



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Hanna Andersson

Anlitande av underleverantörer i offentlig
upphandling
Särskilt om kravställande mot underleverantörer

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Henrik Norinder
Termin för examen: HT2015

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Avgränsningar	8
1.4 Metod och material	9
1.5 Terminologi	10
1.6 Disposition	11
2 LAGEN OM OFFENTLIG UPPHANDLING	13
2.1 Gällande rätt	13
2.1.1 Upphandlande myndigheters möjlighet att begära uppgifter	13
2.1.2 Åberopande av andra företags kapacitet	13
2.1.3 Ansvarsfördelningen mellan leverantör och underleverantör	15
2.2 Nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU)	18
2.2.1 Inledning	18
2.2.2 Förändringar som rör underleverantörer i direktiv 2014/24/EU	19
2.2.2.1 Begränsningen kring åberopande av annans kapacitet	19
2.2.2.2 Säkerställandet av underleverantörers skyldigheter	20
2.2.2.3 Öppenhet och inhämtning av uppgifter	21
2.2.2.4 Direktbetalning till underleverantörer	23
2.2.2.5 Kontroll av efterlevnad	24
3 ATT STÄLLA KRAV PÅ UNDERLEVERANTÖRER	26
3.1 Inledning	26
3.2 Gällande rätt	26
3.3 Faktorer som styr kravställande i offentlig upphandling	27
3.3.1 Målsättningar och krav enligt direktivet	27
3.3.2 Särskilt om arbetsrättsliga villkor	28
3.3.3 Kravens förenlighet med grundläggande principer för upphandling	29
3.3.3.1 Den teoretiska bakgrunden	29

3.3.3.2	Principen om fri rörlighet och frihet att tillhandahålla tjänster	30
3.3.3.3	Likabehandlingsprincipen	32
3.3.3.4	Proportionalitetsprincipen	32
3.3.3.5	Samband med kontraktsföremålet	33
3.3.3.6	Verklig möjlighet till kontroll och uppföljning	33
3.3.3.7	Särskilt om arbetsmarknadsåtgärder	34
3.3.4	Behovsbedömningen	35
3.4	Sammanfattning	38
4	KRAVSTÄLLANDE I LEVERANTÖRSKEDJAN	39
4.1	Bemötande av utredningens förslag	39
4.2	Konsekvenser av kravställande i leverantörskedjan	42
4.2.1	Generella konsekvenser	42
4.2.2	Konsekvenser som är specifika för underleverantörer	43
5	DISKUSSION	45
6	SLUTSATSER	52
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	55
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	60

Summary

The fact that contractors use subcontractors when performing a contract is a common element in public procurements. Due to this the legislation regarding public procurement also includes provisions concerning subcontractors. In April 2016 a new public procurement directive (2014/24/EU) enters into force and it empathizes the importance of environmental and social considerations in public contracts. However, social considerations and especially those concerning labor law, has proved to be difficult to implement in the coming Swedish legislation. Also, the question regarding if such considerations should be directed towards subcontractors further down the subcontracting chain has become subject of great discussion; both in the legal, political and general debate.

Bearing in mind the role of subcontractors in the performance of public contracts and the changes prescribed in the new directive, this essay initially deals with the provisions regarding subcontractors included in the Swedish public procurement legislation. The purpose of the essay is to presents changes within the directive 2014/24/EU and investigate what impact these changes will have on subcontractors. The essay also investigates what kind of criterions the directive aims to direct towards subcontractors. Especially with regards to the question of whether such demands also will be directed towards subcontractors further down the contracting chain.

The essay concludes that the enhanced focus on social considerations constitutes the most significate adjustment in the directive. It can clearly be illustrated by the possibility a contracting authority has to put demands towards all contractors in a contracting chain. Furthermore, the directive contains a series of changes that concerns the engagement of subcontractors, such as a possibility for contracting authorities to transfer due payments directly to the subcontractor.

Furthermore, the essay concludes that the directive does allow a contracting authority to demand fulfillment of social considerations from both contractors and their subcontractors. However, it is important that the contracting authority considers the fundamental principles of EU-law and public procurement when setting such demands. Consequently, the inclusion of social considerations has an impact on the prospects of participation for subcontractors in public contracts. This is due to the fact that subcontractors have to regard the criterions set by the contracting authority, despite the fact that they are not actually regarded as a contracting party in relation to the public contract. If criterions are to be set for the entire contracting chain, it can affect the way main contractors engage subcontractors for the performance of public contracts, and potentially also affect the main contractor's willingness to bid for a contract. Thus the extensive inclusion of social considerations can have a negative impact on the ambition of creating a healthy competition and promoting free movement of goods and services.

When social considerations impose on the promotion of healthy competition, it is my opinion that a healthy competition should be prioritized. The final conclusion is therefore that the possibility of putting demands down the full length of the contracting chain should not be implemented in Swedish public procurement law. A more suitable solution would be to put such demands only towards the main contractor and the subcontractors in the first line of the chain. In this way, both the objective regarding social consideration and healthy competition can be promoted.

Sammanfattning

Anlitandet av underleverantörer för genomförande av kontrakt utgör ett vanligt inslag även i offentliga upphandlingar. Därmed innehåller upphandlingslagstiftningen bestämmelser som berör underleverantörer. I april 2016 träder ett nytt upphandlingsdirektiv (2014/24/EU) i kraft. En del av förändringarna i direktivet syftar till att möjliggöra för upphandlande myndigheter att ställa miljö- och sociala krav gentemot olika ekonomiska aktörer i offentlig upphandling. I den svenska implementeringsprocessen av direktivet har införandet av sociala hänsyn, främst i form av villkor rörande arbetsrättsliga skyldigheter, visat sig vara problematiskt. Likaså är frågan om huruvida krav bör riktas till underleverantörer i alla led föremål för utredning och diskussion; i såväl den juridiska, politiska som den allmänna debatten.

Mot bakgrund av underleverantörers roll i genomförande av offentliga kontakt och de förändringar som föreskrivits i det nya direktivet behandlar uppsatsen anlitandet av underleverantörer inom ramen för LOU. Uppsatsen presenterar de förändringar i direktiv 2014/24/EU som berör underleverantörer och utreder vilka ändrade förutsättningar som följer för underleverantörer. Uppsatsen utreder även vilka krav som kan ställas gentemot underleverantörer i offentlig upphandling och behandlar särskilt den problematik som är förenad med ett kravställande mot underleverantörer i alla led.

Den största förändringen i direktivet består i ett ökat fokus på socialt ansvarstagande upphandlingar. Denna förändring uttrycks ytterst genom möjligheten att ställa krav mot underleverantörer i alla led i leverantörskedjan. Direktivet innehåller även bestämmelser som hjälper upphandlande myndigheter att kontrollera att krav som ställs uppfylls. Dessutom innehåller direktivet en bestämmelse som möjliggör direktbetalning till underleverantörer. Enligt min mening kan det inte förväntas att direktbetalningsmekanismen inkluderas i den svenska implementeringen.

Uppsatsen konstaterar vidare att direktivet möjliggör att krav som ställs på en huvudleverantör även kan ställas mot underleverantörer. Samtidigt innebär ett kravställande gentemot alla led i leverantörskedjan att förutsättningarna för underleverantörers medverkan i offentliga upphandlingar ändras. Ett kravställande mot underleverantörer innebär att underleverantörerna måste ta hänsyn till villkor som den upphandlande myndigheten ställer i upphandlingskontraktet - trots att de juridiskt sett inte utgör en avtalspart i upphandlingskontraktet. Ett omfattande kravställande kan också få konsekvenser för huvudleverantörernas anlitande av underleverantörer och kanske främst på huvudleverantörernas vilja att lämna anbud. Det kan i sin tur inverka negativt på målsättningen om sund konkurrens. Vidare bör enligt min mening målsättningen om en sund konkurrens äga företräde framför strävan att åstadkomma socialt ansvarstagande upphandlingar. Uppsatsens slutsats instämmer därför med Konkurrensverkets förslag om att säkerhets-

ställande av krav endast bör ske i leverantörskedjans första led och därmed *inte* gentemot underleverantörer i alla led.

Förord

Nu är jag här.

Tiden i Lund har varit magisk. AF-borgen börjar redan nu färdas in i ett slags sagoland, där jag fått äran att spendera 5 år av mitt liv. Allt dansande, sjungande, skrattande och spexande kommer jag minnas med ett leende. Likaså kommer jag minnas de timmar jag spenderat på Juridicum. Förmodligen kommer minnesbilderna att omges av ett nostalgiskt skimmer, även om studierna bitvis inte bara har varit en dans på rosor.

Utöver mina studier i Lund valde jag att spendera ett år som utbytesstudent i Kina. För den möjligheten kommer jag vara evigt tacksam. Om jag bortser från de avgasgråa dagar som Peking bjöd på så kommer jag att minnas den alldeles särskilt blåa himmeln, de fantastiska människorna, och kanske framförallt kulturkrockarna som vidgat mina vyer.

Jag vill också passa på att tacka min familj som sett på mig med imponerande ögon när jag behövt det. Särskilt tack till mina föräldrar, som stöttat mig och som hämtat mig vid en motorväg när jag längtat efter skog och mindre blåst. Jag vill också tacka teatern där jag spenderat otaliga timmar sedan barnsben, - det har varit guld värt att ni aldrig förväntat mindre av mig. Ni har varit en fristad och gett mig värdefulla avbräck i studierna. Jag vill också rikta ett stort tack till min handledare Henrik Norinder för allt stöd du gett mig under skrivandet. Du har varit en utmärkt handledare, som bringat klarhet och kommit med värdefulla synpunkter.

Till sist vill jag skicka en hälsning till mina kära vänner, lundastudenter eller ej: TACK för att ni förgyllt min studietid.

Lund, den 16 december 2015

Hanna Andersson

Förkortningar

Direktiv 2004/18/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster
Direktiv 2014/24/EG	Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG
Ds	Departementsserien
EU	Europeiska Unionen
EUF	Fördraget om Europeiska Unionens Funktionssätt
HD	Högsta Domstolen
ILO	International Labour Organisation
KamR	Kammarrätt
LOU	Lag (2007:1091) om offentlig upphandling
LUF	Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster
MSR	Miljöstylningsrådet
NJA	Nytt juridiskt arkiv
Prop.	Proposition
SOU	Statens offentliga utredningar

1 Inledning

1.1 Bakgrund

En offentlig upphandling utgörs av att en upphandlande myndighet köper, hyr eller på annat sätt anskaffar varor, tjänster eller byggtreprenader.¹ Förfarandet regleras i svensk rätt i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Reglerna är baserade på direktiv från EU, som syftar till att åstadkomma transparens, skapa sund konkurrens och främja fri rörlighet inom EU.² På senare tid har det blivit viktigare för upphandlande myndigheter att beakta miljömässig hållbarhet och främja olika sociala målsättningar i offentliga upphandlingar.³ Förändringen kan inte minst observeras i det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EG, som har fått ett ökat fokus på strategisk upphandling, där miljö och sociala hänsyn ska beaktas bland annat genom att högre krav ställs på leverantörer.

Att ställa krav på leverantörer har dock visat sig vara långt ifrån oproblematiskt. En sådan strävan får dessutom ytterligare en dimension i de fall då en leverantör anlitar underleverantörer för att genomföra det offentliga kontraktet. En underleverantör kan beskrivas som en individ eller ett företag som åtar sig att leverera eller genomföra en del av eller hela det kontrakt som en huvudentreprenör tecknat med en för underleverantören utomstående part.⁴

När genomförandet av ett kontrakt präglas av långa leverantörskedjor, det vill säga där underleverantören i sin tur anlitar underleverantörer, blir det svårt för en upphandlande myndighet att följa produktionen av en vara eller genomförandet av en tjänst. Med hänsyn till direktivets målsättning angående ansvarsfulla upphandlingar är det lätt att förstå att det finns en ambition om att ställa krav även längre ner i leverantörskedjan. Men direktivets förslag om kravställande gentemot underleverantörer framkallar också vissa frågor gällande genomförande och konsekvenser - frågor som ligger till grund för ämnesvalet i denna uppsats.

¹ Konkurrensverket, ”Om offentlig upphandling”, hämtad den 12 november 2015 från: <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/>.

² Se t.ex.: European Commission, Internal Markets and Services, “EU public procurement legislation: delivering results summary of evaluation report”, s. 5.

³ European Commission, Internal Markets and Services, “EU public procurement legislation: delivering results summary of evaluation report”, s. 11, 20.

⁴ Definition av begreppet underleverantör, hämtad 28 oktober 2015 från: <http://www.manufacturingterms.com/Swedish/Subcontractors.html>.

1.2 Syfte och frågeställningar

Uppsatsen har som övergripande syfte att undersöka anlitaandet av underleverantörer inom ramen för LOU. Mot bakgrund av ändringarna i det nya upphandlingsdirektivet kommer uppsatsen även syfta till att utreda vilka förändringar direktivet innehåller, hur förändringarna kommer genomföras i svensk rätt och i vilken mån det kan innebära ändrade förutsättningar vid anlitaandet av underleverantörer. Det gäller främst i förhållande till den ökade fokuset på strategisk upphandling och de krav som enligt det nya direktivet kan komma ställas både på huvudleverantörer och underleverantörer. I samband med detta ämnar uppsatsen identifiera vilka krav som kan ställas med stöd av direktivet, samt vilka leverantörer kraven ska riktas mot. Arbetet kommer att utgå från följande frågeställningar:

- a. Hur ser förändringarna ut i det nya direktivet rörande anlitaandet av underleverantörer?
- b. Vilka ändrade förutsättningar för underleverantörer följer av de nya bestämmelserna i direktivet?
- c. Vilka krav kan ställas gentemot underleverantörer i upphandling, och kan eller bör kraven ställas i hela leverantörskedjan?

Frågeställningarna besvaras i avsnitt sex, där uppsatsens slutsatser sammanställs.

1.3 Avgränsningar

Denna uppsats behandlar endast frågor som rör underleverantörer i upphandlingssammanhang. Uppsatsens generella fokus är alltså inte underleverantörer i sig, utan underleverantörer i offentlig upphandling.

Vidare kommer den entreprenadrättsliga ansvarsfördelningen mellan huvudleverantör och underleverantör inte att behandlas. I den mån frågor om ansvarsfördelning diskuteras görs det med hänsyn till de ändringar som sker i direktivet och de konsekvenser förändringarna får för ansvarsfördelningen mellan huvudleverantör och underleverantör i offentlig upphandling.

Utredningen tar sikte på svenska förhållanden och därav kommer endast svensk lagstiftning samt relevant EU-rättsligt material att beaktas. Den svenska upphandlingslagstiftningen består främst av lag (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) samt lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). Eftersom LOU och LUF är nära likalydande kommer endast LOU att behandlas och de hänvisningar som i uppsatsen görs till svensk lag åsyftar därför LOU. Därav följer även att det direktiv som omnämns i de olika avsnitten antingen avser direktiv 2004/18/EG, som är det klassiska direktiv som ligger till grund för LOU, alternativt det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EG.

Vad gäller de frågor som uppstår angående kravställande i nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU kommer uppsatsens fokus att ligga på sociala hänsyn. Detta eftersom krav som relaterar till miljöhänsyn är någorlunda inarbetade hos både upphandlande myndigheter, leverantörer och underleverantörer. Med andra ord är det i det svenska införandet av det nya direktivet främst svårigheter kring införandet av sociala hänsyn som uppmärksammats. Emellertid behandlar några av de rättsfall som används som exempel i avsnitt 3.3.3 miljöhänsyn. Redogörandet för dessa rättsfall utgör i sig inte en avvikelse från avgränsningen eftersom rättsfallen exemplifierar och analyseras utifrån de faktorer som upphandlande myndigheter behöver ta hänsyn till när de ställer krav i upphandlingar. Följaktligen finns det i detta avseende relevanta lärdomar även i rättsfall som behandlar miljöhänsyn.

1.4 Metod och material

För att besvara frågeställningarna fordras en utredning och analys av gällande rätt och därför tillämpas den rättsdogmatiska metoden i uppsatsen. Metoden lämpar sig väl⁵, då rättsdogmatikens huvudsakliga uppgift är att beskriva, systematisera och tolka gällande rätt med hjälp av allmänt accepterade rättskällor.⁶ Dessa allmänt accepterade källor är lagstiftning, förarbeten, praxis och doktrin.⁷ I den juridiska metoden ingår också rättskällevärdet med tillhörande rättsprinciper. Denna skapar en hierarki mellan rättskällorna som innebär att lagstiftning ska beaktas, att förarbeten och rättspraxis bör beaktas, och doktrin får beaktas.⁸ Det är också värt att nämna att den rättsdogmatiska metoden präglas av en relativt fri argumentation och en användning av många olika rättskällor.⁹ Metoden som används i uppsatsen är en spegling av hur en rättsdogmatisk metod kan tjäna utredningen av ett ämne, och kan därför komma att skilja sig från andra uppfattningar om den rättsdogmatiska metodens natur.¹⁰

Eftersom den svenska lagstiftningen kring offentlig upphandlingen grundar sig på direktiv från EU kommer en del EU-rättsligt material att vara av betydande intresse för uppsatsen. Det gäller exempelvis den direktivtext som ligger till grund för LOU och inte minst de avgörande från EU-domstolen som blir vägledande för den svenska implementeringen av direktivet. För bearbetning av EU-rättsligt material har EU-domstolen arbetat fram en EU-rättslig metod, som innehar en rättskällevärdet som skiljer sig från den rättsdogmatiska rättskällevärdet. Den EU-rättsliga metoden präglas även av andra tolkningsprinciper. Framförallt innehåller den en teleologisk tolkning, som innebär att bestämmelser ska tolkas mot bakgrund av sitt syfte och inte

⁵ Olsen, 2004, s. 105, 116; Sandgren, 2007, s. 39.

⁶ Kleineman, 2013, s. 21.

⁷ Peczenik, 1995, s. 33; Kleineman, 2013, s. 21; Sandgren, 2005, s. 649; Jareborg, 2004, s. 4.

⁸ Peczenik, 1995, s. 35.

⁹ Sandgren, 2007, s. 53.

¹⁰ Sandgren, 2007, s. 53; Sandgren, Claes, 2005 s. 649; Olsen 2004, s. 116; Kleineman 2013, s. 21f.

isoleras från sammanhanget. Vidare får allmänna rättsprinciper större betydelse för tolkning av EU-rätt än motsvarande i svensk rätt.¹¹

Vad gäller det första avsnittet i uppsatsen som rör bestämmelserna i LOU finns det både rättsfall och doktrin att tillgå, särskilt vad gäller användandet av underleverantörer och åberopandet av annat företags kapacitet. Givet material finns i EU-direktivet och tillhörande dokument samt svensk lagtext, förarbeten och praxis både på EU-nivå och från svensk domstol.

I övrigt utgörs det material som finns att tillgå till stor del av direktivtext med efterföljande utredningar från myndigheter, organisationer och företag. Materialurvalet innehåller även inlägg från den allmänna debatten. Trots det begränsade akademiska värde som dessa artiklar har, fyller de en viktig funktion när konsekvenserna av urval och genomförande av kravställandet diskuteras - särskilt eftersom uppsatsens ämne berör frågeställningar som ej ännu är helt utredda. Användandet av dessa källor fodrar förstås ett kritiskt synsätt, då de i väntan på införandet av direktivet till viss del innehåller spekulationer och kan tänkas färgas av ett bakomliggande branschintresse.

Vidare präglas uppsatsens område av en begränsad tillgång till doktrin vad gäller uppsatsens särskilda koppling till underleverantörer i offentlig upphandling. Doktrinen som hänvisas till nyttjas därför huvudsakligen till att finna hänvisningar till relevanta rättsfall, förarbeten och rapporter. Det har ännu inte skrivits särskilt mycket om hur en strategisk upphandling ska kunna få genomslag hos underleverantörer. Det finns alltså ett begränsat material att tillgå som hanterar frågan om kravställande längre ner i leverantörskedjan. Särskilt gällande hur kraven ska ställas och vilka konsekvenser det får. Forskningsläget är med andra ord relativt outrett. Därmed är det förenat med vissa svårigheter att utreda hur den ökade fokuset på sociala krav kommer att påverka anlitandet av underleverantörer. Icke desto mindre görs ett försök att bringa någon slags klarhet i detta, eftersom förändringarna i direktivet är förenade med osäkerhet för både upphandlande myndigheter och potentiella leverantörer.

