



JURIDISKA FAKULTETEN
vid Lunds universitet

Anna Maria Gratte

Social offentlig upphandling
Medlemsstaternas handlingsutrymme att ställa sociala krav i
offentlig upphandling med fokus på
utstationeringssituationer

JURM02 Examensarbete

Examensarbete på juristprogrammet
30 högskolepoäng

Handledare: Xavier Groussot

Termin för examen: VT 2016

Innehåll

SUMMARY	1
SAMMANFATTNING	3
FÖRORD	5
FÖRKORTNINGAR	6
1 INLEDNING	7
1.1 Bakgrund	7
1.2 Syfte och frågeställningar	8
1.3 Definitioner	9
1.4 Avgränsningar	10
1.5 Metod och material	11
1.6 Forskningsläge	13
1.7 Disposition	14
2 UPPHANDLINGSRÄTTSLIGA UTGÅNGSPUNKTER	16
2.1 Inledning	16
2.2 Grundläggande EU-rättsliga principer vid offentlig upphandling	17
2.2.1 Inledning	17
2.2.2 Icke-diskrimineringsprincipen	17
2.2.3 Likabehandlingsprincipen	18
2.2.4 Transparensprincipen	18
2.2.5 Proportionalitetsprincipen	19
2.2.6 Principen om ömsesidigt erkännande	19
2.2.7 Konkurrensprincipen	20
2.3 EU-rättens krav på de upphandlande myndigheternas villkor	20
2.4 Kommentar	21
3 OFFENTLIG UPPHANDLING OCH FRI RÖRLIGHET FÖR TJÄNSTER PÅ EU:S INRE MARKNAD	23
3.1 Inledning	23
3.2 Fri rörlighet och sociala krav	23
3.3 Reglernas tillämpningsområde	24

3.3.1	Den upphandlande myndighetens roll	24
3.3.2	Inre marknads perspektivet	25
3.3.3	Multipolicy perspektivet	26
3.4	Fri rörlighet för tjänster	26
3.4.1	Etableringsfrihet i artikel 49 FEUF	26
3.4.2	Frihet att tillhandahålla tjänster i artikel 56 FEUF	27
3.5	Undantag till etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster	28
3.5.1	Artikel 51 FEUF och artikel 52 FEUF	28
3.5.2	Doktrinen om tvingande hänsyn	28
3.6	Kommentar	29
4	ETT ÖKAT PRIMÄRRÄTTSLIGT FOKUS PÅ SOCIALA HÄNSYN	31
4.1	Bakgrund	31
4.2	En social marknadsekonomi	31
4.3	Primärrättsliga integrationsprinciper	32
4.4	En ny rättslig grund för den inre marknaden	33
4.5	Kommentar	34
4.5.1	Vägledande principer för EU-lagstiftaren	34
4.5.2	EU-domstolens roll	34
5	2014 ÅRS UPPHANDLINGSDIREKTIV	36
5.1	Inledning	36
5.2	Bakgrund till 2014 års upphandlingsdirektiv	36
5.3	Möjligheten att ställa sociala krav i upphandlingsprocessens olika faser	38
5.3.1	Inledning	38
5.3.2	Fastställande av kontrakt föremålet	39
5.3.3	Kvalificeringsfasen	40
5.3.4	Utvärderingsfasen	41
5.3.5	Kontraktets fullgörande	42
5.4	Kommentar	43
5.4.1	Bristen på obligatoriska bestämmelser	43
5.4.2	Sociala krav och konkurrensprincipen	44
5.4.3	Särskilt om kontraktets fullgörande	45
6	OFFENTLIG UPPHANDLING OCH UTSTATIONERINGSDIREKTIVET	46
6.1	Inledning	46
6.2	Den hårda kärnan av rättigheter	46
6.3	Utstationering inom ramen för offentlig upphandling	47

6.4	Kommentar	48
7	SOCIALA HÄNSYN OCH FRI RÖRLIGHET I EU-DOMSTOLENS RÄTTSPRAXIS	49
7.1	Inledning	49
7.2	Rüffert	49
7.3	Bundesdruckerei	51
7.4	RegioPost	52
7.5	Kommentar	54
7.5.1	Inledande anmärkningar	54
7.5.2	Sociala krav och proportionalitetsprincipen	55
7.5.3	Sociala krav och likabehandlingsprincipen	56
7.5.4	Särskilda kontraktsvillkor och utstationeringsdirektivet	57
8	SAMMANFATTANDE ANALYS	60
8.1	Inledande anmärkningar	60
8.2	Fri rörlighet på den inre marknaden och utrymmet att ställa sociala krav	61
8.3	Lissabonfördragets ikraftträdande och utrymmet att ställa sociala krav	62
8.4	2014 års upphandlingsdirektiv och utrymmet att ställa sociala krav	63
8.5	Utstationeringsdirektivet och utrymmet att ställa sociala krav	65
	KÄLL- OCH LITTERATURFÖRTECKNING	68
	RÄTTSFALLSFÖRTECKNING	74

Summary

This paper aims to assess the scope of discretion of the Member States to include social considerations in EU public procurement law. Furthermore, the aim is to assess the discretion when the public contract may be carried out by posted workers. In this paper, social considerations will mainly refer to those concerning the performance stage, where contractors may be obliged to follow certain social standards. Relevant legal sources are the primary law governing the free movement of services, Directive 2014/24/EU on public procurement, Directive 96/71/EC concerning the posting of workers and the case-law from the European Court of Justice (ECJ). Since the relevant provisions of the new public sector Directive have not yet been subject to trial, the case-law presented is based on the previous Directives.

The performance of public procurement is covered by the Treaty provisions governing the free movement of goods and services. According to some legal doctrine, the contracting authority shall be seen as an integral part of the Member State. Thus, the awarding of public contracts must be in compliance with the freedoms of the internal market and the general principles of EU law, in particular the principle of non-discrimination. However, there are different views in the legal doctrine on the contracting authority's role as a market player versus market regulator. This may have implications for the possibility to include social considerations in public contracts. According to the so-called internal market perspective, such national measures may be justified by overriding requirements of public interest. However, they must be appropriate for securing the objective and they must not go beyond what is necessary in order to attain the national goal. Since the entering into force of the Lisbon Treaty, the European Union aims for a highly competitive social market economy. According to some legal scholars, the primary law now proposes, and indeed mandates, a balance between its economic and non-economic policies. This may affect the ECJ's future interpretation of the discretion of the Member States to include social considerations.

The new public sector Directive, adopted in 2014, clarifies that strategic use of public procurement is permissible. The Member States are encouraged to take appropriate measures to integrate social considerations in the procurement process. However, the adoption of the Directive was subject of long negotiations between the European Parliament and the Council. According to some legal scholars, this may be one of the reasons why the relevant provisions contain few concrete obligations concerning social

considerations. Furthermore, it has been argued that the codification of the principle of competition is the major novelty in the Directive. This would imply that the principal objectives of the European Union public procurement law are still mainly to secure the proper functioning of the internal market and to ensure effective competition.

According to the case-law of the ECJ, the Posted Workers Directive and the freedom to provide services preclude social requirements that go beyond those compatible with their provisions. In Case C-115/14, *RegioPost*, the ECJ recently held that conditions requiring contractors to respect a certain minimum wage may be justified by the objective of protecting workers and prevent social dumping. The ruling states that this applies even when the national measure applies solely to public contracts. Thus, the ECJ seems to have deviated from its previous conclusions in Case C-346/06, *Rüffert*. It remains to be seen how *RegioPost* will affect future developments in the case-law of the ECJ. This applies in particular when interpreting the provisions of provisions of Directive 2014/24/EU in light of the social goals of the European Union and the Member States.

Sammanfattning

Syftet med uppsatsen är att utreda medlemsstaternas handlingsutrymme att ställa sociala krav i offentlig upphandling ur ett inre marknads perspektiv. Uppsatsen syftar särskilt till att utreda handlingsutrymmet vid utstationeringssituationer. Med sociala krav avses i uppsatsen främst sådana villkor som ska uppfyllas vid kontraktets fullgörande. Relevanta rättskällor är främst de primärrättsliga bestämmelserna som reglerar fri rörlighet för tjänster, direktiv 2014/24/EU som reglerar upphandlingsprocessen på den klassiska sektorn, direktiv 96/71/EG om utstationering av arbetstagare samt EU-domstolens rättspraxis på området. Eftersom bestämmelserna i det nya direktivet ännu inte har varit föremål för prövning i domstolen, är den rättspraxis som presenteras baserad på tidigare upphandlingsdirektiv.

Offentlig upphandling omfattas av det primärrättsliga regelverket kring fri rörlighet för varor och tjänster. Den upphandlande myndigheten ska som utgångspunkt ses som en integrerad del av medlemsstaten. Därmed ska upphandlingen ske i förenlighet med friheterna på den inre marknaden och de grundläggande EU-rättsliga principerna, särskild den om icke-diskriminering. I den juridiska doktrinen råder det dock delade meningar om den upphandlande myndighetens roll som marknadsaktör respektive marknadsreglerare. Detta kan få betydelse för frågan hur myndighetens agerande ska bedömas då den ställer sociala krav i offentlig upphandling. Enligt inre marknads perspektivet ska krav som är potentiellt samhandelshindrande dels vara motiverade av tvingande hänsyn, dels vara proportionerliga för att tillåtas. Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande gäller att EU ska vara en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft. Enligt viss doktrin ger de primärrättsliga bestämmelserna numera uttryck för att icke-ekonomiska intressen har samma rättsliga värde som ekonomiska. Detta kan få betydelse för EU-domstolens framtida prövning av medlemsstaternas utrymme att ställa sociala krav.

Det nya upphandlingsdirektivet, som antogs 2014, tillåter medlemsstaterna att upphandla strategiskt. Detta innebär att medlemsstaterna uppmanas att integrera sociala hänsyn i upphandlingsprocessen, under förutsättning att det är lämpligt. Antagandet av det nya direktivet präglades dock av oenigheter, mellan såväl EU:s institutioner som medlemsstaternas regeringar. Detta märks av t.ex. vad gäller bristen på obligatoriska bestämmelser avseende sociala hänsyn. Ytterligare en nyhet i direktivet är att konkurrensprincipen har kodifierats. Enligt viss doktrin ger detta uttryck för att fri rörlighet och en effektiv konkurrens på den inre marknaden fortfarande är de primära målsättningarna vid offentlig upphandling.

Slutligen utreds frågan vad gäller medlemsstaternas handlingsutrymme att ställa sociala krav, t.ex. att leverantören ska betala sina anställda en viss minimilön, när det offentliga kontraktet kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft. Enligt EU-domstolens rättspraxis begränsas i princip handlingsutrymmet av utstationeringsdirektivets hårda kärna. Åtgärder som går utöver dessa rättigheter anses strida mot den fria rörligheten. Av EU-domstolens nyligen meddelade avgörande i mål C-115/14, *RegioPost*, framkommer att krav på en viss minimilön kan motiveras av målet att skydda arbetstagare och undvika social dumpning. Detta gäller även då den nationella åtgärden endast omfattar arbetstagare inom den offentliga sektorn. Därmed har domstolen gjort avsteg från tidigare uttalanden i mål C-346/06, *Rüffert*. Vilka följder *RegioPost* kan få för den framtida rättsutvecklingen återstår att se. Detta gäller inte minst vid EU-domstolens tolkning av bestämmelserna i direktiv 2014/24/EU mot bakgrund av EU:s och medlemsstaternas sociala målsättningar.

Förord

När min tid som juriststudent snart är över och det är dags att ta steget ut i arbetslivet, ser jag tillbaka på studietiden som en otroligt givande och utvecklande resa. Tack till alla härliga och inspirerande människor som jag har träffat under mina år i Lund, under utbytesterminen i Maastricht och under praktikterminen i Stockholm. Utan er hade det varit en betydligt gråare vardag.

Tack till min handledare professor Xavier Groussot som har bidragit med goda råd och väglett mig i mitt skrivande. Jag vill även passa på att rikta ett stort tack till min vän Rebecca som tagit sig tid att korrekturläsa uppsatsen och komma med tankeväckande uppslag och idéer.

Slutligen ett stort tack till min familj och vänner som funnits där från början och under hela tiden. Jag lovar att vara mer anträffbar nästa sommar.

Växjö, augusti 2016

Anna Maria Gratte

Förkortningar

EU-domstolen	Europeiska unionens domstol
FEU	Fördraget om Europeiska unionen
FEUF	Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt
Kommissionen	Europeiska kommissionen
ILO	Internationella arbetsorganisationen
Rådet	Europeiska unionens råd
Stadgan	Europeiska unionens stadga om de grundläggande rättigheterna
WTO	Världshandelsorganisationen

1 Inledning

1.1 Bakgrund

Det EU-rättsliga regelverket kring offentlig upphandling har traditionellt sett främst syftat till att främja fri rörlighet och effektiv konkurrens på den inre marknaden.¹ Under de senaste decennierna har det EU-rättsliga intresset ökat för att förmå upphandlande myndigheter att främja även övergripande samhälleliga målsättningar genom sina inköp av varor och tjänster.² Icke-ekonomiska intressen, som exempelvis sociala och miljömässiga hänsyn, har blivit allt mer viktiga inslag i upphandlingsprocessen.³ Utvecklingen har framför allt skett i EU-domstolen.⁴ Även kommissionen har uttalat att offentlig upphandling är ett av de marknadsbaserade instrument som kan användas för att uppnå en konkurrenskraftig social marknadsekonomi.⁵

Det faktum att frågan har uppmärksammats allt mer kan anses följa av den politiska och rättsliga utvecklingen inom unionen. Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande ger flertalet primärrättsliga bestämmelser uttryck för att EU ska integrera såväl ekonomiska som horisontella hänsyn i sitt policyarbete.⁶ Möjligheten att ställa sociala krav i offentlig upphandling har dock visat sig vara en kontroversiell fråga. Spänningen mellan ekonomiska och icke-ekonomiska intressen har gett upphov till intressanta diskussioner i den juridiska doktrinen. Enligt viss doktrin bör öppna handelsmarknader och effektiv konkurrens fortfarande vara de primära målsättningarna med det upphandlingsrättsliga regelverket.⁷ Andra menar att sociala hänsyn numera har samma rättsliga värde som de ekonomiska målsättningarna.⁸ Enligt detta synsätt bör nationella intressen, t.ex. målet att skydda arbetstagare, vara möjliga att åberopa för att rättfärdiga icke-ekonomiska krav i offentlig upphandling.⁹ EU-domstolen har under de senaste åren tolkat sociala och

¹ Se t.ex. COM(85) 310 final, s. 25; jfr Hettne (2013), s. 237.

² Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 1.

³ Tokár i Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. xiii.

⁴ Se t.ex. mål C-31/87, *Beentjes*, mål C-513/99, *Concordia Bus* och mål C-368/10, *Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar)*.

⁵ Se KOM(2011) 15 slutlig, s. 3; jfr KOM(2010) 2020 slutlig, s. 13 och 16 f. Värt att notera är att kommissionen traditionellt sett har intagit en mer restriktiv inställning till möjligheten att inkludera sociala hänsyn i offentlig upphandling, jfr t.ex. McCrudden (2007), s. 332.

⁶ Se t.ex. artikel 3.3 FEU och artikel 7–11 FEUF.

⁷ Jfr t.ex. Sanchez-Graells (2016), s. s. 379.

⁸ Se t.ex. Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 241.

⁹ Jfr t.ex. Konkurrensverket (2015), s. 47.

arbetsrättsliga målsättningar mot den fria rörligheten i ett antal vägledande avgöranden.¹⁰

Det får anses finnas ett stort intresse bland lagstiftare, upphandlande myndigheter och anbudsgivare att tolka och klargöra det aktuella EU-rättsliga regelverket.¹¹ Detta gäller inte minst sedan antagandet av det nya direktivet på den klassiska sektorn, direktiv 2014/24/EU.¹² Det nya upphandlingsdirektivet kodifierar EU-domstolens rättspraxis på området och uppmanar medlemsstaterna att integrera sociala målsättningar i offentlig upphandling när det är lämpligt.¹³ Frågan är hur stort utrymme direktivet ger medlemsstaterna, och i förlängningen de upphandlande myndigheterna, att beakta sociala hänsyn i praktiken.

1.2 Syfte och frågeställningar

Syftet med uppsatsen är att utreda medlemsstaternas handlingsutrymme vad gäller att ställa sociala krav i offentlig upphandling. Avsikten är att ge läsaren en övergripande bild av det relevanta EU-rättsliga regelverket och förutsättningarna detta ger för att inkludera sociala hänsyn i upphandlingsprocessen. Texten kommer att fokusera på krav som ska uppfyllas vid kontraktets fullgörande. För att konkretisera syftet ska särskilt utredas utrymmet att ställa sociala krav då det offentliga kontraktet kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft.

För att uppnå syftet med uppsatsen kommer följande frågeställningar att besvaras:

- Vilket handlingsutrymme har medlemsstaterna att ställa sociala krav i offentlig upphandling mot bakgrund av friheterna på den inre marknaden, särskilt vad gäller fri rörlighet för tjänster?
- Har medlemsstaternas handlingsutrymme förändrats sedan Lissabonfördragets ikraftträdande och, i sådana fall, på vilket sätt?
- Har medlemsstaternas handlingsutrymme förändrats sedan antagandet av direktiv 2014/24/EU och, i sådana fall, på vilket sätt?
- På vilket sätt förändras medlemsstaternas handlingsutrymme när det offentliga kontraktet kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft?

¹⁰ Se t.ex. mål C-341/05, *Laval*, mål C-346/06, *Rüffert*, mål C-549/13, *Bundesdruckerei* och mål C-115/14, *RegioPost*.

¹¹ Jfr Tokár i Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. xiii.

¹² Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG.

¹³ Skäl 37 i direktiv 2014/24/EU.

1.3 Definitioner

Horisontella intressen kommer i uppsatsen att användas synonymt med begreppet *icke-ekonomiska intressen*.¹⁴ Sedan antagandet av 2014 års upphandlingsdirektiv har sådana hänsyn i doktrinen även benämnts *strategiska målsättningar*.¹⁵ Gemensamt för dessa hänsyn är att de faller utanför de ekonomiska intressen som traditionellt har präglat det upphandlingsrättsliga regelverket.¹⁶

Klassiska sektorn är benämningen på det område där offentlig upphandling sker av myndigheter som inte bedriver verksamhet inom försörjningssektorerna.¹⁷ Offentlig upphandling på den klassiska sektorn regleras i direktiv 2014/24/EU.

Sociala hänsyn har i doktrinen fått en bred definition och kan anses innefatta sysselsättningsmöjligheter, anständigt arbete, social integration, lika möjligheter och beaktande av hållbarhetskriterier.¹⁸ Sundstrand menar att sociala krav kan omfatta fler områden än vad som gäller för ett specifikt offentligt kontrakt.¹⁹ I uppsatsen kommer *sociala hänsyn* främst att syfta till sådana åtgärder som berör arbets- och anställningsvillkor, t.ex. minimilön.

Särskilda kontraktsvillkor är benämningen på de krav eller villkor som den upphandlande myndigheten uppställer på leverantören att uppfylla under kontraktets fullgörande. Som exempel på ett särskilt kontraktsvillkor kan nämnas krav på att leverantören ska anlita långtidsarbetslösa för utförandet av kontraktet.²⁰

Upphandlande myndigheter kommer i uppsatsen att användas som ett samlingsbegrepp för *upphandlande myndigheter* och *upphandlande enheter*. En upphandlande myndighet kan enligt skälen till upphandlingsdirektivet omfatta en statlig, regional eller lokal myndighet.²¹ Som exempel på svenska upphandlande myndigheter kan nämnas beslutande församlingar i kommuner och landsting samt de flesta kommunala och en del statliga bolag.²²

¹⁴ Jfr Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 12 ff.

¹⁵ Jfr KOM(2011) 15 slutlig, s. 35.

¹⁶ Fischer (2013), s. 6; jfr Hettne (2013), s. 237.

¹⁷ Se <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/verktyg/ordlista/> Besökt den 4 augusti 2016.

¹⁸ KOM(2001) 556 slutlig, s. 2; jfr *Socialt ansvarsfull upphandling*, s. 7 f.

¹⁹ Sundstrand (2015), s. 10.

²⁰ Mål C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, punkt 52.

²¹ Artikel 2.1.1 i direktiv 2014/24/EU.

²² Se <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/vilka-ska-upphandla/> Besökt den 4 augusti 2016.

Upphandlingsdirektivet kommer i uppsatsen i huvudsak att syfta till direktiv 2014/24/EU, som reglerar upphandlingsprocessen på den klassiska sektorn. Då det tidigare direktivet på den klassiska sektorn, direktiv 2004/18/EG, åsyftas kommer läsaren att uppmärksammas på detta.

1.4 Avgränsningar

Uppsatsen kommer främst att behandla möjligheten att ställa sociala krav i offentlig upphandling ur ett EU-rättsligt perspektiv. Nationell svensk rätt kommer att beröras i den utsträckning det anses vara nödvändigt för att belysa frågeställningarna.²³ Texten kommer i huvudsak att utgå från direktiv 2014/24/EU och förutsättningarna detta ger för möjligheten att beakta sociala hänsyn. De två direktiven som reglerar försörjningssektorn²⁴ respektive tilldelning av koncessioner²⁵ kommer inte att behandlas.²⁶

EU-domstolen har ännu inte tolkat bestämmelserna i det nya direktivet avseende de aktuella frågeställningarna. Därmed ska bestämmelserna i det tidigare upphandlingsdirektivet beröras till den del de har varit föremål för prövning. Exempel på en sådan bestämmelse är artikel 26 om särskilda kontraktsvillkor i 2004 års upphandlingsdirektiv.²⁷

Uppsatsen avser sociala hänsyn inom ramen för offentlig upphandling. Till viss del kommer texten även att behandla rättspraxis från EU-domstolen som rör miljömässiga hänsyn. Domstolen har i dessa avgöranden uttalat principer som får anses ha generell betydelse för möjligheten att ställa icke-ekonomiska krav i offentlig upphandling.²⁸

Det EU-rättsliga regelverket som reglerar upphandling av varor kommer att behandlas i begränsad utsträckning. Särskilda kontraktsvillkor, som är av

²³ En aktuell fråga inom svensk rätt är huruvida det är möjligt att ställa krav på kollektivavtalsenliga villkor i offentlig upphandling. Se t.ex. SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*, Ahlberg (2016), *Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt: Vad är möjligt och vad är lämpligt?* samt Sundstrand (2015), *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*.

