kollektivavtal.⁴⁹ Vad gäller arbetsgivarna skiljer sig avtalstäckningen avsevärt mellan små och stora företag. 2010 var till exempel täckningsgraden för företag med 1-49 anställda bara 42%.⁵⁰ Tre kriterier skiljer ett kollektivavtal från ett vanligt civilrättsligt avtal.⁵¹ Avtalet ska ha ingåtts mellan en arbetsgivare eller en

⁴⁴ Nyström, 2011, s.59.

⁴⁵ Kjellberg, 2013:1, s.12.

⁴⁶ SOU 2008:123, s.15.

⁴⁷ Semesterlagen (1977:480) samt arbetstidslagen (1982:673).

⁴⁸ Prop. 2009/10:48, s.12.

⁴⁹ Kjellberg, 2013:1, s.14 ff.

⁵⁰ Kjellberg, 2013:1, s.22 ff.

⁵¹ 23§ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

arbetsgivarorganisation och en arbetstagarorganisation, det ska gälla anställningsvillkor för arbetstagare eller förhållanden i övrigt mellan arbetsgivare och arbetstagare och slutligen uppställs ett krav på att avtalet ska vara skriftligt.

Kollektivavtalet har bindande verkan för parterna men binder inom tillämpningsområdet, till skillnad från ett civilrättsligt avtal, även övriga medlemmar.⁵² Det gäller oavsett om medlemskapet uppkom före eller efter tidpunkten då avtalet slöts, i den mån medlemmen inte redan är bunden av ett annat kollektivavtal.⁵³

4.3 Minimilöner och allmängiltigförklaring

I svensk lagstiftning finns, till följd av tillämpningen av den svenska modellen, inte någon lagstiftad minimilön. Lönebildning sker genom förhandling mellan arbetsmarknadens parter och merparten av regleringen återfinns i de kollektivavtal som tecknas mellan organisationerna. Det finns alltså inte någon nedre gräns för den lönenivå som arbetsgivare och arbetstagare kan komma överens om då det saknas kollektivavtal eller då lönenivåerna inte omfattas av kollektivavtalets tillämpningsområde.

Allmängiltigförklaring av kollektivavtal innebär att ett kollektivavtal genom myndighetsbeslut utvidgas för att gälla till exempel en hel bransch.⁵⁴

Sverige är ett av få länder inom EES som varken tillämpar lagstadgade minimilöner eller har infört ett system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal.⁵⁵ Den höga organisationsgraden och en mycket vidsträckt kollektivavtalstäckning anses vara en tillräcklig reglering som dessutom stämmer väl överens med den svenska arbetsmarknadsmodellen.⁵⁶

Betydelsen av detta i upphandlingssammanhang utvecklas vidare i kapitel 6.

⁵² SOU 2008:123, s.145 f.

⁵³ 26§ Lag (1976:580) om medbestämmande i arbetslivet.

⁵⁴ Nyström, 2011, s.63.

⁵⁵ Utöver Sverige endast Danmark och Italien.

⁵⁶ se avsnitt 4.1 samt 4.2.

5 Det rättsliga ramverket

5.1 EU rätten

EU-rätten utgör grunden för regleringen kring offentlig upphandling.

Genom att ansluta sig till unionen har samtliga medlemsstater förbundit sig att lojalt följa och tillämpa rättsakter, allmänna principer och praxis inom de områden där lagstiftningskompetens överlämnats till EU.⁵⁷

5.1.1 Primärrätten

Utgångspunkten är 2009 års fördrag om europeiska unionen och det tillhörande fördraget om europeiska unionens funktionssätt det så kallade Lissabonfördraget. Det saknas särskilda regler om offentlig upphandling i fördragen, dock anses offentlig upphandling vara en del i upprätthållandet av de målsättningar och värden som stadgas i fördragen. Här kan nämnas bland annat upprätthållandet av den inre marknaden vilket kommer till uttryck i artikel 3.3 EUF, den fria rörligheten av tjänster samt etableringsfriheten.⁵⁸

Härutöver gäller på upphandlingsområdet ett antal allmänna EU-rättsliga principer som har sin grund såväl i fördragen som i dess tolkning i praxis.⁵⁹

5.1.2 Allmänna principer

Nedan följer en redogörelse för de allmänna principer som följer av EU-rätten och som anses vara av grundläggande betydelse på upphandlingsområdet.

⁵⁷ Bernitz och Kjellgren, 2010, s.75 ff.

⁵⁸ art.56 samt art. 49 FEUF.