1.5 Terminologi

För att tydliggöra för läsaren systematiseras användningen av begrepp i uppsatsen. Exempelvis benämns underleverantörer som *underleverantörer*. Denna benämning förekommer i LOU, och delvis därför är termen lämplig för ämnesbehandlingen även i denna uppsats. Benämningen kommer att användas genomgående trots att det i ett antal exempel i uppsatsen rör sig om byggnadsentreprenader, där en underleverantör i entreprenadrätts-sammanhang normalt benämns som underentreprenör. Rent juridiskt får de båda benämningarna samma betydelse i egenskap av att både en underleverantör och en underentreprenör är tredje män i förhållande till avtalet mellan den upphandlande myndigheten och leverantören. En underentreprenör är i detta fall en mer specifik benämning av ordet under-

¹¹ Hettne och Otken Eriksson, 2011, s. 34ff.

leverantör, och därför faller valet på den generella termen. Om det trots allt uppstår ett behov av att särskilja de båda benämningarna kommer den mer specifika termen underentreprenör att användas.

Vidare kommer den leverantör som vunnit en upphandling att benämnas som *huvudleverantör*, för att tydliggöra dennes roll i egenskap av avtalspart till den upphandlande myndigheten. I enskilda fall kan denna leverantör även komma att benämnas som *anbudsgivaren*, beroende på vilken tidpunkt i upphandlingsprocessen som omtalas. När huvudleverantören diskuteras utan relation till dess underleverantörer finns det undantagsfall¹² då huvudleverantören går under benämningen *leverantören*, alternativt att både huvudleverantörer och underleverantörer benämns som *ekonomiska aktörer*¹³.

I de fall regeringens åsikter återges i uppsatsen speglar åsikterna regeringens ställningstaganden i lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling*¹⁴, från juni 2015. När motsvarande åsikter återges från ”utredningen” syftar det till Niklas Bruuns utredning med titeln *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*¹⁵, från augusti 2015. Likaså speglar Upphandlingsmyndighetens åsikter det som framförs i Upphandlingsmyndighetens yttrande¹⁶ från november 2015. Det kommer även att hänvisas flitigt till Konkurrensverkets åsikter, främst med hänvisning till deras yttrande¹⁷ till Bruuns utredning om upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

I övrigt är det också värt att påpeka att benämningen *sociala hänsyn* i uppsatsen även omfattar begreppet arbetsrättsliga hänsyn, trots att direktivet separerar detta i två olika begrepp. Jag finner ingen anledning att befästa delningen i uppsatsen, då den enligt min mening varken främjar den juridiska diskussionen eller utgör ett pedagogisk hjälpmedel.

1.6 Disposition

Uppsatsen är indelad i sex kapitel. Första kapitlet presenterar syfte och anger övriga ramar för uppsatsen. Kapitel två innehåller en genomgång av bestämmelserna i LOU samt en granskning av ansvarsfördelningen mellan den upphandlande myndigheten, huvudleverantören och eventuella underleverantörer. Därefter innehåller kapitel två en presentation av det nya upphandlingsdirektivet samt en genomgång av de förändringar i direktivet som berör anlitaandet av underleverantörer. Avsikten med kapitel två är att presentera gällande rätt samtidigt som kapitlet sammanfattar de förändringar i direktivet som kan komma att införas i den svenska implementerings-

¹² Se t.ex. artikel 25 i direktiv 2014/24/EU.

¹³ Se t.ex. artikel 2 p.10 i direktiv 2014/24/EU eller avsnitt 2.2.2.2 och 2.2.2.6.

¹⁴ Lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015.

¹⁵ SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*, augusti 2015.

¹⁶ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78)*, november 2015.

¹⁷ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, *Delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78)*.

processen. Kapitlet belyser på så sätt att lagstiftningen i skrivande stund är i förändring, och att det fortfarande är ovisst vad den proposition som regeringen väntas presentera kommer att innehålla, och framförallt hur det i riksdagen framröstade slutresultatet kommer att se ut.

I kapitel tre följer ett avsnitt som behandlar hur krav kan ställas gentemot underleverantörer i offentlig upphandling. Syftet med detta relativt omfattande kapitel är att ge en bakgrundsförståelse för hur krav i dagsläget ställs och hur krav genom det nya direktivet kan komma att ställas även gentemot underleverantörer i stort. För att underlätta för läsaren är kapitlet indelat i tematiska avsnitt efter de olika faktorer som en upphandlande myndighet behöver ta hänsyn till i ett kravställande. Kapitlet behandlar särskilt direktivets målsättningar och ställandet av arbetsrättsliga villkor, som varit föremål för omfattande utredning inför den svenska implementeringen. Vidare ligger kapitlets fokus främst på en genomgång av hur villkor i en upphandling måste förhålla sig till grundläggande principer inom EU-rätten och offentlig upphandling. Detta avsnitt stödjer sig framförallt på rättspraxis, som indelas tematiskt. Slutligen inkluderar kapitel tre även en redogörelse för den behovsbedömning som utredningen föreslagit, eftersom även detta kan bli en faktor som en upphandlande myndighet behöver ta hänsyn till i ett kravställande.

Medan kapitel tre generellt behandlar hur krav i offentlig upphandling kan ställas gentemot underleverantörer, behandlar kapitel fyra mer specifikt utredningens förslag och några efterföljande remissvar gällande kravställande gentemot underleverantörer i hela leverantörskedjan. Avsnittet innehåller även en sammanfattning av tänkbara konsekvenser av ett utbrett kravställande i leverantörskedjan.

Sammanfattningsvis redogör uppsatsens fyra första kapitel för relevant information i relation till frågeställningarna. En del intressanta frågor som uppkommit i samband med redogörelsen analyseras därefter mer ingående i kapitel fem. Uppsatsens avslutande kapitel besvarar uppsatsens frågeställningar i den ordning som anges i avsnitt 1.2.

2 Lagen om offentlig upphandling

2.1 Gällande rätt

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), tillkom efter en implementering av direktiv 2004/18/EG¹⁸, även kallat *det klassiska direktivet*. LOU innehåller ett antal bestämmelser som reglerar anbudsgivares anlitande av underentreprenörer i offentliga kontrakt. I detta kapitel presenteras relevanta bestämmelser i LOU för att ge en bakgrundsförståelse för underleverantörernas roll i offentlig upphandling samt för att ge en bild av hur deras förhållande gentemot huvudleverantören och den upphandlande myndigheten regleras. Där det är relevant görs även hänvisningar till det klassiska direktivet, likaså till överväganden i dess implementeringsprocess.

2.1.1 Upphandlande myndigheters möjlighet att begära uppgifter

I 6 kap. 11 § LOU föreskrivs det att en upphandlande myndighet får begära att anbudsgivaren ska ange hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje man, och vilka underleverantörer som föreslås. Genom denna bestämmelse får alltså en upphandlande myndighet begära in uppgifter om vilka underleverantörer som kommer att anlitas för genomförandet av upphandlingskontraktet. Det klassiska direktivet lämnar utrymme för medlemsländerna att införa nationella bestämmelser som *kräver* att en upphandlande myndighet begär in sådana uppgifter, men när direktivet implementerades i Sverige fann både utredaren och regeringen ingen anledning att utnyttja den möjligheten.¹⁹ Men om en myndighet framställer en begäran om uppgifter och anbudsgivaren inte delger sådan information, riskerar anbudsgivaren att anbudet förkastas.²⁰ Detta framkommer exempelvis i rättsfallet C-314/01 *Siemens och ARGE Telecom* från EU-domstolen.²¹

2.1.2 Åberopande av andra företags kapacitet

En leverantör i offentlig upphandling har möjligheten att åberopa underleverantörers ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att kunna uppfylla de villkor som krävs för att delta i en offentlig upphandling.²² I den

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

¹⁹ SOU 2005:22 s. 298; Prop. 2006/07:128 s. 350.

²⁰ Nord, kommentar till 6 kap 11§ LOU, hämtat 3 November 2015 från: www.karnov.se; Prop. 2006/07:128 s. 350.

²¹ *Siemens och ARGE Telecom*, ECLI:EU:C:2004:159, p. 46.

²² *Siemens och ARGE Telecom*, C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159, p. 43; *Holst Italia*, C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593; Prop. 2006/07:128 s. 245f.

svenska lagtexten regleras detta i 11 kap. 12§ LOU. LOU innehåller inte någon närmare förklaring kring vad som avses med teknisk och yrkesmässig kapacitet²³, men tydliggörande kring när ett annat företags kapacitet kan åberopas finns i EU-rätten.

För att en leverantör ska kunna utnyttja möjligheten att åberopa underleverantörers kapacitet på det sätt som direktivet medger, är det i princip inte möjligt för en upphandlande myndighet att förbjuda en leverantör från att anlita underleverantörer i ett offentligt kontrakt.²⁴ I C-176/98 *Holst Italia* och C-314/01 *Siemens och ARGE Telecom* anför EU-domstolen att det framgår både av direktivet och tidigare rättspraxis²⁵ att såväl syftet som ordalydelsen i direktivets bestämmelser uttrycker att en aktör inte kan uteslutas endast på grund av att den avser att ta andra enheters (exempelvis underleverantörers) medel i anspråk för att genomföra kontraktet.²⁶ Eftersom direktivets bestämmelser erkänner möjligheten att åberopa annans kapacitet, kan tolkningen av bestämmelserna därför inte leda till någon annan slutsats än att en upphandlande myndighet inte kan förbjuda anlitande av underleverantörer, eftersom det skulle hindra leverantörens möjligheter att bevisa kapacitet i enlighet med direktivet. Åberopandet av annans kapacitet har också varit föremål för prövning i svensk domstol.²⁷ Därtill kan rätten att anlita underentreprenörer också tänkas bidra till att främja små- och medelstora företags deltagande – ett syfte som liksom målsättningen om socialt ansvarstagande fått större utrymme i 2014 års direktiv.²⁸

Det är dock viktigt att påpeka att rätten att åberopa annans kapacitet inte är villkorlös.²⁹ Det krävs nämligen att leverantören visar att den ”faktiskt förfogar”³⁰ över de resurser som är nödvändiga för att verkställa kontraktet.³¹ I LOU regleras detta i 11 kap 11 § LOU, som stadgar att den upphandlande myndigheten ska ange på vilket eller vilka sätt en leverantör styrker sin tekniska kapacitet. Det kan innebära att den upphandlande myndigheten kräver att leverantören tillhandahåller ett åtagande från företagen vars kapacitet man åberopar, eller att leverantören på annat sätt visar att de

²³ Bergqvist, Hane och Johansson, 2012, s. 134.

²⁴ *Siemens och ARGE Telecom*, ECLI:EU:C:2004:159, p.42-43; *Holst Italia*, ECLI:EU:C:1999:593, p. 26- 27; Falk, 2014 s. 255-256; se även avsnitt 2.2.2.1 i uppsatsen som tydliggör möjligheten att begränsa anlitandet av underleverantörer.

²⁵ I fråga om tidigare direktiv 71/304 och 71/305 se *Ballast Nedam Groep*, C-389/92, ECLI:EU:C:1994:133, p. 15.

²⁶ *Holst Italia*, ECLI:EU:C:1999:593, p. 26- 27; *Siemens och ARGE Telecom*, ECLI:EU:C:2004:159, p.42-43; se även lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 740.

²⁷ Se t.ex. KamR Stockholm, målnummer 8202-09, 2010-04-22; KamR Göteborg, målnummer 8800-12, 2013-06-19; KamR Stockholm målnummer 5945-13, 2014-02-21 och KamR Stockholm, målnummer 3383-15, 2015-09-11.

²⁸ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s.740.

²⁹ *Holst Italia*, ECLI:EU:C:1999:593, p. 28.

³⁰ *Siemens och ARGE Telecom*, ECLI:EU:C:2004:159, p. 44; *Holst Italia*, ECLI:EU:C:1999:593, p. 29.

³¹ *Siemens och ARGE Telecom*, ECLI:EU:C:2004:159, p. 44; *Holst Italia*, ECLI:EU:C:1999:593, p. 29.

kommer att förfoga över ”nödvändiga resurser” när kontraktet ska fullgöras.³² Regleringen är tänkt förhindra att en anbudsgivare åberopar ett annat företags kapacitet utan att på något sätt garantera att kapaciteten faktiskt står till anbudsgivarens förfogande när kontraktet ska genomföras. På så sätt försöker man förhindra att en anbudsgivare ska kunna vinna ett kontrakt på falska premisser. Enligt EU-domstolen i mål *C-176/98 Holst Italia* ankommer det på den upphandlande myndigheten att kontrollera att anbudsgivaren faktiskt förfogar över de resurser under den period som omfattas av kontraktet.³³ Har en leverantör gjort gällande teknisk och ekonomisk kapacitet hos tredje part, kan leverantören bara uteslutas ur förfarandet om den inte kan visa att de faktiskt förfogar över resurserna.³⁴

Sammanfattningsvis följer rätten att åberopa annans kapacitet både av direktiven och den svenska lagstiftningen. Rätten att åberopa annans kapacitet kan i princip inte begränsas av den upphandlande myndigheten, så länge leverantören visar att de förfogar över den åberopade kapaciteten.³⁵ Som avslutande kommentar är det också värt att påpeka att möjligheten att åberopa andra företags kapacitet kan vara oerhört viktigt för mindre företag som vill konkurrera med anbudsgivare med mer resurser, då en potentiell leverantörer inte alltid på egen hand innehar alla kvalifikationer för att kunna ro i land ett offentligt kontrakt.

2.1.3 Ansvarsfördelningen mellan leverantör och underleverantör

Direktiv 2004/18/EG artikel 25 andra stycket föreskriver att en informationsangivelse från leverantören om hur stor del av kontraktet som kan komma att läggas ut på tredje part samt vilka underleverantörer som föreslås inte påverkar frågan om leverantörens ansvar som huvudman. När 2004 års direktiv implementerades i Sverige diskuterades det noga i utredningens delbetänkande³⁶ och i regeringens proposition³⁷ huruvida bestämmelsen skulle inkluderas i LOU. Både utredningen och regeringen ansåg att det inte fanns ett behov för en sådan bestämmelse, eftersom de menade att det redan följde av svensk rätt.³⁸ Enligt min mening hänvisade utredningen och regeringen som grund för att inte införa bestämmelsen till att det avtalsförhållande och den mekanism som styr parternas förhållanden i svensk rätt redan reglerade frågan.

När en leverantör vinner en upphandling och ingår avtal med den upphandlande myndigheten företar de en rättshandling som binder två parter samman i ett rättsligt förhållande.³⁹ Med detta förhållande följer både

³² Pedersen, 2013, s. 104.

³³ *Holst Italia*, ECLI:EU:C:1999:593, p. 28.

³⁴ *Siemens och ARGE Telecom*, ECLI:EU:C:2004:159, p. 46.

³⁵ Pedersen, 2013, s. 104.

³⁶ SOU 2005:22.

³⁷ Prop. 2006/07:128.

³⁸ SOU 2005:22 s. 298; Prop. 2006/07:128 s. 350.

³⁹ Adlercreutz, 2011, s. 23, 26.

rättigheter och skyldigheter för avtalsparterna, och relationen dem emellan regleras av avtalsrätten. Däremot är det ofta så, att dessa två parter är delar av en längre kontraktskedja - i vårt fall bestående av den upphandlande myndigheten, huvudleverantören och dess underleverantörer. I händelse av sådana kontraktskedjor är det viktigt att påpeka att man med hänsyn till avtalets subjektiva verkan inte kan binda tredje man genom avtal.⁴⁰ Det är en grundläggande princip inom avtalsrätten, som förklarar att avtal har en subjektiv begränsning och att det därmed som utgångspunkt saknas rätt till direktkrav i svensk rätt.⁴¹ Direktkravet har behandlats i en avhandling skriven av Laila Zackariasson, där hon redogör för i vilka situationer en borgenär kan rikta krav gentemot gäldenärens gäldenär eller annan gäldenär ännu tidigare i kedjan.⁴² Ämnet har också behandlats i NJA 1997 s. 44, där HD fastslog principen om att ett kontraktsförhållande endast binder parten gentemot den direkte medkontrahenten, inte gentemot medkontrahents medkontrahent.⁴³ Argumentet för denna huvudregel förklaras i rättsfallet som att den ”befordrar klarheten i rättsförhållandena att var och en håller sig till sin medkontrahent”⁴⁴.

I ett annat relevant och något mer nutida rättsfall, NJA 2007 s. 758 behandlar HD frågan om direktkrav. I fallet riktade den skadelidandes försäkringsbolag anspråk gentemot en underentreprenörs försäkringsbolag, med anledning av en skada som underentreprenören åsamkat genom vårdslöshet. Frågan som HD tog ställning till gällde huruvida den skadelidandes försäkringsbolag hade rätt att på inom- eller utomobligatorisk grund kräva underentreprenörens försäkringsbolag på ersättning genom ett direktkrav, eller om försäkringsbolaget endast var berättigat att rikta anspråk på avtalsrättslig grund gentemot den huvudentreprenör som i sin tur anlitat underentreprenören som orsakade skadan.⁴⁵ HD meddelar i sina domskäl att innebörden av principen om avtalets subjektiva verkan innebär att ansvar endast kan göras gällande mellan direkta avtalsparter i ett kontraktsrättsligt förhållande.⁴⁶

Principen om att krav endast kan riktas mot den direkte medkontrahenten anses i ha sitt ursprung i det som nu utgör 24§ första stycket i kommissionslagen (2009:865) samt 4 kap. 5 § lag (1980:1102) om handelsbolag och enkla bolag.⁴⁷ I dessa bestämmelser blir nämligen en kommissionär respektive bolagsman i handelsbolag förpliktigad eller berättigad i förhållande till den de ingått avtal med och inte gentemot tredje man.

⁴⁰ Adlercreutz, 2011, s. 153: ”det stred mot den klassiska romerska avtalsläran att erkänna en rättsfigur som tredjemansavtalet, ty avtal ansågs kunna ha rättsverkningar endast för parterna.”; Ramberg och Ramberg, 2014, s. 235.

⁴¹ Zackariasson, 1999, s. 121; Hellner, 2006, s.127 ff.

⁴² Herre, 2000, s. 523.

⁴³ Se NJA 1997 s. 44 samt HD:s domskäl i NJA 2007 s. 758; Hellner, 2006, s.127-134.

⁴⁴ se domskälen i NJA 1997 s. 44 samt Hellner, 2006, s. 129 ff.

⁴⁵ Se HD:s domskäl i NJA 1997 s. 44, första stycket.

⁴⁶ Se HD:s domskäl i NJA 1997 s. 44, andra stycket.

⁴⁷ NJA 1997 s. 44; NJA 2007 s. 758; Hellner, 2006 s. 128; Zackariasson, 1999, s. 12.

Det skall här nämnas att det i svensk rätt finns ett antal avsteg från grundprincipen. Exempelvis medger produktansvarslagen⁴⁸ samt 46§ konsumentköplagen möjligheten till direktkrav. Bestämmelsen i 46§ konsumentköplagen har dock motiverats med att det inte utgör någon ”generell möjlighet”⁴⁹ att vända sig till de bakre leden, utan möjligheten till direktkrav kan endast tillämpas i väl avvägda undantagssituationer: då säljaren har upphört med sin näringsverksamhet, är på obestånd eller inte kan anträffas.⁵⁰ Ändringen i produktansvarslagen tillkom efter NJA 1986 s. 712, där tillverkaren av en överlastindikator i en hamnkran ansågs skadeskyldig gentemot hamnbolaget (hamnbolaget hade avtal med leverantören som monterat indikatorn). I fallet hade säkerhetsrisken som felet i tillverkningen utgjorde stor betydelse för utfallet. Det kan här tilläggas att Jan och Christina Ramberg menar att avgörandet om direktkrav i NJA 1986 s.712 inte kan användas som en grund för att en talan generellt kan föras mot bakre led enligt samma förutsättningar som skulle gälla för en talan direkt mot avtalsparten, och påpekar att HD begränsat möjligheten i NJA 2007 s. 758.⁵¹

En underleverantör kan inte anses ha ingått avtal med den upphandlande myndigheten genom huvudleverantörens och myndighetens avtalsingående. Underleverantören utgör istället en tredje part i sammanhanget. Sammanfattningsvis betyder det ovan sagda inte att anlita underleverantörer fritar huvudleverantören från ansvar, eftersom upphandlingskontraktet ingås mellan den upphandlande myndigheten och huvudleverantören och inte underleverantören.⁵² Detta uttrycks också i flera rättsfall från EU-domstolen.⁵³ Det finns alltså inget rättsligt förhållande som binder den upphandlande myndigheten och underleverantören samman. Att påpeka detta är av yttersta vikt, eftersom det finns intresse hos upphandlande myndigheter att ställa krav på underleverantörer - krav som de enligt avtalsrättsliga principer inte kan rikta direkt mot underleverantören genom avtalet med huvudleverantören. De krav som en upphandlande myndighet vill ställa på underleverantörer kan alltså inte göras inom ramen för ett redan existerande avtal mellan den upphandlande myndigheten och huvudleverantören. Kraven får antingen ställas gentemot huvudleverantören, eller genom att något slags avtal upprättas mellan den upphandlande myndigheten och underleverantören.