²⁴ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

²⁵ Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

²⁶ Värt att notera är att bestämmelserna som rör horisontella mål är närmast identiska i de tre direktiven; jfr Semple (2012), s. 2.

²⁷ Artikel 26 i direktiv 2004/18/EG.

²⁸ Mål C-368/10, *Max Havelaar*, punkt 85; jfr Wiesbrock i Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 85. Frågan kring möjligheten att inkludera social hänsyn i offentlig upphandling har ansetts vara mer kontroversiell än möjligheten att inkludera miljömässiga hänsyn. Se Weller och Meissner Pritchard (2013), s. 57; jfr Wiesbrock i Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 76.

vikt för den fortsatta framställningen, får mindre betydelse vid varuupphandlingar. Detta eftersom varan som regel redan är tillverkad vid kontraktstilldelningen.²⁹ I doktrinen synes den rådande uppfattningen vara att sociala hänsyn främst kan beaktas vid tjänsteupphandlingar eller vid upphandlingar av byggentreprenader.³⁰ Noteras bör att sociala krav även kan ställas vid upphandling av varor.³¹

Slutligen ska noteras att sociala hänsyn sällan är föremål för fullharmonisering på EU-rättslig nivå.³² Därmed kommer uppsatsen att avgränsas till att behandla de upphandlande myndigheternas möjligheter att ställa sociala krav inom det icke-harmoniserade området, alternativt då myndigheterna uppställer sociala krav som går utöver minimiharmoniserad lagstiftning.

1.5 Metod och material

Uppsatsen syftar till att utreda möjligheten att ställa sociala krav i offentlig upphandling ur ett EU-rättsligt perspektiv. Således kommer en EU-rättslig metod att tillämpas. De relevanta rättskällorna är det primär- och sekundärrättsliga regelverket som reglerar offentlig upphandling, EU-domstolens rättspraxis på området samt andra rättsakter såsom meddelanden och riktlinjer från EU:s institutioner. Även den juridiska doktrinen fyller en viktig funktion som kompletterande rättskälla.

EU-rätten anses omfatta två olika delar; en EU-rättslig nivå och en nationell nivå som består av medlemsstaternas nationella rättsordningar. EU har genom EU-domstolens rättspraxis fastställts som en autonom rättsordning i förhållande till medlemsstaterna.³³ Primärrätten utgör den överordnade nivån i den EU-rättsliga normhierarkin.³⁴ Enligt principen om tilldelade befogenheter lagstiftar EU:s institutioner inom de befogenheter som medlemsstaterna har tilldelat dem i fördragen.³⁵ Såväl upphandlingsdirektivet som utstationeringsdirektivet är sekundärrättsliga rättsakter av betydelse för den fortsatta framställningen. Direktiven och de primärrättsliga bestämmelserna som reglerar fri rörlighet för tjänster kommer att presenteras och analyseras i syfte att besvara frågeställningarna.

²⁹ Jfr Konkurrensverket (2015), s. 61 och 84.

³⁰ Konkurrensverket (2015), s. 57.

³¹ Jfr prop. 2006/07:128, s. 200 f.

³² Jfr Hettne (2013-2), s. 2 f.

³³ Jfr Hettne och Bergström (2014), s. 391.

³⁴ Hettne och Bergström (2014), s. 20.

³⁵ Artikel 5.2 FEU; jfr Hettne och Bergström (2014), s. 30.

EU-domstolen har en viktig roll vad gäller att säkerställa att EU-rätten följs vid medlemsstaternas tolkning och tillämpning av fördragen.³⁶ Såväl fördragsbestämmelserna som de sekundärrättsliga bestämmelserna tenderar att vara målinriktade och relativt vagt formulerade. Tillämpningsproblem ska lösas genom den rättspraxis som finns på det aktuella området.³⁷ Till följd av de öppna bestämmelserna tillämpar EU-domstolen ofta en ändamålsinriktad, teleologisk tolkningsmetod.³⁸ Mot bakgrund av relevant rättspraxis avser uppsatsen att utreda hur EU-domstolen har tolkat medlemsstaternas sociala målsättningar inom ramen för det upphandlingsrättsliga regelverket.

Till skillnad från synsättet inom svensk rätt har förarbeten traditionellt sett inte tillmätts lika stor betydelse inom EU-rätten.³⁹ Enligt Hettne och Bergström har dock kommissionens grön- och vitböcker samt meddelanden en viktig betydelse i EU:s lagstiftningsprocess.⁴⁰ Därutöver tillämpar ofta EU:s institutioner icke-bindande rättsakter. Därmed kan de vara vägledande avseende vilken politisk målsättning som är ämnad att uppnås i en viss fråga.⁴¹ EU-domstolen har nyligen uttalat att den vid tolkningen av en unionsrättslig bestämmelse inte enbart utgår från dess lydelse och det eftersträfvade ändamålet, utan även dess sammanhang och *samtliga unionsrättsliga regler*.⁴² I uppsatsen ska upphandlingsdirektivet tolkas mot bakgrund av bl.a. kommissionens meddelanden samt grönboken som föregick förslaget till nya upphandlingsdirektiv.

Utöver de relevanta rättskällorna som presenterats ovan ska uppsatsens övergripande syfte och frågeställningar även besvaras med hjälp av juridisk doktrin. Hettne och Bergström har uttalat att det finns få rättssystem som är föremål för en sådan mängd rättsvetenskaplig forskning som EU-rätten.⁴³ Utredningen ska ske med utgångspunkt i läroböcker och artiklar som publicerats i juridiska tidskrifter och rättsvetenskapliga databaser. Det ska påpekas att en författare till en rättsvetenskaplig text ofta har ett eget juridiskt eller rättspolitiskt intresse i den aktuella frågan.⁴⁴ Den som åberopar juridisk doktrin har ett ansvar för sitt urval och bör självständigt förhålla sig till de slutsatser som dras.⁴⁵ I syfte att uppnå en objektiv text är

³⁶ Artikel 19.1 FEUF.

³⁷ Hettne och Bergström (2014), s. 47 f.

³⁸ Hettne och Bergström (2014), s. 394.

³⁹ Hettne och Bergström (2014), s. 56 och 61.

⁴⁰ Hettne och Bergström (2014), s. 36.

⁴¹ Hettne och Bergström (2014), s. 35.

⁴² Hettne och Bergström (2014), s. 389 f; se mål C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami*, punkt 50–61.

⁴³ Hettne och Bergström (2014), s. 63.

⁴⁴ Alvesson och Sköldberg (2008), s. 327.

⁴⁵ Jfr Hettne och Bergström (2014), s. 64.

avsikten att basera utredningen på doktrin som synes representera olika ståndpunkter i frågan avseende möjligheten att beakta sociala hänsyn vid offentlig upphandling.

1.6 Forskningsläge

Frågan huruvida det är möjligt att ställa sociala krav i offentlig upphandling har varit föremål för diskussion i den juridiska doktrinen under de senaste decennierna. Professor Sue Arrowsmith har sedan 1990-talet argumenterat för möjligheten att beakta icke-ekonomiska intressen inom ramen för offentlig upphandling.⁴⁶ Arrowsmith och professor Peter Kunzlik är redaktörer och författare till boken *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, som utkom i samband med genomförandet av 2004 års upphandlingsdirektiv. I boken behandlas ingående möjligheterna och begränsningarna att uppställa sociala och miljömässiga krav i offentlig upphandling. Fokus är på balansen mellan medlemsstaternas nationella målsättningar och den fria rörligheten.

Frågan kring sociala hänsyn har fått förnyad relevans på senare tid, inte minst sedan Lissabonfördragets ikraftträdande och antagandet av de nya upphandlingsdirektiven 2014. Professor Beate Sjøfjell och professor Anja Wiesbrock har behandlat moderniseringen av det upphandlingsrättsliga regelverket mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna kring hållbar utveckling i en nyligen utgiven bok.⁴⁷ Bland medförfattarna märks bl.a. professor Suzanne Kingston, som beskriver EU-domstolens roll i det framtida policyarbetet. Vad särskilt gäller offentlig upphandling och konkurrensprincipen på den inre marknaden har Dr. Albert Sanchez-Graells, i en artikel från 2016, argumenterat för att offentlig upphandling kan bidra till det samhälleliga målet att främja horisontella hänsyn endast om konkurrensprincipen får ett ordentligt genomslag.⁴⁸

Vidare har docent och universitetslektor Jörgen Hettne författat flertalet läroböcker och artiklar samt deltagit i forskningsprojekt i frågan. Fokus ligger främst vid förhållandet mellan det upphandlingsrättsliga regelverket och friheterna på den inre marknaden.⁴⁹ Slutligen, vad gäller möjligheten att

⁴⁶ Se t.ex. Arrowsmith (1992), *European Communities: the legality of "secondary" procurement policies under the Treaty of Rome and the Works Directive*.

⁴⁷ Sjøfjell och Wiesbrock (2016), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*.

⁴⁸ Sanchez-Graells (2016), *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?*

⁴⁹ Se t.ex. Hettne (2013), *Sustainable Public Procurement and the Single Market – Is There a Conflict of Interest?* och Hettne (2012), *Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that go Beyond the Requirements of EU Law*, bilaga

ställa kollektivavtalsenliga villkor vid offentlig upphandling, hänvisas till docent Andrea Sundstrand som nyligen har gjort en studie i frågan på uppdrag av Konkurrensverket.⁵⁰ Även jur. dr. Kerstin Ahlberg och professor Niklas Bruun har författat flertalet artiklar på området.⁵¹

Debatten kring sociala hänsyn i offentlig upphandling är i högsta grad är aktuell. Mer forskning behövs på området, inte minst sedan antagandet av de nya upphandlingsdirektiven 2014.⁵²

1.7 Disposition

Uppsatsen kommer att disponeras enligt följande. I avsnitt 2 ska de grundläggande EU-rättsliga principerna, vilka gäller genomgående i upphandlingsprocessen, presenteras. Därefter kommer de primärrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster att beskrivas i avsnitt 3. Avsnittet inleds med en beskrivning av regelverkets tillämpningsområde. Detta eftersom möjligheten att ställa sociala krav vid offentlig upphandling är beroende av hur den upphandlande myndighetens agerande ska klassificeras.⁵³ I avsnitt 4 ska de relevanta primärrättsliga bestämmelserna sedan Lissabonfördragets ikraftträdande presenteras. Bestämmelserna kan få betydelse vad gäller om en potentiellt samhandelshindrande åtgärd kan anses vara motiverad.⁵⁴ 2014 års upphandlingsdirektiv behandlas i avsnitt 5, med fokus på möjligheterna och begränsningarna att ställa sociala krav. Nästföljande avsnitt 6 avser att introducera läsaren till utstationeringsdirektivet och förutsättningarna att ställa sociala krav då det offentliga kontraktet kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft. I avsnitt 7 redogörs för tre vägledande avgöranden från EU-domstolen, *Rüffert*⁵⁵, *Bundesdruckerei*⁵⁶ och *RegioPost*⁵⁷. Avsikten är att visa på förhållandet mellan upphandlingsdirektivet, utstationeringsdirektivet och den fria rörligheten för tjänster.

till SOU 2013:12. Noteras ska även att professor Jörgen Hettne, professor Xavier Groussot och universitetslektor Sanja Bogojevic för närvarande är engagerade i ett forskningsprojekt avseende frågan kring sociala och miljömässiga hänsyn i offentlig upphandling. Projektet finansieras av Konkurrensverket.

⁵⁰ Sundstrand (2015), *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*.

⁵¹ Se t.ex. Ahlberg (2016), *Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt: Vad är möjligt och vad är lämpligt?* samt Ahlberg och Bruun (2010), *Upphandling och arbete i EU*.

⁵² Jfr Tokár i Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. xiii.

⁵³ Jfr Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 25.

⁵⁴ Jfr Rosenkötter och Wuersig (2010), s. 5.

⁵⁵ Mål C-346/06, *Rüffert*.

⁵⁶ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*.

⁵⁷ Mål C-115/14, *RegioPost*.

Varje avsnitt avslutas med ett kortare kapitel med kommenterar. Syftet är att ge synpunkter på det som framkommit och leda läsaren framåt i texten. Kommentarererna är såväl sådana som framkommit i doktrin som mina egna. Slutligen innehåller avsnitt 8 en sammanfattande analys. Avsikten är att besvara frågeställningarna och kommentera de dragna slutsatserna.

2 Upphandlingsrättsliga utgångspunkter

2.1 Inledning

Offentlig upphandling är benämningen på den process då offentliga myndigheter eller enheter⁵⁸ anskaffar varor, tjänster eller byggentreprenader.⁵⁹ Detta sker genom ett anbudsförfarande där ekonomiska aktörer har möjlighet att konkurrera om kontraktstildelningen.⁶⁰ Det har uppskattats att den offentliga sektorn i Sverige årligen gör inköp för cirka 630 miljarder kronor.⁶¹ År 2010 upphandlades varor och tjänster inom EU till ett värde av drygt € 2 400 miljarder, vilket motsvarade knappt 20 procent av unionens BNP.⁶² Till följd av det stora ekonomiska intresset har offentlig upphandling uppmärksamats som ett av de marknadsbaserade instrument som kan bidra till att uppnå övergripande samhällliga mål, däribland sociala hänsyn.⁶³

Offentlig upphandling omfattas av de primärrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet för framför allt varor och tjänster på EU:s inre marknad. För att tillvarata konkurrensen på den inre marknaden och se till att skattemedlen används på bästa sätt, har det på EU-rättslig nivå antagits tre direktiv som ska genomföras i medlemsstaternas rättsordningar. I direktiven fastslås procedurreglerna för större offentliga kontrakt⁶⁴ på den klassiska sektorn, försörjningssektorn och vid tilldelning av koncessioner. Fortsättningsvis kommer endast direktivet för den klassiska sektorn att behandlas. Det bör noteras att upphandlingsdirektiven endast reglerar på vilket sätt myndigheterna upphandlar. Däremot är de i princip fria att definiera vad som ska upphandlas, dvs. kontraktsföremålet. Det kan dock uppstå situationer då valet av en viss vara eller tjänst riskerar att snedvrider konkurrensen genom att stå i strid med principen om fri rörlighet. Därmed är det av vikt att myndigheten upphandlar i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna.⁶⁵

⁵⁸ Nedan kommer endast att hänvisas till upphandlande myndigheter.

⁵⁹ Nedan kommer främst att hänvisas till tjänster.

⁶⁰ Hettne (2013), s. 237 och 240.

⁶¹ Se <http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/arsredovisning-2015.pdf> Besökt den 6 augusti 2016.

⁶² Se http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf Besökt den 29 maj 2016.

⁶³ Jfr t.ex. KOM(2010) 2020 slutlig, s. 13 och 16 f.

⁶⁴ Upphandlingsdirektivet reglerar endast upphandlingar över vissa bestämda belopp, se artikel 4 i direktiv 2014/24/EU.

⁶⁵ Weller och Meissner Pritchard (2013) s. 56; jfr *Socialt ansvarsfull upphandling*, s. 24.

2.2 Grundläggande EU-rättsliga principer vid offentlig upphandling

2.2.1 Inledning

I skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv anges att offentlig upphandling av medlemsstaternas myndigheter ska ske i enlighet med fördragens bestämmelser om icke-diskriminering, fri rörlighet för varor, etableringsfrihet och frihet att tillhandahålla tjänster samt de principer som följer därav.⁶⁶ De principer som nämns är de om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.⁶⁷ De allmänna principerna fastslås i artikel 18.1 i upphandlingsdirektivet. Bestämmelsen anses gälla generellt och principerna är således tillämpliga under samtliga faser av upphandlingsförfarandet, såväl vid fastställande av upphandlingskriterierna som när anbuden prövas mot dessa krav.⁶⁸ Sedan antagandet av 2014 års upphandlingsdirektiv har det i viss doktrin ansetts att även konkurrensprincipen gäller som en grundläggande princip vid offentlig upphandling.⁶⁹

2.2.2 Icke-diskrimineringsprincipen

Icke-diskrimineringsprincipen innebär ett förbud mot såväl direkt som indirekt diskriminering av ekonomiska aktörer på grund av deras nationalitet. I domen *Beentjes*⁷⁰ uttalade EU-domstolen att det strider mot principen om icke-diskriminering att uppställa krav i upphandlingsprocessen om det är uppenbart att endast nationella leverantörer känner till eller har möjlighet att uppfylla dessa.⁷¹ Detta gäller även då myndigheten inte förväntar sig att några utländska leverantörer ska lämna anbud.⁷² *Beentjes* har ansetts vara det första vägledande avgörandet från EU-domstolen som rör hållbar offentlig upphandling.⁷³ Noteras kan dock att EU-domstolen främst verkade syfta till att ge full effekt för principen om fri rörlighet för tjänster och de grundläggande principerna, särskilt principen om icke-diskriminering.⁷⁴

⁶⁶ Se artikel 34 FEUF, artikel 49 FEUF, artikel 56 FEUF och artikel 106 FEUF samt den grundläggande icke-diskrimineringsprincipen i artikel 18 FEUF.

⁶⁷ Skäl 1 i direktiv 2014/24/EU.

⁶⁸ SOU 2015:78, s. 49.

⁶⁹ Se t.ex. Sanchez-Graells (2016), s. 377-394. Konkurrensprincipen fastslås i artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU.

⁷⁰ Mål C-31/87, *Beentjes*.

⁷¹ Mål C-31/87, *Beentjes*, punkt 30; jfr SOU 2015:78, s. 49; jfr prop. 2006/07:128, s. 132.

⁷² Kommerskollegium (2015), s. 10.

⁷³ EU-domstolen uttalade att upphandlingskriteriet var ett s.k. tillkommande särskilt villkor, vilket numera benämns särskilt kontraktsvillkor, se artikel 70 i direktiv 2014/24/EU.

⁷⁴ Jfr mål C-31/87, *Beentjes*, punkt 11 och 29.

2.2.3 Likabehandlingsprincipen

Likabehandlingsprincipen, som anses följa av icke-diskrimineringsprincipen, innebär att lika situationer inte får behandlas olika och olika situationer inte får behandlas lika, förutsatt att det inte finns sakliga skäl för en sådan särbehandling. Vid offentlig upphandling innebär likabehandlingsprincipen att en upphandlande myndighet varken får gynna eller missgynna en viss leverantör. Hänsyn ska tas till leverantörernas olika förutsättningar och relevant information ska ges vid samma tillfälle. Vidare ska kraven i upphandlingen formuleras så att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förstår dess innebörd.⁷⁵

I avgörandet *Concordia Bus*⁷⁶ uttalade EU-domstolen att likabehandlingsprincipen är central för säkerställandet av en effektiv konkurrens på den inre marknaden.⁷⁷ I målet hade den upphandlande myndigheten ställt krav på att kontraktsföremålet skulle uppfylla vissa miljökriterier. Trots att det endast var en anbudsgivare som i praktiken kunde uppfylla kravet, ansåg domstolen att likabehandlingsprincipen inte utgjorde hinder för de uppställda kraven.⁷⁸ Det ansågs inte vara diskriminerande att behandla olika situationer olika.⁷⁹

2.2.4 Transparensprincipen

Transparensprincipen⁸⁰ innebär att upphandlingsförfarandet ska präglas av insyn och förutsebarhet. Förfarandet ska vara öppet för konkurrens och det ska vara möjligt att kontrollera myndighetens opartiskhet. Den upphandlande myndigheten får inte avvika från det framtagna förfrågningsunderlaget genom att t.ex. ändra förutsättningarna för upphandlingen. Principen ställer bl.a. krav på att upphandlingen ska annonseras, att upphandlingsdokumenten i huvudsak ska vara offentliga och att anbudsgivarna ska informeras om resultatet av upphandlingen.⁸¹

I domen *Max Havelaar*⁸² fann EU-domstolen att myndigheten hade brutit mot transparensprincipen eftersom den inte klart och tydligt angett vad begreppen *hållbara inköp* och *företagens sociala ansvar* innebar samt hur

⁷⁵ Mål C-448/01, *EVN Wienstrom*, punkt 56–57 och mål C-19/00, *SIAC Construction*, punkt 41; Pedersen (2013), s. 20.

⁷⁶ Mål C-513/99, *Concordia Bus*.

⁷⁷ Mål C-513/99, *Concordia Bus*, punkt 81; jfr SOU 2015:78, s. 50

⁷⁸ Mål C-513/99, *Concordia Bus*, punkt 85.

⁷⁹ Jfr Weller och Meissner Pritchard (2013), s. 58.

⁸⁰ Transparensprincipen benämns även öppenhetsprincipen eller förutsebarhetsprincipen.

⁸¹ Pedersen (2013), s. 20.

⁸² Mål C-368/10, *kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar)*.

anbudsgivaren skulle gå tillväga för att uppfylla dessa krav.⁸³ Domstolen uttalade att de kriterier som myndigheten uppställer måste vara precist och otvetydigt formulerade så att det är möjligt för rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare att förstå vilka skyldigheter som åligger företaget.⁸⁴

2.2.5 Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att de åtgärder som vidtas av medlemsstaterna ska vara nödvändiga och lämpliga i förhållande till de mål som eftersträvas.⁸⁵ Inom ramen för offentlig upphandling innebär proportionalitetsprincipen mer konkret att de krav som myndigheten ställer vid en upphandling måste stå i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Kraven måste vara ägnade att uppnå det åsyftade målet och vara möjliga att kontrollera av myndigheten. Hänsyn ska tas till upphandlingens art och värde när myndigheten fastställer villkor för deltagande eller andra krav i upphandlingen. De nackdelar som drabbar potentiella anbudsgivare måste stå i proportion till den uppskattade nyttan för den upphandlande myndigheten.⁸⁶

I domen *Bundesdruckerei*⁸⁷ menade EU-domstolen att den aktuella nationella lagstiftningen som uppställde krav på minimilön var oproportionerlig eftersom den inte tog hänsyn till förhållanden i andra medlemsstater, t.ex. lägre levnadskostnader. Kravet på minimilön gick därför utöver vad som är nödvändigt för att uppnå målet med kravet, nämligen att skydda arbetstagarna och undvika social dumpning.⁸⁸

2.2.6 Principen om ömsesidigt erkännande

Principen om ömsesidigt erkännande innebär att den upphandlande myndigheten i en medlemsstat måste erkänna och acceptera handlingar, t.ex. intyg och betyg, som utfärdats av behöriga myndigheter i andra medlemsstater. Myndigheten får exempelvis inte kräva att en leverantör ska ha en viss nationell utbildning. Istället ska det vara tillräckligt att leverantören kan uppvisa intyg på motsvarande utbildning från sitt hemland.⁸⁹

⁸³ Mål C-368/10, *Max Havelaar*, punkt 111.

