

# JURIDISKA FAKULTETEN

vid Lunds universitet

Karl Mohlin

Begränsningen av sociala hänsyn vid upphandling

LAGF03 Rättsvetenskaplig uppsats

Uppsats på juristprogrammet

15 högskolepoäng

Handledare: Uta Bindreiter

VT 2016

## INNEHÅLL

Summary		4
Sammanfattning		5
<b>1</b>	<b>INLEDNING</b>	<b>6</b>
1.1	Syfte och frågeställningar	6
1.2	Källor	6
1.3	Metod	6
1.5	Gränsdragningar	7
1.6	Definitioner	7
1.7	Disposition	8
<b>2</b>	<b>UNIONSRÄTT</b>	<b>8</b>
2.1	Fördragen och dess principer	9
2.2	Direktiven	10
	2.2. 1 Dir. 2004/17/EG och dir. 2004/18/EG	10
	2.2. 2 Dir. 2014/24/EU och dir. 2014/25/EU	11
2.3	Kommissionens tolkningsmeddelande	12
2.4	Europeisk praxis	13
	2.4. 1 C-31/87	14
	2.4. 2 C-346/06	14
	2.4. 3 C-368/10	15
<b>3</b>	<b>SVENSK RÄTT</b>	<b>15</b>
3.1	Lag (2007:1091) och lag (2007:1092) om offentlig upphandling	15
	3.2. 1 LOU 6 kap 13 § och LUF 6 kap 14 §	16
	3.2. 2 LOU 1 kap 9 a § och LUF 1 kap 24 a §	16
	3.2. 3 Nya LOU och LUF	17
3.2	Svensk praxis	18

<b>4</b>	<b>ANALYS</b>	<b>19</b>	
	<b>4.1</b>	<b>Förutsägbarhet</b>	<b>20</b>
	<b>4.2</b>	<b>Likabehandling</b>	<b>20</b>
	<b>4.3</b>	<b>Samhällsekonomi</b>	<b>21</b>
	<b>KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING</b>	<b>23</b>	
	<b>RÄTTSFALLSFÖRTECKNING</b>	<b>25</b>	

## **Summary**

Public authorities and units are allowed to consider social concerns during public procurements, but have limited room for maneuver. The legal developments during the last 15 years have gone towards more and more freedom for the procurer who wishes to consider social concerns. This makes certain questions regarding pros and cons relevant. The purpose of this paper is to explore these and reason about them.

The legal area is primarily a European legal area, and national legal systems follow in the tracks of the EU law. The primary legal documents are the two European directives regarding public procurement which were issued in 2004. These are currently being replaced with new directives which have been issued but not yet implemented into the various European national legal systems.

Interests which can be considered as social concerns are, amongst other things, questions of occupational safety and health, gender equality, anti-discrimination and the fight against unemployment.

## **Sammanfattning**

Offentliga myndigheter och enheter får beakta sociala hänsyn vid offentliga upphandlingar, men har ett begränsat handlingsutrymme. Rättsutvecklingen har de senaste 15 åren gått mot mer och mer handlingsfrihet för den upphandlare som vill beakta sociala hänsyn. Detta aktualiserar vissa frågor kring för- och nackdelar med möjligheten att beakta sociala hänsyn. Syftet med denna uppsats är att utreda dessa och resonera kring dem.

Rättsområdet är huvudsakligen ett EU-rättsligt sådant, och nationella lagstiftningar rättar sig efter EU-rätten. Den huvudsakliga lagstiftningen är de två upphandlingsdirektiven från år 2004, vilka nu håller på att ersättas med nya direktiv som kommit ut men ännu inte hunnit implementeras i de flesta medlemsstater.

Intressen som kan beaktas som sociala hänsyn är bland annat arbetsmiljöfrågor, jämställdhet, antidiskriminering och arbetslöshetsbekämpning. Typiskt för rättsområdet är att det är en ständig balansgång mellan de sociala hänsynen och EU-rättens principer om fri rörlighet och likabehandling.

# 1. INLEDNING

Syftet med regleringen av offentlig upphandling var från början inte alls att säkerställa att man tog hänsyn till sociala värden. Målet var ursprungligen, och förblir huvudsakligen, att säkerställa objektivitet och effektivitet. Ingen del av staten skulle kunna välja leverantör på något annat kriterium än effektivitet och sparsamhet. Så säkrades lika villkor för alla marknadsaktörer.

I svensk nationell rätt regleras offentlig upphandling huvudsakligen i Lag (2007:1091) om offentlig upphandling och Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Dessa lagar är i sin nuvarande form ett resultat av en europeisk harmonisering av upphandlingsrätten via EU-direktiv. Möjligheten att beakta sociala hänsyn kom in i svensk rätt i samband med denna harmonisering, och har alltså sitt ursprung i EU-rätten. Det är denna möjlighet som den här uppsatsen ska behandla.

## 1.1 Syfte och frågeställningar

Uppsatsens syfte är att komma fram till vilka intressen som står mot varandra vad gäller avvägningen mellan mer eller mindre möjligheter till beaktande av sociala hänsyn.

Uppsatsens centrala frågeställning lyder sålunda:

**- Vad talar för respektive emot utökade möjligheter för upphandlande enheter och myndigheter att beakta så kallade sociala hänsyn, ur ett likabehandlings-, ett förutsägbarhetsperspektiv och ett samhällsekonomiskt perspektiv?**

## 1.2 Källor

Uppsatsens källor utgörs av traditionella rättskällor: EU-fördrag, EU-direktiv, nationella lagar, prejudikat, förarbeten och doktrin.