⁴⁸ Se även NJA 1986 s. 712, som resulterade i en kodifiering i produktansvarslagen av den princip som HD tillämpade.

⁴⁹ Prop. 1989/90:89 s. 53.

⁵⁰ Prop. 1989/90:89 s. 53.

⁵¹ Se Ramberg och Ramberg, 2007, s. 252 tillsammans med uppdateringen i senaste upplagan av Ramberg och Ramberg, 2014, s. 238.

⁵² Nord, kommentar till 6 kap 11§ LOU, hämtat 3 November 2015 från: www.karnov.se

⁵³ *Siemens och ARGE Telecom*, ECLI:EU:C:2004:159; *Holst Italia*, ECLI:EU:C:1999:593.

2.2 Nya upphandlingsdirektivet (2014/24/EU)

2.2.1 Inledning

Den 26 februari 2014 antogs ett nytt direktiv på upphandlingsområdet. Den största förändringen⁵⁴ i förhållande till tidigare direktiv står att finna i direktivets andra skäl, som innehåller ett tillägg vad gäller de av direktiven uttalade målsättningarna med offentlig upphandling. Det nya upphandlingsdirektivet ger nämligen offentlig upphandling en framträdande roll som ett av de ”marknadsbaserade instrument som ska användas för att uppnå smart och hållbar tillväxt för alla”⁵⁵, samtidigt som offentlig upphandling ska säkerställa att offentliga medel utnyttjas på ett så effektivt sätt som möjligt. Målsättningen om effektiv hantering av offentliga medel kan anses letat sig in i direktivet efter att ha fått ett bredare politiskt stöd. Detta stöd kan möjligen anses ha ökat med oron för vår klimatpåverkan, vårt sociala ansvar för konsumtion och med efterverkningarna av en finanskris i åtanke. Mot bakgrund av globala utmaningar, finanskrisen och strukturella svagheter gällande tillväxt, sysselsättning och åldrande befolkningar⁵⁶, har EU funnit ett behov av att modernisera bestämmelserna på upphandlingsområdet. Andra syften med ändringarna i direktivet är att underlätta för små och medelstora företag att delta i offentlig upphandling och att tillförsäkra att upphandlande myndigheter får möjligheten att utnyttja upphandlingarna på ett sätt som främjar ”gemensamma samhällsmål”⁵⁷.

Användningen av upphandling för att stödja gemensamma samhällsmål är den ändring som vällat mest debatt och huvudbry i implementeringsprocessen, och det rör framförallt direktivets fokus på säkerställandet av sociala krav. Inför genomförandet har direktivets bestämmelser utretts särskilt av genomförandeutredningen, som i juli 2014 utkom med sitt delbetänkande ”Nya regler om upphandling”⁵⁸. Delbetänkandet innehöll utredningens förslag till genomförande av vissa bestämmelser i de nya direktiven. De bestämmelser som inte omfattades av utredningens uppdrag behandlades i en departementspromemoria, Ds 2014:25.⁵⁹ Delbetänkandet och promemorian har varit ute på remiss.⁶⁰ Regeringens lagrådsremiss⁶¹ överlämnades till lagrådet i juni 2015, och därefter har utredningen kring upphandling och villkor i kollektivavtal⁶² färdigställts och kommenterats av

⁵⁴ För en sammanfattning av förändringarna, se lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 1.

⁵⁵ Direktiv 2014/24/EU (2); se även om offentlig upphandling som ett instrument i 2020-strategin i: kommissionens meddelande, KOM(2010) 2020 slutlig.

⁵⁶ Kommissionens meddelande, KOM(2010) 2020 slutlig, s. 6ff.

⁵⁷ Direktiv 2014/24/EU (2).

⁵⁸ SOU 2014:51.

⁵⁹ Lagrådsremiss, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 275.

⁶⁰ Remissyttrandena och en remissammansättning finns tillgängliga i Finansdepartementet (dnr Fi2015/79).

⁶¹ Lagrådsremiss, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015.

⁶² SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*, augusti 2015.

ett flertal remissinstanser. Regeringen inväntar nu lagrådets synpunkter, innan lagrådsremissen kan omarbetas till en proposition och godkännas av riksdagen. Huruvida detta mäktas med innan direktivet träder i kraft i april 2016 är dock högst tvivelaktigt.⁶³

2.2.2 Förändringar som rör underleverantörer i direktiv 2014/24/EU

Skälen i det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU har som ovan nämnt i större utsträckning än sina föregångare som målsättning att åstadkomma ansvarsfulla upphandlingar vad gäller miljö, sociala och arbetsrättsliga hänsyn. Förändringarna i direktivet speglar framförallt målsättningen att kunna ställa krav gentemot olika ekonomiska aktörer i offentliga upphandlingar. Nyheterna i direktivet berör till viss del även underleverantörer, men eftersom direktivet ännu inte implementerats i svensk rätt är det svårt att bedöma i vilken utsträckning underleverantörer kommer påverkas. Det gäller särskilt med tanke på huruvida sociala krav som ställs i en upphandling kommer att riktas även mot underleverantörer.

För att illustrera direktivets målsättningar, diskuteras de relevanta skälen samt artikelbestämmelserna nedan. Förändringarna diskuteras framförallt utifrån den påverkan de potentiellt får för underleverantörer och deras medverkan i offentliga upphandlingar.

2.2.2.1 Begränsningen kring åberopande av annans kapacitet

Det nya direktivet innehåller bland annat ett förtydligande gällande begränsningen av en huvudleverantörens rätt att åberopa annans kapacitet. Huvudregeln är som nämnt ovan i avsnitt 2.1.2 att en upphandlande myndighet inte kan begränsa en huvudleverantörs rätt att åberopa annans kapacitet. I EU-domstolens praxis görs undantag från huvudregeln, vilket resulterat i artikel 63.2 i det nya direktivet.⁶⁴ Artikeln tydliggör när en upphandlande myndighet kan ställa krav på eget utförande av huvudleverantören. Närmare bestämt föreskriver artikeln att en upphandlande myndighet får kräva att vissa kritiska uppgifter ska utföras direkt av anbudsgivaren när det gäller kontrakt avseende byggentreprenader, tjänstekontrakt och monterings- eller installationsarbeten inom ramen för ett varukontrakt. Detta tillägg ligger i linje med rättspraxis från EU-domstolen där det ansetts motiverat att en myndighet kräver att en aktör ensam uppnår minimikravet för kapacitet⁶⁵, samt de fall då en myndighet fått kräva att vissa viktiga delar av ett kontrakt ska utföras av huvudleverantören för att kunna

⁶³ ”Försening för nya LOU och LUF”, hämtad 20 december 2015 från <http://inkopsradet.se/juridik/forsening-nya-lou-och-luf/>.

⁶⁴ För en mer ingående diskussion om begränsningen kring åberopande av annans kapacitet se ”Rätten att anlita underleverantör kan begränsas i undantagsfall”, hämtad 14 december 2015 från Upphandling24: <http://upphandling24.se/ratten-att-anvanda-underleverantorer-kan-begransas-men-endast-i-undantagsfall/>.

⁶⁵ *Swm Costruzioni 2 and Mannocchi Luigino*, C-94/12, ECLI:EU:C:2013:646.

säkerställa ett effektivt och korrekt genomförande.⁶⁶ Särskild hänsyn tas i EU-domstolens praxis till de fall då det är svårt för en upphandlande myndighet att kontrollera eventuella underleverantörers förmåga.⁶⁷

Utifrån direktivet kan det alltså utläsas att en begränsning av huvudleverantörens användning av underleverantörer fortsatt endast accepteras i undantagsfall. Det gäller situationer där det är nödvändigt för en myndighet att fullt ut kontrollera den aktör som utför en viss central uppgift.

Att det som huvudregel inte går att begränsa användningen av underleverantörer stämmer också väl överens med direktivets syfte om att främja mindre aktörers medverkan i offentlig upphandling, eftersom underleverantörer ofta utgörs av små- och medelstora företag.⁶⁸

2.2.2.2 Säkerställandet av underleverantörers skyldigheter

Skäl 105 i direktiv 2014/24/EU framhåller angelägenheten av att säkerställa iakttagandet av underleverantörernas miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.⁶⁹ Detta får anses vara en del i målsättningen att använda upphandling som stöd för gemensamma samhällsmål i direktivets skäl 2. Skäl 105 har sin motsvarighet i artikelbestämmelsen 18.2 där det framförs att medlemsstaterna ska vidta ”lämpliga åtgärder för att säkerställa att ekonomiska aktörer vid fullgörande av offentliga kontrakt iakttar tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som fastställts i unionsrätten, nationell rätt, kollektivavtal eller i internationella miljö-, social- och arbetsrättsliga bestämmelser”⁷⁰. Med andra ord kan de krav som ställs gentemot ekonomiska aktörer (till exempel underleverantörer) bestå i krav som rör miljö-, sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter. Kraven kan också spegla bestämmelser som finns i nationell rätt, kollektivavtal eller andra internationella bestämmelser som rör miljö eller sociala hänsyn.⁷¹ Hänvisningen till *andra internationella bestämmelser* i artikel 18.2 innebär exempelvis att krav som ställs också kan tänkas innehålla bestämmelser som har sin motsvarighet i ett antal ILO- konventioner. Kravens innehåll kan exempelvis också motsvara bestämmelser i konventioner som skyddar föreningsfrihet, organisationsrätt, förhandlingsrätt, tvångsarbete, minimiålder för arbete, diskriminering, lika lön och barnarbete⁷². Kraven skulle också

⁶⁶ *Siemens och ARGE Telecom*, ECLI:EU:C:2004:159.

⁶⁷ För en mer ingående diskussion om begränsningen kring återopande av annans kapacitet se ”Rätten att anlita underleverantör kan begränsas i undantagsfall”, hämtad 14 december 2015 från Upphandling24: <http://upphandling24.se/ratten-att-anvanda-underleverantorer-kan-begransas-men-endast-i-undantagsfall/>.

⁶⁸ Se Amir Mohseni och Helena Selanders slutsatser i ”Rätten att anlita underleverantör kan begränsas i undantagsfall”, hämtad 14 december 2015 från Upphandling24: <http://upphandling24.se/ratten-att-anvanda-underleverantorer-kan-begransas-men-endast-i-undantagsfall/>.

⁶⁹ se även SOU 2014:51 s. 36 och 40 f.

⁷⁰ Direktiv 2014/24/EU art. 18.2.

⁷¹ Se t.ex. rapporten ”Public procurement for social progress – a social platform guide” från Social Platform (NGO), som uttrycker att artikel 18.2: ”sets the stage for socially responsible public procurement.”, s.13.

⁷² se bilaga X i direktiv 2014/24/EU.

kunna motsvara bestämmelser i miljörettsliga konventioner om ozonskikt⁷³, hantering av farligt avfall⁷⁴, organiska föreningar⁷⁵, samt om förhandsgodkännande för vissa farliga kemikalier och bekämpningsmedel⁷⁶. Det anges även i artikel 71 i direktiv 2014/24/EU att det ska säkerställas att kraven iakttas av underleverantörer genom lämpliga åtgärder från behöriga nationella myndigheter. Säkerställandet ska ske inom ramen för myndigheternas ansvar och befogenheter. Exempel på sådana myndigheter är yrkesinspektioner eller miljövårdsmyndigheter.⁷⁷ Det är värt att uppmärksamma att skrivningen i artikel 71 inte innehåller någon utvidgning av sådana myndigheters ansvar och befogenheter. Det blir därför i högsta grad aktuellt att fråga sig hur svenska myndigheter ska säkerställa att skyldigheterna i artikel 18.2 iakttas av underleverantörer här i Sverige. I implementeringsprocessen behövs därför enligt min mening en reflektion kring hur myndigheternas ansvar och befogenheter ser ut i dagsläget och om dessa är tillräckliga för att myndigheterna ska kunna utföra kontroll i enlighet med artikel 71.

2.2.2.3 Öppenhet och inhämtning av uppgifter

Nödvändigheten av öppenhet i underleverantörskedjan är ytterligare något som framhålls i skälen till direktivet. Behovet av transparens motiveras med att det är viktigt för den upphandlande myndigheten att hålla sig informerad om vem eller vilka som utför tjänster i verksamheter eller vid byggnader eller områden som myndigheten ansvarar för, eller som myndigheten ska utöva direkt tillsyn över.⁷⁸ Genom ökad öppenhet blir det lättare för upphandlande myndigheter att kontrollera att genomförandet av ett kontrakt överensstämmer med de villkor som ställts upp i en upphandling, vilket i sin tur är nödvändigt för att säkerställa att skyldigheterna enligt direktivet uppfylls.⁷⁹

Skäl 105 föreskriver att skyldigheten att lämna ut information till myndigheten ”under alla förhållanden” åligger huvudleverantören. Skyldigheten åläggs huvudleverantören genom en särskild klausul som myndigheten är skyldig att inkludera i alla upphandlingsförfaranden, eller genom en skyldighet som åläggs huvudentreprenören genom allmänt tillämpliga bestämmelser i medlemsstaten.

I artikel 71.2 förskrivs att en upphandlande myndighet får begära eller kan åläggas av en medlemsstat att begära att anbudsgivaren anger dels hur stor del av kontraktet som kan komma att tillfalla underleverantörer och vilka dessa är. Det är alltså som utgångspunkt frivilligt för en upphandlande

⁷³ Wienkonventionen för skydd av ozonskiktet och dess Montrealprotokoll om ämnen som bryter ned ozonskiktet.

⁷⁴ Baselkonventionen om kontroll av gränsöverskridande transporter och slutligt omhändertagande av farligt avfall.

⁷⁵ Stockholmskonventionen om långlivade organiska föreningar.

⁷⁶ Rotterdamkonventionen om förfarandet med förhandsgodkännande sedan information lämnats för vissa farliga kemikalier och bekämpningsmedel i internationell handel. (Unep/FAO) (PIC-konventionen), Rotterdam, 10 september 1998 och dess tre regionala protokoll.

⁷⁷ Se artikel 71 direktiv 2014/24/EU.

⁷⁸ se skäl (105) i direktiv 2014/24/EU.

⁷⁹ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 739.

myndighet att begära in information, såtillvida en medlemsstat inte väljer att göra inhämtningen av information obligatorisk. Regeringen har inte funnit någon anledning att göra informationsinhämtningen obligatoriskt i den svenska implementeringen.⁸⁰ Genom bestämmelsen i 71.2 kan alltså en myndighet få uppgifter kring hur en leverantör planerar att genomföra kontraktet⁸¹, och tanken är att det ska underlätta uppföljningen. Det är också värt att påpeka att uppgifterna som lämnas till den upphandlande myndigheten inte hindrar att leverantören ändrar sin planering på grund av ändrade förhållanden.⁸²

I de fall en leverantör inte inkommer med uppgifter trots begäran, kan skäl finnas till att lämna anbudet utan avseende.⁸³

Direktivet har vad gäller informationsinhämtningen även valt att särskilja fall då det rör sig om byggnadsentreprenadkontrakt eller om tjänster som ska utföras vid en anläggning som den upphandlande myndigheten har under direkt tillsyn. Dessa upphandlingskontrakt behandlas i en specialbestämmelse i artikel 71.5. Artikeln anger, till skillnad från bestämmelsen i 71.1, att den upphandlande myndigheten *ska* kräva att huvudentreprenören uppger namn på de underleverantörer som kommer delta, kontaktuppgifter, samt att de legala ställföreträdarna anges. Sker det några ändringar gällande uppgifterna om underleverantörer ska den upphandlande myndigheten kräva att huvudentreprenören underrättar om varje sådan ändring under tiden kontraktet löper.⁸⁴

Direktivet ger också medlemsstaterna möjligheten att direkt ålägga huvudentreprenören att ställa den ovan nämnda informationen till den upphandlande myndighetens förfogande. Det vill säga att informationen ska tillhandahållas utan att myndigheten ska behöva begära den.

Vidare får möjligheten att begära in information utvidgas av den upphandlande myndigheten eller åläggas att utvidgas av medlemsstaten.⁸⁵ Direktivet ger även exempel på när skyldigheterna kan utvidgas, till exempel när det rör sig om underleverantörer ännu längre ner i underleverantörskedjan. Möjligheten att utvidga informationsutlämningen till alla led i leverantörskedjan är såklart viktigt i det fall krav kommer att ställas gentemot underleverantörer i alla led.

Sammanfattningsvis kan bestämmelserna om inhämtande av uppgifter i det nya direktivet säga förbättra möjligheterna för upphandlande myndigheter att kontrollera att genomförandet av upphandlingskontrakten överensstämmer med de villkor enligt vilka kontrakten tilldelades.⁸⁶ Möjligheten att begära

⁸⁰ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 741.

⁸¹ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 741.

⁸² Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 741.

⁸³ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 742.

⁸⁴ Detta gäller inte varuleverantörer enligt artikel 71 p. 5 st. 4 i direktiv 2014/24/EU.

⁸⁵ Artikel 71 p.5 st. 5 i direktiv 2014/24/EU.

⁸⁶ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 739.

information stäcker sig enligt direktivet längs hela leverantörskedjan.

2.2.2.4 Direktbetalning till underleverantörer

För att stärka konkurrensen i offentlig upphandling föreskriver direktivet att den offentliga upphandlingen bör anpassas till små och medelstora företags behov. Direktivets föreslår därför en bestämmelse om direktbetalning till underleverantörer, vilket exemplifierar EU:s vilja att låta medlemsstaterna gå längre i sin strävan att underlätta för små och medelstora företags deltagande i offentlig upphandling.⁸⁷

Möjligheten till direktbetalning behandlas i artikel 71 p. 3, som föreskriver att den upphandlande myndigheten på begäran av underleverantören och om kontraktets art tillåter, ska betala direkt till underleverantören. Det innebär att huvudleverantören i egenskap av underleverantörens uppdragsgivare inte är den som betalar för den utförda tjänsten. Delar av betalningen kommer i så fall inte att gå via den part som tilldelades upphandlingskontraktet (huvudleverantören), utan istället gå direkt till den underleverantör som huvudleverantören anlitat. Men andra ord görs betalningen till en part som inte kan anses vara avtalspart i upphandlingskontraktet. Rent praktisk skulle detta innebära att en underleverantör kan vända sig till den upphandlande myndigheten för att erhålla betalning, istället för att vända sig till sin faktiska uppdragsgivare (huvudleverantören). Det blir i detta sammanhang inte svårt att tänka sig ett flertal potentiella konfliktytor. Det blir exempelvis svårt att föreställa sig att en upphandlande myndighet ska betala en faktura utan att ha närmre kunskap om omfattningen av underleverantörens uppdrag och därmed också prisbilden för faktureringen. Vidare kan problem uppstå om det finns grunder för eller en konflikt kring ett bestridande av underleverantörens krav (från huvudleverantörens sida). Direktivet försöker bemöta problemen genom att i artikel 71 p. 3 föreskriva att en åtgärd såsom direktbetalning till underleverantörer också får ”omfatta lämpliga mekanismer för att huvudentreprenören ska kunna bestrida felaktiga betalningar”⁸⁸. Hur det är tänkt att en sådan mekanism ska utformas anges inte närmare i direktivet, utan det blir upp till varje medlemsstat att utforma sådana lösningar. Med tanke på att direktivet riktar sig gentemot många olika länder och rättssystem är denna lösning förståelig. Däremot anger direktivet att det upplägg som gäller för direktbetalning ska anges i upphandlingsdokumenten.⁸⁹

Regeringen, utredningen och några remissinstanser har olika åsikter gällande möjligheten för direktbetalning till underleverantörer.⁹⁰ Regeringen menar att de nya upphandlingslagarna inte borde inrymma bestämmelser som medger betalning från en upphandlande myndighet till en underleverantör.⁹¹ Utredningen ställer sig dock positiv till möjligheten.⁹² De allra flesta

⁸⁷ Se skäl (78) i direktiv 2014/24/EU.

⁸⁸ Artikel 17.3 i direktiv 2014/24/EU.

⁸⁹ Artikel 17.3 i direktiv 2014/24/EU.

⁹⁰ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 738.

⁹¹ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 738.