⁵⁹ Pedersen, 2013, s.19.

5.1.2.1 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen följer av artikel 18 FEUF och utgör ett generellt diskrimineringsförbud. Principen innebär att leverantörer och tjänsteutövare i samtliga medlemsstater oberoende av nationalitet, storlek eller organisationsform ska ges lika förutsättningar att delta i offentliga upphandlingar i samtliga medlemsstater. Principen anses vara av fundamental betydelse för upprätthållandet av den inre marknaden.⁶⁰ Till exempel måste information som är relevant för en upphandling ges vid samma tillfälle och på ett sätt som alla potentiella anbudsgivare kan ta del av.⁶¹ Att olika medlemsstater har olika reglering inom samma område utgör inte ett brott mot likabehandlingsprincipen så länge tillämpningen av sådana regler är icke-diskriminerande.

5.1.2.2 Icke-diskrimineringsprincipen

I upphandlingssammanhang utgör icke-diskrimineringsprincipen ett ytterligare skydd mot diskriminering på grund av nationalitet. Upphandlande myndigheter får varken ge företräde åt eller utestänga någon anbudsgivare på grund av medborgarskap eller etableringsland. Det är därmed inte tillåtet att i en upphandling ställa krav som endast en leverantör från ett visst geografiskt område kan uppfylla. Förbudet gäller alltså till exempel krav på lokalt producerade produkter oavsett om även inhemska leverantörer missgynnas av kravet.⁶²

5.1.2.3 Öppenhetsprincipen

Även öppenhetsprincipen är en förutsättning för upprätthållandet av likabehandlingsprincipen. Öppenhetsprincipen säkerställer den transparens och insyn som krävs för att kontrollera att kraven på likabehandling och icke-diskriminering efterlevs. Upphandlingsförfarandet ska vara offentligt

⁶⁰ Artikel 3.3 FEU.

⁶¹ Bernitz och Kjellgren, 2010, s.111ff, Pedersen, 2013, s. 20, Sundstand, 2012, s.43 ff.

⁶² Sundstrand, 2012, s.45, Pedersen, 2013, s.19, mål 31/87 Beentjes, Prop. 2006/07:128 s.155.

genom hela förfarandet, från annonsering till tillkännagivande av resultatet.⁶³ Dessutom innebär principen att upphandlande myndighet inte i efterhand får avvika från förfrågningsunderlaget eller ändra förutsättningarna under upphandlingens gång.⁶⁴

5.1.2.4 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande uttrycks direkt i upphandlingsdirektiven. Den innebär att handlingar så som intyg, certifikat eller betyg som utfärdats av en myndighet i en medlemsstat ska erkännas och accepteras av upphandlande myndighet i en annan medlemsstat, så länge kvalifikationen motsvarar den som krävs på nationell nivå. Principen har av EU-domstolen fastställts i praxis i målet Cassis de Dijon⁶⁵ där nationella bestämmelser ansågs utgöra ett handelshinder.

5.1.2.5 Proportionalitetsprincipen

En upphandlande myndighet får inte ställa uppställa villkor som är mer omfattande än vad som är nödvändigt i den aktuella upphandlingen. Dessutom ska villkor som ställs i upphandlingar vara möjliga att följa upp. Nyttan med kravet ska stå i proportion till åtgärderna som krävs för att uppnå detsamma. Det går till exempel inte att kräva att alla inom anbudsgivarens organisation ska ha en viss kompetens även om de inte deltar i utförandet av själva kontraktet.⁶⁶

⁶³ Prop. 2006/07:128 s. 155.

⁶⁴ Sundstrand, 2012, s.46, Pedersen, 2013, s.20.

⁶⁵ mål 120/78 Cassis de Dijon.

⁶⁶ Pedersen, 2013, s.20 f.

5.1.3 Upphandlingsdirektiven

Fördragens övergripande principer kompletterats vad gäller offentlig upphandling av ett antal mer detaljerade rättsakter i form av direktiv. Direktiven blir, genom införlivande i medlemsstaternas lagstiftning, gällande rätt även på nationell nivå för upphandlingar som faller inom dess tillämpningsområde.⁶⁷ De senaste direktiven på upphandlingsområdet, som nämnts i avsnitt 2.4, antogs i februari 2014. Processen med att införliva direktivens bestämmelser i den nationella rätten pågår just nu i medlemsstaterna som ska ha genomfört ändringarna inom 24 månader. För Sveriges del kommer, så som nämnts ovan, de nya reglerna att införlivas genom nya upphandlingslagar i april 2016.