## 1.3 Metod

Uppsatsen kommer att använda den klassiska rättsdogmatiska metoden. Den kommer alltså att med hjälp av de typiska rättskällorna utforska hur rättsområdet ser ut. Frågeställningen

kommer i analysdelen besvaras med hjälp av ett rättskritiskt perspektiv, och väga olika intressen mot varandra.<sup>1</sup>

## 1.4 Gränsdragningar

I upphandlingsrätten finns det, utöver social hänsyn, ett annat undantag från principen om att det ekonomiskt mest fördelaktiga budet eller budet med lägst pris måste antas. Det är miljöhänsyn. Miljöhänsyn delar många egenskaper med social hänsyn, men kommer ändå inte att behandlas i den här texten. Anledningen är att arbetet helt enkelt skulle bli för omfattande, och uppsatsen för stor.

Det har gjorts försök att definiera krav på kollektivavtal som ett avtalsvillkor som skulle vara legitimt, med hänvisning till reglerna om sociala hänsyn i upphandlingsrätten<sup>2</sup>. Detta har aktualiserat EU-rättens behandling av kollektivavtal i allmänhet, och den s.k. Laval-domen i synnerhet. Trots Laval-domens relevans kommer jag inte att redogöra för den, eller gå in på den närmare. Detta eftersom kollektivavtal som socialt krav är ett relativt litet område inom upphandlingsrätten och eftersom det skulle kräva för mycket plats.

## 1.5 Definitioner

Det finns inom upphandlingsrätten ett antal termer som också kommer återkomma upprepade gånger i den här uppsatsen. För att texten ska vara lättförståelig kan det vara bra att redan nu bekanta sig med några av dem:

*Tilldelningsgrunder.* Tilldelningsgrunden är huvudsaken i varje upphandlingsförfarande. Det är det sätt på vilket de olika potentiella leverantörerna konkurrerar med varandra. Det finns två tilldelningsgrunder som upphandlaren får välja mellan: lägsta pris och ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.

*Ekonomiskt mest fördelaktiga anbud.* Ekonomiskt mest fördelaktiga anbud är ett koncept som växt fram i praxis och som används för att beskriva ett anbud som trots att det inte anger det lägsta priset, ändå anses vara mest ekonomiskt gynnsamt för upphandlaren, t.ex. p.g.a. kvalitetsskillnader eller leveranstid. Utgångspunkten inom europeisk upphandlingsrätt är att

---

<sup>1</sup> Korling, Zamboni, 2013, *Juridisk metodlära*, 1. uppl., s. 21 ff.

<sup>2</sup> C-346/06.

upphandlingar ska ske med ekonomiskt mest fördelaktiga anbud eller lägsta pris som huvudsaklig tilldelningsgrund.

Det har så småningom kommit att definieras i direktiv- och lagtext. Se dir. 2004/17/EG beaktandesats 55 samt artikel 53 och 2004/18/EG beaktandesats 46 och artikel 55.

*Kvalificeringskrav.* Kvalificeringskrav är minimikrav som måste uppfyllas för att anbud överhuvudtaget ska få övervägas som alternativ. Dessa får upphandlaren själv skapa, inom vissa ramar. Syftet med kvalificeringskravet är att upphandlaren ska kunna vara säker på att leverantörer har möjlighet att utföra kontraktet på ett ändamålsenligt sätt.

*Särskilda kontraktsvillkor.* Särskilda kontraktsvillkor är det verktyg med vilket upphandlare ställer krav på sociala hänsyn. Dessa skrivs, till skillnad från kvalificeringskraven, in i kontraktet.

*Tilldelningskriterier.* Tilldelningskriterier definierar den metod med vilken man utvärderar ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Dessa står det upphandlaren fritt att själv definiera, men får inte strida mot vissa EU-rättsliga principer. Syftet med tilldelningskriterier är att närmare specificera tilldelningsgrunden i det konkreta fallet, att ge konkreta förklaringar på hur beräkning av vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt sker i det enskilda fallet.

## 1.6 Disposition

Dispositionen bygger så långt som möjligt på kronologi: äldre rättsfall står före yngre, äldre regleringar redogörs för före yngre regleringar. I de fall då detta varit svårt eller omöjligt, exempelvis vad gäller svensk nationell rätt kontra europeisk unionsrätt eller de olika delarna av unionsrätten, utgår dispositionen från rättskällehierarkin och låter överordnade rättskällor stå före underordnade.

## 2 UNIONSRÄTT

Begreppet sociala hänsyn kan i EU-rätten spåras tillbaka till ett uttalande från kommissionen år 1998<sup>3</sup>, då man uttalade sig positivt. Sedan dess har EU fortsatt att utveckla begreppet,

---

<sup>3</sup> Kommissionens tolkningsmeddelande (1998) 143



framför allt via ytterligare ett tolkningsmeddelande år 2001<sup>4</sup> och de direktiv som utfärdades år 2004<sup>5</sup>.

## 2.1 Fördragen och dess principer

Precis som resten av unionsrätten lyder förstås upphandlingsrätten under EU:s två centrala fördrag, nämligen Fördraget om den Europeiska unionen (FEU) och Fördraget om den Europeiska unionens funktionssätt (FEUF). Dessa två grundfördrag utgör kärnan i den europeiska *primärrätten*, på vilken all annan EU-rätt (*sekundärrätt*) grundar sig.