⁹² Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 738-739.

remissinstanserna är bestämt negativa till en direktbetalningsmekanism.⁹³ Ett fåtal av remissinstanserna, exempelvis Trafikverket, ser däremot ett behov av en bestämmelse rörande direktbetalning. Likaså tillstyrker ett fåtal remissinstanser utredningens förslag om direktbetalning till underleverantörer, men med reservationen att implementeringen av direktbetalning förutsätter att bestämmelsen förhållande till bland annat civilrätten förtydligas.⁹⁴ I den anmärkningen finner vi också det tyngst vägande argumentet till varför de flesta remissinstanserna motsätter sig förslaget. De menar att möjligheten till direktbetalning kan få oönskade konsekvenser för den i nuläget existerande ansvarsfördelningen mellan huvudleverantör och underleverantör. En direktbetalning till underleverantörer skulle med andra ord komplicera de avtalsrättsliga förhållandena på ett icke önskvärt sätt.

Något som har viss betydelse i förhållande till förslaget om direktbetalning, men som diskuteras separat⁹⁵, är frågan om huruvida den svenska implementeringen av direktivet bör inrymma en bestämmelse som beskriver att en leverantörs ansvar som part i upphandlingskontraktet inte påverkas av bestämmelserna gällande anlåtande av underleverantörer.⁹⁶ Regeringen menar att ett sådant behov inte finns, medan ett par remissinstanser såsom Advokatfirman Lindahl och Försvarets materielverk anser att det finns ett behov av en ”uttrycklig bestämmelse om att regelverket inte påverkar kontraktsparternas skyldigheter och rättigheter i civilrättsligt hänseende”⁹⁷.

Bestämmelsen rörande huvudleverantörens ansvar återfinns i artikel 71 i det nya upphandlingsdirektivet. Enligt artikeln ska säkerhetsställandet av underleverantörernas skyldigheter (p.1), begäran och utlämningen av information (p.2) och eventuell direktbetalning (p.3) inte påverka frågan om huvudentreprenörens ansvar.⁹⁸

2.2.2.5 Kontroll av efterlevnad

Direktivet framhäver i skäl 105 att medlemsstaterna bör kunna utvidga skyldigheterna kring öppenheten mer än vad direktivet föreslår. Vidare anges att det uttryckligen bör anges att medlemsstaterna har rätt att införa ansvarsregler som är strängare i den nationella rätten.⁹⁹ Direktivet lämnar alltså flera förslag på hur efterlevnaden av skyldigheterna enligt artikel 18.2 i direktivet ska kunna kontrolleras. Däribland föreslås att en upphandlande myndighet antingen ska ha möjligheten, alternativt bör, kontrollera att en underleverantörer inte befinner sig i en situation där det vanligtvis¹⁰⁰ finns skäl för uteslutning.

⁹³ SOU 2014:51 s. 314.

⁹⁴ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 739.

⁹⁵ Bl.a. i lagrådsremissen *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 743.

⁹⁶ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 738.

⁹⁷ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 739.

⁹⁸ Artikel 17.3 i direktiv 2014/24/EU.

⁹⁹ Artikel 71 p. 7 i direktiv 2014/24/EU.

¹⁰⁰ Jfr med obligatoriska skäl för uteslutning i artikel 57 i direktiv 2014/24/EU.

Om likalydande krav ställs på huvudleverantör och underleverantör, och det visar sig att en brist föreligger hos underleverantören som hos huvudleverantören utgjort ett obligatoriskt skäl för uteslutning, blir huvudentreprenören enligt direktivet skyldig att byta ut underleverantören i fråga.¹⁰¹ Skulle det röra sig om ett icke-obligatoriskt skäl för uteslutning¹⁰², medger artikel 71 i enlighet med skäl 105 att en upphandlande myndighet får begära byte av underleverantör, alternativt medger direktivet att en medlemsstat får ålägga en upphandlande myndighet att byta ut en underleverantör ”för vilken kontrollen har visat att det föreligger icke-obligatoriska skäl för uteslutning”¹⁰³.

Även lagrådsremissen instämmer i logiken bakom att det blir obligatoriskt för en myndighet att kräva av leverantörer att byta ut underleverantörer som är föremål för obligatoriska uteslutningsgrunder. Skulle en leverantör inte byta ut en sådan underentreprenör, trots begäran från den upphandlande myndigheten, innebär det i sin tur att leverantören inte heller uppfyller lämplighetskraven för upphandlingen.¹⁰⁴

¹⁰¹ Artikel 71 p. 6 b) i direktiv 2014/24/EU.

¹⁰² Se artikel 57.4 1st i direktiv 2014/24/EU, där ett icke-obligatoriskt skäl exempelvis kan utgöras av att den ekonomiska aktören befinner sig i konkurs.

¹⁰³ Artikel 71 p. 6 b) 3 mening i direktiv 2014/24/EU.

¹⁰⁴ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 695.

3 Att ställa krav på underleverantörer

3.1 Inledning

I dagsläget ställs som huvudregel inga villkor på underleverantörer. Istället riktas kraven främst mot huvudleverantören genom särskilda villkor för genomförande av kontrakt. Upphandlande myndigheter uppmuntrar också till socialt ansvarstagande genom att själva anta policys för verksamheten, som återspeglas i upphandlingar genom att den upphandlande myndigheten gynnar socialt ansvarstagande i poängtilldelningen. Genom att utåt visa vikten av socialt ansvarstagande kan en upphandlande myndighet bidra till att företagare ser fördelarna som sociala hänsyn kan innebära i tilldelning av offentliga kontrakt, men även på andra sätt, till exempel genom goodwill från konsumenterna och andra näringsidkare.

Avsikten med detta avsnitt är att utreda hur sociala krav kan ställas på underleverantörer i offentlig upphandling. För att komma närmare svaret på denna fråga innehåller avsnittet en generell redogörelse för hur gällande rätt ser ut och vad en upphandlande myndighet behöver ta hänsyn till när den ställer krav på leverantörer. Informationen som presenteras tillämpas i avsnitt fyra på frågan om och hur krav kan ställas längre ner i leverantörskedjan.

3.2 Gällande rätt

Att miljö och sociala hänsyn får beaktas i offentliga upphandlingar följer av 1 kap. 9a§ LOU.¹⁰⁵ Beaktandet är i LOU inte uppställt som ett krav för upphandlande myndigheter utan som en politisk uppmaning. Likväl är det vanligt att upphandlande myndigheter vill beakta dessa aspekter och det är till exempel vanligt förekommande att ta hänsyn till både miljö- och sociala aspekter i de olika delarna av en upphandlingsprocess av byggnads-entreprenader.¹⁰⁶

LOU medger även i dagsläget att miljö- och sociala krav ställs i upphandlingar och det har skett en stor utveckling på området de senaste åren. Upphandlande myndigheter samarbetar bland annat för att sprida kunskap om hur krav kan ställas.¹⁰⁷ För att underlätta för upphandlare har miljöstyvningsrådet¹⁰⁸ tagit fram sociala krav inom ett antal produktområden såsom kaffe

¹⁰⁵ Bergqvist, Hane och Johansson, 2012, s. 195.

¹⁰⁶ Bergqvist, Hane och Johansson, 2012, s. 195.

¹⁰⁷ Ett exempel är: Informationssida om socialt ansvarstagande i offentlig upphandling, i samarbete mellan Sveriges landsting och regioner, hämtad 25 oktober 2015 från <http://www.hallbarupphandling.se/index.php/hallbar-upphandling>.

¹⁰⁸ Miljöstyvningsrådet är ett bolag som ägs gemensamt av stat och näringsliv genom Miljödepartementet, Svenskt Näringsliv och Sveriges Kommuner och Landsting. Se <http://www.krav.se/miljostyvningsradets-kriterier>.

och textilier.¹⁰⁹ Likaså försöker en del myndigheter fokusera mer på uppföljningen av kraven. Landstingen har exempelvis valt ut särskilda varugrupper som följs upp utifrån de krav som myndigheten ställt, och andra myndigheter har gjort revisioner på fabriker utomlands.¹¹⁰ Det har också lanserats verktyg såsom uppföljningsportalen för att stödja de upphandlande myndigheterna i utformning och genomförande av krav.¹¹¹ Likaså har Konkurrensverket bistått med upphandlingsstöd, vilket nu kommer att ges av den nystartade Upphandlingsmyndigheten.¹¹²

Hos de upphandlande myndigheterna finns det som ovan nämnt en vilja, men samtidigt en osäkerhet både kring *vilka* kriterier som ska ställas i offentlig upphandling och *hur* kriterierna ska ställas.¹¹³ Det finns även många frågor hur myndigheters resurser ska fördelas för att åstadkomma en tillfredställande hantering av kravställande och av uppföljning av kriterierna.¹¹⁴ Samtidigt som den strategiska upphandlingen står inför juridiska utmaningar så saknas det generellt sett både policys och arbetssätt för hur en socialt ansvarstagande upphandling ska genomföras i praktiken. Med tanke på att dessa frågor delvis kvarstår, trots att direktivet snart träder i kraft, präglas ämnet av en intensiv debatt. Denna debatt präglas framförallt av frågor kring hur kravställande ska genomföras och följas upp samt vilken effekt utökade krav får på konkurrensen.

3.3 Faktorer som styr kravställande i offentlig upphandling

3.3.1 Målsättningar och krav enligt direktivet

Som nämnt ovan i avsnitt 2.2.2.2 är det underleverantörernas miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som enligt direktivet bör säkerställas.¹¹⁵ Följaktligen är det krav relaterade till miljö eller sociala hänsyn som är aktuella att ställa i upphandlingar. Målsättningen med sociala hänsyn¹¹⁶ är att tillförsäkra sunda arbetsvillkor, motverka social dumpning och främja god

¹⁰⁹ ”CSR-kompassen”, information hämtad 25 oktober 2015 från: <http://offentlig.csr-kompassen.se/miljostyrningsradets-upphandlingskriterier>.

¹¹⁰ ”lätt ställa krav - svårt följa upp”, hämtad 20 november 2015 från tidningen inköparen: <http://www.tidningeninkoparen.se/2014/12/17/latt-stalla-krav-svart-folja-upp/>.

¹¹¹ ”Nu lanseras nya uppföljningsportalen” hämtad 25 oktober 2015 från: <http://anbud24.se/nu-lanseras-nya-uppfoljningsportalen/>.

¹¹² Regeringens pressmeddelande, hämtad 21 november 2015 från: <http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2015/08/civilministern-inviger-upphandlingsmyndigheten-samt-tar-emot-utredningen-upphandling-och-villkor-enligt-kollektivavtal/>, se även Upphandlingsmyndighetens hemsida, information hämtad 27 november 2015 från: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omossmeny/om-oss/>.

¹¹³ European Commission, Internal Markets and Services, “EU public procurement legislation: delivering results summary of evaluation report”, s. 22.

¹¹⁴ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 4.

¹¹⁵ skäl (105) i direktiv 2014/24/EU.

¹¹⁶ För en jämförelse mellan kravställande i offentlig upphandling och CSR inom privat sektor se McCrudden, 2007, s. 375ff.

konkurrens.¹¹⁷ Andra exempel på målsättningar med kravställande är att ansvarsfulla upphandlingar främjar tilltro till myndigheterna¹¹⁸, genererar sysselsättningsmöjligheter, främjar social integration, jämställdhet och rättvis handel.¹¹⁹ Med hänsyn till uppsatsens avgränsning uppehåller sig detta avsnitt närmare vid arbetsrättsliga krav, även om det kommer hänvisas till en del rättsfall som rör miljörättsliga krav, för att kunna illustrera hur krav som ställs behöver förhålla sig till direktivet och upphandlingsprinciperna (se avsnitt 3.3.3 nedan).

3.3.2 Särskilt om arbetsrättsliga villkor

Direktivets målsättning om socialt ansvarstagande utmynnar i en vilja att tillförsäkra sunda arbetsvillkor, motverka social dumpning och generera sysselsättningsmöjligheter. Dessa saker kan tänkas uppnås genom ställandet av arbetsrättsliga krav. De svenska kollektivavtalen och villkoren däri tjänar som jämförelsemall och målsättning när det diskuteras vilka krav som bör eller kan ställas i upphandlingar. Att ställa krav på anslutning till ett svenskt *kollektivavtal* är däremot inte tillåtet, vilket fastställdes av EU-domstolen i C-341/05 *Laval* (se nedan avsnitt 3.3.3.2).¹²⁰ Eftersom det inte är möjligt att ställa krav på kollektivavtal, återstår frågan om det istället är möjligt att i upphandlingar ställa krav på *kollektivavtalsliknande villkor* (se avsnitt 3.3.3.2 och 5)

Svårigheten med att ställa arbetsrättsliga krav ligger i att hitta en juridisk lösning som främjar de politiska målsättningarna, särskilt mot bakgrund av att lösningar som inverkar på svenska arbetsmarknadsmodellen funktion är kontroversiella. Upphandlingsmyndigheten säger i sitt yttrande till Niklas Bruuns utredning *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal* att den är positiv till att fler arbetsrättsliga villkor ställs. Samtidigt konstaterar den att sådana villkor innebär praktiska och juridiska utmaningar.¹²¹ I det fall det anses nödvändigt att ställa arbetsrättsliga villkor, menar både utredningen¹²² och Upphandlingsmyndigheten¹²³ att det borde vara obligatoriskt för en upphandlande myndighet att ställa krav på viss lön, semester och arbetstimmar.¹²⁴ Krav som gäller annat än lön, semester och arbetstimmar fordrar en bedömning i det enskilda fallet och därför menar utredningen och

¹¹⁷ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 4; European Commission, "Buying social", s. 5f.

¹¹⁸ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 4; För en diskussion kring vikten av att föregå med gott exempel se McCrudden, 2007, s. 379: "Governments [...] operate both as regulators of the market, and as participants in the market. When principles they espouse for others are not applied to their own actions, the government appears to lack coordination, or to be simply hypocritical. An important driver, then, for the incorporation of CSR standards in public procurements is the need to be seen to be leading by example."

¹¹⁹ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 7.

¹²⁰ C-341/05 *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, p. 116.

¹²¹ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 4.

¹²² SOU 2015:78 s.12, 114.

¹²³ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 9.

¹²⁴ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 9; SOU 2015:78 s. 124.

Upphandlingsmyndigheten att sådana krav inte lämpar sig för generella föreskrifter.¹²⁵ Det gäller särskilt eftersom det är oklart hur en upphandlande myndighet ska förhålla sig till villkor som inte inkluderas i den hårda kärnan¹²⁶. *Den hårda kärnan* består av de rättigheter som anges i artikel 3 i utstationeringsdirektivet, det vill säga rättigheter som minimilön, semesterdagar, arbetstid/vilotid, säkerhetsbestämmelser, skyddsåtgärder och lika-behandling.¹²⁷ Bestämmelserna utgör ett ”tak”¹²⁸, det vill säga; en övre gräns för vilka rättigheter som en utstationerad arbetsgivare är skyldig att tillhandahålla utstationerade arbetstagare.¹²⁹ Därmed är det alltså osäkert om en upphandlande myndighet kan ställa krav som går utöver denna hårda kärna.

Utredningen föreslår att regleringen i artikel 18.2 ska genomföras genom att upphandlande myndigheter ställer ”särskilda arbetsrättsliga villkor för fullgörande av kontrakt”¹³⁰. Konkurrensverket är enig med utredningen om att det är det lämpligaste genomförandet.¹³¹

I de fall det föreligger en risk för att brott begås mot arbetstagares grundläggande rättigheter och svensk rätt inte är tillämplig, blir det enligt Upphandlingsmyndigheten aktuellt för en upphandlande myndighet att ställa krav i enlighet med ILO:s kärnkonventioner.¹³² Här finns det ytterligare några aspekter som inverkar, som presenteras kort i samband med redogörelsen för C-346/06 *Rüffert* i avsnitt 3.3.3.2.

Ett kravställande måste utöver det ovan anförda även överensstämma med de grundläggande principerna i EU-rätten och särskilt de principer som genomsyrar offentlig upphandling. Några av dessa principer har visat sig vara besvärliga för upphandlande myndigheter att beakta när de utformar sina krav. Se mer om detta i avsnitt 3.3.3 nedan.

3.3.3 Kravens förenlighet med grundläggande principer för upphandling

3.3.3.1 Den teoretiska bakgrunden

När det ställs krav i upphandlingar bör en upphandlande myndighet ta i beaktande att kraven måste vara förenliga med principerna i fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (EUF-fördraget) samt de grundläggande principerna för offentlig upphandling.¹³³

¹²⁵ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 9; SOU 2015:78 s. 126ff.

¹²⁶ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 9.

¹²⁷ SOU 2015:78 s. 90f. Se även avsnitt 3.3.3.2 som behandlar C-341/05 *Laval*.

¹²⁸ SOU 2015: 78, s. 91.

¹²⁹ SOU 2015: 78, s. 91.

¹³⁰ Se SOU 2015:78 s. 155.

¹³¹ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 2.

¹³² Se Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 14; exempelvis enligt ILO:s konvention nr 94.

¹³³ Skäl (1) i Fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt ; se även Bergqvist, Hane och Johansson, 2012, s. 195.

Därmed måste en upphandlande myndighet i samband med att de ställer krav i en upphandling, beakta exempelvis fri etableringsfrihet, fri rörlighet för varor och tillhandahållande av tjänster samt de i upphandlingsbestämmelserna särskilt specificerade principerna om likabehandling¹³⁴, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.¹³⁵ Principen om likabehandling är den mest centrala av dessa bestämmelser och ämnar säkerställa att alla anbudsgivare konkurrerar på lika villkor för att vinna kontraktet. För att likabehandlingen ska kunna beaktas på ett tillfredställande sätt är det också viktigt med öppenhet i upphandlingsprocessen.¹³⁶

Utöver vägledning i lagstiftning finns det praxis från EU-domstolen som förtydligar hur krav bör ställas i enlighet med de grundläggande principerna. Rättsfallen behandlas nedan i några tematisk indelade avsnitt, se 3.3.3.2 – 3.3.3.7. Syftet med detta är att illustrera när krav som ställts i offentlig upphandling stått i strid med de ovan nämna principerna.

3.3.3.2 Principen om fri rörlighet och frihet att tillhandahålla tjänster

I 18.2 i direktiv 2014/24/EU framgår det att även arbetsrättsliga krav kan och bör ställas i offentliga upphandlingar. Men även innan 2014 års direktiv diskuterades det huruvida det är möjligt att ställa krav på arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling, däribland krav på kollektivavtal. I en SOU från 2001¹³⁷ framhävs det att krav på svenskt kollektivavtal vore mer ingripande än de krav som följer av utstationeringsdirektivet, och att krav på kollektivavtal på så sätt kan tänkas strida mot EU-rättens proportionalitetsprincip.¹³⁸ Frågan behandlades 2007 av EU-domstolen i *C-341/05 Laval*, som rörde tillämpningen av utstationeringsdirektivet och den svenska regleringen i MBL. I fallet vidtog Svenska byggnadsarbetarförbundet stridsåtgärder gentemot utstationerade lettiska arbetstagare, med avsikten att förmå deras arbetsgivare att teckna ett svenskt kollektivavtal, vars innehåll var mer förmånligt än minimikraven i utstationeringsdirektivet. Syftet var att de lettiska arbetstagarnas lön (och andra förmåner) skulle nå samma nivå som den svenska motsvarigheten, eftersom företag i Sverige omöjligt kunde konkurrera med den jämförelsevis låga lön som betalades till letterna. Det lettiska företaget hade tecknat kollektivavtal i Lettland. EU-domstolen ansåg att stridsåtgärderna var olovliga eftersom de stred mot principen om fri rörlighet.¹³⁹ Domstolen konstaterar att den fria rörligheten innehåller ett förbud mot diskriminering av en leverantör på grund av nationalitet eller på grund av att leverantören är etablerad i en annan medlemsstat.¹⁴⁰ Att kräva

¹³⁴ För rättsfall från EU-domstolen som rör likabehandling i offentlig upphandling, se bl.a. *Universale-Bau m.fl.*, C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746, punkt 91 eller *GAT*, C-315/01, ECLI:EU:C:2003:360, p. 73.

¹³⁵ Jfr European Commission, "Buying Social", s. 5.

¹³⁶ European Commission, "Buying Social", s. 6.

¹³⁷ SOU 2001:31, *Mera värde för pengarna*.

¹³⁸ SOU 2001:31, s. 456; Ahlberg och Bruun, 2010, s. 56.

¹³⁹ *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, p. 49.