⁸⁴ Mål C-368/10, *Max Havelaar*, punkt 109 f; jfr Kommerskollegium (2015), s. 10.

⁸⁵ SOU 2015:78, s. 52.

⁸⁶ Pedersen (2013), s. 20 f; jfr Kommerskollegium (2015), s. 10.

⁸⁷ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*.

⁸⁸ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 33–34.

⁸⁹ Pedersen (2013), s. 21.

2.2.7 Konkurrensprincipen

I doktrinen har det på senare tid argumenterats för att det finns en sjätte grundläggande EU-rättslig princip som ska vara uppfylld inom ramen för offentlig upphandling.⁹⁰ Konkurrensprincipen har kodifierats i artikel 18.1 i 2014 års upphandlingsdirektiv.⁹¹ Principen innebär att en upphandling inte får utformas på ett sätt som konstgjort begränsar konkurrensen, t.ex. genom att otillbörligt gynna eller missgynna en viss ekonomisk aktör. Enligt EU-domstolen i *Bundesdruckerei*⁹² syftar offentlig upphandling till att garantera att såväl upphandlande myndigheter som anbudsgivare har möjlighet att utnyttja de konkurrensfördelar som kan härledas från den inre marknaden.⁹³

I doktrinen har det ansetts att konkurrensprincipen innefattar både en positiv och en negativ dimension. Den positiva dimensionen innebär att det upphandlingsrättsliga regelverket ska syfta till att öppna upp den inre marknaden för konkurrens samt motverka nationella åtgärder som riskerar att hindra samhandeln. Därmed kompletterar konkurrensprincipen principen om icke-diskriminering, som syftar till att uppnå detta mål vad gäller möjligheten att komma in med anbud. Den negativa dimensionen innebär att det upphandlingsrättsliga regelverket inte får genomföras på ett sätt som riskerar att snedvrída den existerande konkurrensen på den inre marknaden.⁹⁴

2.3 EU-rättens krav på de upphandlande myndigheternas villkor

I *Concordia Bus*⁹⁵ fastslog EU-domstolen mer specifikt de villkor som den upphandlande myndighetens krav ska uppfylla för att anses vara förenliga med EU-rätten.⁹⁶ Domstolen uttalade att det krävs att kraven tillämpas i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna, särskilt den om icke-diskriminering.⁹⁷ Vidare måste kraven uttryckligen anges i kontraktshandlingarna. De får inte vara så svepande att de ger myndigheten en

⁹⁰ Se t.ex. Sanchez-Graells (2016), s. 377-394.

⁹¹ Se närmare om denna princip och hur den förhåller sig till sociala hänsyn nedan i avsnitt 5.4.2.

⁹² Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*.

⁹³ Sanchez-Graells (2016), s. 379.

⁹⁴ Sanchez-Graells (2016), s. 383; jfr GA Stix-Hackl i mål C-247/02, *Sintesi*, punkt 32–33.

⁹⁵ Mål C-513/99, *Concordia Bus*.

⁹⁶ Mål C-513/99, *Concordia Bus*, punkt 58.

⁹⁷ Mål C-513/99, *Concordia Bus*, punkt 63.

obegränsad frihet att välja mellan anbudsgivarna.⁹⁸ Därutöver ska myndighetens krav ha ett samband med kontraktsföremålet.⁹⁹

EU-domstolens uttalande har upprepats och utvecklats i efterföljande rättspraxis. I målet *EVN Wienstrom*¹⁰⁰ angav domstolen ytterligare ett villkor, nämligen att kraven ska vara möjliga att kontrollera. Domstolen menade att en objektiv bedömning av anbudens förutsätter att den upphandlande myndigheten har verklig möjlighet att kontrollera att kraven uppfylls av leverantören.¹⁰¹ De ovan nämnda avgörandena rörde specifikt tilldelningskriterier men de uppställda villkoren får anses gälla generellt för samtliga upphandlingskriterier.¹⁰²

2.4 Kommentar

De grundläggande principerna, såsom de följer av friheterna på EU:s inre marknad, inverkar således på myndigheternas utrymme att ställa sociala krav i offentlig upphandling. Principerna har konkretiserats genom EU-domstolens rättspraxis. Den upphandlande myndigheten kan ställa sociala krav förutsatt att de har samband med kontraktsföremålet, inte ger myndigheten obegränsad valfrihet, uttryckligen anges i upphandlingsunderlaget, är förenliga med de grundläggande principerna, särskilt den om icke-diskriminering¹⁰³ samt möjliggör en verklig kontroll av att anbudens uppfyller kraven.¹⁰⁴

Sociala krav som inte lever upp till villkoren ovan kan anses utgöra potentiella hinder för handeln mellan medlemsstaterna. Weller och Meissner Pritchard har uttalat att det kan vara problematiskt att ställa sociala krav eftersom sådana inte alltid är synliga i den utförda tjänsten. Därmed kan dessa vara svårförenliga med kravet på koppling till kontraktsföremålet.¹⁰⁵ Myndigheternas möjligheter att ställa sociala krav kan även begränsas av principerna om transparens och likabehandling. Detta gäller inte minst möjligheten för svenska myndigheter att ställa villkor i nivå med kollektivavtal.¹⁰⁶ Enligt konkurrensprincipen ska offentlig upphandling främst syfta till att uppnå en väl fungerande inre marknad. Sociala

⁹⁸ Mål C-513/99, *Concordia Bus*, punkt 61–62.

⁹⁹ Mål C-513/99, *Concordia Bus*, punkt 59.

¹⁰⁰ Mål C-448/01, *EVN Wienstrom*.

¹⁰¹ Jfr Sundstrand (2015), s. 14.

¹⁰² Caranta i Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 104; Sundstrand (2015), s. 14; jfr mål C-448/01, *EVN Wienstrom*, punkt 56.

¹⁰³ Mål C-513/99, *Concordia Bus*, punkt 64; jfr mål C-448/01, *EVN Wienstrom*, punkt 32–34.

¹⁰⁴ Mål C-448/01, *EVN Wienstrom*, punkt 49–51.

¹⁰⁵ Meissner och Pritchard (2013), s. 57.

¹⁰⁶ Se närmare nedan avsnitt 7.5.3.

kravställningar i offentlig upphandling kan enligt detta synsätt anses motverka målsättningen att så många aktörer som möjligt ska ges tillfälle att ange anbud.¹⁰⁷

En nationell åtgärd som bedöms vara potentiellt samhandelshindrande ska, enligt EU-domstolens praxis, dels vara motiverad av tvingande hänsyn till allmänt intresse, dels vara proportionerlig för att vara tillåten. Proportionalitetsprincipen innebär att den nationella sociala åtgärden på ett effektivt sätt måste vara ägnad att uppnå det åsyftade målet för att vara förenlig med EU-rätten. I nästa avsnitt ska närmare presenteras hur de primärrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster kan inverka på myndigheternas möjlighet att ställa sociala krav i offentlig upphandling.

¹⁰⁷ Jfr Kommerskollegium (2012), s. 3.

3 Offentlig upphandling och fri rörlighet för tjänster på EU:s inre marknad

3.1 Inledning

Ett av de grundläggande målen med EU-samarbetet är att skapa en inre marknad där fri rörlighet kan råda för varor, tjänster, personer och kapital.¹⁰⁸ Upphandlingsdirektivet är en del av genomförandet av den inre marknaden och syftar bl.a. till att motverka hinder för den fria rörligheten för varor och tjänster.¹⁰⁹ Tanken är att anbudsgivare från samtliga medlemsstater ska kunna konkurrera på lika villkor om offentliga kontrakt inom hela unionen. Detta säkerställer att myndigheterna inte missbrukar sin köpkraft genom att gynna nationella leverantörer och därigenom, direkt eller indirekt, diskriminera anbudsgivare från andra medlemsstater.¹¹⁰

3.2 Fri rörlighet och sociala krav

Under de senaste decennierna har det EU-rättsliga intresset ökat för att förmå upphandlande myndigheter att stödja övergripande samhällliga mål i sina upphandlingsbeslut.¹¹¹ De offentliga myndigheterna anses tillhöra de främsta marknadsaktörerna som genom sin köpkraft har möjlighet att påverka trenderna på den inre marknaden. Exempelvis kan myndigheternas efterfrågan på rättvisemärkta varor anses bidra till ett ökat utbud och på sikt ett lägre pris på dessa varor.¹¹² I domen *Concordia Bus*¹¹³, som avsåg en upphandling där myndigheten hade ställt vissa miljökrav, uttalade EU-domstolen att tilldelningskriterierna i upphandlingsförfarandet inte behöver vara av ren ekonomisk art. Detta eftersom även icke-ekonomiska faktorer kan anses påverka ett anbuds värde för den upphandlande myndigheten.¹¹⁴ I målet *Nord-Pas-de-Calais*¹¹⁵ fann domstolen att ett socialt krav som syftade till främjandet av sysselsättning var tillåtet som tilldelningskriterium,

¹⁰⁸ Artikel 26.2 FEUF; jfr mål 15/81, *Gaston Schul*, punkt 33.

¹⁰⁹ Hettne (2013), s. 254; jfr COM(85) 310 final, s. 13.

¹¹⁰ Artikel 18 FEUF; Skäl 1 i direktiv 2014/24/EU; Mål C-213/07, *Michaniki*; Hettne (2013), s. 259.

¹¹¹ Sjäffell och Wiesbrock (2016), s. 1.

¹¹² Weller och Meissner Pritchard (2013), s. 58.

¹¹³ Mål C-513/99, *Concordia Bus*.

¹¹⁴ Mål C-513/99, *Concordia Bus*, punkt 53–55.

¹¹⁵ Mål C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*.

förutsatt att det var förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna.¹¹⁶

Medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna har således att förhålla sig till regelverket på den inre marknaden vad gäller vilka krav som kan ställas i upphandlingsprocessen. Enligt de primärrättsliga bestämmelserna är EU en marknadsekonomi där fri konkurrens ska råda.¹¹⁷ EU:s lagstiftningskompetens på det upphandlingsrättsliga området grundar sig på skyddet för den inre marknaden.¹¹⁸ Till följd av EU-rättens normhierarki får upphandlingsdirektivet inte tolkas så att det hamnar i konflikt med fördragsbestämmelserna.¹¹⁹ Bestämmelserna om fri rörlighet för varor och tjänster samt de grundläggande EU-rättsliga principerna som följer av dessa ska vara vägledande för varje upphandlingsprocess.¹²⁰

3.3 Reglernas tillämpningsområde

3.3.1 Den upphandlande myndighetens roll

För att det EU-rättsliga regelverket kring fri rörlighet ska aktualiseras krävs att medlemsstaten vidtar en åtgärd som potentiellt kan hindra samhandeln. Det kan röra sig om antingen en lagstiftning eller ett annat agerande av en medlemsstat.¹²¹ Exempel på ett sådant agerande kan vara uppställda krav som går utöver harmoniserad EU-lagstiftning. Begreppet *stat* har av EU-domstolen tolkats brett och anses omfatta samtliga nationella myndigheter.¹²² I doktrin finns det dock delade meningar vad gäller huruvida en myndighets agerande vid en upphandling ska bedömas på samma sätt som om åtgärden hade vidtagits av en medlemsstat.

Kommerskollegium menar att staten, i egenskap av upphandlande myndighet, som utgångspunkt får anses vara en aktör på den inre marknaden. Även Arrowsmith och Kunzlik anser att den relativt stora frihet som den upphandlande myndigheten har att definiera kontraktsföremålet talar för att den ska betraktas som en marknadsaktör.¹²³ Kommerskollegium

¹¹⁶ Mål C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, punkt 49–50. EU-domstolen klargjorde därmed att sociala hänsyn antingen får ställas som tilldelningskriterier eller som särskilda kontraktsvillkor; jfr mål C-31/87, *Beentjes*, punkt 36.

¹¹⁷ Se t.ex. artikel 119 FEUF och protokoll (nr 27) om den fria marknaden och konkurrens. Konkurrensprincipen är kodifierad i artikel 18.1 i direktiv 2014/24/EU.

¹¹⁸ Direktiv 2014/24/EU är antaget mot bakgrund av artikel 114 FEUF, artikel 53.2 FEUF och artikel 62 FEUF.

¹¹⁹ Hettne (2013), s. 254.

¹²⁰ Skäl 1 i direktiv 2014/24/EU; jfr Hettne (2013), s. 241.

¹²¹ Barnard (2010), s. 35.

¹²² Jfr förenade målen C-1/90 och C-176/90, *Aragonesa*, punkt 8; Barnard (2010), s. 35.

¹²³ Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 25.

framhåller dock att det kan vara svårt att göra en kategorisk uppdelning mellan statens olika roller. Genom att identifiera och formulera ett krav, t.ex. att anställda som utför ett offentligt kontrakt ska ha rätt till en viss minimilön, har myndigheten möjlighet att påverka konkurrensen och marknadstrenderna genom sin köpkraft. Ju större andel av marknaden som myndigheten innehar, desto större inverkan får de uppställda kraven. Då myndigheten tillämpar upphandling som styrmedel för att nå övergripande samhälleliga mål, minskar skillnaden mellan statens roll som marknadsaktör respektive marknadsreglerare. Kommerskollegium menar att myndigheten i sådana fall får anses ge uttryck för statens politiska målsättningar som normgivare.¹²⁴ Även Hettne är av uppfattningen att upphandlande myndigheter ska ses som en del av medlemsstaten och därmed agera i enlighet med friheterna på den inre marknaden och de grundläggande EU-rättsliga principerna vid varje upphandlingsbeslut.¹²⁵

3.3.2 Inre marknadsperspektivet

Det finns olika synsätt i doktrinen vad gäller på vilket sätt de upphandlande myndigheternas agerande ska bedömas. Inre marknadsperspektivet har sin grund i principen om fri rörlighet på EU:s inre marknad. Utgångspunkten är att den upphandlande myndigheten ska ses som en integrerad del av medlemsstaten och därmed ska följa friheterna på den inre marknaden och de grundläggande EU-rättsliga principerna vid varje upphandlingsbeslut.¹²⁶ De krav som myndigheten uppställer inom ramen för upphandlingsprocessen ska enligt detta synsätt bedömas på motsvarande sätt som en nationell handelslagstiftning.

Sociala krav på det icke-harmoniserade området, eller på områden där den upphandlande myndigheten ställer krav som går utöver minimiharmoniserad lagstiftning, anses vara tillåtna förutsatt att de lever upp till kriterierna i inre marknadstestet. Enligt testet ska de nationella åtgärderna tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, vara motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset, vara ägnade att säkerställa det eftersträvade målet samt inte gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.¹²⁷ Testet syftar till att motverka åtgärder inom icke-harmoniserade områden som otillbörligt hindrar den fria rörligheten.¹²⁸

¹²⁴ Kommerskollegium (2015), s. 26.

¹²⁵ Hettne (2013), s. 254.

¹²⁶ Hettne (2012), s. 1; Kommerskollegium (2015), s. 21.

¹²⁷ Mål C-55/94, *Gebhard*, punkt 37; jfr mål 113/89, *Rush Portuguesa*; Kommerskollegium (2015), s. 21. Se närmare nedan avsnitt 3.5.2.

¹²⁸ Hettne (2012), s. 8.

3.3.3 Multipolicyperspektivet

Enligt multipolicyperspektivet läggs vikt vid att primärrätten, sedan Lissabonfördragets ikraftträdande, ger uttryck för att sociala hänsyn ska integreras i EU:s politik och verksamhet. Till skillnad från inre marknadsperspektivet betraktas inte sociala hänsyn som handelshinder, utan som prioriterade målsättningar som ska ha samma rättsliga värde som t.ex. frihandel och konkurrens.¹²⁹

Förespråkarna för multipolicyperspektivet särskiljer på myndighetens definition av kontrakt föremålet och utformning av upphandlingskriterier, vilka begränsar kretsen av potentiella anbudsgivare. Det förstnämnda typfallet tar sikte på att definiera marknaden och bör inte betraktas som ett potentiellt samhandelshinder. Således är inte inre marknadstestet tillämpligt på dessa krav. Upphandlingsbeslutet måste dock vara förenligt med de grundläggande EU-rättsliga principerna. Den sistnämnda situationen kan däremot vara samhandelshindrande och ska därför bedömas mot bakgrund av inre marknadstestet.¹³⁰

3.4 Fri rörlighet för tjänster

3.4.1 Etableringsfrihet i artikel 49 FEUF

Artikel 49 FEUF innebär att nationella och utländska ekonomiska aktörer ska ha lika förutsättningar att etablera sig och tillhandahålla tjänster inom medlemsstaterna. Med begreppet *tjänster* avses prestationer som vanligtvis utförs mot ersättning.¹³¹ I domen *Reyners*¹³² uttalade EU-domstolen att bestämmelsen har direkt effekt.¹³³ EU-domstolen har fastslagit att även icke-diskriminerande inskränkningar av etableringsfriheten strider mot EU-rätten. Detta eftersom sådana, liksom direkt eller indirekt diskriminerande nationella åtgärder, riskerar att försvåra marknadstillträdet.¹³⁴

Vid offentlig upphandling innebär etableringsfriheten ett förbud mot åtgärder som förhindrar tillgång till offentliga kontrakt för företag från andra medlemsstater. Enligt EU-domstolen i *Michaniki*¹³⁵ syftar det upphandlingsrättsliga regelverket till att uppnå etableringsfrihet och

¹²⁹ Kommerskollegium (2015), s. 21; Hettne (2012), s. 8. Se närmare nedan avsnitt 4.

¹³⁰ Kommerskollegium (2015) s. 21; Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 25.

¹³¹ Artikel 57 FEUF.

¹³² Mål 2/74, *Reyners*.

¹³³ Mål 2/74, *Reyners*, punkt 7.

¹³⁴ Mål C-442/02, *CaixaBank France*, punkt 11–13; jfr Bernitz och Kjellgren (2010), s.

276.

¹³⁵ Mål C-213/07, *Michaniki*.

möjliggöra för så många ekonomiska aktörer som möjligt att komma in med anbud.¹³⁶ Avgörandet *Re Data Processing*¹³⁷ rörde en italiensk nationell lagstiftning som begränsade möjligheten att delta i upphandlingsförfaranden till företag som ägdes helt eller delvis av den italienska staten. EU-domstolen fann att den nationella åtgärden var diskriminerande mot såväl ekonomiska aktörer som var etablerade i Italien som företag etablerade i andra medlemsstater.¹³⁸

3.4.2 Frihet att tillhandahålla tjänster i artikel 56 FEUF

Artikel 56 FEUF föreskriver ett förbud mot inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster inom EU för medborgare som är etablerade i en annan medlemsstat än värdmedlemsstaten.¹³⁹ Det kan t.ex. röra sig om en nationell åtgärd som hindrar utländska tjänsteutövare att förflytta sig fritt inom medlemsstaten med all sin personal. Sådana åtgärder försvårar möjligheten att utföra tjänsten och utgör enligt EU-domstolens rättspraxis diskriminering i förhållande till tjänsteutövare som är etablerade i värdmedlemsstaten.¹⁴⁰ Artikel 56 FEUF är tillämplig även på indirekt diskriminerande åtgärder, d.v.s. åtgärder som tillämpas både vad gäller nationella och utländska aktörer men som i praktiken drabbar utländska aktörer hårdare.¹⁴¹

Vad specifikt gäller offentlig upphandling kan inskränkningar i friheten att tillhandahålla tjänster t.ex. bestå i att reservera offentliga kontrakt till nationella anbudsgivare¹⁴² eller att tillämpa olika urvalskriterier för nationella och utländska anbudsgivare.¹⁴³ I avgörandet *Store Bælt*¹⁴⁴ ansåg EU-domstolen att ett krav på användning av lokal arbetskraft för att utföra en byggtreprenad inom ramen för ett upphandlingsförfarande utgjorde ett hinder mot friheten att tillhandahålla tjänster. EU-domstolen bedömde att åtgärden var indirekt diskriminerande eftersom den gjorde det svårare för utländska företag att anställa den lokala arbetskraften.¹⁴⁵ I målet *Beentjes*¹⁴⁶ däremot godtog EU-domstolen ett sådant socialt ställt krav. Arbetstagarna i

¹³⁶ Jfr Hettne (2013), s. 259.

¹³⁷ Mål C-3/88, *Re Data Processing*.

¹³⁸ Hettne (2012), s. 20 f.

¹³⁹ Friheten att tillhandahålla tjänster regleras även till stor del i sekundärrätten, se t.ex. direktiv 2006/123/EG om tjänster på den inre marknaden (tjänstedirektivet).

¹⁴⁰ Mål C-341/05, *Laval*, punkt 56; jfr mål C-113/89, *Rush Portuguesa*, punkt 12.

¹⁴¹ Hettne (2012), s. 22.

¹⁴² Mål C-360/89, *kommissionen mot Italien*.

¹⁴³ Hettne (2012), s. 22.

¹⁴⁴ Mål C-243/89, *Store Bælt*.

¹⁴⁵ Mål C-243/89, *Store Bælt*, punkt 33 och 45; jfr Hettne (2013), s. 244.