Ur fördragen går det att utläsa ett flertal rättsliga principer som diskuteras i snart sagt alla unionsrättsliga frågor. Fem av dessa är av särskild vikt för upphandlingsrätten, och har i Sverige ansetts vara så viktiga att de till och med uttryckligen formulerats i lagtexten<sup>6</sup>. Dessa är, i den ordning de nämns, följande:

- Likabehandlingsprincipen. Likabehandlingsprincipen stadgar att lika fall ska behandlas lika, och att olika fall ska behandlas olika. För upphandlingsrätten innebär det framför allt att alla potentiella leverantörer ska behandlas lika under upphandlingsprocessen och att de ska ha tillgång till samma information och möjligheter att förbereda sig.
- Icke-diskrimineringsprincipen. Icke-diskrimineringsprincipen stipulerar att vare sig en fysisk person eller en juridisk person får behandlas sämre än motsvarande person från lagstiftningslandet. Även indirekt diskriminering, det vill säga lagstiftning eller myndighetsbeslut som inte formellt diskriminerar utländska aktörer, men som i praktiken innebär nackdelar för dessa, är förbjuden enligt icke-diskrimineringsprincipen.
- Transparensprincipen. Transparensprincipen innebär att upphandlande myndighet måste utföra processen på ett sätt som säkerställer att alla eventuella leverantörer har insyn i hur förfarandet går till och vilka villkor som gäller.
- Principen om ömsesidigt erkännande. Principen om ömsesidigt erkännande garanterar att ingen medlemsstat kan underkänna handlingar eller dokument utfärdade i en annan medlemsstat.

---

<sup>4</sup> Kom. (2001) 566

<sup>5</sup> Dir. 2004/17/EG, dir. 2004/18/EG

<sup>6</sup> LOU 1kap 9§

- Proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att upphandlaren bara får ställa krav som står i proportion till syftet med förfarandet.<sup>7</sup>

## 2.2 Direktiven

### 2.2. 1 Dir. 2004/17/EG och dir. 2004/18/EG

Upphandlingsrätten grundar sig huvudsakligen på två EU-direktiv. Dessa är direktiv 2004/17/EG och direktiv 2004/18/EG. Till sitt innehåll och sin struktur är de väldigt lika, men de gäller på något annorlunda områden. Dir. 2004/17/EG:s fullständiga namn är *direktiv 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster*, och dir. 2004/18/EG:s fullständiga namn är *direktiv 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster*. Det senare brukar kallas *det klassiska direktivet*, då det utgör utgångspunkten i upphandlingssituationer. Det tidigare, alltså 2004/17/EG, är ett knippe undantagsregler som gäller vid upphandlingar inom vissa för samhällets grundläggande infrastruktur viktiga områden, och kallas därför ofta för *försörjningsdirektivet*.

Dir. 2004/17/EG och 2004/18/EG ersatte dir. 93/36/EEG, 93/37/EEG och 92/50/EEG, som gällde upphandling av varor, byggtreprenader respektive tjänster. Dessa innehöll inga omnämmanden av möjligheterna att ta hänsyn till sociala ändamål eller miljöfrågor.

Direktiven från 2004 är att betrakta som en syntes av 90-talsdirektiven och EU-domstolens praxis.<sup>8</sup>

Vad gäller social hänsyn är det ingen skillnad mellan den klassiska sektorn och försörjningssektorn. Båda direktiven har som utgångspunkt att urvalskriteriet vid upphandling antingen ska vara ekonomiskt mest fördelaktiga bud, eller en renodlad prisjämförelse<sup>9</sup>.

Billigast vinner. I båda finns dock också en möjlighet att göra undantag från denna

---

<sup>7</sup> Prop. 2006/07:128, sid. 132 ff.

Europarättens grunder, 4:e upplagan, s. 111-122.

FEUF art. 18, 34, 35, 45, 49, 56, 110.

<sup>8</sup> Dir. 2004/17/EG, beaktandesats 1.

Dir. 2004/18/EG, beaktandesats 1.

<sup>9</sup> Dir. 2004/17/EG art. 55.

Dir. 2004/18/EG art. 53.

huvudregel för att också överväga sociala hänsyn<sup>10</sup>. Formuleringen är identisk i båda direktiven. Man kallar sådana villkor för *särskilda krav* och föreskriver att sådana för att vara tillåtliga ska vara förenliga med unionsrätten och anges redan i förfrågningsunderlaget eller i annonseringen.

Exempel på vilka sociala hänsyn som kan vara aktuella att tillgodose med hjälp av sådana särskilda krav ges i beaktandesatserna. Återigen ser vi samma stycke i båda direktiven. Här räknas upp bland annat främjande av yrkesutbildning på arbetsplatsen, anställning av personer med liten kontakt med arbetsmarknaden och efterföljande av vissa internationella konventioner.<sup>11</sup>

Omnämmanden av fördragets principer återkommer upprepade gånger i båda direktiven.<sup>12</sup>

## **2.2. 2 Dir. 2014/24/EU och dir. 2014/25/EU**

De båda upphandlingsdirektiven har nyligen uppdaterats, i form av dir. 2014/24/EU för den klassiska sektorn och 2014/25/EU för försörjningssektorn.