¹⁴⁰ *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, p. 114.

just ett *svenskt* kollektivavtal är diskriminerande. Domstolen anser att stridsåtgärderna inte var motiverade med hänsyn till allmänintresset¹⁴¹ (som i fallet utgörs av motverkande av social dumpning), och menar att krav inte kan ställas utanför utstationeringsdirektivets hårda kärna.¹⁴²

Laval-domen har föranlett en diskussion kring vilka krav som kan ställas på utländska respektive svenska leverantörer. Domen klargör att ett svenskt kollektivavtal inte kan krävas. Därefter har diskussionen om arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling främst inriktas mot möjligheten att istället ställa krav på kollektivavtalsliknande villkor, det vill säga; krav på villkor i nivå med svenska kollektivavtal.¹⁴³

EU-domstolen prövar förenligheten mellan krav som ställs i offentlig upphandling och den fria rörligheten med hänsyn till utstationeringsdirektivet i mål C-346/06 *Rüffert*. I fallet hade den tyska delstaten Niedersachsen en lag som krävde att företag som lämnade in anbud på offentliga byggentreprenader med ett visst värde skulle betala sina anställda lön i enlighet med kollektivavtalet på orten. Domstolen klargör i sin dom att utstationeringsdirektivet utgör hinder för lagstiftning av det slaget.¹⁴⁴ Vad detta får för konsekvens för den existerande regleringen i ILOs konvention nr 94¹⁴⁵, som föreskriver att det i offentliga kontrakt ska finnas klausuler som garanterar arbetstagare anställningsvillkor i nivå med kollektivavtal¹⁴⁶ på den plats där arbetet utförs, är inte helt klart.¹⁴⁷ Domslutet tycks kollidera med bestämmelsen i ILO:s konvention och Ahlberg menar att domslutet indirekt underkänner ILO:s princip om arbetsklausuler i kontrakt där offentlig myndighet är part.¹⁴⁸ EU-domstolen berör dock inte överhuvudtaget förhållandet mellan konventionen och EU-rätten i *Rüffert-fallet*¹⁴⁹, vilket kan tänkas bero på att Tyskland inte ratificerat konventionen.¹⁵⁰ I *Rüffert-fallet* ställs den fria rörligheten mot sociala hänsyn. Följden blir att bestämmelsen i ILO:s konvention och fackens stävande efter lika villkor för arbetare indirekt¹⁵¹ balanseras och nedprioriteras i förhållande till reglerna gällande den fria rörligheten och EU:s inre marknad.

Följaktligen måste en upphandlande myndighet överväga huruvida krav kopplade till sociala hänsyn inskränker den fria rörligheten och friheten att

¹⁴¹ *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, p.110, p. 102.

¹⁴² *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809, p. 108, 111.

¹⁴³ För mer information se till exempel Konkurrensverkets rapport 2015:6, ”Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling”; Konkurrensverkets pressmeddelande: ”Möjligt att ställa arbetsrättsliga krav vid upphandling” hämtad den 5 november 2015 från: <http://www.konkurrensverket.se/nyheter/mojligt-att-stalla-arbetsrattsliga-krav-vid-upphandling/>.

¹⁴⁴ Se domslutet i C-346/06 *Rüffert*, ECLI:EU:C:2008:189.

¹⁴⁵ Artikel 2 i ILO:s konvention nummer 94.

¹⁴⁶ Kan också ske genom lag eller annat, se artikel 2 ILO:s konvention nummer 94.

¹⁴⁷ Ahlberg och Bruun, 2010, s. 128ff.

¹⁴⁸ Ahlberg, 2008.

¹⁴⁹ Ahlberg, 2008; Ahlberg och Bruun, 2010, s. 128.

¹⁵⁰ Ahlberg och Bruun, 2010, s. 128.

¹⁵¹ ”indirekt” eftersom EU-domstolen de facto inte berör ILO-konventionen i domen.

tillhandahålla tjänster. Om så är fallet, är risken stor att kravet blir underkänt av EU-domstolen för dess oförenlighet med fördraget.

3.3.3.3 Likabehandlingsprincipen

Det framgår, bland annat av EU-rättspraxis¹⁵², att likabehandlingsprincipen fordrar att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter att utforma anbud och att samma villkor ska gälla för alla anbudsgivare.¹⁵³

I fallet C-513/99 *Concordia Bus Finland* bedömer EU-domstolen huruvida Helsingfors stads krav på bullernivå och utsläpp i samband med en upphandling av busstrafik strider mot likabehandlingsprincipen. Endast ett fåtal företag kunde uppfylla kraven, varav ett av dem var den upphandlande myndighetens egna trafikföretag.¹⁵⁴ Domstolen påpekar att det är centralt att respektera likabehandlingsprincipen¹⁵⁵, men menar att kriterierna i fallet tillämpas objektivt och utan att det görs åtskillnad på anbuden.¹⁵⁶ Dessutom påpekar domstolen att kriterierna ingick i ett poängsystem som innehöll ett flertal andra kriterier som också erhöll poäng. Bullernivå och utsläpp utgjorde inte hela poängsystemet, utan var en del i helheten där även antal sittplatser, ålder och klappstolar gav poäng.¹⁵⁷ Därav menar domstolen att det inte finns hinder för att ställa sådana krav i offentliga upphandlingar.¹⁵⁸

3.3.3.4 Proportionalitetsprincipen

För att krav som ställs i upphandlingar inte ska riskera att stå i strid med proportionalitetsprincipen bör de enligt Upphandlingsmyndigheten inte överskrida miniminivåer i lag och avtal.¹⁵⁹ Det anses inte heller förenligt att ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven.¹⁶⁰

I EU-domstolens mål C-234/03 *Contse m.fl.* behandlades en upphandling där det fanns ett system med tilläggs-poäng för de som vid tidpunkten för lämnandet av anbud hade tillgång till egna anläggningar för syrgashantering inom ett visst avstånd från sjukhuset, eller lokaler som var öppna för allmänheten på andra orter. Likaså gavs vid lika poäng företräde till den leverantör som tillhandahållit tjänsten förut, vilket EU-domstolen anser är diskriminerande.¹⁶¹ Domstolen framhåller också att kraven som ställdes

¹⁵² Se t.ex., *eViglio*, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166, p.33 och *CAS Succhi di Frutta*, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236, p.110; *Commission vs. Belgium ("Wallon Buses")* C-87/94, ECLI:EU:C:1996:161 p.1, 31 ; se även Arrowsmith, 2014, s. 614 ff. för en omfattande genomgång av relevanta rättsfall rörande likabehandlingsprincipen.

¹⁵³ Falk, 2014, s. 473.

¹⁵⁴ *Concordia Bus Finland*, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495, p. 70ff.

¹⁵⁵ *Concordia Bus Finland*, ECLI:EU:C:2002:495, p. 81.

¹⁵⁶ *Concordia Bus Finland*, ECLI:EU:C:2002:495, p. 83.

¹⁵⁷ *Concordia Bus Finland*, ECLI:EU:C:2002:495, p. 83.

¹⁵⁸ *Concordia Bus Finland*, ECLI:EU:C:2002:495, p. 86.

¹⁵⁹ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 10.

¹⁶⁰ Falk, 2014, s. 338; Ett exempel på ett "onödigt krav" finns i *Contse m.fl.*, C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644. p. 54.

¹⁶¹ *Contse m.fl.*, ECLI:EU:C:2005:644. p. 78.

visserligen innehöll element av allmänintresse, men anser ändå att kraven var oproportionerliga. Att villkoren som ställdes dessutom krävde att leverantörerna skulle förfoga över lokalerna redan vid angivandet av anbudet menar domstolen dessutom är exempel på krav som är *uppenbart* oproportionerliga.¹⁶²

3.3.3.5 Samband med kontraktsföremålet

Ytterligare en faktor som styr vilka villkor som kan och bör ställas, är själva *kontraktsföremålet* för upphandlingen. Kontraktsföremålet bestäms av den upphandlande myndigheten, eftersom endast de kan definiera vad för vara eller tjänst som behövs.¹⁶³ Utifrån kontraktsföremålet avgörs sedan vilka kriterier som är relevanta i en upphandling och följaktligen varierar också vilken typ av villkor som kan och bör ställas.¹⁶⁴

I C-513/99 *Concordia Bus Finland* ställdes (som nämnt ovan i avsnitt 3.3.3.3) krav på bullernivå och utsläpp i en upphandling som gällde busstrafik i Helsingfors. Kraven kritiserades för att utgöra så kallade icke-ekonomiska argument. EU-domstolen bemöter kritiken och svarar att utvärderingskriterier inte nödvändigtvis behöver vara av ren ekonomisk karaktär, utan att krav rörande buller och utsläpp kan ställas i upphandlingar förutsatt de har ett samband med upphandlingsföremålet.¹⁶⁵ Därefter uttrycker domstolen även att det föreligger samband mellan att ställa krav på bussars utsläpp och buller och ett kontrakt för upphandling av busstransporttjänster.¹⁶⁶

Alltsedan domslutet i C-513/99 *Concordia Bus Finland* är kopplingen till kontraktsföremålet ett centralt hänsyn när krav ställs. Kopplingen till kontraktsföremålet inkluderas även i kommissionens instruktion på hur krav kan ställas i offentliga upphandlingar.¹⁶⁷ Kommissionen uttrycker bland annat i detta dokument att det är själva kontraktsföremålet, närmare bestämt varan eller tjänsten som avgör vilka sociala hänsyn som är relevanta att beakta i en upphandling. Därav skiljer det sig från fall till fall vilka krav som kan ställas i upphandlingar.¹⁶⁸ Kontraktsvillkoren som ställs måste också vara proportionerliga i förhållande till föremålet för kontraktet.¹⁶⁹ I praktiken betyder det att kraven endast kan syfta till den del av leverantörens verksamhet som omfattas av upphandlingen.¹⁷⁰

3.3.3.6 Verklig möjlighet till kontroll och uppföljning

I EU-domstolens dom C-448/01 *EVN och Wienstrom* uttalar domstolen att det måste finnas en verklig möjlighet för den upphandlande myndigheten att följa

¹⁶² *Contse m.fl.*, ECLI:EU:C:2005:644, p. 43, 55.

¹⁶³ European Commission, "Buying Social", s. 24.

¹⁶⁴ European Commission, "Buying Social", s. 7.

¹⁶⁵ *Concordia Bus Finland*, ECLI:EU:C:2002:495, p. 49.

¹⁶⁶ *Concordia Bus Finland*, ECLI:EU:C:2002:495, p. 65.

¹⁶⁷ European Commission, *Buying Social*, s. 5.

¹⁶⁸ European Commission, *Buying Social*, s. 7.

¹⁶⁹ Ahlberg och Bruun, 2010, s. 48; Prop. 2006/07:128 s 200.

¹⁷⁰ Ahlberg och Bruun, 2010, s. 48; Prop. 2006/07:128 s 200.

upp och kontrollera uppställda krav.¹⁷¹ Principen om likabehandling kräver som nämnt ovan att anbudsgivarna behandlas lika¹⁷² och att anbuderna prövas objektivt och enhetligt.¹⁷³ Ställs ett kriterium upp utan uppföljning åsidosätts principen om likabehandling, eftersom myndigheterna omöjligen kan behandla anbudsgivarna på ett likvärdigt sätt om de inte kontrollerar att anbudsgivarna uppfyllt upphandlingskriterierna. Ett kriterium som inte kan förenas med verklig kontroll av den upphandlande myndigheten är inte förenligt med ett ”öppet och objektivt upphandlingsförfarande”¹⁷⁴ och strider alltså mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling.¹⁷⁵

3.3.3.7 Särskilt om arbetsmarknadsåtgärder

Det är vanligt bland upphandlande myndigheter att inkludera kriterier som innebär att leverantören måste delta i särskilda arbetsmarknadsåtgärder. Det rör sig framförallt om kriterier som innebär att leverantören ger långtidsarbetslösa arbete eller praktik. Att låta arbetsmarknadsåtgärder gällande anställning och praktik få utrymme i offentlig upphandling syftar inte bara till att främja anställning för långtidsarbetslösa. Tanken är också att det ska finnas möjligheter att främja anställning hos andra missgynnade grupper på arbetsmarknaden.¹⁷⁶

I fallet C-31/87 *Beentjes* behandlar EU-domstolen huruvida det är möjligt att ställa krav på anställning av långtidsarbetslösa och hur det ska genomföras. I domen uttrycker domstolen att ett krav måste överensstämma med relevanta bestämmelser i EU-rätten för att vara direktivenligt, särskilt med hänsyn till de begränsningar som den fria etableringsrätten och rätten att tillhandahålla tjänster innebär.¹⁷⁷ Det konstateras också att kriterier gällande långtidsarbetslösa inte har någon relation till anbudsgivares ekonomiska, finansiella och yrkesmässiga kapacitet.¹⁷⁸ Mot bakgrund av det menar kommissionen att krav gällande anställande av långtidsarbetslösa ska ställas som villkor för genomförande av kontrakt.¹⁷⁹ Vidare framhålls det i C-31/87 *Beentjes* att ett villkor gällande anställande av långtidsarbetslösa kan utgöra nationell diskriminering om villkoret endast kan uppfyllas av anbudsgivare från medlemsstaten i fråga, eller om anbudsgivare från andra medlemsstater skulle ha svårt att rätta sig efter det.¹⁸⁰ Domstolens slutsats är att ett villkor gällande anställande av arbetslösa är direktivenligt, så länge det inte har någon direkt

¹⁷¹ *EVN och Wienstrom*, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:65, p.50; Prop. 2006/07:128 s. 200; Ahlberg och Bruun, 2010, s. 48.

¹⁷² *EVN och Wienstrom*, ECLI:EU:C:2003:65, p. 47.

¹⁷³ *EVN och Wienstrom*, ECLI:EU:C:2003:65, p. 48.

¹⁷⁴ *EVN och Wienstrom*, ECLI:EU:C:2003:65, p. 51.

¹⁷⁵ *EVN och Wienstrom*, ECLI:EU:C:2003:65, p. 52. Exempel på krav som tagits bort med hänsyn till bristande möjlighet till kontroll: <http://anbud24.se/krav-maste-kunna-foljas-upp/>.

¹⁷⁶ Kommissionens meddelande: Socialt ansvarsfull upphandling – En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, sid. 7.

¹⁷⁷ *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422, p.29; se även McCrudden, 2007, s. 323.

¹⁷⁸ *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422, p.28; COM(2001) 566, s. 9.

¹⁷⁹ *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422, p.28; COM(2001) 566, s. 9.

¹⁸⁰ *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422, p. 30.

eller indirekt diskriminerande effekt på anbudsgivare från andra medlemsstater.¹⁸¹

I en debattartikel¹⁸² i Upphandling24 ifrågasätts utformningen av ett villkor för anställande av långtidsarbetslösa i Vivallaprojektet¹⁸³. I kontraktsvillkoren för Vivallaprojektet åläggs byggtreprenören att ge praktikplatser åt långtidsarbetslösa som bor i det området som ska renoveras. Artikel-författaren menar att kravet med största sannolikhet är lagstridigt, då kravet är att de arbetslösa ska vara boende i Vivalla och på så sätt utestänger arbetslösa från andra områden. Vidare framhålls att kravet på att de långtidsarbetslösa ska ha ”viss nationalitet eller komma från ett visst geografiskt område” strider mot unionsrätten och inte lever upp till EU:s grundläggande principer. Artikeln utgör ett exempel på hur kravställande kan ifrågasättas och diskuteras, och speglar på så sätt osäkerheten kring vad som är tillåtet enligt EU-direktivet. Likväl finns det en möjlighet att på några punkter bemöta artikelförfattarens analys av Vivallaprojektet och dess förenlighet med direktivet. Några sådana synpunkter framförs i diskussionsavsnittet i kapitel 5.

3.3.4 Behovsbedömningen

En annan given fråga är *vem* som kommer att avgöra *vilka villkor* som ska ställas. Både Upphandlingsmyndigheten och utredningen menar att det vore alltför betungande om det i varje upphandling ska bedömas huruvida det finns ett behov av att ställa särskilda arbetsrättsliga krav eller inte.¹⁸⁴ Eftersom det varken finns kunskap eller resurser till att göra en sådan bedömning hos myndigheterna skulle det enligt mig dessutom leda till minskad förutsägbarhet om varje enskild upphandlande myndighet ska bedöma behovet av villkor.

Utredningen föreslår att Upphandlingsmyndigheten ska ges i uppdrag att ta fram föreskrifter till vägledning för de upphandlande myndigheternas kravställande.¹⁸⁵ Uppdraget skulle bestå i att peka ut vissa utsatta branscher där det är aktuellt att ställa sociala krav. Avsikten verkar vara att Upphandlingsmyndighetens vägledning ska resultera i att kravställande inte kräver någon närmre analys hos den upphandlande myndigheten, utan att den i stor omfattning ska kunna följa vad Upphandlingsmyndigheten pekat ut i föreskrifter och verkställighetsföreskrifter.¹⁸⁶ Upphandlingsmyndigheten föreslår i sin remiss att den bör ges i uppdrag att ta fram frivilliga villkor för några särskilda branscher, som kan användas i upphandlingar och ge stöd till

¹⁸¹ *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422, p. 37 iii).

¹⁸² ”Krav att ge arbetslösa praktik är sannolikt lagstridigt” hämtat 2015-11-20 från: <http://upphandling24.se/krav-att-ge-arbetslosa-praktik-ar-sannolikt-lagstridiga/>.

¹⁸³ För Skanskas egna information om Vivallaprojektet se: <http://www.skanska.se/sv/om-skanska/pressmeddelande/aktuellt/ombyggnad-av--vivalla--i-orebro-ger-arbetslosa-chans-till-arbete/> hämtat 2015-12-01.

¹⁸⁴ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 7.

¹⁸⁵ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 7.

¹⁸⁶ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 8.

upphandlande myndigheter.¹⁸⁷ Upphandlingsmyndigheten öppnar också för möjligheten att ta fram villkor för ”mindre utsatta” branscher. De frivilliga villkor som tas fram ska enligt Upphandlingsmyndigheten kunna göras obligatoriska om det anses lämpligt.¹⁸⁸

Upphandlingsmyndigheten menar att utredningens lösning skulle ge parterna möjligheten att arbeta fram en fungerande metod för kravställande, samtidigt som man fortsatt skulle kunna ta vara på den svenska arbetsmarknadsmodellens fördelar.¹⁸⁹

I utredningen och Upphandlingsmyndighetens yttrande gällande arbetsrättsliga villkor förs det en diskussion om *behovet* av villkor. Det är både utredningen och delvis Upphandlingsmyndighetens åsikt¹⁹⁰ att arbetsrättsliga villkor ska ställas när det är *behövligt*.¹⁹¹ Syftet med en reglering som föreskriver en behovsbedömning är att förhindra att villkor behandlas på ett slentrianmässigt och likgiltigt sätt av de upphandlande myndigheterna. Överväger en upphandlande myndighet inte behovet kring ett kravställande finns det en risk för att de inte heller följer upp kraven. Ett potentiellt problem med en sådan likgiltig inställning gentemot de ställda villkoren är att den i sin tur kan smitta av sig på leverantörer. Det kan ytterst innebära att leverantörer börjar räkna med att krav inte följs upp och helt enkelt väljer att inte tillförsäkra att villkoren i upphandlingen uppfylls. I så fall kan det också innebära att de leverantörer som tar villkoren på allvar får nackdelar gentemot de som inte gör det¹⁹², eftersom deras tvingas ta ut högre priser och på så sätt löper en stor risk att inte vinna kontrakt. Till syvende och sist skulle kravställandet utarmas och förlora sin betydelse. Enligt min mening är förslaget om en behovsbedömning en del i stävan efter att ställa lämpliga krav, i den bemärkelsen att de både får bättre effekt, är proportionerliga och är möjliga att kontrollera. Kort sagt skulle en behovsbedömning kunna främja kravets överrensstämmelse med de grundläggande principerna för EU-rätt och offentlig upphandling.

Både utredningen och Konkurrensverket anser att det är en alltför stor uppgift för upphandlande myndigheter att bedöma huruvida det är *behövligt* att ställa krav i varje enskild upphandling. Som nämnt ovan föreslår utredningen att Upphandlingsmyndigheten får i uppgift att ta fram föreskrifter och råd.¹⁹³ Men trots ett sådant stöd från Upphandlingsmyndigheten framhåller Konkurrensverket att det kommer uppstå gränsdragningsproblem när upphandlingsmyndigheter bedömer huruvida krav ska ställas, vilket gör att arbetsbördan hos de enskilda upphandlande myndigheterna kommer att öka.¹⁹⁴ Konkurrensverket påpekar också att förslagets utformning innebär att en upphandlande myndighet blir skyldig att uppställa krav när det är *behövligt*

¹⁸⁷ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 7.