5.1.4 Utstationeringsdirektivet

Som en naturlig följd av principerna om upprätthållandet av en inre marknad samt fri rörlighet för varor och tjänster förekommer det vid offentlig upphandling att anbudsgivare utstationerar arbetskraft i andra medlemsstater. Då uppkommer frågan vilka av medlemsstaternas arbetsrättsliga villkor som ska tillämpas på arbetstagarna. För att motverka att skillnader i de olika medlemsstaternas arbetsrättsliga villkor leder till social dumpning regleras frågan om vilket lands arbetsrätt som ska tillämpas i direktivet om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster 96/71/EG.⁶⁸ Att utstationeringsdirektivet ska beaktas framgår av ingressen till upphandlingsdirektivet.⁶⁹ Utstationeringsdirektivet tillämpas på all gränsöverskridande verksamhet och stadgar vissa miniminivåer som, oavsett avtalet i övrigt, måste tillämpas vid sådana upphandlingar som rör utstationering av arbetstagare. Utgångspunkten är värdlandsprincipen⁷⁰. Den som tillfälligt utstationerar

⁶⁷ se avsnitt 3.2.

⁶⁸ Nyström, 2011, s.145.

⁶⁹ se skäl 37 direktiv2014/24/EU.

⁷⁰ Tidigare lagvalsregler, Romkonventionen och Rom-I förordningen byggde på ursprungslandsprincipen.

arbetstagare i en annan medlemsstat är förbinder sig att tillämpa vissa centrala arbets- och anställningsvillkor som följer av lagen i arbetslandet. De villkor som omfattas av regleringen i direktivet återfinns i artikel 3.1 vilken utgör direktivets hårda kärna. Nivåerna bestäms utifrån värdlandets lagar och författningar eller genom skiljedomar och kollektivavtal som allmängiltigförklarats. Om det som i Sveriges fall saknas ett system för allmängiltigförklaring av kollektivavtal kan medlemsstaten välja att utgå i från de kollektivavtal som gäller allmänt för samtliga likartade företag inom en viss sektor eller från de kollektivavtal som anses ha fått allmän verkan på nationell nivå genom att de ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna. Då måste dock staten agera garant för att nivåerna inte missgynnar utländska företag.⁷¹

I Sverige har utstationeringsdirektivet implementerats genom lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.⁷²

5.2 Nationell rätt

Genom det svenska EU-medlemskapet utgör EU-rätten en del av den svenska rättsordningen. Det regler och principer som kommer till uttryck i EU-rätten ska alltså också, i viss mån, tillämpas på sådana upphandlingar som endast omfattas av den nationella rätten.⁷³ Sverige tillämpar en dualistisk princip vid införandet av EU-rätten i den nationella rätten. Det innebär att nya rättsakter inte automatiskt blir en del av den nationella rätten utan på något sätt måste införlivas i den svenska lagstiftningen.

⁷¹ Nyström, 2011, s.148.

⁷² Se stycke 5.2.2.

⁷³ Se avsnitt 3.3.

5.2.1 Lagen om offentlig upphandling

Då de nya upphandlingsdirektiven ännu inte har införlivats i svensk rätt gäller fortfarande 2007 års upphandlingslag⁷⁴ som bygger på de äldre EU-direktiven från 2004.⁷⁵ LOU reglerar upphandling av varor, tjänster och byggtreprenader, de så kallade klassiska sektorerna, medan försörjningssektorerna, vatten, energi, och transport regleras i LUF.

I Sverige har lagstiftaren i princip valt att tillämpa ett överskjutande införlivande av direktiven.⁷⁶ De nationella reglerna, som samlats i kapitel 15, gäller bara för upphandlingar av vissa typer av tjänster och sådana upphandlingar som inte når upp till tröskelvärdet och därmed inte omfattas av direktiven.⁷⁷ Reglerna har dock utformats för att i så hög grad som möjligt överensstämma med de regler som följer av direktiven. Det innebär att det utrymme som medlemsstaterna givits, att förenkla för upphandlande myndigheter och i vissa delar utforma lagstiftningen efter nationella behov, inte har utnyttjats fullt ut av den svenska lagstiftaren. Detta trots att den svenska regeringen varit drivande för att krav ska kunna ställas på bland annat marknadsmässiga löner och andra villkor redan inför antagandet av de äldre direktiven.⁷⁸

Av 1 kapitlet 9§ framgår att de allmänna EU-rättsliga principerna ska beaktas vid alla offentliga upphandlingar. Lagstiftaren har också infört en målsättningsstadgande regel i 1 kap 9a§ som stadgar att upphandlande myndighet *bör* beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid offentlig upphandling".⁷⁹

Arbetet med genomförandet av de nya direktiven i svensk rätt ha pågått sedan hösten 2012 och den nya lagstiftningen väntas träda i kraft i april 2016.⁸⁰

⁷⁴ lag (2007:1091) om offentlig upphandling och lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster.