De nya direktiven anses innebära en uppmuntran från EU-lagstiftaren att beakta sociala hänsyn<sup>13</sup>. Detta kommer till uttryck i dir. 2014/24/EU:s beaktandesats 52 och dir. 2014/24/EU:s beaktandesats 37<sup>14</sup>, vilka uttrycker att det är ”av särskild vikt att medlemsstater och upphandlande myndigheter vidtar relevanta åtgärder för att säkerställa efterlevnaden av de miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter som är tillämpliga”. Samma beaktandesatser avslutas med villkoret att ”de relevanta åtgärderna bör tillämpas i överensstämmelse med de grundläggande principerna i unionsrätten, särskilt i syfte att säkerställa likabehandling”.

Den springande punkten är punkt två i artikel 18 i det klassiska direktivet och punkt två i artikel 36 i försörjningsdirektivet. Det är samma ordalydelse och den är följande:

---

<sup>10</sup> Dir. 2004/17/EG art. 38.

Dir. 2004/18/EG art. 26.

<sup>11</sup> Dir. 2004/17/EG beaktandesats 44.

Dir. 2004/18/EG beaktandesats 33.

<sup>12</sup> Dir. 2004/17/EG beaktandesats 9, 20, 22, 23, 28, 55. Dir. 2004/17/EG art. 10, 27.

Dir. 2004/18/EG beaktandesats 2, 11, 12, 14, 15, 46. Dir. 2004/18/EG art. 2, 3.

<sup>13</sup> SOU 2014:51, s. 36.

<sup>14</sup> Satserna är identiska.

*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.*

Man kan alltså säga att gällande EU-rätt i och med antagandet av de nya direktiven gått från att sociala hänsyn *får* beaktas såvida det inte bryter mot principerna, till att sociala hänsyn *bör* beaktas såvida det inte bryter mot principerna. Det är dock inte så att EU direkt uppmanar nationella lagstiftare att implementera en ”bör”-regel, utan fältet lämnas öppet (jmf ”lämpliga åtgärder för att säkerställa”) för implementering av andra metoder.

I och med de nya direktiven ges upphandlande enheter en helt ny metod för att beakta en viss typ av sociala hänsyn, och det är så kallade *reserverade kontrakt*. Man ska få reservera deltagandet i upphandlingsförfaranden för ”skyddade verkstäder”, vilka ska ha social och ekonomisk integration av missgynnade personer som främsta syfte. För att kvalificera sig måste ett företags anställda bestå till minst en tredjedel av sådana missgynnade arbetstagare.<sup>15</sup> Av beaktandesatserna framgår det att man med missgynnade personer först och främst avser funktionshindrade personer, och medlemmar av etniska minoriteter.<sup>16</sup>

Direktiven har bara indirekt effekt och Sverige har ännu inte hunnit uppdatera svensk lagstiftning i enlighet med dem, men i gällande LOU och LUF ersattes *får* med *bör* på svenskt initiativ redan 2010.<sup>17</sup>

En stor förändring i de nya direktiven är att ekonomiskt mest fördelaktiga anbud hädanefter ska vara den enda tilldelningsgrunden.<sup>18</sup>

## **2.3 Kommissionens tolkningsmeddelande**

---

<sup>15</sup> Dir. 2014/24/EU, art. 38.

Dir. 2014/25/EU, art. 20.

<sup>16</sup> Dir. 2014/24/EU, beaktandesats 56.

Dir. 2014/25/EU, beaktandesats 36.

<sup>17</sup> Lag (2010:571) om ändring i Lagen om offentlig upphandling.

<sup>18</sup> Dir. 2014/24/EU, art. 82.

Dir. 2014/25/EU, art. 67.

Vad gäller sociala hänsyn i upphandlingsrätten är det ett enskilt tolkningsmeddelande från EU-kommissionen som i mångt och mycket gett rättsområdet den form det har idag. Detta är kom. (2001) 566<sup>19</sup>. Som namnet antyder kom det 2001, och dess syfte var att klargöra i vilken omfattning unionsrätten tillåter upphandlare att ta sociala hänsyn<sup>20</sup>.

Tolkningsmeddelandet innehåller en definition av begreppet. Begreppet ska förstås i ”mycket vid bemärkelse” och innefattar bland annat åtgärder som syftar till att trygga grundläggande rättigheter, likabehandling och positiv särbehandling av missgynnade grupper.<sup>21</sup>

Kommissionen ställer också upp en pedagogisk genomgång av upphandlingsprocessens olika faser och vilka åtgärder som hör hemma var i sagda process. Det ligger nära till hands att se dokumentet som en sorts praktisk guide för en upphandlande myndighet.

Redan i processens absoluta början, när en myndighet ska besluta om *vad* som ska upphandlas, infinner sig en EU-rättslig begränsning: man får inte genom fastställandet av kontrakt föremålet eller med hjälp av tekniska specifikationer se till att aktörer med ursprung i andra unionsländer missgynnas.<sup>22</sup>

Av tolkningsmeddelandet framgår att det är i kontraktsvillkoren som upphandlande enhet har sitt huvudsakliga redskap för att ställa krav på sociala hänsyn. Man ska alltså redan i annonseringen om upphandling redovisa villkor om sociala hänsyn, så att alla eventuella budgivare kan förbereda sig på lika grunder.<sup>23</sup>

När de olika anbuden väl kommit in har upphandlaren möjligheter att fatta beslut baserat på beaktanden av sociala hänsyn krympt drastiskt. I det stadiet kan vederbörande inte beakta tilldelningskriterier som inte var offentliga redan i samband med annonseringen, och det enda som med hänvisning till sociala hänsyn kan utesluta en leverantör är att den har en historia av lagbrott på det sociala området.<sup>24</sup>

## 2.4 Europeisk praxis

---

<sup>19</sup> Dess fulla namn är *Tolkningsmeddelande från kommissionen om gemenslagslagstiftning med tillämpning på offentlig upphandling och om möjligheterna att ta sociala hänsyn vid offentlig upphandling (2001/C 333/08)*.