¹⁸⁸ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 5, 10.

¹⁸⁹ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 5, 7.

¹⁹⁰ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 7.

¹⁹¹ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 7.

¹⁹² Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 14.

¹⁹³ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 3.

¹⁹⁴ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 3.

– oavsett om Upphandlingsmyndigheten utfärdat råd som är tillämpliga i den givna situationen eller inte, vilket kan försätta den upphandlande myndigheten i en situation där de ändå behöver göra en enskild behovsbedömning. Sammantaget förutspår Konkurrensverket att dessa gränsdragningsproblem och osäkerheter kommer leda till ett ökat antal överprövningar.¹⁹⁵ Följaktligen kommer belastningen även att öka på förvaltningsdomstolarna.¹⁹⁶

Utöver detta föreslår både utredningen och Upphandlingsmyndigheten att det ska vara obligatoriskt för en upphandlande myndighet att ställa vissa villkor.¹⁹⁷ Villkoren bör dock begränsas till villkor gällande lön, semester och arbetstid.¹⁹⁸ Utredningen väljer att skilja på krav som på lön, arbetstid och semester, och andra slags arbetsrättsliga krav. I det senare fallet menar utredningen att det krävs att en lämplighetsbedömning görs i det enskilda fallet, samtidigt som det måste tas hänsyn till att det finns en rättslig osäkerhet vad gäller krav som inte ingår i den hårda kärnan.¹⁹⁹ Vad gäller begränsningen kring de obligatoriska kraven finns det troligen också en bakomliggande tanke om att resurser bör läggas där de har bäst effekt, närmare bestämt att *rätt villkor* ska ställas i *rätt upphandling* för att få så stor spridning på det sociala ansvarstagandet som möjligt. Vad gäller införandet av obligatoriska krav, menar Konkurrensverket att det i så fall skulle behövas en omfattande branschanalys för att identifiera i vilka sammanhang det kan tänkas vara behövt att ställa sådana villkor.²⁰⁰ Vad gäller frågan om i vilka fall det ska vara obligatoriskt att ställa dessa krav anser både utredningen och Upphandlingsmyndigheten att det ska ske med utgångspunkt i när det finns en risk för oskäliga anställningsvillkor eller risk för konkurrens med undermåliga kontraktsvillkor.²⁰¹

Upphandlingsmyndigheten framför även i sitt yttrande att de krav som ställs på underleverantörer inte bör vara mer långtgående än de obligatoriska krav som ställs på huvudleverantören i en upphandling.²⁰² Detta påpekande stämmer enligt min mening väl överens med proportionalitetsprincipen (se avsnitt 3.3.3.4).

Vad gäller ILO:s bestämmelser, anger utredningen att det ska ställas krav på att bestämmelserna följs, om det inte är uppenbart obehövt.²⁰³ Upphandlingsmyndigheten ser hellre att krav på ILO:s kärnkonventioner bara ska ställas om om det finns en risk för att det begås brott mot arbetstagarnas

¹⁹⁵ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 3. Här ger Konkurrensverket exempel på olika situationer då en leverantör kan tänkas begära överprövning.

¹⁹⁶ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 3; Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 7.

¹⁹⁷ SOU 2015:78 s.12, 114, 126ff; Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 17.

¹⁹⁸ SOU 2015:78 s. 154; Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 10.

¹⁹⁹ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 9; se även avsnitt 3.3.2.

²⁰⁰ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 3.

²⁰¹ SOU 2015:78, s. 114; Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 14f.

²⁰² Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 16.

²⁰³ SOU 2015:78 s. 14, Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 16.

grundläggande rättigheter.²⁰⁴ Konkurrensverket menar att utredningens förslag riskerar att vara onödigt omfattande²⁰⁵, och föreslår därför föreslår Konkurrensverket att skyldigheten att ställa villkor i enlighet med ILO:s kärnkonventioner istället bör inträda när det är behövt.²⁰⁶

3.4 Sammanfattning

Det finns olika faktorer som styr över vilka krav som *kan* och *bör* ställas i en upphandling. Klart är att kravet måste ha samband med kontraktföremålet och att det finns en verklig möjlighet till kontroll och uppföljning av kravet. Vidare bör en upphandlande myndighet inte glömma att beakta hur villkoret förhåller sig till EU:s grundläggande principer och likaså de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Kolliderar kravet med någon av dessa principer finns det en risk för ett underkännande i domstol. Det finns också en risk för att villkoret i slutändan får negativa konsekvenser för parterna på grund av ett komplicerande av regelverket, men också för konkurrensen om det visar sig att kravställandet minskar antalet anbud. Utredningen föreslår att *behovet av villkor* ska styra vilka krav som ställs i en upphandling. Det anses viktigt eftersom onödiga krav kan urvattna hur allvarligt både en upphandlande myndighet och kanske framförallt leverantörer förhåller sig till krav som ställs i upphandlingar. Utredningen framhåller att det är den enskilda myndigheten som ska göra behovsbedömningen, men att ett omfattande stöd behövs från Upphandlingsmyndigheten. Svårigheterna kring upphandlingsstödet är också något som Konkurrensverket framhåller i sitt yttrande.

I övrigt kan en slutsats dras om att krav bör anpassas efter behovet av ett kravställande samt efter möjligheten till uppföljning. Likaså att resurser bör läggas på de upphandlingar där kravställande kan göra störst nytta.

²⁰⁴ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 16.

²⁰⁵ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 12.

²⁰⁶ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 1.

4 Kravställande i leverantörskedjan

Denna delen av uppsatsen behandlar frågor som rör kravställande längre ner i leverantörskedjan. Däribland ingår frågan om huruvida det är möjligt att ställa krav gentemot alla led i en leverantörskedja och om ett sådant kravställande är något som bör eftersträvas i den svenska implementeringen av direktivet. Avsnittet baseras främst på den information som framkommer i lagrådsremissen, den efterföljande utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal, samt de efterföljande remissvaren från Upphandlingsmyndigheten och Konkurrensverket. Texten nedan utgör en sammanställning av dessa olika källor och de olika parternas inställning till kravställande i leverantörskedjan.

4.1 Bemötande av utredningens förslag

Regeringens lagrådsremiss²⁰⁷ behandlar inte frågan om kravställande i leverantörskedjan. Anledningen är att regeringen avsåg invänta utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal.²⁰⁸ Utredningen, som blev klar i september 2015, framhåller att särskilda arbetsrättsliga villkor bör omfatta underleverantörer i alla led²⁰⁹, eftersom långa leverantörsled ökar risken för att arbetsrättigheter inte hörsammas.²¹⁰ Förslaget om att krav bör omfatta underleverantörer i alla led får stöd av Upphandlingsmyndigheten.²¹¹

Om avsikten är att krav ska omfatta underleverantörer i alla led, uppstår frågan om kraven därmed även ska ställas gentemot *alla* underleverantörer. Utredningen har valt att föreslå att kravens omfattning begränsas, genom att föreslå att leverantören ska säkerställa att *samtliga underleverantörer* som *direkt medverkar* till att uppfylla kontraktet följer de villkor som ställts upp i upphandlingen.²¹² Utredningens förslag riktar krav gentemot hela leverantörskedjan genom leverantörens säkerställande, med en begränsning av att kraven bara gäller de underleverantörer som *direkt medverkar* till att uppfylla kontraktet. De underleverantörer som *inte* direkt medverkar till att uppfylla kontraktet kommer, om utredningens förslag får fäste, alltså inte att bli föremål för de krav som ställs i upphandlingskontraktet. Genom en sådan skrivning blir den naturliga följdfrågan vad som krävs för att en underleverantör ska anses direkt medverka till uppfyllande av ett kontrakt, och kanske framförallt hur de underleverantörer som direkt medverkar särskiljer sig från de som *inte* anses direkt medverka. Förslaget skulle rimligen innebära en del tillämpningsproblem, vilket både Upphandlingsmyndigheten och

²⁰⁷ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015.

²⁰⁸ Lagrådsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015, s. 408.

²⁰⁹ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 16.

²¹⁰ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 16.

²¹¹ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 16.

²¹² SOU 2015:78 s. 23.

Konkurrensverket påpekar.²¹³ Denna problematik diskuteras mer ingående i diskussionsavsnittet i kapitel 5.

Både utredningen och Upphandlingsmyndigheten framför diverse argument som talar för ett kravställande ner i leverantörskedjan. Exempelvis konstaterar utredningen att det inte är ovanligt med långa leverantörskedjor i branscher där det är vanligt med undermåliga arbetsförhållanden och social dumpning.²¹⁴ Därför anser utredningen att det finns starka skäl som stödjer en ordning där leverantören måste säkerhetsställa att samtliga underleverantörer (som direkt medverkar till att uppfylla kontraktet) följer de särskilda arbetsrättsliga kontraktsvillkor som finns i en upphandling.²¹⁵

Som stöd för sin rekommendation om krav i hela leverantörskedjan framhåller utredningen att om krav istället bara ställs gentemot första ledet i leverantörskedjan, finns en risk att oseriösa huvudleverantörer istället ”konstruerar en leverantörskedja som syftar till att ansvaret för underleverantörer i praktiken aldrig genomförs”.²¹⁶ I samband med detta hänvisar utredningen till SOU 2015:38, där det ansågs finnas skäl för att föreslå entreprenörsansvar i samtliga led i en leverantörskedja. Entreprenörsansvaret innebar i det fallet ett ansvar för en (huvud)entreprenör att utbetala lön till utstationerade arbetstagare om arbetsgivaren(en underentreprenör) inte betalat ut den lön som arbetstagarna hade rätt till. Att utredningen använder detta entreprenörsansvar som exempel i samband med sin rekommendation för kravställande i hela leverantörskedjan, kan enligt min mening ifrågasättas. Synpunkter gällande detta framförs i diskussionsavsnittet i kapitel 5.

Utredningen förnekar inte att krav gentemot underleverantörer i alla led kan orsaka problematik. Exempelvis framhåller utredningen att det kan vara svårt att åstadkomma en lämplig uppföljning och kontroll av kontraktsvillkor i långa leverantörskedjor. På så sätt erkänner utredningen att det finns bättre möjligheter till kontroll om ansvaret bara avser ett led i leverantörskedjan. Konkurrensverket har samma invändning och påpekar att kontroll och uppföljning är krävande för alla parter men det är viktigt för att en upphandlande myndighet ska kunna tillse att leverantörerna håller vad som avtalats.²¹⁷ Även utredningen framför att uppföljning och kontroll i hela leverantörsledet kommer fordra resurser och att kontroll onekligen är krävande för en enskild upphandlande myndighet.²¹⁸

Trots de nackdelar som utredningen identifierar vad gäller kravställande mot hela leverantörskedjan, framhåller utredningen att övervägande skäl talar för att en upphandlande myndighets kravställande måste omfatta alla de underleverantörer som direkt medverkar till att uppfylla ett offentligt kontrakt, det

²¹³ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 16; Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 12.

²¹⁴ SOU 2015:78 s. 155.

²¹⁵ SOU 2015:78 s. 155.

²¹⁶ SOU 2015:78 s. 155.

²¹⁷ Konkurrensverket yttrande, Dnr 579/2015 s. 9.

²¹⁸ SOU 2015:78 s. 156.

vill säga även underleverantörer i alla led.²¹⁹

Till skillnad från utredningen och Upphandlingsmyndigheten, avråder Konkurrensverket från att ställa krav längre ner i leverantörskedjan. Närmare bestämt avråder de från ett förslag som skulle innebära att en leverantör måste säkerställa att underleverantörer i hela leverantörsledet följer särskilda kontraktsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten ställt krav på. Konkurrensverket framför flera skäl till sin avrådan, exempelvis menar Konkurrensverket att kravställande gentemot underleverantörerna innebär en ”påtagligt ökad arbetsbörda”²²⁰ för både upphandlande myndigheter och leverantörer samt även i viss mån för förvaltningsdomstolarna. Utöver det så menar Konkurrensverket också att förslaget blir särskilt betungande för små företag och att förslaget kan leda till färre anbudsgivare.²²¹ Dessutom riskerar ett sådant förslag att missgynna anbudsgivare som inte är kollektivavtalsanslutna.²²² Exempelvis anger Konkurrensverket att sådana företag kan tänkas betala sina arbetstagare mindre i lön men att lönen balanseras av en hög tjänstepension. Måste företagen uppfylla ett krav på lön enligt kollektivavtal menar Konkurrensverket att balansen mellan lön och tjänstepension skulle gå förlorad för dessa företag.²²³

Genomförs ett förslag som innebär att en leverantör ansvarar för att säkerställa att underleverantörer i hela kedjan uppfyller de krav som ställts i en upphandling, kan det leda till att anbudsgivare avstår från att anlita underleverantörer.²²⁴ Detta argument är kanske det som talar mest emot ett införande av krav i hela kedjan och det är också det argument som Konkurrensverket uppehåller sig vid. Konkurrensverket menar att även seriösa företag/huvudleverantörer skulle ha svårt att förutse vilka risker de utsätter sig för när de får ansvaret för att säkerhetsställa uppfyllandet av skyldigheter i en lång leverantörskedja.²²⁵ Att skapa ett klimat som indirekt verkar avskräckande för bruket av underleverantörer ser Konkurrensverket som ett stort orosmoment. Detta särskilt eftersom det ofta är i form av anlitan av underleverantörer som mindre företag får en möjlighet att delta i upphandlingar. Många huvudleverantörer som i dagsläget lämnar anbud med stöd av underleverantörer skulle eventuellt känna sig nödgade att avstå från att lämna anbud, eller i vart fall avstå med hänsyn till den oförutsägbarhet som ansvaret för leverantörskedjan skulle innebära. Konkurrensverket uttrycker sammanfattningsvis i sin remiss att ”åtgärder som verkar avhållande på leverantörers benägenhet att anlita underleverantörer innebär således påtagligt negativa konsekvenser för konkurrensen och riskerar att drabba de små och medelstora företagen extra hårt”²²⁶.

Konkurrensverket framhåller att det är oklart, och kanske framförallt outrett,

²¹⁹ SOU 2015:78 s. 154ff.

²²⁰ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 1.

²²¹ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 2.

²²² Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 10ff.

²²³ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 10ff.

²²⁴ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 11.

²²⁵ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 11.

²²⁶ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 11-12.

vad det skulle få för konsekvenser om krav ställs i hela leverantörskedjan. Följaktligen avråder Konkurrensverket från att ställa krav i hela leverantörskedjan. Istället menar Konkurrensverket att säkerhetsställande av skyldigheter i *ett led* utgör en rimlig kompromiss mellan intresset för skäliga anställningsvillkor och de allmänna negativa konsekvenserna av ett kravställande gentemot underleverantörer i alla led.²²⁷

4.2 Konsekvenser av kravställande i leverantörskedjan

4.2.1 Generella konsekvenser

Upphandlingars komplexitet är en faktor som pekas ut av kommissionen som återkommande orosmoment när nya upphandlingslagar ska utformas.²²⁸ Därför vore det att föredra om en implementering av det nya direktivet inte resulterar i ett mer komplicerat regelverk. Det kan också tilläggas att just ett mindre komplext upphandlingssystem ofta efterfrågas av både myndigheter och leverantörer.²²⁹

Om Upphandlingsmyndigheten får ansvar för framtagandet av frivilliga och obligatoriska krav, kommer det kräva att en omställning av verksamheten. Men Upphandlingsmyndigheten påpekar också att den största förändringen kommer att ligga hos de enskilda upphandlande myndigheterna och leverantörerna. Myndigheterna kommer att behöva nya arbetssätt, samtidigt som det kommer behövas en utveckling av verksamheten för att kunna följa upp villkor. Därmed kommer diskussionen kring fördelningen av myndigheters resurser att intensifieras. Leverantörerna kommer att ställas inför liknande svårigheter eftersom även de behöver omfördela och utveckla sin verksamhet för att bemöta villkoren.²³⁰

Kommissionen framför att regleringar kring villkorställande kan få negativa konsekvenser för små- och medelstora företags²³¹ deltagande i offentlig upphandling.²³² Det gäller särskilt i förhållande till krav på arbetsrättsliga villkor eftersom 60% av de små företag saknar kollektivavtal.²³³ Att de arbetsrättsliga krav som ställs i upphandlingar varierar underlättar inte heller för mindre företag när de försöker inrätta sin verksamhet efter de nya bestämmelserna, eftersom de får antas ha svårare att anpassa sin verksamhet än ett större företag med mer resurser. Kommissionen framhåller att ökade svårigheter för små- och medelstora företag är något som upphandlande

²²⁷ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 11.

²²⁸ European Commission, Internal Market and Services, "EU public procurement legislation: delivering results summary of evaluation report", s. 21.

²²⁹ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 15.

²³⁰ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 5.

²³¹ "Entrepreneurship and Small and medium-sized enterprises (SMEs)" hämtad 31 oktober 2015 från kommissionens hemsida: http://ec.europa.eu/growth/smes/index_en.htm ; European Commission, SEC(2008) 2193.

²³² Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 6.

²³³ "Småföretagen och kollektivavtalen", 2011, s. 3f.

myndigheter bör vara medvetna om, och ta hänsyn till när sociala hänsyn beaktas i upphandlingar.²³⁴

Ytterligare ett problem som följer av kravställande är hur kraven ska kontrolleras av den upphandlande myndigheten och hur huvudleverantören ska säkerställa att underleverantören uppfyller kraven som ställts. Exempelvis ska myndigheten enligt direktivet tillförsäkra underleverantörernas lämplighet genom att begära in information om underleverantörer. Om en underleverantör inte lever upp till villkoren ska denne bytas ut. Det kan ifrågasättas om en sådan inhämtning av uppgifter i kombination med direktivets övriga möjligheter är tillräckligt för att kontrollera att krav som ställs i leverantörskedjan efterlevs. Utöver en fråga om befogenheter, handlar det även om huruvida myndigheter har kunskap och resurser till att faktiskt genomföra en kontroll i hela leverantörsledet. Därför blir det i högsta grad aktuellt att ställa frågan om hur svenska myndigheter ska säkerställa att skyldigheterna i artikel 18.2 nya direktivet iakttas av underleverantörer. Bland annat behövs reflektioner kring huruvida de befogenheter som myndigheterna²³⁵ har i dagsläget är tillräckliga för att de ska kunna utföra kontroll i enlighet med artikel 17, eller om det förutsätter en utvidgning av deras ansvar och befogenheter. Detta gäller särskilt frågan gällande vem som ska utöva kontroll över arbetsrättsliga krav, med tanke på att detta i stor utsträckning sköts av fackliga organisationer.

Krav som inte kan kontrolleras får inte ställas i en upphandling.²³⁶ Eftersom kravställande längre ner i leverantörskedjan är förenat med stora utmaningar vad gäller just kontroll uppstår en konfliktyta vars lösning inte är uppenbar. Eftersom det tycks vara svårt att förena kravställande med efterlevnads-kontroll, kan det enligt min mening ifrågasättas om det är förenligt med de grundläggande principerna (se avsnitt 3.3.3) att ställa krav gentemot underleverantörer i alla led. Ställs krav mot underleverantörer i alla led trots en omfattande svårighet kring kontroll och uppföljning finns det alltså en risk för att upphandlande myndigheter i allt större utsträckning inte kommer att leva upp till de grundläggande principerna för EU-rätt och offentlig upphandling, särskilt eftersom principerna om likabehandling och transparens fordrar att ett krav måste vara förenat med en verklig möjlighet till kontroll och uppföljning.²³⁷

4.2.2 Konsekvenser som är specifika för underleverantörer

Svårigheten med att ställa krav på underleverantörer beror delvis på att underleverantören inte är avtalspart gentemot den upphandlande myndigheten (se avsnitt 2.1.3). På grund av detta kan vissa avtalsmässiga svårigheter uppstå till följd av förskjutande av arbetsrättsliga skyldigheter ner i

²³⁴ European Commission, "Buying Social", s. 13.

²³⁵ Exempel enligt direktivet utgörs av yrkesinspektioner eller miljövårdsmyndigheter, se artikel 71 direktiv 2014/24/EU.

²³⁶ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 12.