⁷⁵ direktiv 2004/18/EG samt direktiv 2004/19/EG.

⁷⁶ Bernitz och Kjellgren, 2010, s.375ff, SOU 2013:12 s.627.

⁷⁷ 1 kap. 2§ 2 st. LOU.

⁷⁸ Ahlberg och Bruun, 2010, s.9 ff. samt s.31.

⁷⁹ Egen kursivering.

⁸⁰ SOU 2014:51.

5.2.2 Utstationeringslagen

Genom införandet av lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare i svensk rätt införlivades utstationeringsdirektivet i den nationella rätten. Lagen gäller samtliga arbetsgivare som utstationerar arbetstagare i Sverige och blir enligt 1§ tillämplig då arbetsgivaren utför tjänster över gränserna och det föreligger ett anställningsförhållande mellan arbetsgivaren och den utstationerade arbetstagaren.⁸¹ En utstationering ska, enligt 4§, vara tillfällig. Är arbetet förlagt till Sverige på en mer stadigvarande basis tar den svenska arbetsrätten som huvudregel över.⁸²

Utstationeringsdirektivets hårda kärna⁸³ kommer till uttryck i 5§ i vilken hänvisning finns till de lagrum som ska tillämpas då arbete utförs i Sverige. Minimilön anges inte i paragrafen. Det beror på att någon sådan inte finns stadgad i svensk lagstiftning. Inte heller hänvisas till kollektivavtal trots att en sådan möjlighet fanns vid införandet. Enligt förarbetena ansågs det inte nödvändigt att kräva att arbetsgivare som utstationerar arbetstagare tillämpar kollektivavtalsvillkor då de ofta frivilligt tecknar kollektivavtal med berörda arbetstagarorganisationer. Det ansågs dessutom vara både lagtekniskt komplicerat och främmande för svensk rättstradition.⁸⁴

⁸¹ 1§ lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

⁸² Nyström, 2011, s. 155 f.

⁸³ art. 3.1 direktiv 96/71/EG.

⁸⁴ Prop. 1998/99:90, s. 26 ff.

6 Kollektivavtalskrav i offentlig upphandling

Krav på kollektivavtalsenliga villkor kan utformas på olika sätt. Antingen omfattar villkoren ett krav på att den upphandlande myndigheten att anbudsgivare ska vara bundna av ett visst kollektivavtal eller så formuleras villkoren så att de ska motsvara vissa nivåer, hämtade ur gällande kollektivavtal i relevant sektor, utan att kräva att arbetsgivaren tecknar avtal.

6.1 Kollektivavtalsbundenhet

Upphandlande myndigheter har idag ingen möjlighet att inom den rättsliga ramen ställa uttryckliga krav på att anbudsgivare ska vara bundna av kollektivavtal. Sådana krav har i praxis bekräftats strida mot flera av de allmänna EU-rättsliga principerna, först genom ett nationellt avgörande i Kammarrätten 1995⁸⁵ och senare även i EU-domstolen bland annat genom domarna i målen Laval och Rüffert.⁸⁶

För att tillse goda arbetsförhållanden vid utförandet av offentliga kontrakt finns mindre ingripande metoder, till exempel att istället ställa upp krav på att vissa kollektivavtalsenliga villkor ska vara uppfyllda.⁸⁷ Om den upphandlande myndigheten väljer att kräva att anbudsgivare ska vara bundna av kollektivavtal trots att det finns mindre ingripande alternativ utgör det ett brott mot proportionalitetsprincipen.

Därutöver kan krav på bundenhet till kollektivavtal anses utgöra ett brott mot arbetsgivarens negativa föreningsfrihet som kommer till uttryck i artikel 11 i EKMR.⁸⁸

⁸⁵ Kammarrätten i Stockholm mål nr. 1713-1995.

⁸⁶ mål C-341/05 Laval och mål C346/06 Rüffert.

⁸⁷ se avsnitt 6.2.

⁸⁸ Ahlberg och Bruun, 2010, s.140.