¹⁴⁶ Mål C-31/87, *Beentjes*.

det aktuella målet skulle visserligen vara anmälda vid ett lokalt kontor, men detta bedömdes vara tillgängligt för arbetstagare inom hela EU.¹⁴⁷

3.5 Undantag till etableringsfriheten och friheten att tillhandahålla tjänster

3.5.1 Artikel 51 FEUF och artikel 52 FEUF

Nationell lagstiftning eller åtgärder som är direkt diskriminerande gentemot utländska tjänsteutövare som etablerar sig eller tillhandahåller tjänster inom värdmedlemsstaten kan rättfärdigas om ågerandet omfattas av artiklarna 51 FEUF eller 52 FEUF, lästa tillsammans med artikel 62 FEUF. Enligt artikel 51 FEUF omfattas inte verksamhet som är förenad med utövandet av offentlig makt av principen om etableringsfrihet.¹⁴⁸ Vidare föreskriver artikel 52 FEUF att en inskränkning i etableringsfriheten eller friheten att tillhandahålla tjänster kan rättfärdigas med hänsyn till allmän ordning, säkerhet eller hälsa. Uppräkningen anses vara uttömmande och EU-domstolen har tolkat bestämmelsen snävt.¹⁴⁹ De åberopade skyddssyftena får inte utgöra medel för godtycklig diskriminering eller innefatta en förtäckt begränsning av samhandeln. Medlemsstaterna ska bevisa att deras åtgärder är nödvändiga för att skydda något av de angivna intressena. Den nationella åtgärden ska uppfylla krav på proportionalitet och det får inte finnas andra, mindre handelsbegränsande, åtgärder som kan uppfylla syftet.¹⁵⁰

3.5.2 Doktrinen om tvingande hänsyn

EU-domstolen har i sin rättspraxis utvecklat en doktrin som möjliggör för medlemsstaterna att behålla eller införa nationella bestämmelser som medför en särskild behandling av utländska medborgare eller tjänsteleverantörer under vissa förutsättningar.¹⁵¹ Doktrinen om tvingande hänsyn innebär att icke-diskriminerande, men samhandelshindrande, åtgärder kan vara tillåtna om de uppfyller vissa krav. Medlemsstaterna kan åberopa tvingande hänsyn till t.ex. konsumentskydd och god handelssed för att göra avsteg från den fria rörligheten för tjänster.¹⁵² I domen *Laval*¹⁵³

¹⁴⁷ Mål C-31/87, *Beentjes*, punkt 30 och 37; jfr Hettne (2013), s. 244.

¹⁴⁸ Offentlig maktutövning sammanfaller i princip med det svenska begreppet myndighetsutövning. Se mål 2/74, *Reyners*, punkt 45.

¹⁴⁹ Craig och de Búrca (2011), s. 668.

¹⁵⁰ Bernitz och Kjellgren (2010), s. 250.

¹⁵¹ Se t.ex. mål C-19/92, *Kraus*, punkt 32 och mål C-55/94, *Gebhard*, punkt 37.

¹⁵² Jfr mål 120/78, *Cassis de Dijon*, punkt 8; jfr Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 3, som menar att sociala krav som rör kontraktets fullgörande endast bör anses vara samhandelshindrande om de är direkt eller indirekt diskriminerande.

uttalade EU-domstolen att rätten att vidta fackliga stridsåtgärder för att skydda arbetstagarna i värdmedlemsstaten mot eventuell social dumpning kan utgöra tvingande hänsyn till allmänintresset.¹⁵⁴ Ytterligare skyddshänsyn som uttalats i domstolens praxis är förbättrande av arbetsförhållanden samt skydd för den ekonomiska balansen i sociala trygghets- och socialförsäkringssystem.¹⁵⁵ Uppräkningen är inte uttömmande, det är möjligt att EU-domstolen utvecklar listan med tvingande hänsyn förutsatt att dessa åberopas av medlemsstaterna.¹⁵⁶ Liksom vid åberopande av artikel 51 FEUF och artikel 52 FEUF måste medlemsstaten dels kunna styrka sina påståenden, dels visa att den nationella åtgärden är proportionerlig i förhållande till det åsyftade målet.¹⁵⁷

I *Gebhard*¹⁵⁸ uppställde EU-domstolen ett specifikt test för att avgöra under vilka förutsättningar nationella restriktioner kunde rättfärdigas med hänvisning till ett tvingande hänsyn av allmänintresse.¹⁵⁹ Inre marknadsstatet föreskriver att de nationella åtgärderna är tillåtna endast om de tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, är motiverade av tvingande hänsyn till allmänintresset, är ägnade att säkerställa det eftersträvade målet samt inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål.¹⁶⁰ Detta bekräftades även av EU-domstolen i målen *Contse*¹⁶¹ och *Serrantoni*¹⁶².

3.6 Kommentar

Bestämmelserna om fri rörlighet för tjänster och de grundläggande EU-rättsliga principerna inverkar på de upphandlande myndigheternas utrymme att ställa sociala krav i offentlig upphandling. För att regelverket ska bli tillämpligt krävs att åtgärden vidtas av en medlemsstat. Som ovan nämnts finns det olika synsätt i doktrin på hur den upphandlande myndighetens agerande ska kategoriseras. Enligt inre marknadsperspektivet ska myndighetens krav vara förenliga med inre marknadsstatet för att tillåtas enligt EU-rätten. Förespråkarna för multipolicyperspektivet menar däremot att det bör finnas en åtskillnad mellan myndighetens köpbeslut och sådana upphandlingskriterier som begränsar kretsen av potentiella anbudsgivare.

¹⁵³ Mål C-341/05, *Laval*.

¹⁵⁴ Mål C-341/05, *Laval*, punkt 103; mål C-165/98, *Mazzoleni och ISA*, punkt 27; jfr mål C-36/02, *Omega Spielhallen*, punkt 35.

¹⁵⁵ Jfr Hettne (2013), s. 243 f.

¹⁵⁶ Bernitz och Kjellgren (2010), s. 260.

¹⁵⁷ Hettne (2013), s. 243 f.

¹⁵⁸ Mål C-55/94, *Gebhard*.

¹⁵⁹ Mål C-55/94, *Gebhard*, punkt 37 och 39.

¹⁶⁰ Mål C-55/94, *Gebhard*, punkt 37; jfr mål 113/89, *Rush Portuguesa*.

¹⁶¹ Mål C-234/03, *Contse*; jfr Hettne (2013), s. 244 f.

¹⁶² Mål C-376/08, *Serrantoni*; jfr Hettne (2013), s. 244 f.

Vid EU-domstolens prövning av legitimiteten av en potentiellt samhandelshindrande nationell åtgärd sker vanligtvis en bedömning i tre steg. Först ska det avgöras huruvida åtgärden utgör ett hinder mot friheten att tillhandahålla tjänster. Därefter prövas om agerandet går att rättfärdiga med hänsyn till ett tvingande hänsyn av allmänt intresse. Slutligen ska domstolen pröva huruvida åtgärden är proportionerlig.

Doktrinen om tvingande hänsyn ger uttryck för den avvägning som ska ske mellan frihandel, konkurrens och andra övergripande målsättningar inom EU då en nationell lagstiftning eller åtgärd riskerar att stå i strid med EU-rätten. Utvecklingen i EU-domstolens rättspraxis tyder på att domstolen lägger mindre vikt vid om en nationell åtgärd anses vara diskriminerande, utan snarare ser till om åtgärden är samhandelshindrande.¹⁶³ Detta ligger väl i linje med tanken att kunna rättfärdiga nationella åtgärder som syftar till att skydda intressen som bedöms vara viktiga inom EU men som faller utanför uppräknningen i de primärrättsliga undantagsbestämmelserna.

Vad gäller proportionalitetsbedömningen ger de primärrättsliga bestämmelserna, sedan Lissabonfördragets ikraftträdande, uttryck för den intresseavvägning som ska ske mellan EU:s olika målsättningar. Numera står klart att EU-rätten inte enbart syftar till att främja fri rörlighet och konkurrens. Även icke-ekonomiska värden ska beaktas. Vilken betydelse detta kan få för EU-domstolens prövning av nationella åtgärder som riskerar att stå i strid med unionsrätten ska presenteras i avsnittet nedan.

¹⁶³ Jfr Hettne (2012), s. 18 f.

4 Ett ökat primärrättsligt fokus på sociala hänsyn

4.1 Bakgrund

Ursprungligen var integrationsprocessen inom Europeiska gemenskapen (EG) i huvudsak marknadsdriven. EG gavs exklusiv kompetens att skapa och upprätthålla den gemensamma marknaden.¹⁶⁴ Sociala målsättningar samt uppdraget att skapa och garantera sociala minimistandarder för medborgarna var förbehållna medlemsstaterna.¹⁶⁵ De ekonomiska friheterna på den gemensamma marknaden skulle skyddas från restriktioner och protektionism som ansågs härstamma från medlemsstaternas nationella rättsordningar. Det föreskrevs visserligen principer gällande exempelvis sociala hänsyn, däribland principen om lika lön för lika arbete för kvinnor och män, men dessa instiftades i huvudsak i syfte att underlätta för friheterna på den gemensamma marknaden. Såväl sociala som miljömässiga hänsyn ansågs vara avsteg från de grundläggande friheterna.¹⁶⁶

4.2 En social marknadsekonomi

De senaste decennierna har det EU-rättsliga regelverket genomgått en genomgripande förändring vad gäller ökat fokus på sociala hänsyn. Inte minst EU-domstolen har varit pådrivande i detta arbete.¹⁶⁷ Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande den 1 december 2009, ger artikel 3.3 Fördraget om Europeiska unionen (FEU) uttryck för att EU ska bygga på en social marknadsekonomi med hög konkurrenskraft. Unionen ska sträva efter att nå full sysselsättning, social utveckling och en hög miljöskyddsnivå.

Vad gäller frågan om medlemsstaternas utrymme att ställa sociala krav i offentlig upphandling ska noteras att Lissabonfördraget innehåller en särskild bestämmelse om att EU ska respektera lokalt och regionalt självstyre.¹⁶⁸ Därmed tillåts medlemsstaterna och de nationella myndigheterna att bestämma t.ex. hur de ska tillhandahålla tjänster av allmänt ekonomiskt intresse till sina medborgare.¹⁶⁹ Vidare stadgar

¹⁶⁴ Se t.ex. artikel 4.1 i Fördraget om upprättandet av Europeiska gemenskapen.

¹⁶⁵ Sjäffell och Wiesbrock (2016), s. 232; Rosenkötter och Wuersig (2010), s. 4.

¹⁶⁶ Sjäffell och Wiesbrock (2016), s. 232.

¹⁶⁷ Sjäffell och Wiesbrock (2016), s. 232.

¹⁶⁸ Artikel 4.2 FEU.

¹⁶⁹ Se t.ex. artikel 14 FEUF, artikel 106 FEUF och protokoll (nr 26) om tjänster av allmänt ekonomiskt intresse; jfr Rosenkötter och Wuersig (2010), s. 5.

subsidiaritetsprincipen att EU endast ska agera om den tänkta åtgärden inte kan uppnås på medlemsstatlig, regional eller lokal nivå, utan mer effektivt kan drivas igenom på EU-rättslig nivå.¹⁷⁰ Varje politiskt beslut ska fattas så nära medborgarna som möjligt. Detta kan få betydelse för möjligheten att ställa krav i enlighet med nationella sociala målsättningar.

Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande är numera EU:s rättighetsstadga bindande och har samma rättsliga värde som fördragen.¹⁷¹ Detta innebär att bestämmelserna i stadgan ska beaktas av EU-lagstiftaren vid varje lagstiftningsprocess.¹⁷² Stadgans avdelning IV, med rubriken *Solidaritet*, innehåller flertalet sociala rättigheter.¹⁷³ Bestämmelserna i stadgan ger uttryck för en rad principer av vikt för den fortsatta framställningen, t.ex. rätt till icke-diskriminering¹⁷⁴, rättvisa arbetsförhållanden¹⁷⁵ och social trygghet¹⁷⁶. Stadgan föreskriver även rätten att förhandla och ingå kollektivavtal samt att vidta stridsåtgärder i syfte att försvara nationella intressen.¹⁷⁷ Noteras ska dock att bestämmelserna varken utökar EU:s befogenheter eller förändrar existerande kompetens.¹⁷⁸ De uppmanar inte EU-lagstiftaren till ny reglering på området, utan bekräftar snarare tidigare rättspraxis på området och kodifierar denna i primärrätten.¹⁷⁹

4.3 Primärrättsliga integrationsprinciper

Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande innehåller Fördraget om Europeiska unionens funktionssätt (FEUF) ett antal bestämmelser som uppmanar EU att, inom ramen för sin kompetens, samordna övergripande EU-rättsliga målsättningar inom såväl det social- som miljöpolitiska området.¹⁸⁰ Det finns en generell integrationsprincip i artikel 7 FEUF som stadgar att EU ska säkerställa samstämmigheten mellan all sin politik och verksamhet. Bestämmelsen kan anses ge uttryck för dagens EU-rättsliga regelverk som resultatet av den intresseavvägning som under en lång tid har ägt rum mellan unionens olika målsättningar.¹⁸¹

¹⁷⁰ Se artikel 5 FEU och protokoll (nr 2) om tillämpning av subsidiaritets- och proportionalitetsprinciperna.

¹⁷¹ Artikel 6.1 första stycket FEU.

¹⁷² Rosenkötter och Wuersig (2010), s. 5.

¹⁷³ Ahlberg och Bruun (2010), s. 117.

¹⁷⁴ Artikel 21 i stadgan.

¹⁷⁵ Artikel 31 i stadgan.

¹⁷⁶ Artikel 34 i stadgan.

¹⁷⁷ Artikel 28 i stadgan; jfr SOU 2015:78, s. 69 ff.

¹⁷⁸ Se artikel 6.1 andra stycket FEU och artikel 51.2 i stadgan.

¹⁷⁹ Rosenkötter och Wuersig (2010), s. 6.

¹⁸⁰ Hettne (2013), s. 250; Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. 233 f.

¹⁸¹ Jfr Hettne (2013), s. 250.

Samstämmighetsprincipen i artikel 7 FEUF konkretiseras genom de efterföljande bestämmelserna i funktionsfördraget. Enligt artikel 8 FEUF ska EU syfta till att främja jämlikhet mellan män och kvinnor i samtliga vidtagna åtgärder. Sysselsättningsmål, kampen mot social utestängning och en hög utbildningsnivå betonas i artikel 9 FEUF. I artikel 10 FEUF anges en anti-diskrimineringsprincip med innebörden att EU ska försöka bekämpa all diskriminering vid utformningen och genomförandet av sin politik och verksamhet. Genom artikel 11 FEUF betonas miljöhänsyn som ett av EU:s övergripande mål. Bestämmelsen stadgar att miljöskydds krav ska integreras i utformningen och genomförandet av EU:s politik och verksamhet, särskilt i syfte att främja hållbar utveckling. Även stadgan ger uttryck för att en hög miljöskyddsnivå ska integreras i EU:s politik och säkerställas i enlighet med principen om hållbar utveckling.¹⁸²

I doktrin har uttalats att artikel 11 FEUF innehåller en av de viktigaste principerna i EU:s primärrätt vad gäller hållbar offentlig upphandling. Trots att bestämmelsen endast uttryckligen nämner miljöskydd anses den vara relevant i samtliga delar av EU:s policyarbete, således även gällande sociala hänsyn.¹⁸³ Det är en rättsligt bindande regel men de konkreta rättsliga effekterna av principen är dock fortfarande oklara.¹⁸⁴ Wiesbrock och Sjäffell har uttalat att offentlig upphandling är ett av få rättsområden, med nära koppling till fri rörlighet och konkurrensrätt, där artikel 11 FEUF är av särskild betydelse.¹⁸⁵

4.4 En ny rättslig grund för den inre marknaden

EU:s institutioner ska anta lagstiftningsakter mot bakgrund av en eller flera rättsliga grunder.¹⁸⁶ Vilken grund som tillämpas får betydelse för vilken typ av lagstiftningsakt som får antas, hur lagstiftningsprocessen ska gå till samt vilka effekter denna lagstiftningsakt kan få för medlemsstaterna.¹⁸⁷ Mot bakgrund av bl.a. artiklarna 114–118 FEUF ges EU-lagstiftaren rättslig grund att skapa harmoniserande bestämmelser på den inre marknaden.

¹⁸² Artikel 37 i stadgan.

¹⁸³ Sjäffell och Wiesbrock (2016), s. 8.

¹⁸⁴ Sjäffell och Wiesbrock (2016), s. 11; jfr Grimeau (2000), s. 207-217.

¹⁸⁵ Se t.ex. mål C-513/99, *Concordia Bus*; Sjäffell och Wiesbrock (2016), s. 11.

¹⁸⁶ Artikel 5.2 FEU.

¹⁸⁷ Hettne (2012), s. 23.

2014 års upphandlingsdirektiv har antagits mot bakgrund av bl.a. artikel 114 FEUF.¹⁸⁸ Bestämmelsen har av Hettne ansetts utgöra det främsta bemyndigandet för den inre marknaden.¹⁸⁹ Enligt artikel 114 FEUF ska kommissionen i sina lagstiftningsförslag om hälsa, säkerhet samt miljö- och konsumentskydd utgå från en hög skyddsnivå och beakta ny utveckling som grundas på vetenskapliga fakta. Vidare föreskriver bestämmelsen att Europaparlamentet och rådet ska sträva efter att uppnå detta mål inom ramen för sina tilldelade respektive befogenheter. Ett direktiv eller en förordning som antas mot bakgrund av artikel 114 FEUF syftar således inte enbart till den inre marknadens funktion, utan ska även se till att EU uppnår en hög nivå vad gäller icke-ekonomiska målsättningar.¹⁹⁰

4.5 Kommentar

4.5.1 Vägledande principer för EU-lagstiftaren

Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande ger flertalet primärrättsliga bestämmelser uttryck för att EU ska integrera såväl ekonomiska som horisontella hänsyn i sitt policyarbete. Hettne poängterar att de aktuella primärrättsliga bestämmelserna inte bör ses som nyheter utan snarare som förtydliganden av EU-domstolens rättspraxis på området. Enligt Hettne är dagens EU-rättsliga regelverk resultatet av den intresseavvägning som sedan en lång tid tillbaka skett mellan unionens olika rättsliga och politiska målsättningar.¹⁹¹ Artikel 7–11 FEUF kan dock anses ge uttryck för en ambitionshöjning och vilja till policysamordning från EU-lagstiftarens sida.¹⁹² Mot denna bakgrund är det tänkbart att framtida sekundärrätt kommer att innehålla mer långtgående bestämmelser vad gäller såväl sociala som miljömässiga hänsyn.

4.5.2 EU-domstolens roll

EU-domstolens roll som pådrivande för det framtida policyarbetet inom EU har betonats i den juridiska doktrinen.¹⁹³ Domstolen kan bidra till utvecklingen genom sin tolkning av sekundärrätten mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna. Detta förutsätter dock att medlemsstaterna driver sina frågor och begär förhandsavgöranden från EU-domstolen.

¹⁸⁸ Se ingressen till direktiv 2014/24/EU. Därutöver har direktivet antagits mot bakgrund av artikel 53.2 FEUF och 62 FEUF.

¹⁸⁹ Hettne (2013), s. 253.

¹⁹⁰ Hettne (2013), s. 253.

¹⁹¹ Hettne (2012), s. 39.

¹⁹² Hettne (2013), s. 250; jfr Rosenkötter och Wuersig (2010), s. 2.

¹⁹³ Kingston i Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. 33.

Det är tänkbart att artikel 3.3 FEU, som föreskriver att EU ska vara en social marknadsekonomi, kan leda till att domstolen utvidgar doktrinen om tvingande hänsyn till allmänt intresse. Detta kan få betydelse vid prövningen av huruvida ett socialt uppställt krav, som utgör en inskränkning av friheterna på den inre marknaden, kan anses vara motiverat och därmed tillåtet enligt EU-rätten. Doktrinen om tvingande hänsyn är nämligen inte uttömmande utan utvecklas genom EU-domstolens praxis, förutsatt att skyddsintressena åberopas av medlemsstaterna.¹⁹⁴ En avvägning mellan den primärrättsliga principen om fri rörlighet och målsättningarna om en hög sysselsättningsgrad och socialt skydd ska ske i varje enskilt fall.

En av de relevanta frågeställningarna vid revideringen av upphandlingsdirektivet var hur Lissabonfördragets ikraftträdande påverkar medlemsstaternas möjlighet att ställa sociala hänsyn vid offentlig upphandling.¹⁹⁵ I avsnittet nedan ska 2014 års upphandlingsdirektiv presenteras med utgångspunkt i förutsättningarna detta ger för medlemsstaternas möjligheter att beakta sociala hänsyn.

¹⁹⁴ Jfr Rosas och Armati (2012), s. 186.

¹⁹⁵ Jfr Kingston i Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 25; jfr Sundstrand (2015), s. 10.

5 2014 års upphandlingsdirektiv

5.1 Inledning

Det EU-rättsliga intresset av att använda offentliga kontrakt i syfte att nå socialpolitiska målsättningar har funnits under en lång tid.¹⁹⁶ I 2004 års upphandlingsdirektiv föreskrevs för första gången specifika bestämmelser som tillät myndigheter att inkludera sociala hänsyn i upphandlingsprocessen.¹⁹⁷ Till följd av den politiska och rättsliga utvecklingen inom EU blev det emellertid aktuellt med en revidering av direktivet endast ett par år efter det att det hade införlivats i medlemsstaternas rättsordningar.¹⁹⁸ I 2014 års upphandlingsdirektiv uppmanas medlemsstaterna att på ett lämpligt sätt integrera horisontella hänsyn i sina myndigheters upphandlingar.¹⁹⁹ Direktivet ger utrymme för strategisk upphandling, vilket innebär att medlemsstaterna tillåts att använda sin köpkraft för att upphandla varor och tjänster som främjar andra än rent ekonomiska mål.²⁰⁰ Synsättet får även anses överensstämma med den internationella inställningen på området.²⁰¹

5.2 Bakgrund till 2014 års upphandlingsdirektiv

År 2010 lade den f.d. EU-kommissionären Mario Monti fram en rapport med förslag till en ny strategi för den inre marknaden. *Montirapporten* föreslog att reglerna på upphandlingsområdet skulle bli enklare och mer effektiva.²⁰² Därutöver innehöll rapporten rekommendationer om att offentlig upphandling i större utsträckning skulle användas som ett verktyg för att främja innovation, grön tillväxt och social integration. Montirapporten lade även en grund för att introducera specifika

¹⁹⁶ Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 16; McCrudden (2004), s. 257-267; se t.ex. KOM(2001) 556; jfr kommissionens handböcker *Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling* respektive *Socialt ansvarsfull upphandling. En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling*.