²³⁷ Se avsnitt 3.3.3.6.

leverantörskedjan. Det kan bland annat utläsas ur resonemanget som förs kring huruvida en bestämmelse som beskriver att en leverantörs ansvar som part i upphandlingskontraktet inte påverkas av bestämmelserna gällande anlitande av underleverantörer. Vidare är det osäkert vad det ”säkerhetsställande” som direktivet ålägger huvudleverantörer i praktiken innebär. Därmed är det inte heller klart hur leverantörens ansvar för eventuella brister i säkerhetsställandet skulle te sig. Att huvudleverantörer riskerar ansvar för sina underleverantörers uppfyllande av villkor är just den faktor som verkar utgöra det största problemet med kravställande i hela leverantörskedjan; vilka konsekvenser kan krav gentemot underleverantörer i alla led kan få för *anlitandet av underleverantörer*? Om huvudleverantörer även ansvarar för underleverantörernas uppfyllande av villkoren måste det rimligtvis finnas en risk för att huvudleverantörer undviker att anlita underleverantörer i det fall det är möjligt, för att undvika att utsätta sig för en onödig risk. Kravställandet kan på så sätt försvåra för de företag som normalt sett agerar som underleverantörer i offentliga upphandlingar. Se mer ingående diskussion i avsnitt 5.

5 Diskussion

Att försöka uppnå direktivets målsättningen om sociala krav är inte den enklaste av uppgifter, bland annat eftersom kraven samtidigt måste överensstämma med vad grundläggande principer fodrar av en offentlig upphandling. Exempelvis ställer principerna om likabehandling och öppenhet så höga krav på utformning och uppföljning av villkor att det är svårt att förena dem med införandet av sociala hänsyn.

Det nya upphandlingsdirektivet föreslår likväl en del förändringar som ska bidra till främjandet av en ansvarstagande upphandling (se avsnitt 2.2.2). Förändringarna har fått både positiva och negativa bemötanden, men det är särskilt möjliggörandet av en direktbetalningsmekanism som kritiserats inför den svenska implementeringen. Delvis ifrågasätts behovet av en direktbetalningsmekanism, och delvis kritiseras direktbetalningsmekanismen för att den kan framkalla vissa osäkerheter i förhållande till den avtalsmekanik som styr ansvarsfrågorna mellan parterna i en upphandling (se avsnitt 2.1.3). Enligt min mening vore det därför, mot bakgrund av remissinstansernas kritik, anmärkningsvärt om den kommande propositionen innehåller ett förslag om införande av en direktbetalningsmekanism till underleverantörer.

Vad gäller utredningens förslag om att krav ska ställas mot den underleverantör som *direkt medverkar* i upphandlingen, håller jag med om bedömningen som Konkurrensverket gör i frågan. Konkurrensverket framhåller att förslaget om att ställa krav mot underleverantörer som *direkt medverkar* visserligen begränsar omfattningen av kravställandet i leverantörskedjan, men menar att det samtidigt skulle orsaka gränsdragningsproblem (se avsnitt 4.1).²³⁸ Det är rimligen inte en lätt uppgift för en upphandlande myndighet att avgöra när en underleverantör kan anses *direkt medverka* till uppfyllandet av ett kontrakt. Eventuella skillnader i bedömningen och därmed behandlingen av underleverantörer är dessutom inte förenliga med likabehandlingsprincipen. Det kan även ifrågasättas om en direkt medverkan innebär att en underleverantör måste utföra en viss del av ett kontrakt eller leverera en viss vara. I praktiken kan en underleverantör exempelvis leverera en komponent till en vara eller en beståndsdel till en komponent, som antingen monteras av ytterligare en underleverantör eller av huvudleverantören. Med tanke på att en underleverantörs uppdrag ter sig på många olika sätt, finns det enligt min mening ett behov av att klargöra innebörden av direkt medverkan. Möjligen kan ett omfattande stöd i form av riktlinjer från Upphandlingsmyndigheten främja en enhetlig bedömning och på så sätt upprätthålla kraven på likabehandling och transparens. Eftersträvas en begränsning av vilka underleverantörer som måste uppfylla sociala krav, vore det enligt min mening önskvärt att regeringen föreslår en tydligare begränsning, om det är möjligt. Särskilt eftersom en tydligare begränsning även förbättrar underleverantörernas möjlighet till att bedöma om de omfattas av krav som ställs. Ett förtydligande skulle därmed underlätta för en under-

²³⁸ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015, s. 12.

leverantör att anpassa sin verksamhet utefter de krav på sociala hänsyn som ställs i offentliga upphandlingar.

Vilka konsekvenser förändringarna i det nya direktivet får för underleverantörer beror förstås på vad det slutgiltiga lagförslaget innehåller. Däremot är det tydligt att utvecklingen mot en mer socialt ansvarstagande upphandling också resulterar i mer *komplicerade* upphandlingar.²³⁹ Exempelvis behöver upphandlande myndigheter ta hänsyn till ytterligare en dimension i utformandet av förfrågningsunderlaget och i uppföljningen av ställda krav. För leverantörernas del kan krav på sociala hänsyn resultera i svårigheter vad gäller verksamhetens anpassning till kraven samt svårigheter kring att förstå hur man ska uppfylla ställda krav. Dessutom tillkommer en fråga kring hur en kontroll av ställda krav påverkar leverantören.

En mer komplex upphandling kan leda till att anbudsgivare avstår från att delta,²⁴⁰ vilket innebär färre anbud och sämre förutsättningar för god konkurrens. Komplicerandet förutspås särskilt få negativ inverkan på mindre företags deltagande. Utökandet av krav och den kontroll som följer kan mycket väl tänkas verka avskräckande för både huvudleverantörer och underleverantörer i stort. Dessutom fordrar kravställandet nya arbetssätt och resurser hos alla inblandade parter. Det gäller inte minst om krav ställs gentemot underleverantörer längre ner i leverantörskedjan.²⁴¹ I det fallet måste underleverantörer ta ställning till en upphandlingsreglering som de tidigare inte behövt förhålla sig till.

Om syftet med ett kravställande är att få leverantörer och underleverantörer att ta sociala hänsyn i sin verksamhet, är det inte lyckat om leverantörerna väljer att avstå från att delta i offentliga upphandlingar. Då får kraven inte det genomslag hos företagen som eftersträvas genom en upphandlande myndighets kravställande. Med andra ord innebär inte nödvändigtvis ett kravställande gentemot underleverantörer i alla led att sociala hänsyn får en eftersträvad spridning. Särskilt om den upphandlande myndigheten inte mäktar med att kontrollera uppfyllandet av kraven, och om kraven istället börjar behandlas styvmoderligt av såväl den upphandlande myndigheten som leverantörerna. Är syftet att åstadkomma en förändring genom den upphandlande myndighetens ansvarstagande måste leverantörers deltagande rimligen främjas på ett sådant sätt att de är införstådda i och beredda på att uppfylla de krav som ställs. I implementeringen behöver man därför ta hänsyn till dels vilka krav en upphandlande myndighet bör ställa och dels om myndigheten har en verklig möjlighet att kontrollera kravställandet. Likaså bör det reflekteras över hur kravställandet påverkar leverantörers deltagande. Med andra ord står man i implementeringen inför en balansgång mellan att åstadkomma ett större socialt ansvarstagande i offentliga upphandlingar och att upprätthålla god konkurrens.

²³⁹ Se till exempel Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 6.

²⁴⁰ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 1, 11.

²⁴¹ Se t.ex. Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 12.

Enligt min mening är den största utmaningen med implementeringen av det nya direktivet att ställa krav på sociala hänsyn samtidigt som direktivets övriga målsättningar och grundläggande principer iakttas. Svårigheten med att åstadkomma ett socialt ansvarstagande beror delvis på att det inom direktivet visat sig existera motstridiga intressen mellan målsättningen om sociala krav och målsättningen om en sund konkurrens. Det tycks nämligen vara så att främjandet av sociala hänsyn, som i sig utgör en målsättning i direktivet, samtidigt riskerar innebära en försämring i förhållande till uppfyllandet av direktivets övriga målsättningar. Det har exempelvis konstaterats att krav på sociala hänsyn leder till merarbete för både upphandlande myndigheter och leverantörer. Risken är att detta leder till att vissa leverantörer avstår från att lämna anbud, särskilt om kraven gäller arbetsrättsliga skyldigheter och leverantören inte är kollektivavtalsansluten. En minskad mängd anbud innebär minskad konkurrens, och därmed en risk för att de upphandlande myndigheterna får in sämre anbud.²⁴² Ett komplicerande av upphandlingsprocessen är något som följer av kravställandet, och det finns alltså en överhängande risk för att åtgärderna för att främja sociala hänsyn motverkar en god konkurrens. Eftersom god konkurrens i sig utgör ett av syftena med offentlig upphandling så innebär det att främjandet av sociala hänsyn konkurrerar med direktivets syfte om främjandet av god konkurrens. Därmed kan man ställa sig frågan om ett *omfattande kravställande* av sociala hänsyn kan anses vara en sådan lämplig åtgärd som avses i artikel 18.2 i det nya direktivet, om åtgärden samtidigt inverkar negativt på målsättningen om sund konkurrens. Enligt min mening bör en del av lämplighetsbedömningen bestå i att man i undersöker hur ställandet av sociala krav inverkar på målsättningarna i EUF-fördraget och i det nya upphandlingsdirektivet, för att i slutändan kunna bedöma om åtgärden är proportionerlig.

Det kan också diskuteras om det finns någon inbördes rangordning bland syftena i direktivet. Vilka målsättningar som prioriteras är ytterst en politisk fråga, men utifrån EU-domstolens praxis²⁴³ skulle vill jag påstå att den fria rörligheten, och därmed syftet om främjandet av god konkurrens bör ha företräde framför främjandet av sociala hänsyn i offentliga upphandlingar. EU-domstolen har exempelvis i Laval-målet uttalat att för långtgående krav riskerar motverka den fria rörligheten. Kommissionen har även uttryckt att upphandlande myndigheter står inför utmaningen att ställa lämpliga krav som inte på ett otillbörligt sätt minskar antalet potentiella leverantörer [min översättning]²⁴⁴. Denna formulering tyder också på en viss prioritering av målsättningen om sund konkurrens. Det ska dock påpekas att formuleringen är ett utdrag ur ett arbetsdokument ämnat för diskussion och som inte utger sig för att representera eller på förhand avgöra kommissionens stånd-

²⁴² Konkurrensverket Dnr 579/2015 s. 4.

²⁴³ Se exempelvis *Laval*, ECLI:EU:C:2007:809.

²⁴⁴ ”Contracting authorities face the challenges of setting appropriate requirements that do not unduly reduce the number of potential suppliers [...]” citat från: European Commission, Internal Markets and Services, “EU public procurement legislation: delivering results summary of evaluation report”, s. 11.

punkter.²⁴⁵ Som Ahlberg och Bruun framhåller, finns det skäl att understryka att EU exempelvis ska främja sysselsättningspolitiska och socialpolitiska mål, lika väl som EU ska främja den inre marknaden och skapa förutsättningar för tillträde till marknaden för offentliga kontrakt²⁴⁶. Detta talar för en något mer jämställd prioritering mellan den fria rörligheten och sociala hänsyn.

Vad gäller motsättningen mellan sociala hänsyn och direktivets andra syften har jag ytterligare en invändning. Visar det sig att ett kravställande inte får den effekt som eftersökts, bör det eventuellt ifrågasättas om kravställandet till syvende och sist även konkurrerar med direktivets målsättning om effektiv hantering av skattemedel. Läggs en mängd med resurser på att förbättra arbetsvillkor i en leverantörskedja utan någon egentlig effekt, torde kravställandet inte kunna anses utgöra en effektiv hantering av skattemedel. Just därför är det enligt min mening särskilt viktigt att undersöka vilka effekter ett kravställande får i förhållande till det eftersträvade syftet. Även Konkurrensverket pekar på behovet av uppföljning för att se om lagstiftningen lett till ”sådana påtagliga förbättringar för arbetstagarna”²⁴⁷ som avsetts; allt för att säkerställa att den offentlig upphandlingen, dess målsättningar, de upphandlande myndigheterna och kanske framförallt leverantörerna inte blir lidande i onödan.

Enligt min mening bör som sagt effekterna av kravställandet utgöra en del av nyckeln till hur kravens lämplighet utvärderas. Särskilt eftersom artikel 18.2 i det nya direktivet föreskriver att medlemsstaterna ska vidta just *lämpliga åtgärder* för att säkerställa att sociala hänsyn iaktas av ekonomiska aktörer i offentliga kontrakt. I samband med detta är det värt att återkoppla till Konkurrensverkets yttrande vad gäller ställandet av mer långtgående krav gentemot anbudsgivare som inte använder sig av utstationerad arbetskraft. I yttrandet hänvisar Konkurrensverket till C-234/03 *Contse mfl.* EU-domstolen framhåller i målet att: ”åtgärder som kan utgöra hinder för eller göra det mindre attraktivt att utöva friheten att tillhandahålla tjänster, [...] ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och de får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning”²⁴⁸. Med andra ord ska alla potentiellt konkurrensbegränsande krav i en upphandling vara *effektiva utifrån sitt syfte* och syftet ska inte heller kunna uppnås genom *en mindre ingripande åtgärd*²⁴⁹. Ett kravställande som utgör ett hinder för eller gör det mindre attraktivt att utöva friheten att tillhandahålla tjänster, och som inte heller är tillräckligt effektivt är alltså enligt Konkurrensverket inte tillåtet, eftersom det strider mot proportionalitetsprincipen.²⁵⁰

²⁴⁵ European Commission, Internal Markets and Services, “EU public procurement legislation: delivering results summary of evaluation report”, se sidan innan “table of contents”.

²⁴⁶ Ahlberg och Bruun, 2010, s. 112ff.

²⁴⁷ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 2.

²⁴⁸ Contse mfl., ECLI:EU:C:2005:644, p. 33-41.

²⁴⁹ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 6.

²⁵⁰ Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 s. 6.

I avsnitt fyra redogörs för utredningens ställningstagande gällande kravställande mot underleverantörer i hela leverantörskedjan. Utredningen gör i sammanhanget en analogi till ett entreprenörsansvar i utstationeringsdirektivet, där man ansåg det lämpligt att ge (huvud)entreprenören ansvar för utbetalning av lön till utstationerade arbetstagare i det fall arbetsgivaren (underleverantören) inte betalat ut den lön som arbetstagarna haft rätt till. I diskussionen om huruvida ansvaret endast skulle omfatta ett led framhölls det att branschen endast skulle anpassa sig till regelverket genom att konstruera bolag som saknar tillgångar i de led som entreprenörsansvaret kan göras gällande. För att uppnå syftet med att skydda utstationerade arbetstagare ville man undvika att konstruktioner skapas med avsikt att frånvända sig ansvar, och därför ansågs det rimligt att låta entreprenörsansvaret omfatta hela kedjan. Ett sådant entreprenörsansvar kan enligt min mening inte på ett fullt tillfredställande sätt jämföras med frågan om huruvida krav bör ställas gentemot alla underleverantörer i en offentlig upphandling. I fallet med entreprenörsansvar i utstationeringsdirektivet så finns det en klar risk för att syftet med bestämmelsen inte uppfylls om inte ansvaret riktas mot samtliga led. I en jämförelse är det värt att ifrågasätta om detsamma gäller syftet i det nya direktivet; det vill säga om syftet med socialt ansvarstagande upphandlingar inte kan uppfyllas genom kravställande endast i ett led.

Syftet i skäl 105 i direktiv 2014/24/EU föreskriver att lämpliga åtgärder ska vidtas för att säkerställa iakttagandet underleverantörers miljö- sociala och arbetsrättsliga skyldigheter. Till skillnad från syftet bakom regleringen av entreprenörsansvar i utstationeringsdirektivet färgas kravställandet i offentlig upphandling uttryckligen av en lämplighetsbedömning. Anledningen till det kan rimligen antas vara att det nya direktivet innehåller flera syften som ett kravställande behöver förhålla sig till, samt att kraven måste vara förenliga med de grundläggande principerna för offentlig upphandling och målsättningarna i EUF-fördraget. Ställs krav i hela leverantörskedjan innebär det som tidigare nämnt svårigheter i förhållande till kontroll och uppföljningen av krav, något som i sin tur försvårar för den upphandlande myndighetens likabehandling av anbudsgivare. Därav vill jag påstå att entreprenörsansvaret i utstationeringsdirektivet inte kan hänvisas till som stöd för ett kravställande gentemot underleverantörer i alla led. Entreprenörsansvaret kunde i utstationeringsdirektivet spåras till ett positivt resultat, det vill säga att syftet skulle uppnås genom en reglering av entreprenörsansvar i alla led. Enligt mig kan det ifrågasättas om ett kravställande i alla led i offentlig upphandling i praktiken uppfyller syftet (att säkerställa socialt ansvarstagande) på ett mer tillfredställande sätt än om kraven endast riktas gentemot ett led i leverantörskedjan. Särskilt eftersom ett omfattande kravställande resulterar i ett komplicerande av upphandlingsregleringen och utmanar målsättningen om god konkurrens.²⁵¹

²⁵¹ Skulle det inte vara nödvändigt att ställa krav i hela leverantörskedjan för att uppnå socialt ansvarstagande upphandlingar, kan det ifrågasättas om det är lämpligt att ställa krav i hela leverantörskedjan med hänvisning till proportionalitetsprincipen, se även vad Falk säger i avsnitt 3.3.3.4, med hänvisning till fotnot 158.

Vad gäller ställandet av just *arbetsrättsliga krav* präglas diskussionen delvis av motsättningar mellan den svenska arbetsmarknadsmodellen och EU:s skydd för den inre marknaden.²⁵² I övrigt präglas frågor gällande arbetsrättsliga krav av att arbetstagare och deras representanter önskar sunda arbetsvillkor medan företag med sin affärsmässiga drivkraft vill begränsa sina kostnader. Mer specifikt för offentlig upphandling präglas ställandet av arbetsrättsliga villkor av en strävan efter att inte komplicera upphandlingsförfarandet.

Om upphandlande myndigheter förväntas bedöma behovet av och välja ut arbetsrättsliga villkor uppstår en annan problematik. I den svenska arbetsmodellen är det fackliga organisationer och arbetsgivare som står för utvecklingen av kollektivavtal. Därför faller det sig inte naturligt för en upphandlande myndighet att välja vilka kollektivavtalsliknande villkor som är lämpliga att ställa krav på i en upphandling.²⁵³ Upphandlingsmyndigheten framhåller exempelvis att det är svårt för enskilda myndigheter att se behovet av arbetsrättsliga villkor och tolka kollektivavtal. Vidare framhåller Upphandlingsmyndigheten att det inte heller finns någon skyldighet för arbetsmarknadens parter att bistå den upphandlande myndigheten i bedömningen.²⁵⁴ Likaså påpekas det både i utredningen och av Upphandlingsmyndigheten att det inte heller är lätt att genom lag avgöra vilka kollektivavtalsvillkor som ska ställas i upphandlingar.²⁵⁵ Utöver detta bör det också påpekas att kollektivavtal arbetas fram i förhandlingar, vilket ytterligare torde försvåra bedömningen kring vilka villkor som kan anses lämpliga att ställa; särskilt med hänsyn till att parterna i förhandlingen förmodligen gett avkall på vissa områden för att nå framgångar på andra. Därav kan det bli märkligt om en enskild bestämmelse bedöms som lämplig i förhållande till kravställande i offentlig upphandling och lyfts ut från den kontext som villkoret skapats för och varit avsedd att verka i. Mot bakgrund av detta tas en del av kontrollen över kollektivavtalets bestämmelser ifrån fackliga organisationer och arbetsgivare.

En vanlig arbetsmarknadsmässig åtgärd i offentliga upphandlingar är att den upphandlande myndigheten ställer krav på anställande av långtidsarbetslösa. Vad gäller frågan om ett sådant villkors förenlighet med EU:s grundläggande principer vill jag framföra några synpunkter, främst i relation till debattartikeln²⁵⁶ i Upphandling24.

Initialt är det en rimlig tanke att ett utestängande av andra arbetslösa än de i Vivalla skulle strida mot icke-diskriminering och likabehandling. Samtidigt är det enligt min mening möjligt att framföra invändningar gentemot denna slutsats. Dels ställer kriteriet i Vivallaprojektet inte krav på den arbetslöses

²⁵² Se exempelvis avsitt 3.3.3.2 om krav på kollektivavtal i förhållande till den fria rörligheten.

²⁵³ SOU 2015:78 s. 158ff; Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 4.

²⁵⁴ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 9.

²⁵⁵ Upphandlingsmyndighetens yttrande, Fi2015/4196, s. 4; SOU 2015:78 s. 11, 158.