Krav på att anbudsgivare ska vara bundna av kollektivavtal kan även anses strida mot principerna om öppenhet och icke-diskriminering. Utländska anbudsgivare kan ha svårigheter att överblicka villkoren i kollektivavtal. Det kan innebära att de missgynnas gentemot nationella aktörer. Om utländska aktörer avstår från att delta i offentliga upphandlingar i Sverige på grund av otydlighet och oförutsebarhet utgör sådana villkor även en begränsning av den fria rörligheten som följer av primärrätten.⁸⁹

Den fria rörligheten kan inskränkas om skälet är nödvändigt av tvingande hänsyn till allmänintresset och förenligt med fördragen. Att ställa upp villkor som är ämnade att skydda arbetstagare har av EU-domstolen bekräftats vara ett sådant skäl. Dock har det i praxis krävs det att sådana villkor är proportionerliga och att villkor som ställs upp med hänvisning till arbetstagar skyddet ska tillämpas på samtliga arbetstagare, inte enbart i offentliga upphandlingar.⁹⁰

Krav på kollektivavtalsbundenhet kommer, efter de nya direktivens införlivande i den svenska rätten, med stor sannolikhet även fortsättningsvis vara oförenliga med de allmänna EU-rättsliga principerna.⁹¹

I Sverige har lagstiftaren valt att göra de allmänna EU-rättsliga principerna tillämpliga på samtliga offentliga upphandlingar.⁹² Vad gäller möjligheten att ställa krav på kollektivavtalsbundenhet innebär det att det inte spelar någon roll i fall upphandlingen har ett gränsöverskridande intresse eller inte.

6.2 Kollektivavtalsvillkor

Att hänsyn ska tas till kollektivavtal vid offentlig upphandling framgår av skälen i ingressen till såväl det gamla som det nya upphandlingsdirektivet.⁹³

Primärrätten, de allmänna principerna samt praxis från EU-domstolen reglerar alltså formen, men inte förekomsten av sådana krav.

⁸⁹ mål C-341/05 Laval.

⁹⁰ mål C-346/06 Rüffert och mål C-341/05 Laval.

⁹¹ SOU 2014:51, s.15.

⁹² 1 kap. 9§ LOU.

⁹³ Skäl 34 direktiv 2004/18/EG och skäl 37 direktiv 2014/24/EU.

Att kollektivavtal ska beaktas framgår inte med samma tydlighet i den svenska lagstiftningen. I 1 kap. 9a§ LOU stadgas endast att sociala hänsyn bör beaktas om upphandlingens art motiverar det.⁹⁴

6.2.1 Direktivstyrda upphandlingar

Krav på kollektivavtalsenliga villkor kan ställas i upphandlingar i form av särskilda kontraktsvillkor om de följer av representativa kollektivavtal som täcker det aktuella området.⁹⁵ Så länge de allmänna EU-rättsliga principerna upprätthålls går det att ställa icke-ekonomiska krav även om de är svåra att leva upp till. De får dock inte vara omöjliga att uppnå och måste ha utformats på ett objektivt och icke-diskriminerande sätt.⁹⁶

Särskilda kontraktsvillkor är villkor för fullgörandet av kontraktet. Det rör sig alltså inte om urvalskriterier eller kvalificeringskrav utan om avtalsförpliktelser som den som tilldelas kontraktet har att uppfylla.⁹⁷ Enligt de allmänna bestämmelserna i 1:9 samt 6:13 LOU måste ett sådant villkor vara kopplat till själva utförandet av kontraktet och inte vara mer omfattande än nödvändigt. Kravet ska framgå tydligt av förfrågningsunderlaget eller annonsen och vara utformat i överensstämmelse med de allmänna rättsprinciperna. Slutligen måste kravet, för att överensstämma med principerna om öppenhet och likabehandling, vara kontrollerbart.⁹⁸

Att kravet ska vara kopplat till utförandet innefattar ett proportionalitetskrav. Det innebär att det inte går att ställa högre krav på utföraren än vad som är nödvändigt för fullgörandet av kontraktet.

⁹⁴ Egen kursivering.

⁹⁵ Kommissionens handledning SEK(2010) 1258 slutlig s.44, SOU 2014:51 s.40 f.

⁹⁶ C-513/99 Concordia Bus, se avsnitt 6.2.3.

⁹⁷ Pedersen, 2013, s.139.

⁹⁸ Kontrollerbarhetskravet, mål C448/01 EVN och Wienstrom.