¹⁹⁷ Se t.ex. skäl 1 i direktiv 2004/18/EG.

¹⁹⁸ Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 16.

¹⁹⁹ Skäl 37 i direktiv 2014/24/EU.

²⁰⁰ Jfr SOU 2014:51, s. 35.

²⁰¹ Sjäffjell och Wiesbrock (2016), s. 12 f; se t.ex. WTO:s reviderade upphandlingsavtal, *Government Procurement Agreement (GPA)*, artikel X.6; se även *The Marrakech Process of 2003*, www.unep.org/10yfp/ Besökt den 9 augusti 2016.

²⁰² Rapport till Europeiska kommissionens ordförande av Mario Monti, s. 82 ff.

obligatoriska krav som relaterade till icke-ekonomiska målsättningar på upphandlingsområdet.²⁰³

Vidare presenterade kommissionen *Europa 2020-strategin*²⁰⁴, en agenda med övergripande målsättning att omvandla EU till en smart och hållbar ekonomi med hög sysselsättning, produktivitet, social sammanhållning och innovation.²⁰⁵ I strategin gavs offentlig upphandling en framträdande roll som ett av de marknadsbaserade instrument som skulle användas för att uppnå dessa mål.²⁰⁶ Europa 2020-strategin efterföljdes av kommissionens meddelande *Inremarknadsakten*²⁰⁷, där offentlig upphandling nämndes som en av de prioriterade åtgärderna som EU:s institutioner skulle anta före utgången av 2012. Enligt meddelandet behövdes ett reviderat och moderniserat regelverk för offentlig upphandling i syfte att effektivisera utgifterna och göra kontraktstilldelningen mer flexibel.²⁰⁸ Därutöver uttalades att regelverket behövde uppdateras för att bättre kunna användas till stöd för EU:s policyarbete på icke-ekonomiska områden.²⁰⁹

Frågan om offentlig upphandling kunde användas för att främja horisontella intressen var i fokus i kommissionens *grönbok* som lanserades i januari 2011.²¹⁰ Syftet med grönboken var att identifiera ett antal viktiga reformområden och de berörda parter lämna synpunkter på alternativ på hur lagstiftningen skulle kunna förändras i ett offentligt samråd. Gensvaret var stort och synpunkter inkom från offentliga myndigheter, ekonomiska aktörer, fackföreningar och akademiker.²¹¹ En stor majoritet av de berörda parterna uppskattade kommissionens initiativ att se över regelverket. Vad gäller strategisk användning av offentlig upphandling för att uppnå målen i Europa 2020-strategin rådde det dock delade meningar.²¹² Många berörda, särskilt ekonomiska aktörer, var motståndare till en sådan ordning. En del svenska myndigheter framhöll i sina remissvar att de huvudsakliga målsättningarna i EU:s förslag kunde vara svårförenliga.²¹³ Andra aktörer, som t.ex. fackförbund och NGOs, var positiva till initiativet och ville se

²⁰³ Rapport till Europeiska kommissionens ordförande av Mario Monti, s. 84.

²⁰⁴ KOM(2010) 2020 slutlig, *Europa 2020 – En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*.

²⁰⁵ KOM(2010) 2020 slutlig, s. 10.

²⁰⁶ KOM(2010) 2020 slutlig, s. 13 och 16 f.

²⁰⁷ KOM(2011) 206 slutlig, *Inremarknadsakten – Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden "Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt"*.

²⁰⁸ Jfr KOM(2011) 15 slutlig, s. 4.

²⁰⁹ KOM(2011) 206 slutlig, s. 19f.; jfr KOM(2011) 896 slutlig, s. 2.

²¹⁰ KOM(2011) 15 slutlig, *Grönbok om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*.

²¹¹ Jfr KOM(2011) 896 slutlig, s. 4.

²¹² Jfr KOM(2011) 896 slutlig, s. 5.

²¹³ Se t.ex. Kommerskollegium (2012), s. 4.

långtgående förändringar av själva principerna för EU:s upphandlingspolitik.²¹⁴

Kommissionen presenterade sitt *förslag* på ändringar i december 2011.²¹⁵ Det lades fram tre direktivförslag, två som skulle ersätta respektive befintligt direktiv på den klassiska sektorn och försörjningssektorn samt ett helt nytt upphandlingsdirektiv för koncessioner. Förutom att uppnå målen om att effektivisera de offentliga utgifterna och möjliggöra användandet av offentlig upphandling till stöd för EU:s policyarbete på andra områden²¹⁶, syftade översynen till att tydliggöra regelverket och ta hänsyn till EU-domstolens rättspraxis på området.²¹⁷ Efter långdragna förhandlingar med Europaparlamentet och rådet antogs direktiven i februari 2014.²¹⁸ Direktivet för den klassiska sektorn skulle ha införlivats i de nationella rättsordningarna senast den 18 april 2016.²¹⁹

5.3 Möjligheten att ställa sociala krav i upphandlingsprocessens olika faser

5.3.1 Inledning

Enligt 2014 års upphandlingsdirektiv har den upphandlande myndigheten möjlighet, och ibland en skyldighet, att ställa krav i syfte att säkerställa att leverantören fullgör kontraktet i enlighet med tillämpliga sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter. Sådana krav kan ställas i upphandlingsprocessens olika delar; på tjänsten som ska köpas in, på den leverantör som ska utföra kontraktet, för att fastställa vilket anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet samt vid kontraktets fullgörande, då leverantören kan vara skyldig att följa vissa sociala standarder.²²⁰

Ett ökat fokus på sociala hänsyn kommer främst till uttryck i den horisontella bestämmelsen i artikel 18.2 i 2014 års upphandlingsdirektiv. Bestämmelsen föreskriver att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att den leverantör som tilldelas kontraktet fullgör detta i

²¹⁴ KOM(2011) 896 slutlig, s. 5; För en övergripande sammanställning av svaren, se http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf Besökt den 9 augusti 2016.

²¹⁵ KOM(2011) 896 slutlig, *Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling*.

²¹⁶ KOM(2011) 206 slutlig, s. 19 f; jfr KOM(2011) 896 slutlig, s. 2.

²¹⁷ Jfr SOU 2015:78, s. 62 f.

²¹⁸ Lagstiftningspaketet består av direktiv 2014/23/EU, direktiv 2014/24/EU och direktiv 2014/25/EU.

²¹⁹ Artikel 90 i direktiv 2014/24/EU.

²²⁰ Sjäffell och Wiesbrock (2016), s. 19; Kommerskollegium (2015), s. 9.

enlighet med tillämpliga sociala och arbetsrättsliga skyldigheter.²²¹ De skyldigheter som avses är de som gäller på den ort där byggtreprentaden utförs eller tjänsterna tillhandahålls.²²² Bestämmelsen konkretiseras genom artiklarna om skäl för uteslutning²²³, tilldelning av kontrakt²²⁴ och onormalt låga anbud²²⁵. Därutöver ger bestämmelserna om tilldelningskriterier²²⁶ och fullgörande av kontrakt²²⁷ medlemsstaterna möjlighet att beakta sociala och arbetsrättsliga hänsyn. Som ovan nämnts ska upphandlingsförfarandet ske i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna.²²⁸ Möjligheten att ställa sociala krav kan påverkas av den kodifierade konkurrensprincipen i artikel 18.1 i 2014 års upphandlingsdirektiv.

5.3.2 Fastställande av kontraktets föremålet

Under upphandlingens förberedande stadium ska myndigheten upprätta ett förfrågningsunderlag där den ska ställa krav på den tjänst som ska köpas in. Kontraktets föremålet ska beskrivas utifrån de egenskaper som myndigheten kräver i den del av upphandlingen som benämns tekniska specifikationer.²²⁹ Tekniska specifikationer har tre huvudfunktioner. För det första definierar de konkurrensnivån genom att företaget kan besluta huruvida de är intresserade av att delta i upphandlingen eller inte. För det andra utgör de mätbara krav enligt vilka anbudsgivarna kan utvärderas. Slutligen anger tekniska specifikationer vilka minimiförhållandena som krävs för att uppfylla kriterierna. Den upphandlande myndigheten kan endast utvärdera eller jämföra anbud mot krav som stadgas i de tekniska specifikationerna.²³⁰

En nyhet i 2014 års upphandlingsdirektiv är att de tekniska specifikationerna kan avse en särskild metod för att tillhandahålla den aktuella tjänsten. Detta gäller även då denna inte utgör en del av själva kontraktets föremålet.²³¹ Det bör enligt Ahlberg och Bruun vara möjligt att ställa sociala krav som kan påverka tjänstens kvalitet eller resultat, t.ex. krav på de anställdas kompetens vid utförandet av kontraktet eller krav på en viss

²²¹ De skyldigheter som avses är de som fastställs i EU-rätt, nationell rätt, kollektivavtal eller internationella bestämmelser, se bilaga X till direktiv 2014/24/EU. Direktivet innehåller dock ett undantag från artikel 18.2 vad gäller utstationerade arbetstagare, se närmare nedan i avsnitt 6.3.

²²² Detta innebär orten där de karaktäristiska prestationerna utförs, eller, när det är fråga om tjänster som utförs på distans, på orten där tjänsterna utförs, se skäl 37-38 i direktiv 2014/24/EU.

²²³ Artikel 57.4 första stycket a i direktiv 2014/24/EU.

²²⁴ Artikel 56.1 andra stycket i direktiv 2014/24/EU.

²²⁵ Artikel 69.2.d och 69.3 i direktiv 2014/24/EU.

²²⁶ Artikel 67.2 i direktiv 2014/24/EU.

²²⁷ Artikel 70 i direktiv 2014/24/EU.

²²⁸ Se ovan avsnitt 2.2.

²²⁹ Artikel 42.1 i direktiv 2014/24/EU.

²³⁰ *Socialt ansvarsfull upphandling*, s. 29.

²³¹ Kommerskollegium (2015), s. 11.

arbetstid för de anställda.²³² En förutsättning för att sådana krav ska kunna ställas är att det finns en koppling mellan kravet och kontraktets föremål samt att det står i proportion till kontraktets värde och målsättningar i övrigt.²³³

Ytterligare en nyhet i direktivet är att den upphandlande myndigheten, under vissa förutsättningar, kan ställa krav på ett särskilt märke som bevismedel för att den aktuella tjänsten uppfyller de sociala krav som ställs i de tekniska specifikationerna.²³⁴ Även här gäller att kravet ska vara kopplat till kontraktets föremål.²³⁵ Myndigheten är skyldig att godta alla märken som säkerställer ett likvärdigt skydd som bevismedel.²³⁶

5.3.3 Kvalificeringsfasen

I förfrågningsunderlaget har den upphandlande myndigheten även möjlighet att ställa krav på den leverantör som ska utföra kontraktet, t.ex. gällande leverantörens ekonomiska och finansiella ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Samtliga ställda krav ska vara kopplade till kontraktets föremål och vara proportionerliga.²³⁷

Liksom i 2004 års upphandlingsdirektiv föreskrivs i 2014 års direktiv vissa omständigheter som kräver att en leverantör ska uteslutas ur en upphandling. Detta gäller t.ex. om det har fastställts genom en lagakraftvunnen dom att leverantören har gjort sig skyldig till vissa typer av brott.²³⁸ Direktivet innehåller även en uttömmande lista på omständigheter som *kan* leda till uteslutning. En nyhet i 2014 års direktiv är att den upphandlande myndigheten får utesluta en leverantör om den kan visa att leverantören har åsidosatt sina sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter.²³⁹ Myndigheten har rätt att kräva att leverantören kommer in med intyg eller andra bevismedel i syfte att bevisa att det inte föreligger grund för uteslutning.²⁴⁰

²³² Ahlberg och Bruun (2010), s. 60 f.

²³³ Artikel 42.1 i direktiv 2014/24/EU.

²³⁴ Artikel 43.1 i direktiv 2014/24/EU. Exempel på ett sådant märke är den nordiska miljömärkningen Svanen. Den upphandlande myndigheten kan även ställa krav på särskild märkning i tilldelningskriterierna eller i de särskilda kontraktsvillkoren.

²³⁵ Artikel 43.1.a i direktiv 2014/24/EU.

²³⁶ Kommerskollegium (2015), s. 11.

²³⁷ Artikel 58.1 i direktiv 2014/24/EU.

²³⁸ Artikel 57 i direktiv 2014/24/EU.

²³⁹ Artikel 57.4.a med hänvisning till artikel 18.2 i direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁰ Artikel 60 i direktiv 2014/24/EU.

5.3.4 Utvärderingsfasen

Förfrågningsunderlaget ska även innehålla information om hur utvärderingen av anbuderna kommer att ske. I skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv anges att tilldelningskriterier inte får väljas eller tillämpas på ett sätt som direkt eller indirekt diskriminerar ekonomiska aktörer från andra medlemsstater eller från länder som är parter i WTO:s upphandlingsavtal eller frihandelsavtal som EU är part i.²⁴¹

Den upphandlande myndigheten har möjlighet att uppställa sociala krav som kriterier för utvärderingen. Enligt 2014 års upphandlingsdirektiv ska myndigheten tilldela kontraktet till den leverantör som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.²⁴² Myndigheten kan antingen basera sitt val på enbart priset eller välja att ta hänsyn till fler kriterier, t.ex. krav på en viss nivå av anställnings- och arbetsvillkor. Beroende på vilka kriterier som myndigheten väljer att inkludera kan utvärderingen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antingen beakta enbart pris eller det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.²⁴³ Tillämpandet av sociala tilldelningskriterier kan anses utgöra ett incitament för anbudsgivaren att ge sina anställda bättre villkor.²⁴⁴

En förutsättning för att tilldelningskriterier ska kunna tillämpas är att det finns en koppling mellan kravet och kontraktets föremål. Enligt 2014 års upphandlingsdirektiv anses det finnas en sådan koppling även om tilldelningskriteriet avser tillhandahållandet av kontraktets föremål. Tillräcklig koppling anses dock inte finnas när kravet rör allmän företagspolicy, t.ex. att företaget ska ha en viss policy för deras sociala ansvar.²⁴⁵ Tilldelningskriterierna får inte heller medföra en obegränsad valfrihet för den upphandlande myndigheten i syfte att garantera att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna upprätthålls. För att kriterierna ska garantera effektiv konkurrens ska de vara möjliga att följas upp av myndigheten.

För det fall ett anbud verkar onormalt lågt i förhållande till andra anbud ska den upphandlande myndigheten begära att leverantören lämnar förklaringar om de priser eller kostnader som föreslås i anbudet.²⁴⁶ Leverantören kan t.ex. behöva förklara på vilket sätt den har uppfyllt sina sociala eller

²⁴¹ Skäl 98 i direktiv 2014/24/EU.

²⁴² Värt att notera är att definitionen har ändrats sedan 2004 års upphandlingsdirektiv, jfr artikel 53.2 och skäl 46 i direktiv 2004/18/EG.

²⁴³ Artikel 67 i direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁴ Ahlberg och Bruun (2010), s. 63.

²⁴⁵ Skäl 97 i direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁶ Artikel 69 i direktiv 2014/24/EU.

arbetsrättsliga skyldigheter. En nyhet i 2014 års upphandlingsdirektiv är att den upphandlande myndigheten ska förkasta ett anbud som den fastställt som onormalt lågt och som beror på att leverantören inte har levt upp till sina skyldigheter på dessa områden.²⁴⁷

5.3.5 Kontraktets fullgörande

Den upphandlande myndigheten kan i kontraktet ställa krav som ska uppfyllas vid fullgörandet av kontraktet, s.k. särskilda kontraktsvillkor.²⁴⁸ En fördel med sådana villkor ur konkurrenshänseende är att även leverantörer som inte lever upp till kravet vid anbudsgivningen inte förhindras att delta, eftersom de har möjlighet att ändra sin verksamhet fram till tidpunkten för kontraktets fullgörande.²⁴⁹ Sådana villkor får omfatta sociala eller sysselsättningsrelaterade hänsyn, exempelvis åtgärder för att främja jämställdhet i arbetslivet mellan kvinnor och män och till att leva upp till innehållet i ILO:s grundläggande konventioner. I samband med kontraktstilldelningen kan leverantören skriva på en etisk uppförandekod som ska följas under kontraktstiden.²⁵⁰

Vidare stadgas att särskilda kontraktsvillkor som avser sociala krav vid tjänsteupphandlingar ska tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet så som det tolkats av EU-domstolen. I skälen förtydligas att krav som rör grundläggande arbetsvillkor i utstationeringsdirektivet, som t.ex. minimilön, även fortsättningsvis bör ligga på den nivå som anges i nationell lagstiftning eller i kollektivavtal som tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet.²⁵¹

Villkoren måste vara kopplade till kontraktets föremål och anges i upphandlingsunderlagen. Kravet på koppling mellan villkoren och kontraktets föremål utesluter, liksom vad gäller för tilldelningskriterier, villkor som rör leverantörens allmänna företagspolicy.²⁵² Vidare får inte kraven vara direkt eller indirekt diskriminerande för leverantörer från andra medlemsstater eller från länder som är parter i WTO:s upphandlingsavtal eller frihandelsavtal som EU är part i.²⁵³ Ahlberg och Bruun har uttalat att det bör vara möjligt att ställa krav på exempelvis de anställdas arbetstid.

²⁴⁷ Artikel 69.3 med hänvisning till artikel 18.2 i direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁸ Artikel 70 i direktiv 2014/24/EU.

²⁴⁹ Ahlberg och Bruun (2010), s. 64.

²⁵⁰ Skäl 98 andra stycket i direktiv 2014/24/EU.

²⁵¹ Skäl 98 första stycket i direktiv 2014/24/EU; jfr SOU 2015:78, s. 88 och 117.

²⁵² Skäl 97 i direktiv 2014/24/EU.

²⁵³ Skäl 98 i direktiv 2014/24/EU.

Detta eftersom ett sådant arbetsvillkor kan tänkas påverka den utförda tjänstens kvalitet eller resultat.²⁵⁴

Även underleverantörer omfattas av de miljömässiga, sociala och arbetsrättsliga krav som ställs inom ramen för upphandlingen.²⁵⁵ I syfte att förmå underleverantörerna att iaktta de skyldigheter som avses innehåller 2014 års upphandlingsdirektiv en rad bestämmelser som ger den upphandlande myndigheten insyn i leverantörskedjan.²⁵⁶

5.4 Kommentar

5.4.1 Bristen på obligatoriska bestämmelser

2014 års upphandlingsdirektiv ger uttryck för medlemsstaternas möjlighet att uppställa sociala krav under upphandlingens olika faser. Bestämmelserna är rättsligt bindande men flertalet av direktivets bestämmelser ger myndigheterna möjlighet att välja på vilket sätt de sociala kraven ska inkluderas.²⁵⁷ Exempelvis kan myndigheten basera sitt tilldelningsbeslut antingen på enbart priset eller på fler kriterier, som t.ex. krav på en viss nivå av anställnings- och arbetsvillkor. Endast i det sistnämnda fallet ska kontraktstilldelningen ske baserat på en bedömning av det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet.²⁵⁸ Enligt Wiesbrock finns det en risk att de upphandlande myndigheterna kommer att föredra enkelheten med att beakta enbart ekonomiska kriterier, förutsatt att denna möjlighet inte utesluts på medlemsstatsnivå vid införlivandet av direktivet.²⁵⁹

Wiesbrock argumenterar för att obligatoriska sociala krav inte nödvändigtvis är oförenliga med andra mål på upphandlingsområdet.²⁶⁰ Tvärtom skulle en sådan ordning enligt hennes mening bidra till en väl fungerande inre marknad genom att skapa lika förutsättningar för marknadens aktörer. Hon menar att de nuvarande bestämmelserna ger vissa leverantörer möjlighet till orättvisa konkurrensfördelar genom att t.ex. inte betala sina anställda en anständig lön.²⁶¹ Även kommissionen har betonat att social ansvarsfull upphandling kan bidra till att uppnå lika villkor på den inre marknaden, vilket kan gynna även de ekonomiska friheterna.²⁶²

²⁵⁴ Ahlberg och Bruun (2010), s. 61.

²⁵⁵ Artikel 71.1 med hänvisning till artikel 18.2 i direktiv 2014/24/EU.

²⁵⁶ Se t.ex. artikel 71.2–5 i direktiv 2014/24/EU.

²⁵⁷ Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. 18.

²⁵⁸ Artikel 67 i direktiv 2014/24/EU.

²⁵⁹ Wiesbrock i Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. 94.

²⁶⁰ Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. 235.

²⁶¹ Wiesbrock i Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. 97.

²⁶² KOM(2008) 400 slutlig, s. 3; *Social ansvarsfull upphandling*, s. 5.

Det faktum att 2014 års upphandlingsdirektiv saknar tydliga riktlinjer för vilka sociala krav som de upphandlande myndigheterna kan ställa kan tänkas bero på de oenigheter som präglades mellan såväl medlemsstaternas regeringar som mellan EU:s institutioner vid antagandet.²⁶³ Flertalet av de sociala aspekterna nämns i artiklarna men regleras framför allt av skälen till direktivet, vilket kan anses försvåra tolkningen och tillämpningen av dessa.²⁶⁴ Till följd av det oklara rättsläget som föreligger på området menar Ahlberg och Bruun att medlemsstaterna har antagit en försiktighetsprincip vid tillämpningen av sociala krav i syfte att minska risken att bryta mot principen om fri rörlighet på den inre marknaden.²⁶⁵ Detta riskerar att leda till att direktivet inte når sin önskade effekt.