<sup>20</sup> Kom. (2001) 566, s. 3.

<sup>21</sup> Kom. (2001) 566, s. 5.

<sup>22</sup> Kom. (2001) 566, s. 7-9.

<sup>23</sup> Kom. (2001) 566, s. 17-18.

<sup>24</sup> Kom. (2001) 566, s. 11.

EU-domstolen har flera gånger tagit ställning till rättsfrågor som gäller sociala hänsyn inom upphandlingsrätten, och gällande rätt har i viss utsträckning skapats av praxis för att så småningom stadfästas i direktiv.

## 2.4. 1 C-31/87

I *Beentjes mot Nederländerna* ställde en upphandlare upp ett villkor om att en viss andel av leverantörens arbetskraft skulle utgöras av långtidsarbetslösa. Domstolen nådde slutsatsen att ett sådant villkor är förenligt med EU-rätten, men att det ska ha formen av ett särskilt krav om hur utförandet ska gå till och inte hör hemma i upphandlarens rent kvalitativa bedömning av huruvida budgivaren är kapabel att utföra arbetet.<sup>25</sup>

*Beentjes mot Nederländerna*, som kom 1988, kan ses som fröet till konstruktionen sociala hänsyn, och som en direkt orsak till att begreppet uppstod i kommissionens tolkningsmeddelande (1998) 143.

EU-domstolen upprepade sitt ställningstagande i *Kommissionen mot Frankrike*, och öppnade dessutom upp för att använda skillnader i socialt hänsynstagande som ett sorts utslagskriterium mellan två i övrigt likvärdiga anbud. Det ska alltså aldrig behandlas som ett tilldelningskriterium med vilket man räknar ut vad ekonomiskt mest fördelaktiga anbud är.<sup>26</sup>

## 2.4. 2 C-346/06

I fallet *Rüffert mot Land Niedersachsen* behandlades frågan om krav på minimilön bland leverantörens anställda och huruvida det skulle kunna vara ett sådant socialt hänsynstagande som får ställas upp som krav vid annonsering om upphandling. Domen stadgade att för att ett sådant krav ska vara legitimt så måste det gälla minimilön i enlighet med antingen nationell lagstiftning eller ett rikstäckande kollektivavtal. Det skulle inte vara tillåtligt med en av upphandlaren vald lönegräns, eller en minimilön som baseras på ett kollektivavtal med inofficiell status.<sup>27</sup>

---

<sup>25</sup> Case C-31/87, "Gebroeders Beentjes BV v State of the Netherlands", *Operative part*.

<sup>26</sup> Case C-225/98, "Commission of the European Communities v French Republic", *Summary of the Judgment*.

<sup>27</sup> Case C-346/06, "Rüffert v Land Niedersachsen", *Judgment*.

## 2.4. 3 C-368/10

*Kommissionen mot Nederländerna* gällde en fråga om rättvisemärkningar. En myndighet hade ställt ett särskilt krav om att upphandlare skulle vara tvungna att uppfylla två särskilda, namngivna, certifieringar om socialt ansvar och miljöanpassning. Domstolen dömde att man i fortsättningen inte skulle namngiva specifika certifikat, utan om man är ute efter vissa standarder så ska man beskriva dem som tekniska specifikationer i stället. Detta låg i linje med ett av kommissionen utfärdat tolkningsmeddelande<sup>28</sup> på området.<sup>29</sup>

## 3 SVENSK RÄTT

I Sverige regleras offentlig upphandling inom det klassiska området av Lag (2007:1091) om offentlig upphandling och inom försörjningsområdet av Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Dessa trädde i kraft år 2008 och är ett resultat av EU-harmoniseringen som gjordes i och med 2004 års upphandlingsdirektiv.

### 3.1 Lag (2007:1091) och lag (2007:1092) om offentlig upphandling

Redan 2004 tillsattes en utredning för att se över hur de nya direktiven skulle implementeras i svensk rätt. Denna resulterade i slutbetänkandet SOU 2006:28 och propositionen 2006/07:128. Den svenska lagstiftaren gjorde inga nämnvärda avsteg från unionsrätten i samband med implementeringen och att möjligheterna till det var små konstaterades redan i utredningen<sup>30</sup>. I stället redogjorde man för hur gällande unionsrätt såg ut. Precis som vi sett när vi gått igenom EU-domstolens praxis, så påpekade utredaren att sociala hänsyn i upphandlingsprocessen beaktas genom uppställning av särskilda kontraktsvillkor, och aldrig ska användas som tilldelningskriterier.<sup>31</sup>

---

<sup>28</sup> Kom. (2009) 215.

<sup>29</sup> Case C-368/10, ”European Commission v Kingdom of the Netherlands”, *Operative part of the judgment*.

<sup>30</sup> SOU 2006:28, s. 22-23.