Enligt skäl 98 i ingressen i upphandlingsdirektivet⁹⁹ måste särskilda kontraktsvillkor dessutom stämma överens med bestämmelserna i utstationeringsdirektivet.¹⁰⁰

6.2.2 Upphandling som omfattas av utstationeringsreglerna

Möjligheten att ställa krav på kollektivavtalsvillkor i offentliga upphandlingar som omfattas av utstationeringsreglerna är begränsad till de miniminivåer som framgår av 5§ utstationeringslagen.

Det direkta sambandet mellan utstationeringsreglerna och offentlig upphandling har inte prövats i praxis. Däremot finns en par principiellt viktiga avgöranden från EU-domstolen som bidrar till tolkningen av utstationeringsreglernas räckvidd även i upphandlingssammanhang. Båda målen behandlar möjligheten att ställa arbetsrättsliga krav utanför utstationeringsdirektivets hårda kärna¹⁰¹ samt möjligheten att i nationell lag ställa upp högre krav med hänvisning till skyddet av arbetstagare som tvingande allmänintresse.

I målet Laval prövades möjligheten att med stridåtgärder driva igenom arbetsrättsliga krav mot en lettisk arbetsgivare som utstationerat arbetstagare i Sverige kom EU-domstolen fram till att skydd för arbetstagare utgjorde ett tvingande hänsyn till allmänintresse som skulle kunna motivera inskränkning av den fria rörligheten. Krav på anslutning till ett svenskt kollektivavtal ansågs dock vara ett allt för långtgående krav.

I målet Rüffert föreskrev tysk lagstiftning att upphandlande myndigheter endast skulle godta anbudsgivare som accepterade att betala arbetstagarna minst minimilönen i lokala kollektivavtal som inte var allmängiltigförklarade. Att hänvisa till arbetstagarskydd i lag som skäl att begränsa den fria rörligheten ansågs även i detta fall som principiellt godtagbart.

⁹⁹ direktiv 2014/24/EU, skäl 34 i direktiv 2004/18/EG.

¹⁰⁰ direktiv 96/71/EG.

¹⁰¹ art 3.1 direktiv 71/96 , 5§ § lag (1999:678) om utstationering av arbetstagare.

Domstolen anförde dock att för att en sådan lag ska vara möjlig att beakta måste den skydda samtliga arbetstagare, inte som i detta fall endast de arbetstagare som omfattas av offentliga upphandlingar.¹⁰²

I Sverige finns inte allmängiltigförklarade eller centrala rikstäckande kollektivavtal i dagsläget. I ljuset av EU-domstolens tolkning i målen Laval och Rüffert, går det därmed inte att i upphandlingar som faller inom utstationeringslagens tillämpningsområde ställa krav på kollektivavtalsvillkor som sträcker sig längre än utstationeringsreglernas hårda kärna.¹⁰³

6.2.3 Upphandlingar enligt nationell rätt

Vid upphandling av B-tjänster eller tjänster av ringa värde utan bestämt gränsöverskridande intresse tillämpas enbart de nationella bestämmelserna i LOU. Kapitel 15 innehåller särskilda bestämmelser för de upphandlingar som inte omfattas av direktiven. De allmänna EU-rättsliga principerna omfattar dock även denna typ av upphandlingar.¹⁰⁴ Särskilda kontraktsvillkor kan användas vid sådana upphandlingar som endast omfattas av den nationella rätten. De får dock inte vara allt för vaga eller svåra att uppfylla. Bland annat har förvaltningsrätten i Malmö uttalat att krav som gick ut på att villkor skulle "ligga i nivå med gällande kollektivavtal i branschen" inte tillräckligt tydligt preciserade vilka krav som skulle vara uppfyllda eller innebörden av begreppet "ligga i nivå med".¹⁰⁵

Utformningen av icke-ekonomiska villkor i enlighet med de allmänna EU-rättsliga principerna har även prövats av EU-domstolen i avgörandet *Concordia Bus*.¹⁰⁶

¹⁰² mål C346/06 Rüffert, p.25-27.

¹⁰³ Ahlberg och Bruun, 2010, s. 139.

¹⁰⁴ 1 kap. 9§ LOU.

¹⁰⁵ Förvaltningsrätten i Malmö mål nr. 6160-12.

¹⁰⁶ mål C-513/99 Concordia Bus.

Målet gällde en upphandling av kollektivtrafik till Helsingfors där låga nivåer av buller och koldioxidutsläpp premierades. Nivåerna som angavs i kravspecifikationen var så låga att endast stadens egna bussbolag klarade av att uppfylla kraven. Frågan var om denna utformning stred mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Nivåerna bedömdes vara utformade på ett objektivt sätt. Att endast ett fåtal intressenter har möjlighet att leva upp till kraven ansågs inte per automatik innebära att principerna om likabehandling och icke-diskriminering åsidosatts.