5.4.2 Sociala krav och konkurrensprincipen

Losada är kritisk till att konkurrensprincipen fick en övergripande roll i kommissionens grönbok medan horisontella mål enligt hans mening sågs som sekundära hänsyn. Han påpekar att EU-lagstiftarens uppfattning tycks vara att andra policymål än rent ekonomiska tycks behöva översättas i tekniska termer för att kunna beaktas i upphandlingsprocessen.²⁶⁶

Sanchez-Graells menar däremot konkurrensprincipen och principen om fri rörlighet är de viktigaste på upphandlingsområdet. Enligt honom är det först då konkurrensprincipen får fullt genomslag i medlemsstaternas rättsordningar som offentlig upphandling kan användas för att nå övergripande sociala målsättningar. Sanchez-Graells påpekar att strategisk användning av offentlig upphandling kan skapa hinder för en väl fungerande inre marknad.²⁶⁷ Han framhåller att kommissionen i sitt förslag betonade att det nya upphandlingsdirektivet, förutom att användas för att nå strategiska målsättningar, även skulle bidra till att effektivisera utgifterna och göra kontraktstilldelningen mer flexibel. Detta kan även härledas från Europa 2020-strategin.²⁶⁸

Sanchez-Graells påtalar att nationella krav på det icke-harmoniserade området, eller krav som går utöver minimiharmoniserad lagstiftning, bör vara föremål för en strikt proportionalitetsbedömning för att vara förenliga med EU-rätten.²⁶⁹ Han stödjer sin uppfattning på att offentlig upphandling främst syftar till att de ekonomiska aktörerna ska kunna konkurrera på den

²⁶³ Ahlberg och Bruun (2010), s. 110. Se ovan avsnitt 5.2.

²⁶⁴ Se t.ex. skäl 37 och 98 i direktiv 2014/24/EU.

²⁶⁵ Ahlberg och Bruun (2010), s. 110.

²⁶⁶ Losada (2012), s. 73; jfr KOM(2011) 15 slutlig, s. 39.

²⁶⁷ Sanchez-Graells (2016), s. 378.

²⁶⁸ KOM(2010) 2020 slutlig, s. 26; jfr Sanchez-Graells (2016), s. 379.

²⁶⁹ Sanchez-Graells (2016), s. 385 och 390.

inre marknaden.²⁷⁰ Detta samtidigt som den upphandlande myndigheten ska kunna upphandla kontrakt till bästa möjliga marknadsvillkor.²⁷¹ Även Hettne betonar att upphandlingsreglerna framför allt syftar till att stärka den inre marknads funktion och EU:s konkurrenskraft. Medlemsstaternas möjligheter att ställa sociala krav ska vara beroende av intresseavvägningar i varje enskilt fall.²⁷²

5.4.3 Särskilt om kontraktets fullgörande

Särskilda kontraktsvillkor, som ska uppfyllas av anbudsgivaren under kontraktets fullgörande, har i den juridiska doktrinen bedömts vara mindre handelshindrande eftersom de ekonomiska aktörerna inte behöver leva upp till de ställda kraven vid anbudsgivningen.²⁷³ En av utgångspunkterna med offentlig upphandling är att möjliggöra en objektiv jämförelse av så många anbud som möjligt. Därmed anses såväl tilldelningskriterier som särskilda kontraktsvillkor vara lämpliga för att ställa sociala krav.²⁷⁴

Vad gäller möjligheten att ställa sociala krav, gäller enligt skäl 37 att särskilda kontraktsvillkor ska tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet så som det tolkats av EU-domstolen. I skäl 98 förtydligas att krav som rör grundläggande arbetsvillkor i utstationeringsdirektivet, t.ex. minimilön, även fortsättningsvis bör ligga på den nivå som anges i nationell lagstiftning eller i kollektivavtal som tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet.²⁷⁵ Den upphandlande myndighetens möjlighet att ställa sociala krav är således beroende av om kontraktet ska utföras av nationell eller utstationerad arbetskraft. Frågan har varit omdiskuterad, inte minst sedan EU-domstolen har tolkat upphandlingsdirektivet mot bakgrund av såväl de primärrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet som det sekundärrättsliga utstationeringsdirektivet i ett antal uppmärksammade avgöranden.²⁷⁶ Nedan följer en genomgång av de relevanta bestämmelserna i utstationeringsdirektivet. Därefter ska aktuell rättspraxis på området presenteras och analyseras.

²⁷⁰ Sanchez-Graells (2016), s. 370 och 390.

²⁷¹ Sanchez-Graells (2016), s. 385.

²⁷² Hettne (2013), s. 262 f.

²⁷³ Jfr Konkurrensverket (2015), s. 64.

²⁷⁴ Jfr Hettne (2013), s. 259 f.

²⁷⁵ Skäl 98 första stycket i direktiv 2014/24/EU; jfr SOU 2015:78, s. 88 och 117.

²⁷⁶ Se t.ex. mål C-346/06, *Rüffert* och mål C-115/14, *RegioPost*.

6 Offentlig upphandling och utstationeringsdirektivet

6.1 Inledning

Utstationeringsdirektivet²⁷⁷ är ett minimidirektiv som syftar till att arbetstagare som utstationeras från en medlemsstat till en annan ska säkerställas rätt till vissa grundläggande arbetsrättsliga förmåner enligt rättsordningen i värdmedlemsstaten.²⁷⁸ Förutsättningen är att det råder ett anställningsförhållande mellan arbetsgivaren och arbetstagaren under tiden som utstationeringen pågår.²⁷⁹ Syftet med direktivet är bl.a. att undvika social dumpning och säkerställa lojal konkurrens på den inre marknaden.²⁸⁰ Tanken är att det utstationerande företaget inte ska kunna konkurrera med lägre arbets- och anställningsvillkor än de som anges i utstationeringsdirektivet.²⁸¹ Det minimiskydd av värdmedlemsstatens förmåner som den utstationerade arbetstagaren har rätt till stadgas i direktivets hårda kärna.²⁸²

6.2 Den hårda kärnan av rättigheter

Den hårda kärnan av rättigheter som arbetstagaren ska garanteras under utstationeringstiden anges i artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet. Bestämmelsen stadgar villkor om exempelvis minimilön, längsta arbetstid och minst antal betalda semesterdagar.²⁸³ Arbetsgivaren ska garantera den utstationerade arbetstagaren det minimiskydd av villkor som ska vara fastställda antingen i värdmedlemsstatens nationella lagstiftning²⁸⁴ eller i kollektivavtal som förklarats ha allmän giltighet.²⁸⁵ Medlemsstater som saknar system för att allmängiltigförklara kollektivavtal kan istället utgå från kollektivavtal som gäller allmänt inom den aktuella branschen och det aktuella geografiska området.²⁸⁶ Därutöver finns möjligheten att utgå från

²⁷⁷ Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG av den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster.

²⁷⁸ Skäl 6 i utstationeringsdirektivet; jfr SOU 2015:78, s. 89.

²⁷⁹ Artikel 1.3 i utstationeringsdirektivet; jfr SOU 2015:78, s. 90.

²⁸⁰ Jfr skäl 13 i utstationeringsdirektivet.

²⁸¹ Se t.ex. mål C-341/05, *Laval*, punkt 74–75.

²⁸² Artikel 3.1 i utstationeringsdirektivet; jfr SOU 2015:78, s. 90.

²⁸³ Bestämmelsen är utformad som en hänvisning till gällande rätt i värdmedlemsstaten. Därmed harmoniseras inte medlemsstaternas materiella bestämmelser. Se mål C-341/05, *Laval*, punkt 60.

²⁸⁴ Artikel 3.1 första stycket, första strecksatsen i utstationeringsdirektivet.

²⁸⁵ Artikel 3.1 första stycket, andra strecksatsen i utstationeringsdirektivet.

²⁸⁶ Artikel 3.8 andra stycket, första strecksatsen i utstationeringsdirektivet.

kollektivavtal som har ingåtts av de mest representativa arbetsmarknadsorganisationerna inom värdmedlemsstaten.²⁸⁷ I artikel 3.7 anges att förmånligare villkor kan tillämpas.

Sverige är en av tre medlemsstater som saknar såväl lagstadgad minimilön som system för att allmängiltigförklara kollektivavtal.²⁸⁸ Svensk rätt innehåller lagregler om arbets- och anställningsvillkor på samtliga områden inom den hårda kärnan, förutom på området för minimilön.²⁸⁹ Enligt den svenska modellen är det arbetsmarknadens parter som förhandlar om kollektivavtalens innebörd, däribland lönebildningen.²⁹⁰ Det har i förarbeten och doktrin ansetts att den svenska modellen är svårförenlig med EU-rättens krav på förutsebarhet, tillgänglighet och transparens. För närvarande pågår en utredning om huruvida det går att finna en fungerande lösning för att ställa krav på villkor enligt svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling vid en utstationeringssituation.²⁹¹

6.3 Utstationering inom ramen för offentlig upphandling

Principen om fri rörlighet för tjänster innebär att ekonomiska aktörer som är etablerade i en medlemsstat ska ha rätt att tillhandahålla tjänster i en annan medlemsstat. I syfte att utföra en viss tjänst, t.ex. inom ramen för ett offentligt upphandlingskontrakt, kan sådana företag tillfälligt utsända sina arbetstagare till en annan medlemsstat.²⁹² Sådana utstationerade arbetstagare omfattas således av såväl upphandlingsdirektivet som utstationeringsdirektivet.²⁹³

Förhållandet mellan de båda direktiven klargörs någorlunda i skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv.²⁹⁴ Av skäl 37 framkommer att medlemsstaterna och de upphandlande myndigheterna bör vidta relevanta åtgärder för att säkerställa att de sociala och arbetsrättsliga skyldigheterna efterlevs på orten där tjänsterna tillhandahålls i enlighet med de grundläggande EU-rättsliga principerna, särskilt den om likabehandling. Åtgärderna bör tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet och på ett sätt som varken direkt eller indirekt diskriminerar företag eller arbetstagare

²⁸⁷ Artikel 3.8 andra stycket, andra strecksatsen i utstationeringsdirektivet. Detta alternativ tillämpas av Sverige.

²⁸⁸ Sverige, Danmark och Italien saknar system för att allmängiltigförklara kollektivavtal.

²⁸⁹ Mål C-341/05, *Laval*, punkt 63 och 67.

²⁹⁰ Mål C-341/05, *Laval*, punkt 24 och 69.

²⁹¹ SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

²⁹² Artikel 1.3.a i utstationeringsdirektivet.

²⁹³ SOU 2015:78, s. 87.

²⁹⁴ Se t.ex. skäl 37 och 98 i direktiv 2014/24/EU.

från andra medlemsstater.²⁹⁵ De krav som kan ställas är därmed begränsade till vad som följer av den lagstiftning i den medlemsstat där tjänsterna utförs. Resonemanget ligger i linje med det i *Bundesdruckerei*. I målet fann EU-domstolen att nationell lagstiftning inte kunde utvidgas till att gälla i andra medlemsstater eftersom det skulle strida mot principen om fri rörlighet för tjänster.²⁹⁶ Således har utstationeringsdirektivet, såsom det har tolkats av EU-domstolen, betydelse för vilka krav på arbets- och anställningsvillkor som kan ställas i upphandlingsförfarandet.

6.4 Kommentar

Såväl upphandlingsdirektivet som utstationeringsdirektivet är minimidirektiv där det aktuella sociala intresset har blivit föremål för harmonisering. När ett intresse är föremål för minimiharmonisering, t.ex. genom ett direktiv, tillåts medlemsstaterna att upprätthålla en högre skyddsnivå under förutsättning att de tillåter marknadstillträde för varor och tjänster som uppfyller minimidirektivets krav. Därutöver tillåts medlemsstaterna införa ett nationellt regelverk med strängare regler som ska vara parallellt tillämpligt.²⁹⁷ Dessa regler ska dock vara i linje med primärrättens regler om friheterna på den inre marknaden och de grundläggande principerna.²⁹⁸ Värt att notera är att de nationella företagen riskerar att drabbas av en konkurrensnackdel om medlemsstaten uppställer krav som går utöver minimiharmoniserad EU-lagstiftning. Dessa aktörer behöver nämligen konkurrera med aktörer som enbart behöver följa de lägre krav som följer av EU-rätten.²⁹⁹ Detta får till följd att kravnivån som uppställs i minimiharmoniserad lagstiftning kan verka som både ett golv och ett tak för de krav som kan ställas inom ramen för det aktuella skyddsområdet inom EU.³⁰⁰

Hur EU-domstolen har tolkat sociala och arbetsrättsliga villkor i offentlig upphandling mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet och utstationeringsdirektivet kommer att presenteras i avsnittet nedan.

²⁹⁵ Skäl 37 andra stycket i direktiv 2014/24/EU; jfr SOU 2015:78, s. 87.

²⁹⁶ Jfr Kommerskollegium (2015), s. 27.

²⁹⁷ Hettne (2012), s. 25.

²⁹⁸ Hettne (2012), s. 27.

²⁹⁹ Hettne (2012), s. 25.

³⁰⁰ Jfr SOU 2009:71, s. 158 f.

7 Sociala hänsyn och fri rörlighet i EU-domstolens rättspraxis

7.1 Inledning

EU-domstolen har under en lång tid sammanjämkat intresset av fri rörlighet och konkurrens på EU:s inre marknad med andra, gemensamma och nationella, samhälleliga intressen.³⁰¹ Det rättsliga utrymmet att inkludera sociala hänsyn i offentliga upphandlingsprocesser inom EU har ökat under de senaste 30 åren.³⁰² EU-domstolen har spelat en viktig roll i denna utveckling genom att tolka upphandlingsdirektivet till stöd för användandet av offentlig upphandling för att främja olika hållbarhetsmål.³⁰³ Domstolen har i skrivande stund inte meddelat något avgörande på området baserat på bestämmelserna i 2014 års upphandlingsdirektiv. Det kan antas att de upphandlande myndigheternas utrymme att ta sociala hänsyn kommer att förändras men de närmare tolkningsramarna är ännu inte fastslagna.

Nedan ska EU-domstolens praxis presenteras med utgångspunkt i möjligheten att ta sociala och arbetsrättsliga hänsyn i offentlig upphandling. Samtliga avgöranden rör bestämmelser i direktiv 2004/18/EG. *Rüffert*, *Bundesdruckerei* och *RegioPost* har fått betydelse för tolkningen av den primärrättsliga principen om fri rörlighet, utstationeringsdirektivet och upphandlingsdirektivet. Frågan om det är möjligt att motivera en inskränkning i friheten att tillhandahålla tjänster, t.ex. genom att åberopa skydd för arbetstagarna, är beroende av om åtgärden syftar till att uppnå det åsyftade målet. EU-domstolens tolkningsramar tycks variera från fall till fall och kan möjligtvis påverkas av den rättsliga och politiska utvecklingen inom EU under de senaste decennierna.

7.2 Rüffert

EU-domstolens dom i *Rüffert*³⁰⁴ rörde en tysk delstatlig lag enligt vilken den upphandlande myndigheten var skyldig att ställa krav på lönenivåer i enlighet med de kollektivavtal som gällde på den ort där tjänsterna skulle

³⁰¹ Hettne (2013), s. 253.

³⁰² Tosoni (2013), s. 42; jfr McCrudden (2007), s. 10 f.

³⁰³ Sjäfjell och Wiesbrock (2016), s. 21; Tosoni (2013), s. 42; Weller och Meissner Pritchard (2013), s. 56.

³⁰⁴ Mål C-346/06, *Rüffert*.

utföras. Företaget som hade tilldelats upphandlingskontraktet anlidade ett företag i Polen som underentreprenör för utförandet av vissa tjänster. Tvist uppstod då den upphandlande myndigheten hävde kontraktet sedan misstankar väckts om att underentreprenören hade utbetalat löner som var lägre än vad som föreskrevs enligt kollektivavtalet.³⁰⁵ Frågan som EU-domstolen hade att ta ställning till var huruvida friheten att tillhandahålla tjänster utgjorde ett hinder för den aktuella lagstiftningen.³⁰⁶

EU-domstolen prövade frågan mot bakgrund av bestämmelserna i utstationeringsdirektivet.³⁰⁷ Frågan var huruvida den tvingande minimilönen hade fastställts i enlighet med direktivets hårda kärna.³⁰⁸ Domstolen konstaterade att kollektivavtalet inte kunde anses ha allmän giltighet i den mening som avses i direktivet.³⁰⁹ Detta eftersom lönen inte var fastställd genom lag då bestämmelserna endast hänvisade till kollektivavtalets lönebestämmelser.³¹⁰ Kollektivavtalet där lönen fastställdes hade inte heller förklarats ha allmän giltighet.³¹¹ Därmed verkade saken vara avgjord; en sådan lön kunde inte anses utgöra en minimilön i enlighet med utstationeringsdirektivet.³¹² Därutöver fastslog dock domstolen att kollektivavtalet inte under några omständigheter hade kunnat omfattas av utstationeringsdirektivets hårda kärna.³¹³ Detta eftersom den lagstiftning som gav kollektivavtalet en sådan verkan endast var tillämplig på offentlig upphandling och inte gällde den privata sektorn.³¹⁴

Resonemanget återkom senare i domen när EU-domstolen tolkade utstationeringsdirektivet mot bakgrund av friheten att tillhandahålla tjänster. Den ytterligare ekonomiska börda som lades på tjänsteföretaget ansågs utgöra ett hinder mot den fria rörligheten.³¹⁵ Denna åtgärd kunde inte anses vara motiverad av målet att skydda arbetstagarna. EU-domstolen grundade sin bedömning på det faktum att lönen fastställts i ett kollektivavtal som endast var tillämplig på offentlig upphandling.³¹⁶ Domstolen menade att det inte fanns något som pekade på att skyddet som minimilön innebar endast

³⁰⁵ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 11.

³⁰⁶ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 17.

³⁰⁷ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 18.

³⁰⁸ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 23.

³⁰⁹ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 25–27 och 30.

³¹⁰ Artikel 3.1 första strecksatsen i utstationeringsdirektivet.

³¹¹ Artikel 3.1 andra strecksatsen i utstationeringsdirektivet.

³¹² Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 31.

³¹³ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 28; jfr artikel 3.8 andra stycket i utstationeringsdirektivet.

³¹⁴ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 29; jfr Ahlberg (2016), s. 44 f.

³¹⁵ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 37.

³¹⁶ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 39.

behövdes för arbetstagare som arbetade inom ramen för offentlig upphandling och inte inom den privata sektorn.³¹⁷

Värt att nämna är att generaladvokat Bot i sitt förslag till avgörande gjorde en annan bedömning än EU-domstolen. Han fann att åtgärden kunde rättfärdigas med hänsyn till målet att skydda arbetstagarna och förhindra social dumpning.³¹⁸ Enligt generaladvokatens uppfattning kunde inte rättfärdigandegrunden avslås till följd av att den nationella åtgärden endast avsåg skydd för arbetstagare som utförde offentliga kontrakt. Detta eftersom offentliga kontrakt, förutom fri rörlighet på den inre marknaden, även får anses syfta till att uppnå övergripande samhällliga mål såsom sociala hänsyn.³¹⁹ Vidare menade generaladvokaten, med hänvisning till avgörandena *Beentjes* och *Nord-Pas-de-Calais*, att möjligheten att inkludera sociala hänsyn och arbetsrättsliga mål vid offentlig upphandling uppmärksammats och godkänts av domstolen i tidigare rättspraxis. Han poängterade även att denna möjlighet kodifierats genom bestämmelsen om särskilda kontraktsvillkor i upphandlingsdirektivet.³²⁰

7.3 Bundesdruckerei

Även EU-domstolens avgörande *Bundesdruckerei*³²¹ gällde frågan om krav på en viss minimilön för leverantörer och underleverantörer i enlighet med en tysk delstatlig lag. Tvisten uppkom sedan den vinnande anbudsgivaren anlidade en polsk underleverantör som inte kunde åta sig att garantera den minimilön som föreskrevs i den aktuella lagen.³²² Till skillnad från i *Rüffert* var det inte fråga om någon utstationeringssituation eftersom det aktuella arbetet skulle utföras i Polen.³²³

EU-domstolen konstaterade att upphandlingsdirektivet var tillämpligt på tvisten, eftersom den nationella lagstiftningen kunde definieras som särskilda kontraktsvillkor i enlighet med artikel 26 i 2004 års direktiv.³²⁴ EU-domstolen prövade bestämmelsen mot bakgrund av friheten att tillhandahålla tjänster.³²⁵ EU-domstolen upprepade sitt resonemang från *Laval* och *Rüffert* och menade att en sådan åtgärd medförde ytterligare en ekonomisk börda som kunde göra det mindre attraktivt att utföra tjänster i

³¹⁷ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 40.

³¹⁸ GA Bot i mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 114; Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 4.

³¹⁹ GA Bot i mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 132; Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 4.

³²⁰ GA Bot i mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 133; Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 4.

³²¹ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*.

³²² Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 10.

³²³ Kommerskollegium (2015), s. 37.

³²⁴ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 28.

³²⁵ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 29.

den andra medlemsstaten. Därmed innebar åtgärden en inskränkning av friheten att tillhandahålla tjänster.³²⁶ Eftersom det inte var fråga om en utstationeringssituation, kunde nationell lagstiftning inte utsträckas till att omfatta en tjänsteleverantör som var etablerad i en annan medlemsstat.³²⁷

Vid frågan om huruvida en sådan åtgärd kunde motiveras hänvisade domstolen till *Rüffert* och menade att en sådan nationell åtgärd, i den mån den endast är tillämplig på offentliga kontrakt, inte kan anses vara ägnad att uppfylla det åsyftade målet. Detta gäller förutsatt att det inte finns något som tyder på att arbetstagare som är verksamma på den privata marknaden inte är i behov av samma löneskydd som de som fullgör offentliga kontrakt.³²⁸ Därutöver ansåg domstolen att åtgärden under alla omständigheter framstod som oproportionerlig eftersom den tvingande minimilönen saknade samband med levnadskostnaderna i den medlemsstat där tjänsterna skulle utföras.³²⁹ Kravet på minimilön gick således utöver vad som var nödvändigt för att uppnå målet att skydda arbetstagarna och undvika social dumpning.³³⁰

7.4 RegioPost

EU-domstolens dom i *RegioPost*³³¹ gällde en tysk delstatlig lag som hade antagits för att anpassa situationen till domen i *Rüffert*.³³² Lagstiftningen fastslog att anbudsgivarna och deras underleverantörer skulle åta sig att betala en viss minimilön till sina anställda vid utförandet av det offentliga kontraktet.³³³ Till skillnad från situationen i *Rüffert* och *Bundesdruckerei* hänvisade den aktuella lagstiftningen inte endast till ett kollektivavtal, utan fastställde själva minimilönen.³³⁴ Frågan som EU-domstolen hade att ta ställning till var huruvida den tyska lagstiftningen var förenlig med upphandlingsdirektivet.