<sup>31</sup> SOU 2006:28, s. 224 ff.

I prop 2006/07:128 konstaterade att det torde vara nästintill omöjligt att ställa nämnvärda krav på sociala hänsyn när det är fråga om upphandling av varor, då detta i princip alltid skulle bryta mot EU-rättsliga principer om icke-diskriminering och etableringsfrihet.<sup>32</sup>

### **3.1. 1 LOU 6 kap 13 § och LUF 6 kap 14 §**

Den för det klassiska direktivet och försörjningsdirektivet gemensamma artikel som tillåter upphandlare att ställa upp särskilda kontraktsvillkor om beaktande av sociala hänsyn implementerades identiskt i LOU 6:13 och LUF 6:14, och lyder såhär:

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

Det är alltså en mycket direkt implementering av direktivets artikel, som ju lyder:

*En upphandlande myndighet får ställa särskilda krav på hur kontraktet skall fullgöras under förutsättning att de är förenliga med gemenskapsrätten samt att de anges i meddelandet om upphandling eller i förfrågningsunderlaget. Dessa krav får bland annat omfatta sociala hänsyn och miljöhänsyn.<sup>33</sup>*

### **3.1. 2 LOU 1 kap 9 a § och LUF 1 kap 24 a §**

EU-harmoniseringar utgör ju som bekant bara en lägsta-gräns för vad nationella lagstiftningar måste innehålla. Det finns inget hinder för en medlemsstat att gå längre än vad unionsrätten kräver, och exempel på när så sker är inte ovanliga. Ett sådant exempel finns i svensk upphandlingsrätt. År 2010 antogs *Lag (2010:571) om ändring i lagen om offentlig upphandling*, vilken införde paragraferna 1:9 a i LOU och 1:24 a i LUF. Båda paragraferna har samma ordalydelse, och den är som följer:

*Upphandlande enheter bör beakta miljöhänsyn och sociala hänsyn vid upphandling om upphandlingens art motiverar detta.*

---

<sup>32</sup> Prop. 2006/07:128, s. 200.

<sup>33</sup> Dir. 2004/17/EG art. 38.

Dir. 2004/18/EG art. 26.



Här har alltså den svenska nationella lagstiftaren beslutat att använda ordet *bör*, vilket ju är en tydlig signal om att man vill se möjligheten att ställa kontraktsvillkor om beaktande av sociala hänsyn utnyttjas mer. Man ska dock lägga märke till paragrafens avslutande ord, ”om upphandlingens art motiverar detta”. Det är alltså bara sociala ändamål med något sorts samband med upphandlingens syfte som *bör* beaktas, medan andra bara *får* beaktas.

Redan i SOU 2006:28 diskuterades en ”bör”-regel, men kom aldrig med i lagens slutliga utformning. Utredningen vägde för- och nackdelar mot varandra. Man konstaterade att det är osedvanligt att använda lagstiftning för att ställa upp moraliska uppföranderegler samt att en ”bör”-regel riskerade att skapa osäkerhet kring rättsläget, då många tjänstemän och beslutsfattare på lokal nivå skulle kunna ha svårt att tolka lagstiftarens mening. Emellertid betraktade utredningen införandet av en ”bör”-regel som ”inte olämpligt”, eftersom det var riksdagens vilja att möjligheten att beakta sociala hänsyn skulle uppmärksammas av upphandlare<sup>34</sup>. Trots detta kom ”bör”-regeln inte med i lagförslaget och lämnades utan kommentar i propositionen<sup>35</sup>.

Några år senare var det nya bud. Då bestämde sig regeringen för att trots allt införa ”bör”-regeln i LOU, då man uppfattade att det fanns starka skäl att skapa incitament för de upphandlande enheter som inte prövar möjligheten att integrera sociala hänsyn i sina upphandlingar. Det kan noteras att en remissinstans, nämligen Juridiska fakultetsnämnden vid Stockholms universitet, vid det tillfället föreslog att en ”ska”-regel skulle införas i stället. Det förslaget gällde dock bara miljöhänsyn, och inte sociala hänsyn.<sup>36</sup>

### 3.1. 3 Nya LOU och LUF

Som tidigare redovisats har nya direktiv på upphandlingsrättens område utfärdats. Arbetet med att implementera den nya rätten pågår för fullt. Bland annat har man flitigt diskuterat ändringen<sup>37</sup> om att åtgärder ska tas för att säkerställa att sociala hänsyn beaktas. Exakt hur detta ska implementeras är ännu inte klarlagt. Genomförandeutredningen föreslog att paragrafen skulle få följande innehåll:

---

<sup>34</sup> SOU 2006:28, s. 230-232.

<sup>35</sup> Prop. 2006/07:128.

<sup>36</sup> Prop. 2009/10:180, s. 272.

<sup>37</sup> Dir. 2014/24/EU, art. 36.2.

Dir. 2014/25/EU, art. 18.2.