En tydlig skillnad jämfört med sådana särskilda kontraktsvillkor som kan ställas upp i upphandlingar som omfattas av utstationeringsreglerna är att villkoren inte enbart måste motsvara miniminivåer i centrala kollektivavtal. Handlingsutrymmet är alltså lite större för utformning av krav på kollektivavtalsenliga villkor i de upphandlingar som endast omfattas av den nationella rätten.

7 Slutsatser

Att kräva att anbudsgivare ska vara bundna vid ett svenskt kollektivavtal har i EU-domstolens praxis visat sig vara ett allt för långtgående krav att ställa upp som ett särskilt kontraktsvillkor vid offentlig upphandling. Bland annat hänvisas till de allmänna EU-rättsliga principer som följer av primärrätten och som medlemsstaterna genom fördragen har förbundit sig att följa. De avgöranden från EU-domstolen som tagits upp grundar sig visserligen på de äldre upphandlingsdirektiven. Ingenting i min utredning talar dock för att domstolens bedömningen i just denna fråga skulle påverkas av de nya upphandlingsreglerna som implementeras i Sverige 2016. Såväl de primärrättsliga principerna som den svenska kollektivavtalsmodellen är sedan tillkomsten av de nya upphandlingsdirektiven oförändrade.

Att arbetsgivare inte är bundna av kollektivavtal innebär inte per automatik att de inte erbjuder sina anställda lika goda eller bättre arbetsvillkor. Särskilt vanligt är det att mindre företag inte är anslutna till kollektivavtal. Ett av målen med de nya upphandlingsreglerna är att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentliga upphandlingar. Att kräva kollektivavtalsbundenhet vid upphandling skulle även nationellt ha en utestängande effekt för mindre företag och därmed stå i strid med reglernas syfte.

Att däremot ställa krav på att anbudsgivare ska uppfylla vissa villkor som är hämtade från centrala, branschspecifika kollektivavtal skulle kunna medföra en del positiva effekter även för mindre företag, som vill delta i upphandlingar. Att erbjuda sina anställda goda arbetsvillkor innebär högre kostnader för de företag som prioriterar sådana hänsyn. Därför är det till fördel för seriösa aktörer om det i upphandlingsprocessen beaktas andra värden än de rent ekonomiska.

Att lägsta pris har gått om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud som mest tillämpade urvalskriterium är något oroande i sammanhanget. Potentiella anbudsgivare som har högre kostnader på grund av bättre villkor avstår

kanske från att delta i offentliga upphandlingsförfaranden det framstår som att endast priset är av betydelse.

De nya EU-direktiven är dock genom en utvidgning av de kriterier som får användas vid urvalet avsedda att motverka denna effekt.

Risken för överprövning kan vara en bidragande orsak till att många upphandlare tillämpar en försiktighetsprincip och inte uppställer krav på kollektivavtalsenliga villkor i den omfattning som det finns utrymme för i dagens regelverk. Avvägningen är förståelig med tanke på att en överprövningsprocess, utöver risken att hela upphandlingen kan behöva göras om, innebär högre kostnader och försenar den tänkta leveransen eller utförandet av tjänsten.

Uppföljning av ingångna avtal är också betydelsefullt då den offentliga upphandlingen bland annat syftar till att använda skattemedel på ett effektivt sätt. Användning av skattemedel i upphandlingar bör dessutom ske på ett så transparent och ansvarfullt sätt som möjligt för att möjliggöra insyn och motverka korruption. Brist på kontroll och uppföljning kan leda till att medborgarna tappar förtroendet för myndigheters hantering av de gemensamma resurserna. Det kan också leda till att seriösa aktörer helt enkelt avstår från att delta i offentliga upphandlingar om krav som ställts inte följs upp och inga påföljder aktualiseras för de anbudsgivare som inte lever upp till utlovade nivåer. Särskilda kontraktsvillkor måste följas upp och kontrolleras. Att i större utsträckning utnyttja möjligheten att ställa upp sådana villkor bör därmed vara gynnsamt för såväl upphandlande myndigheter, allmänheten som de aktörer som tävlar om offentliga kontrakt.