EU-domstolen uttalade inledningsvis att den aktuella lagbestämmelsen om minimilön var ett särskilt kontraktsvillkor, i den mening som avsågs i artikel 26 i 2004 års upphandlingsdirektiv.³³⁵ Domstolen erinrade om att nationella åtgärder inom ett område där det har skett en fullständig harmonisering på

³²⁶ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 30.

³²⁷ Detta följer numera även av skäl 37-38 i direktiv 2014/24/EU.

³²⁸ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 32; jfr mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 38-40.

³²⁹ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 34.

³³⁰ Mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 33-34; jfr Kommerskollegium (2015), s. 37.

³³¹ Mål C-115/14, *RegioPost*.

³³² Jfr Ahlberg (2016), s. 46 f.

³³³ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 53.

³³⁴ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 10 och 53.

³³⁵ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 54.

EU-rättslig nivå ska bedömas mot bakgrund av dessa bestämmelser.³³⁶ Artikel 26 föreskrev dock att särskilda kontraktsvillkor kan uppställas under förutsättning att de är förenliga med EU-rätten, vilket domstolen tolkade som att direktivet inte uttömmande reglerade frågan. Därmed skulle en prövning ske mot bakgrund av den primärrättsliga bestämmelsen om friheten att tillhandahålla tjänster.³³⁷ Domstolen fortsatte dock sitt resonemang med att prövningen även skulle ske mot bakgrund av den hårda kärnan i utstationeringsdirektivet.³³⁸ Trots att tvisten rörde en rent nationell situation och det endast var tyska företag som hade deltagit i upphandlingen, ansåg domstolen att det ändå inte kunde uteslutas att tjänsteföretag utanför Tyskland hade varit intresserade att delta i anbudsgivningen.³³⁹ Det faktum att en sådan prövning skulle ske ansågs även följa av skälen till upphandlingsdirektivet.³⁴⁰

EU-domstolen konstaterade att den aktuella lagbestämmelsen skulle klassificeras som en lag som fastställer själva minimilönen. Till skillnad från i *Rüffert* uppfyllde lagbestämmelsen därmed villkoren i utstationeringsdirektivets hårda kärna. Således var det ett sådant minimivillkor som medlemsstaten kunde kräva.³⁴¹ Klassificeringen påverkades inte av omständigheten att den nationella lagstiftningen endast omfattade offentliga kontrakt. Domstolen menade att villkoret som uppställs i utstationeringsdirektivet om allmän giltighet endast avser vissa typer av kollektivavtal.³⁴² Denna tolkning bekräftades även genom en läsning mot bakgrund av upphandlingsdirektivet. Domstolen menade att bestämmelsen om särskilda kontraktsvillkor i upphandlingsdirektivet under vissa förutsättningar möjliggjorde föreskrivandet av en minimilön vid offentliga kontrakt. Det kunde därmed inte krävas att den nationella lagstiftningen skulle gälla utanför detta område och vara allmänt tvingande även för privata kontrakt.³⁴³ Domstolen konstaterade att begränsningen av tillämpningsområdet för den nationella lagbestämmelsen om minimilön endast var en följd av att det finns särskilda EU-rättsliga bestämmelser på området.³⁴⁴ EU-domstolen drog slutsatsen att artikel 26 i upphandlingsdirektivet, jämförd med utstationeringsdirektivet, gav värdmedlemsstaten rätt att vid tilldelning

³³⁶ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 57; se även EU-domstolens resonemang i mål C-324/99, *DaimlerChrysler*, punkt 32.

³³⁷ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 58–59.

³³⁸ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 60–61; jfr Ahlberg (2016), s. 46 f.

³³⁹ Jfr Ahlberg (2016), s. 46 f.

³⁴⁰ Skäl 34 i direktiv 2004/18/EG.

³⁴¹ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 62; jfr artikel 3.1 första stycket första strecksatsen i utstationeringsdirektivet.

³⁴² Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 63. EU-domstolen uttalade att de kollektivavtal och skiljedomar som måste ha allmän giltighet är de som avses i artikel 3.1 första stycket andra strecksatsen i utstationeringsdirektivet; jfr Ahlberg (2016), s. 46 f.

³⁴³ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 64.

³⁴⁴ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 65.

av ett offentligt kontrakt föreskriva tvingande regler för minimiskydd som avses i utstationeringsdirektivets hårda kärna.³⁴⁵

Vid prövningen av den nationella lagstiftningen mot bakgrund av friheten att tillhandahålla tjänster, konstaterade EU-domstolen att kravet på minimilön kan utgöra ytterligare en ekonomisk börda som riskerar att strida mot artikel 56 FEUF.³⁴⁶ Frågan var om åtgärden kunde motiveras med hänsyn till målet att skydda arbetstagarna. Domstolen gjorde en annan bedömning än i *Rüffert* och menade att förutsättningarna skilde sig åt. I *Rüffert* grundade domstolen sin slutsats på att kollektivavtalet inte hade förklarats ha allmän giltighet, endast var tillämpligt i byggsektorn samt enbart omfattade offentliga kontrakt.³⁴⁷ Den minimilön som ålades genom den nu aktuella åtgärden hade fastställts genom en lagbestämmelse som, i egenskap av tvingande bestämmelse för minimiskydd, i princip var allmänt tillämplig på samtliga offentliga upphandlingar inom det aktuella förbundslandet, oavsett vilken sektor de tillhörde.³⁴⁸ Mot bakgrund av detta resonemang fann domstolen att artikel 26 i 2004 års upphandlingsdirektiv inte utgjorde hinder för den aktuella lagstiftningen.³⁴⁹

7.5 Kommentar

7.5.1 Inledande anmärkningar

EU-domstolen har tolkat utstationeringsdirektivets hårda kärna som såväl en lägsta som högsta gräns för *vilka* av värdmedlemsstatens arbets- och anställningsvillkor som kan krävas. Den har även fastslagit *vilken nivå* av dessa villkor som en utstationerande arbetsgivare ska garantera sina arbetstagare.³⁵⁰ Därmed tycks utrymmet att uppställa sociala krav vara klarlagt i situationer där det offentliga kontraktet kan komma att utföras av utstationerad arbetskraft.³⁵¹

³⁴⁵ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 66; jfr EU-domstolens resonemang i mål C-341/05, *Laval*, punkt 74, 80 och 81.

³⁴⁶ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 69; jfr EU-domstolens resonemang i mål C-549/13, *Bundesdruckerei*, punkt 31.

³⁴⁷ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 74.

³⁴⁸ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 75.

³⁴⁹ Mål C-115/14, *RegioPost* punkt 77. EU-domstolen fastslog att uteslutandet av leverantören endast var en följd av åsidosättandet av ett tydligt formulerat krav på särskilda kontraktsvillkor. Därmed ansågs uteslutningen vara förenlig med artikel 26 i direktiv 2004/18/EG. Se närmare punkt 83 och 88.

³⁵⁰ Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 33–34; jfr mål C-341/05, *Laval*, punkt 80–81; SOU 2015:78, s. 87.

³⁵¹ Jfr SOU 2015:78, s. 118.

Villkor som går utöver den hårda kärnan har av EU-domstolen ansetts inskränka den fria rörligheten av tjänster, eftersom det riskerar att i förväg begränsa konkurrensen genom att utesluta möjliga anbudsgivare.³⁵² Således krävs att sådana sociala krav dels kan rättfärdigas av ett legitimt syfte, dels vara proportionerliga för att vara tillåtna enligt EU-rätten. Proportionalitetsbedömningen är viktig eftersom den ger uttryck för medlemsstaternas handlingsutrymme. EU-domstolen fullföljde trestegsprövningen i *Rüffert* och *Bundesdruckerei*. Däremot vidtogs ingen proportionalitetsprövning i *RegioPost*. Vilka konsekvenser avsaknaden av proportionalitetsprövning kan få för domens betydelse kommer att diskuteras närmare nedan.

7.5.2 Sociala krav och proportionalitetsprincipen

I *Rüffert* uppmärksammade EU-domstolen målet att skydda arbetstagarna som en möjlig rättfärdigande grund för nationella åtgärder som potentiellt kan hindra samhandeln. I enlighet med proportionalitetsprincipen fann domstolen att en nationell åtgärd som syftar till att skydda arbetstagare måste omfatta såväl den offentliga som privata sektorn för att vara tillåten.³⁵³ Arrowsmith och Kunzlik påtalar att EU-domstolen lämnade utrymme för att särbehandla privata och offentliga arbetstagare förutsatt att det föreligger sakliga skäl.³⁵⁴ I den efterföljande domen *RegioPost* fann domstolen att inskränkningen av den fria rörligheten var motiverad av hänsyn till målet att skydda arbetstagarna. Detta trots att minimilönen endast gällde för offentliga och inte för privata kontrakt.³⁵⁵ Frågan är varför det fick så avgörande betydelse att kollektivavtalet i *Rüffert* endast gällde vid offentliga kontrakt, medan det hade mindre betydelse att även minimilönen i *RegioPost* endast avsåg den offentliga sektorn.³⁵⁶

Semple menar att EU-domstolen skiljer *RegioPost* från *Rüffert* på så sätt att den tidigare meddelade domen gällde ett kollektivavtal som inte var allmängiltigförklarat, medan minimilönen i *RegioPost* var resultatet av en lagstiftning. Bestämmelsen var i princip allmänt tillämplig på samtliga offentliga upphandlingar inom den aktuella geografiska sektorn. *RegioPost* kan enligt Semple vara det första steget mot en rättspraxis där målet att skydda arbetstagarna vid offentlig upphandling uppmärksammas i större utsträckning än förut.³⁵⁷ Arrowsmith och Kunzlik stödjer uppfattningen att

³⁵² Jfr SOU 2015:78, s. 118.

³⁵³ Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 3.

³⁵⁴ Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 5.

³⁵⁵ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 67–72; jfr Ahlberg (2016), s. 46 f.

³⁵⁶ Mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 74–76; jfr Ahlberg (2016), s. 46 f.

³⁵⁷ Semple på <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference> Besökt den 10 juli 2016.

myndigheterna ska ha möjlighet att ställa sociala krav även om dessa inte omfattar både privat och offentlig verksamhet. Detta ligger enligt deras uppfattning i linje med den rättsliga och politiska utvecklingen inom EU.³⁵⁸ Enligt Davies är avgörandet i *RegioPost* positivt eftersom det förändrar tolkningsramarna för särskilda kontraktsvillkor jämfört med *Rüffert*. Hon finner det dock problematiskt att den nationella lagstiftningen endast avsåg offentliga kontrakt. Detta minskar domens betydelse generellt sett för krav på minimilön som en möjlig rättfärdigandegrund.³⁵⁹

Vad gäller frågan varför EU-domstolen inte vidtog en proportionalitetsbedömning i *RegioPost*, som skett i de tidigare vägledande avgörandena på området, kan detta möjligtvis bero på att det rör sig om en politiskt känslig fråga.³⁶⁰ Det är enligt Bogdanowicz möjligt att domstolen i sin vilja att göra avsteg från principen i *Rüffert* fann det lämpligt att stanna vid ett konstaterande om att den nationella åtgärden kunde rättfärdigas med målet att skydda arbetstagarna. Sanchez-Graells framhåller i denna del den balans som ska råda mellan den fria rörligheten på den inre marknaden och intresset att skydda arbetstagarna. Enligt hans uppfattning är utstationeringsdirektivet standarden för att motverka social dumpning. Strängare krav som åberopas av medlemsstaterna ska vara föremål för en strikt proportionalitetsbedömning.³⁶¹

7.5.3 Sociala krav och likabehandlingsprincipen

Avgörandena *Rüffert*, *Bundesdruckerei* och *RegioPost* aktualiserar frågan huruvida det går att uppställa olika sociala krav i offentlig upphandling beroende på om kontraktet ska utföras av nationell eller utstationerad arbetskraft. Enligt EU-domstolen kan förmånligare villkor som går utöver direktivets hårda kärna som utgångspunkt endast godtas om villkoren följer av lagstiftning eller annan reglering i arbetstagarens ursprungsmedlemsland eller om villkoren har förhandlats fram frivilligt mellan parterna.³⁶² Utrymmet för den upphandlande myndigheten att ställa sociala och arbetsrättsliga krav får anses vara större när det offentliga tjänstekontraktet ska fullgöras av nationell arbetskraft.³⁶³ Sådana krav ska uppfylla EU-

³⁵⁸ Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 6.

³⁵⁹ Davies på <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference> Besökt den 10 juli 2016.

³⁶⁰ Bogdanowicz på <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference> Besökt den 10 juli 2016.

³⁶¹ Sanchez-Graells på <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference> Besökt den 10 juli 2016.

³⁶² Mål C-346/06, *Rüffert*, punkt 34–35; jfr Ahlberg (2016), s. 40.

³⁶³ Ahlberg (2016), s. 40 f.

rättens sedvanliga krav på förenlighet med grundläggande principerna och vara kopplade till kontraktetsföremålet.³⁶⁴ Problemet som den upphandlande myndigheten ställs inför vid definieringen av kontraktsvillkoren är att den ännu inte vet om tjänsten kommer att utföras av nationella eller utstationerade arbetstagare.³⁶⁵ Frågan har fått betydelse i den aktuella svenska debatten gällande huruvida det är möjligt att ställa arbets- och anställningsvillkor som är i nivå med kollektivavtal.³⁶⁶

Konkurrensverket uttalar att det bör vara oförenligt med EU-rätten att ställa olika krav på anbudsgivare med inhemsk respektive utstationerad personal, förutsatt att det inte finns sakliga skäl för en sådan särbehandling. Det är upp till den upphandlande myndigheten att avgöra i varje enskilt fall om det föreligger sådana sakliga skäl. Den upphandlande myndigheten riskerar att bryta mot likabehandlingsprincipen om den gör en felbedömning.³⁶⁷ Konkurrensverket konstaterar dock att det inte finns någon rättspraxis som ger ett entydigt svar i frågan.³⁶⁸

Även den statliga *Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal*³⁶⁹ menar att rättsläget är oklart. Till skillnad från Konkurrensverket menar utredningen att det bör föreligga sakliga skäl för att uppställa olika krav för anbudsgivare beroende på om de använder utstationerad eller nationell arbetskraft.³⁷⁰ Enligt utredningen riskerar det övergripande syftet med utstationeringsdirektivet, att skydda arbetstagarna och förhindra social dumpning, att undergrävas om en värdmedlemsstat är tvungen att anpassa samtliga arbetsrättsliga kontraktsvillkor till de som följer av utstationeringsdirektivets hårda kärna. Utredningen menar att en sådan särbehandling är ofrånkomlig till följd av medlemsstaternas olika arbetsrättsliga regelverk.³⁷¹

7.5.4 Särskilda kontraktsvillkor och utstationeringsdirektivet

Vad gäller frågan hur bestämmelsen om särskilda kontraktsvillkor i upphandlingsdirektivet förhåller sig till utstationeringsdirektivet kan

³⁶⁴ Se ovan avsnitt 2.2.

³⁶⁵ Ahlberg (2016), s. 40 f.

³⁶⁶ För en närmare diskussion om detta, se t.ex. Ahlberg, (2016), *Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt: Vad är möjligt och vad är lämpligt?*, Sundstrand (2015), *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling* och SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

³⁶⁷ Ahlberg (2016), s. 41.

³⁶⁸ Konkurrensverket (2015), s. 69 f; jfr SOU 2015:78, s. 122.

³⁶⁹ SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*.

³⁷⁰ SOU 2015:78, s. 117 f.

³⁷¹ SOU 2015:78, s. 117 f. och 121.

följande noteras. *Rüffert*, *Bundesdruckerei* och *RegioPost* avgjordes samtliga mot bakgrund av 2004 års upphandlingsdirektiv. Den dåvarande bestämmelsen avseende särskilda kontraktsvillkor, artikel 26, föreskrev uttryckligen att krav på hur kontraktet skulle fullgöras skulle vara förenliga med gemenskapsrätten.³⁷² Eftersom bestämmelsen inte utgjorde någon uttömmande reglering i frågan, skulle förenligheten av bestämmelsen prövas mot bakgrund av fördragsbestämmelserna. Det intressanta är att domstolen i *Rüffert* och *RegioPost* gjorde den faktiska bedömningen mot bakgrund av utstationeringsdirektivet, som även detta är ett minimidirektiv. Den nationella åtgärden i *RegioPost* bedömdes vara förenlig med EU-rätten eftersom den uppfyllde kraven i utstationeringsdirektivets hårda kärna.³⁷³ Syrpris menar att detta bidrar till komplexiteten i förhållandet mellan primärrätt och sekundärrätt. Enligt hans uppfattning hade en självständig tolkning av upphandlingsdirektivet mot bakgrund av artikel 56 FEUF varit att föredra.³⁷⁴

Enligt Arrowsmith och Kunzlik bidrar EU-domstolens bedömning i *Rüffert* till att prejudikatsvärdet begränsas till situationen då det sociala kravet omfattas av utstationeringsdirektivet. De framhåller att domstolens fokus på utstationeringsdirektivet kan vara förklaringen till att den avgjorde målet utan att nämna varken upphandlingsdirektivets bestämmelser eller tidigare rättspraxis på området, t.ex. *Beentjes*.³⁷⁵ Även Ahlberg framhåller att EU-domstolen i *Rüffert* endast gjorde bedömningen utifrån utstationeringsdirektivet. Liksom Arrowsmith och Kunzlik menar hon att det är möjligt att domstolens uttalanden inte är relevanta vid tillämpningen av upphandlingsdirektivet.³⁷⁶

En aktuell fråga är hur den omformulerade ordalydelsen i artikel 70 i 2014 års upphandlingsdirektiv, som reglerar särskilda kontraktsvillkor, kan antas påverka förhållandet mellan de båda direktiven. Bestämmelsen i det nya direktivet föreskriver nämligen inte uttryckligen att särskilda kontraktsvillkor ska vara förenliga med EU-rätten för att vara tillåtna. En sådan ordning bör dock följa av EU-rättens normhierarki. Enligt skälen till 2014 års upphandlingsdirektiv gäller att särskilda kontraktsvillkor bör tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet, såsom det tolkats av EU-domstolen. Här förtydligas även att krav på t.ex. minimilön även

³⁷² Se artikel 26 i direktiv 2004/18/EG; jfr skäl 33-34 i direktiv 2004/18/EG.

³⁷³ Syrpris på <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference> Besökt den 10 juli 2016; jfr mål C-115/14, *RegioPost*, punkt 60.

³⁷⁴ Syrpris på <http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference> Besökt den 10 juli 2016.

³⁷⁵ Arrowsmith och Kunzlik (2009), s. 7.

³⁷⁶ Ahlberg (2016), s. 46 f.

fortsättningsvis bör ligga på den nivå som anges i nationell lagstiftning eller i kollektivavtal.³⁷⁷ Hur EU-domstolen kommer att tolka den nya bestämmelsen i sin rättspraxis återstår att se.

³⁷⁷ Skäl 98 i direktiv 2014/24/EU; jfr skäl 34 i direktiv 2004/18/EG.

8 Sammanfattande analys

8.1 Inledande anmärkningar

Medlemsstaternas handlingsutrymme att ställa sociala krav i offentlig upphandling har under arbetets gång visat sig vara en komplex fråga som är beroende av såväl den konstitutionella som materiella EU-rätten. Dagens EU-rättsliga regelverk, såsom det utvecklats genom EU-domstolens rättspraxis, Lissabonfördragets ikraftträdande, initiativ från EU:s olika institutioner samt det nya upphandlingsdirektivet från 2014, uppmärksammar, och i vissa fall uppmanar, medlemsstaterna att använda offentlig upphandling i syfte att främja andra än rent ekonomiska mål. Mot bakgrund av synsättet att offentlig upphandling även har som övergripande mål att motverka icke-diskriminering och främja effektiv konkurrens på den inre marknaden, kan sociala krav enligt min mening dock vara svåra att rättfärdiga eftersom de som utgångspunkt saknar direkt koppling till själva kontraktsföremålet. Till följd av det oklara rättsläget är det möjligt att medlemsstaterna, och i förlängningen de upphandlande myndigheterna, avstår från att inkludera sociala hänsyn i offentlig upphandling för att inte riskera att agerandet ska stå i strid med friheterna på den inre marknaden.

Vad särskilt gäller frågan att ställa sociala krav då det offentliga kontraktet ska utföras av utstationerad arbetskraft, har EU-domstolen genom *Laval* och *Rüffert* fastslagit att utstationeringsdirektivets hårda kärna utgör en såväl lägsta som högsta gräns för vilken nivå av sociala och arbetsrättsliga villkor som den upphandlande myndigheten kan kräva. Genom EU-domstolens dom *RegioPost* har dock frågan enligt min uppfattning fått ny relevans. Domstolen fann att det sociala kravet var förenligt med utstationeringsdirektivets hårda kärna, eftersom den aktuella lagstiftningen fastslog själva minimilönen. Till skillnad från i *Rüffert* och *Bundesdruckerei* ansåg domstolen att åtgärden var förenlig med friheten att tillhandahålla tjänster. Detta trots att kravet på minimilön endast gällde offentliga kontrakt och inte den privata sektorn. Frågan är om det går att dra slutsatsen att domstolen har börjat tillämpa en mer försiktig inställning till utstationeringsdirektivet vid offentlig upphandling. Detta skulle i sådana fall tyda på att utrymmet att ställa sociala krav har utökats något.

Nedan är min avsikt att, med utgångspunkt i de inledande frågeställningarna, sammanfatta och dra slutsatser vad gäller medlemsstaternas utrymme att ställa sociala krav i offentlig upphandling.

8.2 Fri rörlighet på den inre marknaden och utrymmet att ställa sociala krav

Offentlig upphandling ses som en del av det primärrättsliga regelverket som reglerar fri rörlighet för framför allt varor och tjänster. Hettne har uttalat att en upphandlande myndighet är en integrerad del av medlemsstaten och därmed ska omfattas av regelverket för den inre marknaden då den ställer krav i offentlig upphandling. Enligt detta synsätt ska förenligheten av ett socialt krav som ställs på ett icke-harmoniserat område, eller då kravet går utöver minimiharmoniserad lagstiftning, prövas mot bakgrund av inremarknadstestet. Testet föreskriver att ett sådant nationellt krav ska vara tillåtet om det tillämpas på ett icke-diskriminerande sätt, är motiverat av tvingande hänsyn till allmänintresset, är ägnat att säkerställa det eftersträvade målet samt inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå detta mål. Enligt EU-domstolens rättspraxis är målet att skydda arbetstagarna och förhindra social dumpning exempel på tvingande hänsyn. Listan på tvingande hänsyn är inte uttömmande utan utvecklas genom domstolens praxis. Därmed är det tänkbart att domstolen kommer att utveckla listan med fler sociala hänsyn, förutsatt att dessa åberopas av medlemsstaterna. Viktigt är enligt min uppfattning att det sker en proportionalitetsbedömning i varje enskilt fall.