²⁵⁶ ”Krav att ge arbetslösa praktik är sannolikt lagstridigt” hämtat 2015-11-20 från: <http://upphandling24.se/krav-att-ge-arbetslosa-praktik-ar-sannolikt-lagstridiga/>.

nationalitet, utan det ligger närmare till hands att säga att kriteriet avser *bostadsort*; eftersom kriteriet föreskriver ”boende i Vivalla”. Att de boende i Vivalla främst utgörs av personer av svensk nationalitet utesluter inte att det även bor långtidsarbetslösa av annan nationalitet i Vivalla, som teoretiskt sätt skulle kunna utgöra kandidater. Men framförallt vilar min invändning på att principen om likabehandling och diskriminering i offentlig upphandling riktar sig gentemot anbudsgivare, och inte enskilda individer (som i detta fallet är långtidsarbetslösa inom EU). Så länge kravet inte endast kan uppfyllas av anbudsgivare från Sverige, eller så länge det finns möjligheter för anbudsgivare från andra medlemsstater att uppfylla kravet²⁵⁷ – så kan det inte utgöra nationell diskriminering i direktivets mening. Enligt min mening torde det även vara möjligt för utländska anbudsgivare att anställa långtidsarbetslösa i Vivalla, och därav menar jag att villkoret inte utgör ett exempel på nationell diskriminering. Kravet kan rimligen inte heller innebära nationell diskriminering gentemot andra långtidsarbetslösa i EU, eftersom även andra svenska långtidsarbetslösa *som inte bor i Vivalla* är utestängda från arbetsmarknadsinsatsen. Däremot är det kanske en möjlighet att villkoret utgör diskriminering gentemot de individer som bor utanför Vivalla och utanför Sverige på andra grunder, men det kommer inte närmre att utredas i denna uppsats. Oavsett så illustrerar debattartikeln de svårigheter som kan förknippas med ställandet av arbetsrättsliga krav i enlighet med grundläggande principer för EU-rätt och offentlig upphandling.

Avslutningsvis vill jag påpeka att denna diskussion måhända ger ett intryck av en avig inställning gentemot beaktandet av sociala hänsyn i offentlig upphandling. Det beror främst på att uppsatsen präglas av ambitionen att presentera svårigheter som är förenat med beaktandet av sociala hänsyn. Därav har det högst beaktansvärda syftet gällande ställandet av sociala krav möjligen hamnat i skymundan. Det har delvis varit ett medvetet val, eftersom jag upplevt ett behov av en mer djupgående analys, där min positiva inställning till beaktandet av sociala krav utmanats.

²⁵⁷ *Beentjes*, ECLI:EU:C:1988:422, p. 30.

6 Slutsatser

Att leverantörer använder sig av underleverantörer i offentliga kontrakt är mycket vanligt. Dessutom är möjliggörandet för anlitande av underleverantörer viktigt för att främja en sund konkurrens, särskilt eftersom det förbättrar möjligheten för små och medelstora företag att delta i offentliga kontrakt. Enligt gällande rätt kan exempelvis en leverantör återöppna underleverantörers kapacitet, vilket ökar möjligheterna för mindre företag att tillsammans ha förmågan att lämna ett anbud. Fler anbud leder på så sätt till en bättre konkurrens och lägre priser. I LOU finns också bestämmelser som reglerar en upphandlande myndighets rätt att begära in uppgifter om potentiella underleverantörer. I övrigt regleras förhållandet mellan den upphandlande myndigheten, huvudleverantören och underleverantörerna genom grundläggande avtalsrättsliga principer, som redogjorts för i avsnitt 2.1.3.

Uppsatsens inledande frågeställning om hur förändringarna i det nya direktivet ser ut rörande anlitande av underleverantörer undersöktes i avsnitt 2.2. I genomgången framkommer det att det nya upphandlingsdirektivet 2014/24/EU innehåller förändringar som även påverkar underleverantörers deltagande. I vilken omfattning förändringarna inverkar på underleverantörernas verksamhet och möjlighet att delta i offentliga upphandlingar beror i allra högsta grad på hur den svenska implementeringen av direktivet kommer att se ut. Den väsentligaste förändringen består i att det nya direktivet innehåller en uttalad målsättning för säkerhetsställandet av underleverantörers miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter.²⁵⁸ Målsättningen ska enligt artikel 18.2 uppnås genom att lämpliga åtgärder vidtas för att säkerhetsställa att ekonomiska aktörer beaktar de krav som ställs upp i upphandlingar. För att främja ansvarstagande innehåller direktivet också förändringar i bestämmelser som rör informationsinhämtning gällande leverantörer och om kontroll och efterlevnaden av de krav som ställs i upphandlingskontraktet. Utöver detta innehåller direktivet också en bestämmelse som möjliggör direktbetalning till underleverantörer, något som bland annat med hänsyn till problematiken kring ansvarsfördelningen är ett förslag som troligen inte kommer att implementeras i Sverige. Likaså kommer den relaterade bestämmelsen om huvudleverantörernas ansvar sannolikt inte att få någon motsvarighet i den svenska implementeringen, i vart fall såvida bestämmelsen om direktbetalning uteblir i den svenska implementeringen.

Vad gäller frågan om vilka ändrade förutsättningar ovan nämnda förändringar innebär för underleverantörer beror det som sagt på hur förändringarna implementeras i Sverige. Oavsett kan det konstateras att en utvecklingen mot mer socialt ansvarstagande upphandlingar innebär att upphandlingar blir mer komplicerade. Ett komplicerande av upphandlingarna följer särskilt av ställandet av arbetsrättsliga krav, och i allra högsta grad om kraven i den

²⁵⁸ se även SOU 2014:51 s. 36 och 40 f.

svenska implementeringen kommer att omfatta samtliga underleverantörer. Ställs sådana krav även på underleverantörer längre ner i kedjan kommer det kräva nya arbetssätt och enorma resurser hos alla parter. För en underleverantör är det förenat med stora svårigheter att försöka tolka krav och förstå vad som krävs för uppfyllande, vilket riskerar att resultera i att underleverantörer drar sig från att delta i offentliga kontrakt. Detsamma gäller för huvudleverantörer, och särskilt de företag som inte är kollektivavtalsanslutna. Att företag på grund av komplexitet och ett omfattande kravställande väljer att avstå från att delta i offentliga upphandlingar kan inte ses som en gott tecken i förhållande till målsättningen om god konkurrens. Med andra ord bidrar de konsekvenser som är förenade med ett socialt ansvarstagande till en inneboende motsättning mellan beaktandet av sociala krav och direktivets målsättning om främjandet av en sund konkurrens. Skulle åtgärderna dessutom inte få den eftersökta effekten skulle den socialt ansvarstagande upphandlingen även kunna anses konkurrera med målsättningen om en effektiv hantering av skattemedel.

För att besvara uppsatsens sista frågeställning så är det enligt upphandlingslagstiftningen möjligt att ställa sociala krav även gentemot underleverantörer i alla led. Kravställandet förutsätter att den upphandlande myndigheten tar hänsyn till grundläggande principer för EU-rätt och offentlig upphandling och därmed exempelvis inte ställer högre krav på en underleverantör än på en huvudleverantör, samt att den upphandlande myndigheten iakttar vad som annars förts fram i EU-domstolens rättspraxis (se avsnitt 3.3.3). Huruvida det är lämpligt att ställa krav gentemot underleverantörer i alla led är däremot en fråga som måste avgöras mot bakgrund av målsättningarna i direktivet, och de konsekvenser ställandet av sociala krav kan få för en sund konkurrens och därmed den goda affären.

Ökade krav innebär även ökade kostnader för leverantörerna, något som reflekteras i priset. Högre priser utgör på så sätt också en konsekvens för kravställandet. Men så länge dessa priser reflekterar en riktig förändring ute hos företagen kan ett kravställande i alla led enligt min mening absolut motiveras, dels politiskt, men kanske framförallt i förhållande till direktivet och EU:s socialpolitiska målsättningar. Problemet är dock att det verkar vara svårt att få kraven att slå igenom fullt ut i leverantörskedjan.²⁵⁹ Med tanke på de negativa konsekvenser som beaktandet av sociala krav kan få för parterna och för konkurrensen, så bör det även övervägas om förbättrade sociala förhållanden kan främjas på fler sätt än genom myndigheters upphandlingar. Att sprida socialt ansvarstagande i leverantörskedjan är en angelägen fråga, men kanske kan resurserna som skulle krävas för att åstadkomma ett effektivt kravställande i alla led göra nytta genom att utöva påtryckningar även på andra sätt.

Likt Konkurrensverket menar jag att konsekvenserna av ett kravställande i alla led är alltför outredda för att utredningens förslag om kravställande i hela leverantörskedjan ska kunna anses rimligt. Vidare är det svårt att motivera

²⁵⁹ Se tex. ” Sociala krav förbättrar i producentland” hämtat 20 december 2015 från: <http://upphandling24.se/sociala-krav-forbatttrar-i-producentland/>

kravställande i alla led om förslaget inverkar negativt på direktivets målsättning om en sund konkurrens. Därmed är det inte sagt att sociala hänsyn ska uteslutas från ett kravställande, men att villkoren kanske endast ska riktas så pass långt ner i kedjan att det fortfarande är hanterbart för den upphandlande myndigheten att kontrollera kraven, för att försäkra sig om kravställandet får den effekt som önskas. Därmed gör Konkurrensverket enligt min mening en rimlig avvägning när de väljer att föreslå *att krav bör ställas endast i första leverantörsledet*.

Sammanfattningsvis möjliggör direktivet ett kravställande i hela kedjan. Men sett utifrån de konsekvenser som ett kravställande mot underleverantörer i alla led skulle kunna få, bör den svenska implementeringen utelämnas möjligheten att ställa krav mot underleverantörer i alla led av leverantörskedjan. Istället bör det föreslås att krav kan ställas gentemot första leverantörsledet.

Avslutningsvis skulle jag vilja tillägga att oavsett i hur många led krav ställs, kvarstår frågan om hur krav bäst kan kontrolleras. Det är en fråga som skulle må bra av en mer övergripande utredning. Särskilt eftersom det i utredningen av denna uppsats framkommit mycket tydligt att upphandlande myndigheter upplever att kontroll av krav är en svår fråga. Enligt min mening ger inte direktivet särskilt många ledtrådar om hur kontroll kan fungera i praktiken, och därav blir det också svårt att bedöma hur effektivt ett kravställande är. Att se effekterna av ett kravställande är extra viktigt för att kunna säkerställa att upphandlingen vad gäller den goda affären är skäligen i förhållande till vad man vinner i förbättrade sociala förhållande och ansvarstagande ute hos leverantörerna. Kontrolleras inte krav ordentligt, finns det som sagt en risk för att företagen börjar kalkylera därefter och därigenom riskerar kravställandet att utarmas, och målsättningen går på så sätt förlorad. Inte bara på bekostnad av den goda affären, utan också för de människor vars tillvaro var avsedd att förbättras genom ett socialt kravställande.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck

Propositioner

Prop. 1989/90:89 Regeringens proposition om ny konsumentköplag

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

Statens offentliga utredningar

SOU 2001:31 Mera värde för pengarna

SOU 2005:22 Nya upphandlingsregler

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling

SOU 2015:78 Upphandling och villkor enligt kollektivavtal

Departementsserier

Ds 2014:25 Nya regler om upphandling

Remissvar

Konkurrensverkets yttrande, Dnr 579/2015 från 2015-10-29,
Delbetänkandet Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78)

Lagradsremissen, *Nytt regelverk om upphandling*, juni 2015.

Upphandlingsmyndighetens yttrande Fi2015/4196 från 2015-11-02,
Upphandling och villkor enligt kollektivavtal (SOU 2015:78)

EU-rättsliga dokument

Fördrag

Fördraget om Europeiska unionen och fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

Direktiv

Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004

om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster

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

Dokument från Europeiska Kommissionen

European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Equal Opportunities and Directorate-General for the Internal Market and Services, "Buying Social - A Guide to Taking Account of Social Considerations in Public Procurement", oktober 2010

European Commission, Internal Market and Services, "EU public procurement legislation: delivering results summary of evaluation report"

Kommissionens meddelande, KOM(2010) 2020 slutlig, "Europa 2020: En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla", Bryssel den 3 mars 2010

SEC(2008) 2193, Commission staff working document, "Code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts", Bryssel den 25 juni 2008

Internationella dokument

ILO:s konvention nummer 94, *Convention concerning Labour Clauses in Public Contracts*, 1949 (trädde i kraft 1952)

Litteratur

Adlercreutz, Axel, *Avtalsrätt I*, trettonde upplagan, Juristförlaget i Lund, 2011

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

Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niclas, *Upphandling och arbete i EU 2010:3*, Sieps, 2010.

Arrowsmith, Sue: *The Law of Public and Utilities Procurement regulation in the EU and UK*, tredje upplagan, Sweet & Maxwell, 2014

Bergqvist, Per-Ola; Hane, John och Johansson, Sture: *Offentlig upphandling av entreprenader inom byggsektorn*, Malmö, Svensk Byggtjänst, 2012

Falk, Jan-Erik: *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, tredje upplagan, Jure Förlag AB, Stockholm, 2014

Hellner, Jan, *Speciell avtalsrätt II, Kontraktsrätt*, 4:e uppl., 2 häftet,

Allmänna ämnen, Norstedts juridik, 2006

Herre, Johnny, ”Laila Zackariasson, Direktkrav. Om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär, Ak. avh., Iustus Förlag, Uppsala 1999”, I: SvJT 2000 s. 523 – 535

Hettne, Jörgen och Otken Eriksson, Ida (red.): *EU-rättslig metod – teori och genomslag i svensk rättstillämpning*, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2011

Jareborg, Nils, ”Rättsdogmatik som vetenskap”. I: *Svensk Juristtidning*, 2004, s. 1-10

Kleineman, Jan: ”Rättsdogmatisk metod”. I: *Juridisk metodlära (red. Mauro Zamboni)*, Lund, Studentlitteratur, 2013

McCrudden, Christopher: *Buying social justice – equality, government procedure, & legal change*, Oxford University Press, 2007

Olsen, Lena: ”Rättsvetenskapliga perspektiv”, I: SvJT 2004 s. 105- 145

Peczenik, Aleksander: *Juridikens teori och metod. En introduktion till allmän rättslära*, Fritzes Förlag AB, Stockholm, 1995

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

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 7 uppl., , Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007

Ramberg, Jan och Ramberg, Christina, *Allmän avtalsrätt*, 9 uppl., , Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2014

Sandgren, Claes: *Rättsvetenskap för uppsatsförfattare – Ämne, material, metod och argumentation*, andra upplagan, Norstedts Juridik AB, Stockholm, 2007

Sandgren, Claes, ”Är rättsdogmatiken dogmatisk?”. I: *Tidskrift for Rettsvitenskap*, 2005, nr. 04-05, s. 648-656

Laila Zackariasson, *Direktkrav : om rätt att rikta anspråk mot gäldenärens gäldenär*, Ak. avh., Iustus Förlag, Uppsala, 1999

Rapporter

”Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling”, Konkurrensverkets rapport 2015:6.

”Public procurement for social progress – a social platform guide to the EU Public Procurement Directive”, rapport från Social Platform (NGO), oktober 2015.

”Småföretagen och kollektivavtalen”, Företagarnas rapport, 2011

Elektroniska källor

”Csr-kompassen”, information hämtad 25 oktober 2015 från:
<http://offentlig.csr-kompassen.se/miljostyrningsradets-upphandlingskriterier>

Definition av begreppet underleverantör, hämtad 28 oktober 2015 från:
<http://www.manufacturingterms.com/Swedish/Subcontractors.html>

”Entrepreneurship and Small and medium-sized enterprises (SMEs)” hämtad 31 oktober 2015 från kommissionens hemsida:
http://ec.europa.eu/growth/smes/index_en.htm

”Försening för nya LOU och LUF”, hämtad 20 december 2015 från:
<http://inkopsradet.se/juridik/forsening-nya-lou-och-luf/#>

Informationssida om socialt ansvarstagande offentlig upphandling, i samarbete mellan Sveriges landsting och regioner, hämtad 2015-10-25 från:
<http://www.hallbarupphandling.se/index.php/hallbar-upphandling>

Konkurrensverket ”Om offentlig upphandling” hämtad 12 november 2015 från: <http://www.konkurrensverket.se/upphandling/om-upphandlingsreglerna/>

Konkurrensverkets pressmeddelande: ”Möjligt att ställa arbetsrättsliga krav vid upphandling” hämtad 5 november 2015 från:
<http://www.konkurrensverket.se/nyheter/mojligt-att-stalla-arbetsrattsliga-krav-vid-upphandling/>

”Krav att ge arbetslösa praktik är sannolikt lagstridigt” hämtat 2015-11-20 från: <http://upphandling24.se/krav-att-ge-arbetslosa-praktik-ar-sannolikt-lagstridiga/>.

”lätt ställa krav - svårt följa upp”, hämtad 20 november 2015 från tidningen inköparen: <http://www.tidningeninkoparen.se/2014/12/17/latt-stalla-krav-svart-folja-upp/>

Nord, Eskil, Karnovs kommentar till 6 kap 11§ lag (2007:1091) om offentlig upphandling, hämtad 3 november 2015 från: www.karnov.se.

”Nu lanseras nya uppföljningsportalen” hämtad 25 oktober 2015 från:
<http://anbud24.se/nu-lanseras-nya-uppfoljningsportalen/>

Regeringens pressmeddelande, hämtad 21 november 2015 från:
[http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2015/08/civilministern-
inviger-upphandlingsmyndigheten-samt-tar-emot-utredningen-upphandling-
och-villkor-enligt-kollektivavtal/](http://www.regeringen.se/pressmeddelanden/2015/08/civilministern-inviger-upphandlingsmyndigheten-samt-tar-emot-utredningen-upphandling-och-villkor-enligt-kollektivavtal/)

”Rätten att anlita underleverantör kan begränsas i undantagsfall”, hämtad 14 december 2015 från Upphandling24: [http://upphandling24.se/ratten-att-
anvanda-underleverantorer-kan-begransas-men-endast-i-undantagsfall/](http://upphandling24.se/ratten-att-anvanda-underleverantorer-kan-begransas-men-endast-i-undantagsfall/)

Skanskas egna information om Vivallaprojektet, hämtad 1 december 2015 från: [http://www.skanska.se/sv/om-
skanska/pressmeddelande/aktuellt/ombyggnad-av--vivalla--i-orebro-ger-
arbetslosa-chans-till-arbete/](http://www.skanska.se/sv/om-skanska/pressmeddelande/aktuellt/ombyggnad-av--vivalla--i-orebro-ger-arbetslosa-chans-till-arbete/)

”Sociala krav förbättrar i producentland” hämtat 20 december 2015 från:
<http://upphandling24.se/sociala-krav-forbatttrar-i-producentland/>

”Socialt ansvarstagande i offentlig upphandling”, hämtad 1 november 2015 från: <http://www.hallbarupphandling.se/index.php/hallbar-upphandling>

Upphandlingsmyndighetens hemsida, information hämtad 27 november 2015 från: <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/omossmeny/om-oss/>

Rättsfallsförteckning

Sverige

Högsta domstolen

NJA 1997 s. 44 – Om direktkrav

NJA 2007 s. 758 – Om direktkrav och underentreprenör/försäkringsbolag

Kammarrätt

Kammarrätten i Stockholm, målnummer 8202-09, meddelad 2010-04-22

Kammarrätten i Göteborg, målnummer 8800-12, meddelad 2013-06-19

Kammarrätten i Stockholm, målnummer 5945-13, meddelad 2014-02-21

Kammarrätten i Stockholm, målnummer 3383-15, meddelad 2015-09-11

Europa

EU-domstolen

Beentjes mot Nederländska staten, C-31/87, ECLI:EU:C:1988:422.

Ballast Nedam Groep mot Belgische Staat, C-389/92,
ECLI:EU:C:1994:133.

Kommissionen mot Belgien, C-87/94, ECLI:EU:C:1996:161.

Holst Italia, C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593.

Concordia Bus Finland, C-513/99, ECLI:EU:C:2002:495.

Universale-Bau mfl., C-470/99, ECLI:EU:C:2002:746.

EVN och Wienstrom, C-448/01, ECLI:EU:C:2003:65.

GAT, C-315/01, ECLI:EU:C:2003:360.

Siemens och ARGE Telekom, C-314/01, ECLI:EU:C:2004:159.

Swm Costruzioni 2 and Mannocchi Luigino, C-94/12,
ECLI:EU:C:2013:646.

Kommissionen mot CAS Succhi di Frutta, C-496/99, ECLI:EU:C:2004:236.

Contse mfl., C-234/03, ECLI:EU:C:2005:644.

Laval, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

Rüffert, C-346/06 , ECLI:EU:C:2008:189.

eViglio, C-538/13, ECLI:EU:C:2015:166.