*För att säkerställa att leverantörer som har tilldelats kontrakt enligt denna lag fullgör kontrakten i enlighet med tillämpliga miljö-, social- och arbetsrättsliga skyldigheter, bör upphandlande myndigheter vidta de särskilda åtgärder och övriga lämpliga åtgärder som är förenliga med bestämmelserna i denna lag.<sup>38</sup>*

Den bestämmelse om reserverade kontrakt som införts i de nya direktiven föreslås i utredningen införas mycket lojalt:

*En upphandlande myndighet får*

*1. reservera deltagandet i en offentlig upphandling för skyddade verkstäder eller för leverantörer vars främsta syfte är social och yrkesmässig integration av personer med funktionsnedsättning eller av personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden, eller*

*2. föreskriva att ett kontrakt ska fullgöras inom ramen för ett program för skyddad anställning.<sup>39</sup>*

Det bör noteras att varken utredningen eller lagtexten innehåller direktivens explicita omnämnande<sup>40</sup> av etnisk minoritetsstatus som ett exempel på en missgynnad grupp, men då svensk rätt ska tolkas i enlighet med unionsrätten får man förutsätta att detta går in under ”personer som har svårt att komma in på arbetsmarknaden”.

Just nu ligger arbetet med nya upphandlingslagar på remiss hos lagrådet. En proposition ska komma senare i år, och först då kommer detaljerna om hur de nya lagarna ska se ut att bli finaliserade.

## **3.2 Svensk praxis**

Eftersom lagstiftningen på upphandlingsområdet, särskilt vad gäller sociala hänsyn, har sitt ursprung i unionsrätten, så är det också där vi hittar större delen av praxis. Det finns alltså inte mycket svensk praxis att gå på, utan förvaltningsdomstolarna förlitar sig huvudsakligen på EU-rättsliga fall. De rättsfall som finns är i regel äldre domar som får betraktas som obsoleta, då rätten förändrats i grunden i och med EU-direktiven.

---

<sup>38</sup> SOU 2014:51 s. 436.

<sup>39</sup> SOU 2014:51, s. 357.

<sup>40</sup> Dir. 2014/24/EU, beaktandesats 56.

Dir. 2014/25/EU, beaktandesats 36.

Det finns en handfull rättsfall som ofta nämns när man talar om svensk praxis på området. I Stockholm kammarrätts mål nr. 1713-95 försökte upphandlaren ställa villkor om krav på kollektivavtal, vilket rätten ansåg strida mot icke-diskrimineringsprincipen. Ungefär samma scenario utspelade sig i Hallands länsrätts mål nr. 2434-05 och Skåne länsrätts mål nr. 5538-09.

I Jönköping kammarrätts mål nr. 4471-97 hade en kommun valt att upphandla skolskjuts från ett lokalt företag för att trygga arbetstillfällena på orten, vilket inte accepterades av rätten då det inte uppfyllde det dåtida rekvisitet på affärsmässighet.

Det enda egentliga prejudikatet, alltså den enda domen från högsta förvaltningsdomstolen, på ämnet kom i RÅ 2010 ref. 79. Det hade uppdragats att entreprenadchefen hos en anbudsgivare sedan tidigare var dömd för ekobrott, och i rätten skulle det avgöras om detta var tillräcklig grund för att utesluta leverantören. Avgörandet kom att huvudsakligen handla om huruvida entreprenadchefen kunde anses vara företagets företrädare, och rätten kom fram till att så var fallet.

## 4 ANALYS

Sammanfattningsvis är utrymmet att kräva beaktande av sociala hänsyn av leverantörer tämligen begränsat, men utvecklingen går mot utökade möjligheter. Framför allt så har upphandlaren chans att beakta sociala hänsyn genom att ställa särskilda kontraktsvillkor.

Upphandlingar står för hela 16% av EU:s bruttonationalprodukt<sup>41</sup>, vilket motsvarar ungefär 20 biljoner kronor, vilket gör lagstiftningen till ett minst sagt inflytelserikt styrmedel. Om man på en unionsnivå börjar kräva långtgående beaktanden av sociala hänsyn så kommer det på sikt leda till att den europeiska industrin och produktionen anpassas därefter. Detta är något som kan förändra samhället dramatiskt, och även få långtgående konsekvenser utanför den offentliga sektorn.

Någonting som kan vara värt att tänka på när man funderar över rättens konstruktion vad gäller sociala hänsyn vid offentliga upphandlingar är att ju fler faktorer som ska vägas in i ett upphandlingsbeslut, desto svårare är det att sköta förfarandet på ett korrekt sätt. En stor fördel med gällande lagstiftning, som får anses vara förhållandevis vägd åt det strikt

---

<sup>41</sup> Kom. (2008) 400, s. 2.

ekonomiska intresset av att hålla priset nere, är att det blir relativt lätt även för en förhållandevis juridiskt oerfaren upphandlare att sköta processen.

## **4.1 Förutsebarhet**

Förutsebarhet är en grundbult i upphandlingsrätten. Det är av yttersta vikt att alla leverantörer kan förstå och förutse upphandlarens agerande, för att så gott som möjligt kunna möta upphandlarens krav, önskemål och behov. Detta intresse måste anses tillgodoses väl i gällande rätt. När det mer eller mindre bara finns ett enda intresse - det ekonomiska - att ta hänsyn till, blir det enkelt att se vad man behöver göra.

Detta är något som skulle kunna hotas av ytterligare expanderade möjligheter, eller till och med skyldigheter, att beakta sociala hänsyn. Skulle det komma till flera ytterligare variabler som tilldelningskriterier så skulle det bli betydligt mindre översiktligt för en genomsnittlig entreprenör.