Lagstiftarens beslut att utforma de nationella bestämmelserna så att de i största möjliga mån överensstämmer med direktiven har visserligen säkrat att direktiven fullständigt införlivats i den nationella rätten. Nackdelen är att denna metod även överför direktivens otydligheter till den nationella lagstiftningen. Man kan ställa sig frågande till den svenska lagstiftarens

försiktiga implementeringsmetod, särskilt mot bakgrund av att Sverige bidragit till att driva fram ändringarna om arbetsrättsliga hänsyn på EU nivå. Möjligen får problematiken en lösning genom implementeringen av de nya reglerna nästa år. Enligt de lagstiftningsutredningar som presenterats är ett steg på vägen att införliva artikel 18.2 i det nya upphandlingsdirektivet i den nationella rätten. Enligt bestämmelsen *ska*¹⁰⁷ varje medlemsstat vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.

Det återstår att se hur sådana åtgärder kommer att utformas och vilken betydelse de kommer att ha för möjligheten att ställa krav på kollektivavtal eller kollektivavtalsenliga villkor i offentlig upphandling.

¹⁰⁷ Egen kursivering

Käll- och litteraturförteckning

Litteratur

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

Bergman, Mats, Indén, Tobias, Lundberg, Sofia, Madell, Tom, *Offentlig upphandling - På rätt sätt och till rätt pris*, Studentlitteratur, Lund, 2011

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

Generaldirektoratet för inre marknaden och tjänster, Europeiska kommissionen, *Nya regler om offentlig upphandling och koncessioner*, Luxemburg, 2014

Kjellberg, Anders, *Kollektivavtalens täckningsgrad samt organisationsgraden hos arbetsgivarförbund och fackförbund*, Research Reports, 2013:1, Sociologiska Institutionen, Lunds Universitet, 2013 (uppdaterad 2015)

Norman, Pernilla och de Jounge, Malin, *Offentlig upphandling. En handbok*, supplement 27, Norstedts juridik, Stockholm, 2014

Nyreröd, Jesper, *Kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling*, Upphandlingsrättslig Tidskrift, 2014:1

Nyström, Birgitta, *EU och arbetsrätten*, fjärde upplagan, Norstedts Juridik, Stockholm, 2011

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder*, Jure Förlag, Stockholm, 2013

Sundstrand, Andrea, *Offentlig upphandling - primärrättens reglering av offentliga kontrakt*, Jure Förlag, Stockholm, 2012

Offentligt tryck

EU

Kommissionens meddelande KOM(2010) Europa 2020 En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla 03.03.2010

Kommissionens meddelande 2013/C 366/01- Motvärden till tröskelvärden i direktiv 2004/17/EG och 2004/18/EG 14.12.2013

Kommissionens handledning SEK(2010) 1258 slutlig - Socialt ansvarsfull upphandling

Sverige

Statens offentliga utredningar

SOU 2014:51	Nya regler om upphandling
SOU 2013:12	Goda affärer - en strategi för hållbar offentlig upphandling
SOU 2008:123	Förslag till åtgärder med anledning av Lavaldomen

Kommitté direktiv

Dir. 2014:162	Upphandling och villkor enligt kollektivavtal
---------------	-----------------------------------------------

Propositioner

Prop. 2009/10:48	Åtgärder med anledning av Lavaldomen
Prop. 2006/07:128	Ny lagstiftning om offentlig upphandling
Prop. 1998/99:90	Utstationering av arbetstagare
Prop. 1992/93:88	Om offentlig upphandling

Myndigheter

Konkurrensverkets rapportserie 2014:1, Siffror och fakta om offentlig upphandling

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål 120/78 Rewe-Zentral AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntweit (Cassis de Dijon), REG 1979 s.649 svensk specialutgåva vol. 4

Mål 31/87- Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna, REG 1988 s. 4635

Mål C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab, tidigare Stagecoach Finland Oy Ab mot Helsingin kaupunki och HKL-Bussiliikenne, REG 2002 s. I-7213

Mål C-448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Republik Österreich, REG 2003 s. I-4527

Mål C-507/03 Kommissionen mot Irland (An Post) REG 2007 s. I-9777

Mål C-341/05 Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet m. fl. REG 2007 I-11767

Mål C346/06 Dirk Ruffert mot Land Niedersachsen, REG 2008 I-1989

Förenade målen C-147/06- SECAP SpA och C-148/06 Santorso Soc. coop arl REG 2008 s. I-3565

Mål C-368/10 Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar) 2012, ECLI:EU:C:2012:284

Övriga

Kammarrätten i Stockholm dom av den 28 mars 1995 (mål nr 1713-1995)

Förvaltningsrätten i Malmö dom av den 24 maj 2013 (mål nr 6160-12)