Upphandlingsrättens syfte, så som den ser ut och har sett ut de senaste 20 åren, är att ställa upp krav på ansvarsfullt förvaltande av offentliga medel. Utöver det så finns det också en tanke om att motverka korruption, genom att säkerställa transparens och likabehandling. Det förstnämnda torde emellertid stå i motsatsförhållande till det rivaliserande intresset, att med hjälp av offentliga medel styra verksamheter i en socialt hållbar riktning. Antingen vill man spara pengar, eller så vill man spendera på behjärtansvärda ändamål. Man kan inte både ha kakan och äta den. Om sociala hänsyn fortsätter att få en större roll i upphandlingen, måste man snart fråga sig om sparsamhet fortfarande är huvudsyftet med lagstiftningen. Det finns en risk att det så småningom ter sig som att lagstiftningen har två oförenliga syften. Detta skulle naturligtvis skapa stora problem med förutsebarheten.

En annan faktor värd att begrunda är att med flera olika sociala hänsynstaganden att beakta skulle det blir svårt för eventuella leverantörer att väga vikten av dessa mot varandra, och att kvantifiera och mäta hur hög prioritet olika värden har. Detta skulle göra det svårare att på ett objektivt och neutralt sätt mäta olika anbud mot varandra.

## **4.2 Likabehandling**

Utökade möjligheter att beakta sociala intressen vid offentlig upphandling torde kunna innebära hot mot den unionsrättsliga principen om likabehandling. Detta eftersom sociala

hänsyn till sin natur är förknippat med det nationella samhället. Till exempel en sydsvensk kommun kommer i de allra flesta fall i huvudsak vara intresserad av att bekämpa lokal arbetslöshet, i stället för till exempel polsk arbetslöshet. Kommuner kommer i regel vilja kräva närproduktion. Detta ligger förstås i kollision med principen om icke-diskriminering på grundval av nationalitet.

Detta skulle kunna innebära ett hot mot unionens grundvalar. Unionen bygger ju som bekant på de fyra friheterna, och fri rörlighet för tjänster är ju en av dem. Om man når en situation där villkor som direkt eller indirekt gynnar inhemska aktörer så skulle detta urholka de fyra friheternas trovärdighet och legitimitet.

### **4.3 Samhällsekonomi**

Fler variabler att beakta vid upphandlingsförfaranden skulle rimligtvis göra sådana förfaranden till svårare och mer komplicerade processer. Det ter sig rimligt att tänka sig att detta skulle resultera i fler rättsprocesser, då det oftare skulle uppstå tvister om tilldelningsbeslut. Detta innebär såklart en samhällsekonomisk kostnad.

Någonting annat som ur rent ekonomisk synvinkel är en nackdel är förstås att upphandlingar, om de görs utifrån andra kriterier än enbart sparsamhet, blir dyrare. Det kommer, om man tar socialt ansvar, spenderas mer skattepengar på offentlig upphandling.

Man skulle också kunna tänka sig att det finns en risk att krav på sociala beaktanden skulle slå mot småföretag. Enskilda företagare och mindre företag skulle sakna stordriftsfördelar och därför ha det svårare att möta krav som avviker från det normala. Detta skulle kunna slå oproportionerligt hårt mot den redan utmanade svenska landsbygden, vilket ju förstås skulle gå på tvären med själva syftet med sociala hänsyn.

Det skulle dock möjligtvis också kunna, ur rent samhällsekonomiskt perspektiv, medföra vissa positiva effekter. Framför allt, om man väljer att analysera frågan ur ett strikt svenskt nationellt perspektiv. En gränsöverskridande näringsfrihet som inte kombineras med nämnvärda minimikrav på exempelvis lönenivå eller kollektivavtalsanslutning ger ju företag med anställda i länder med lägre lönenivåer och mindre progressiv arbetsrätt en konkurrensfördel. Skulle denna delvis undanröjas skulle det rimligtvis gynna svenska aktörer och därmed också Sverige.

Utöver ovanstående måste ju också givetvis nämnas den självklara fördelen. Alltså, de värdena som beaktas. Bättre arbetsvillkor, insatser mot diskriminering, och liknande.

# Käll- och litteraturförteckning

## Tryckta källor

### Doktrin

*Juridisk metodlära*, Korling och Samboni

*Europarättens grunder*, Bernitz och Källgren

### EU-fördrag

Fördraget om Europeiska unionen

Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt

### EU-direktiv

Dir. 2004/17/EG om samordning av förfarandena vid upphandling på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Dir. 2004/18/EG om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

Dir. 2014/24/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/17/EG

Dir. 2014/25/EU om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG

### Kommissionens tolkningsmeddelanden

Kom. (1998) 143

Kom. (2001) 566

Kom. (2008) 400

## **Lagar**

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling

Lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster

Lag (2010:571) om ändring i lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

## **Propositioner**

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

Prop. 2009/10:180 Nya rättsmedel på upphandlingsområdet

## **Statens offentliga utredningar**

SOU 2006:28 Nya upphandlingsregler

SOU 2014:51 Nya regler om upphandling



## **Rättsfallsförteckning**

### **EU-domstolen**

C-31/87 - Beentjes mot Holland

C-225/98 - Kommissionen mot Nederländerna

C-346/06 - Ruffert mot Land Niedersachsen

C-368/10 - Kommissionen mot Nederländerna

### **Svenska förvaltningsrättsliga domstolar**

Stockholm kammarrätts mål nr. 1713-95

Jönköping kammarrätts mål nr. 4471-97

Hallands länsrätts mål nr. 2434-05

Skåne länsrätts mål nr. 5538-09

RÅ 2010 ref. 79