Arrowsmith och Kunzlik är av uppfattningen att det bör finnas en åtskillnad på den upphandlande myndighetens köpbeslut och upphandlingskriterier som uppställs för att begränsa kretsen av potentiella anbudsgivare. Jag instämmer med författarna och menar att det vore för långtgående att låta varje upphandlingsbeslut med gränsöverskridande intresse vara föremål för en potentiell prövning mot bakgrund av inremarknadstestet. Detta gäller förutsatt att det uppfyller de grundläggande EU-rättsliga principerna, särskilt den om icke-diskriminering. Tekniska specifikationer och urvalskriterier däremot har till syfte att begränsa kretsen av ekonomiska aktörer som kan ange anbud och bör därför vara utformade på så sätt att de möjliggör för en rättvis konkurrens inom unionen. Detta bidrar till målet att myndigheterna ska kunna upphandla den aktuella tjänsten eller byggentreprenaden till bästa möjliga marknadsmässiga villkor. Därtill noterar jag att tilldelningskriterier och särskilda kontraktvillkor tillämpas i det stadiet av upphandlingen då de olika anbuden ska jämföras i syfte att finna det objektivt bästa alternativet. Sådana villkor begränsar inte konkurrensen på samma sätt som tillträdeskriterier och lämpar sig därmed väl för att uppställa sociala krav.

Vidare vill jag uppmärksamma multipolicyperspektivet som har utvecklats i den juridiska doktrinen. Förespråkare för perspektivet är bl.a. Arrowsmith,

Kunzlik, McCrudden och Wiesbrock. Enligt detta synsätt betonas att primärrätten numera ger uttryck för att sociala hänsyn ska integreras i EU:s politik och verksamhet. Genom Lissabonfördragets ikraftträdande har sociala hänsyn och andra horisontella intressen, t.ex. miljöskydd, fått en jämbördig ställning med den fria rörligheten. Jag håller med förespråkarna till viss del. Vid EU-domstolens bedömning av om ett socialt krav är förenligt med den fria rörligheten, bör det få betydelse att fördragen numera inte enbart föreskriver att EU ska verka för frihandel och effektiv konkurrens, utan även ska främja en hög sysselsättningsgrad och socialt skydd. Dock menar jag att det är tydligt att offentlig upphandling syftar till att garantera de upphandlande myndigheterna och de ekonomiska aktörerna inom EU de konkurrens fördelar som kan anses härstamma från öppna handelsmarknader. Därmed ska enligt min mening en avvägning mellan den primärrättsliga principen om fri rörlighet och de målsättningar som eftersträvas med socialpolitiken ske i varje enskilt fall. Jag noterar dock att tolkningsramen kan ha utvidgats till förmån för icke-ekonomiska intressen sedan Lissabonfördragets ikraftträdande.

8.3 Lissabonfördragets ikraftträdande och utrymmet att ställa sociala krav

Dagens EU-rättsliga regelverk är resultatet av den intresseavvägning som sedan en lång tid tillbaka skett mellan EU:s olika rättsliga och politiska målsättningar. Jag noterar att primärrätten har genomgått viktiga förändringar sedan de tidigare upphandlingsdirektiven från 2004 antogs. Sedan Lissabonfördragets ikraftträdande 2009 ger flertalet primärrättsliga bestämmelser uttryck för att EU ska integrera horisontella hänsyn i sitt policyarbete. Enligt artikel 3.3 FEU är EU en social marknadsekonomi där full sysselsättning och sociala framsteg ska eftersträvas. Detta ska jämföras med den tidigare formuleringen om en gemensam marknad, där den sociala aspekten betonades i mindre utsträckning.

Genom Lissabonfördraget fastslås även att stadgan är bindande och har samma rättsliga värde som fördragen. Stadgan innehåller flertalet sociala rättigheter, bl.a. bestämmelser om icke-diskriminering, social trygghet och rättvisa arbetsförhållanden. Därutöver innehåller Lissabonfördraget en bestämmelse om att EU ska respektera lokalt och regionalt självstyre. Även subsidiaritetsprincipen framhävs, vilket bör få betydelse för medlemsstaternas möjligheter att ställa krav som ligger i linje med deras nationella sociala målsättningar.

En viktig frågeställning vid revideringen av upphandlingsdirektivet var hur Lissabonfördragets ikraftträdande kunde påverka medlemsstaternas möjlighet att använda offentlig upphandling för att nå sociala målsättningar. Hettne har bl.a. uttalat att bestämmelserna ska anses vara vägledande för lagstiftaren vid utformandet av ny EU-rättslig reglering. Jag instämmer och anser att det går att finna exempel på detta i 2014 års upphandlingsdirektiv, där den sociala aspekten framhävs tydligare än i tidigare direktiv. Inte minst går detta att utläsa från den horisontella bestämmelsen i artikel 18.2, vilken uppmanar medlemsstaterna att vidta lämpliga åtgärder för att sociala och arbetsrättsliga hänsyn ska beaktas. Hettne har även framhållit att Lissabonfördragets betydelse för möjligheten att ställa sociala krav vid offentlig upphandling bör begränsas till vad som följer av existerande rättspraxis från EU-domstolen. Det är intressant att reflektera över hur Lissabonfördraget kan tänkas påverka EU-domstolen i sin framtida tolkning av nationella åtgärder.

Jag delar den åsikt som uttalats av bl.a. Semple att EU-domstolen har en viktig roll i det framtida policyarbetet inom unionen. Det är enligt min mening tänkbart att inte minst artikel 3.3 FEU, som föreskriver att EU ska vara en social marknadsekonomi, kan påverka domstolen att utveckla doktrinen om tvingande hänsyn med fler sociala skyddsintressen. En sådan utveckling kan få betydelse vid prövningen av huruvida en nationell åtgärd, som anses utgöra en inskränkning av friheterna på den inre marknaden, kan anses vara motiverad och därmed tillåten enligt EU-rätten. Slutligen noterar jag att EU-domstolen i sin rättspraxis ofta refererar till att nationella åtgärder ska vara i linje med *samtliga grundläggande EU-rättsliga principer*. Då principerna numera ger uttryck för såväl ekonomiska som icke-ekonomiska hänsyn, ska det bli intressant att se hur dessa, vid första anblicken oförenliga, intressen kommer att tolkas av EU-domstolen.

8.4 2014 års upphandlingsdirektiv och utrymmet att ställa sociala krav

Genom 2014 års upphandlingsdirektiv uppmanas medlemsstaterna på ett tydligare sätt än i tidigare direktiv att tillse att sociala och arbetsrättsliga skyldigheter beaktas vid offentlig upphandling. Genom artikel 18.2 i 2014 års upphandlingsdirektiv stadgas att medlemsstaterna ska vidta lämpliga åtgärder för att säkerställa att den leverantör som tilldelas kontraktet fullgör detta i enlighet med tillämpliga sociala och arbetsrättsliga skyldigheter. Den horisontella bestämmelsen materialiseras i artiklarna som reglerar upphandlingsprocessens olika faser. Jag noterar dock att begreppet *lämpliga åtgärder* kan ge uttryck för den tvetydighet som enligt min mening allmänt

präglar det nya upphandlingsdirektivet. Medlemsstaterna ges stor frihet att välja på det sätt som bestämmelserna ska införlivas.

Generellt sett menar jag att bestämmelserna i 2014 års upphandlingsdirektiv präglas av en hög ambitionsnivå vad gäller möjligheten att beakta sociala hänsyn under upphandlingsprocessen. Flertalet av de omformulerade bestämmelserna avseende upphandlingens olika faser är dock inte obligatoriska. Detta kan tänkas bero på den oenighet, mellan såväl EU:s institutioner som medlemsstaternas regeringar, som präglade de förhandlingar som ledde fram till antagandet av upphandlingsdirektivet. Möjligheten att ställa sociala krav i offentlig upphandling är därmed till viss del beroende av hur medlemsstaterna väljer att implementera direktivet i sina nationella rättsordningar. Wiesbrock har kommenterat att avsaknaden av obligatoriska bestämmelser bidrar till en osäkerhet gällande huruvida medlemsstaten tillåts att inkludera sådana krav mot bakgrund av de primärrättsliga bestämmelserna om fri rörlighet. Jag instämmer och menar att det är möjligt att det oklara rättsläget kan påverka myndigheternas incitament att ställa sociala krav under upphandlingsprocessen.

Vidare har Wiesbrock angivit att avsaknaden av obligatoriska bestämmelser går emot det andra huvudsakliga syftet med revideringen av upphandlingsdirektivet, nämligen att effektivisera de offentliga utgifterna och förenkla upphandlingsprocessen. Sanchez-Graells har påpekat att den kodifierade konkurrensprincipen ger uttryck för att offentlig upphandling främst syftar till att bidra till målet med en väl fungerande inre marknad. Enligt min uppfattning kommer troligtvis möjligheten att ställa sociala krav i offentlig upphandling se olika ut i medlemsstaternas olika rättsordningar, vilket riskerar att motverka det övergripande målet att nå en inre marknad där lika förutsättningar gäller för marknadens aktörer. Under en sådan ordning kan ekonomiska aktörer från vissa medlemsstater ges otillbörliga konkurrensfördelar genom att t.ex. inte garantera sina anställda anständiga arbetsvillkor då de utför offentliga kontrakt. Samtidigt står det klart t.ex. genom domstolens avgörande *Bundesdruckerei* att en upphandlande myndighet inte kan utsträcka nationell rätt genom att ställa krav på minimilön då de anställda ska fullgöra kontraktet i en annan medlemsstat.

Trots ovan nämnda problematik får det anses att 2014 års upphandlingsdirektiv är ett steg i rätt riktning vad gäller möjligheten att förbättra arbets- och anställningsvillkor genom offentlig upphandling. Bestämmelserna i det nya direktivet utgör förtydliganden och kodifierar EU-domstolens rättspraxis på de aktuella områdena. Genom det nya direktivet utvidgas enligt min uppfattning kontraktsföremålet på så sätt att sociala krav kan inkluderas i de tekniska specifikationerna, även då dessa inte utgör en del av

själva slutprodukten. Vidare kan den upphandlande myndigheten utesluta en leverantör om den kan visa att denna har åsidosatt sina sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter. Vad gäller tilldelningskriterier har myndigheten möjlighet att tilldela kontraktet antingen baserat på enbart priset eller, om fler hänsyn inkluderas, det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Vidare kan myndigheten kräva att anbudsgivaren lämnar förklaringar, bl.a. om hur den uppfyller sina sociala eller arbetsrättsliga skyldigheter, om den finner ett anbud onormalt lågt. Dessa möjligheter kan enligt min åsikt samtliga bidra till en ordning där sociala rättigheter uppmärksammas i större utsträckning än tidigare. Som jag ser det kan direktivet, genomfört i medlemsstaternas rättsordningar inom ramen för de grundläggande EU-rättsliga principerna, bidra till att myndigheternas köpkraft används för att främja övergripande samhällliga målsättningar.

Det minst samhandelshindrande tillvägagångssättet att inkludera sociala hänsyn tycks vara att den upphandlande myndigheten uppställer krav som ska uppfyllas vid fullgörandet av kontraktet. En fördel med sådana villkor ur konkurrenshänseende är att även leverantörer som inte lever upp till kravet vid anbudsgivningen inte förhindras att delta, eftersom de har möjlighet att ändra sin verksamhet och på så sätt uppnå kravet vid kontraktets fullgörande. I direktivsbestämmelsen som reglerar särskilda kontraktsvillkor anges att sociala krav vid tjänsteupphandlingar ska tillämpas i enlighet med utstationeringsdirektivet så som det tolkats av EU-domstolen. Nedan ska mina reflektioner och slutsatser kring EU-domstolens rättspraxis på området presenteras.

8.5 Utstationeringsdirektivet och utrymmet att ställa sociala krav

Utstationeringsdirektivet harmoniserar intresset av att skydda arbetstagare och motverka social dumpning då leverantörer som är etablerade i en medlemsstat utför tjänster i en annan medlemsstat. Villkor som går utöver den hårda kärnan har av EU-domstolen ansetts inskränka den fria rörligheten av tjänster, eftersom detta riskerar att i förväg begränsa konkurrensen genom att utesluta möjliga anbudsgivare. EU-domstolen har genom sin rättspraxis fastslagit att möjligheten att ställa sociala krav då det finns en möjlighet att det offentliga kontraktet ska utföras av utstationerad arbetstagskraft är begränsad till utstationeringsdirektivets hårda kärna. Detta kan härledas från *Laval* men har även senare bekräftats av domstolens resonemang i *Rüffert*.

Genom EU-domstolens dom *RegioPost* har dock frågan enligt min uppfattning fått förnyad relevans. Domstolen fann visserligen att den aktuella minimilönen, som fastslogs genom lagstiftning, föll in under utstationeringsdirektivets hårda kärna och därmed var ett sådant nationellt villkor som kunde krävas. På så sätt skilde sig bedömningen åt från kravet på minimilön i *Rüffert*, vilken fastställdes genom ett kollektivavtal som inte förklarats ha allmän giltighet och därmed bedömdes gå utöver den hårda kärnan av rättigheter. Vid sin prövning av om minimilönen i *RegioPost* kunde motiveras med hänsyn till tvingande intresse, bedömde domstolen att så var fallet eftersom lagstiftningen som fastslog minimilönen gällde generellt för alla arbetstagare som utförde offentliga kontrakt i den aktuella regionen. Detta ska jämföras med EU-domstolens resonemang i *Rüffert* och *Bundesdruckerei*, där den framhöll att målet att skydda arbetstagarna och förhindra social dumpning kräver att den aktuella åtgärden skyddar såväl arbetstagare som utför arbete inom ramen för offentliga kontrakt som i den privata sektorn. Enligt min mening bidrar dock avsaknaden av proportionalitetsbedömning i *RegioPost* till att domens betydelse för rättsutvecklingen minskar. Jag är av uppfattningen att det krävs ytterligare rättspraxis från EU-domstolen innan några närmare slutsatser kan dras.

Frågan är varför det bedömdes vara av så stor vikt att den nationella minimilönen skulle avse skydd för både arbetstagare inom den offentliga och privata sektorn i *Rüffert*. I *RegioPost* fann domstolen att åtgärden var motiverad trots att den endast avsåg arbetstagare som fullgjorde offentliga kontrakt. En slutsats som jag drar av EU-domstolens resonemang i *RegioPost* är att den var angelägen om leverera ett avgörande som innebär en förstärkning av de sociala och arbetsrättsliga rättigheterna. Efter sina uttalanden i *Rüffert* respektive *Bundesdruckerei* verkar det som att domstolen, i och med *RegioPost*, intar en mer försiktig inställning i förhållande till utstationeringsdirektivet i upphandlingssituationer. Detta kan bero på det känsliga politiska och rättsliga läge som för närvarande råder på området. Inte minst i svensk nationell rätt är frågan aktuell vad gäller möjligheten att ställa krav i nivå med svenska kollektivavtal i offentlig upphandling samt hur detta kan påverkas av utstationeringsdirektivet och det nya upphandlingsdirektivet.

I denna del uppmärksammar jag att de grundläggande EU-rättsliga principerna ställer krav på att den upphandlande myndigheten ska upphandla på ett sätt som är icke-diskriminerande och transparent. Som utgångspunkt får inte olika krav ställas beroende på om kontraktet ska fullgöras av utstationerad eller inhemsk personal. Till följd av likabehandlings- och transparensprincipen får inte den upphandlande myndigheten uppställa krav som endast nationella anbudsgivare känner till

eller har möjlighet att leva upp till. Detta utgör t.ex. hinder för en svensk myndighet att uppställa krav på att en utländsk leverantör ska garantera sina anställda en viss minimilön som fastställs i svenska kollektivavtal. En sådan ordning får även anses strida mot proportionalitetsprincipen, som uppställer krav på att medlemsstaten ska tillämpa det minst ingripande alternativet för att nå det åsyftade målet. Vad gäller huruvida det är möjligt att ställa villkor i enlighet med kollektivavtal går argumenten i den juridiska doktrinen för närvarande isär. Det är tänkbart att de olika arbetsrättsliga regelverken inom EU möjliggör för en situation där likabehandlingsprincipen inte hindrar en sådan tillämpning, eftersom olika fall inte ska behandlas lika.

2014 års upphandlingsdirektiv om särskilda kontraktsvillkor har en annan formulering än motsvarande bestämmelse i tidigare direktiv. Enligt lydelsen i 2004 års upphandlingsdirektiv hänvisades uttryckligen till att det sociala eller arbetsrättsliga kravet skulle vara förenligt med EU-rätten för att vara tillåtet. Eftersom bestämmelsen inte uttömmande reglerade frågan skulle en prövning ske mot bakgrund av den relevanta primärrätten. Anmärkningsvärt är dock enligt min uppfattning att EU-domstolen i de ovan nämnda avgörandena *Rüffert* och *RegioPost* gjorde bedömningen mot bakgrund av utstationeringsdirektivet, vilket även detta är ett minimidirektiv.

Frågan är hur den nya formuleringen i artikel 70 i 2014 års upphandlingsdirektiv kommer att påverka EU-domstolens prövning i kommande mål. Trots att bestämmelsen numera inte uttryckligen hänvisar till att särskilda kontraktsvillkor ska vara förenliga med EU-rätten för att vara tillåtna, borde detta följa av den EU-rättsliga normhierarkin. I syfte att skapa ett mer klart rättsläge bör en sådan prövning ske mot bakgrund av primärrätten. Arrowsmith, Kunzlik och Ahlberg har samtliga uttalat att *Rüffert* bör ha mindre relevans i upphandlingssituationer eftersom EU-domstolens som ovan nämnts tolkade den nationella åtgärden mot bakgrund av utstationeringsdirektivet. I skälen till upphandlingsdirektivet hänvisas dock uttryckligen till utstationeringsdirektivet. Det ska bli intressant att följa hur EU-domstolen kommer att tolka bestämmelsen i 2014 års upphandlingsdirektiv.

Käll- och litteraturförteckning

Offentligt tryck från EU

Direktiv

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2006/123/EG av den 12 december 2006 om tjänster på den inre marknaden.

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 2014/23/EU av den 26 februari 2014 om tilldelning av koncessioner.

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

Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/25/EU av den 26 februari 2014 om upphandling av enheter som är verksamma på områdena vatten, energi, transporter och posttjänster och om upphävande av direktiv 2004/17/EG.

Förslag

Förslag till Europaparlamentets och rådets direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig.

Grönböcker

Grönbok, *Om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, KOM(2011) 15 slutlig.

Meddelanden

Completing the Internal Market: White Paper from the Commission to the European Council (Milan, 28–29 June 1985), COM(85) 310 final.

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

Att köpa grönt! Handbok om miljöanpassad offentlig upphandling (Europeiska gemenskaperna, 2005).

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén samt Regionkommittén, *Offentlig upphandling för en bättre miljö*, KOM(2008) 400 slutlig.

Meddelande från kommissionen, *Europa 2020. En strategi för smart och hållbar tillväxt för alla*, KOM(2010) 2020 slutlig.

Meddelande från kommissionen till Europaparlamentet, rådet, Europeiska ekonomiska och sociala kommittén och Regionkommittén, *Inre marknadsakten, Tolv åtgärder för att stimulera tillväxten och stärka förtroendet för inre marknaden "Gemensamma insatser för att skapa ny tillväxt"*, KOM(2011) 206 slutlig.

Socialt ansvarsfull upphandling. En handledning till sociala hänsyn i offentlig upphandling, SEK(2010) 1258 slutlig (Europeiska unionen, 2011).

Rapporter

Monti, Mario, *En ny strategi för den inre marknaden. I ekonomins och samhällets tjänst för Europa. Rapport till Europeiska kommissionens ordförande José Manuel Barroso av Mario Monti 9 maj 2010.*

Offentligt tryck från Sverige

Betänkanden

SOU 2009:71, *EU, Sverige och den inre marknaden – En översyn av horisontella bestämmelser inom varu- och tjänsteområdet*. Betänkande av Inre marknadsutredningen.

SOU 2014:51, *Nya regler om upphandling*. Delbetänkande av Genomförandeutredningen.

SOU 2013:12, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*.

SOU 2015:78, *Upphandling och villkor enligt kollektivavtal*. Delbetänkande av Utredningen om upphandling och villkor enligt kollektivavtal.

Propositioner

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

Litteratur

Ahlberg, Kerstin, *Arbetsrättsliga villkor i offentliga kontrakt: Vad är möjligt och vad är lämpligt?* Upphandlingsrättslig tidskrift, nr 1 2016.

Cit: Ahlberg (2016).

Ahlberg, Kerstin och Bruun, Niklas, *Upphandling och arbete i EU*. Svenska institutet för europapolitiska studier, 2010:3.

Cit: Ahlberg och Bruun (2010).

Alvesson, Mats och Sköldberg, Kaj, *Kritisk teori: metodimplikationer*, ur *Tolkning och reflexion, Vetenskapsfilosofi och kvantitativ metod*. Andra upplagan. Studentlitteratur 2008.

Cit: Alvesson och Sköldberg (2008).

Arrowsmith, Sue, *European Communities: the legality of "secondary" procurement policies under the Treaty of Rome and the Works Directive*.

Public Procurement Law Review, nr 6 1992.

Arrowsmith, Sue och Kunzlik, Peter (red.), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*. Cambridge University Press 2009.

Cit: Arrowsmith och Kunzlik (2009).

Barnard, Catherine, *The Substantive Law of the EU – The Four Freedoms*. Tredje upplagan, Oxford University Press 2010.

Cit: Barnard (2010).

Bernitz, Ulf och Kjellgren, Anders, *Europarättens grunder*. Fjärde upplagan. Norstedts Juridik 2010.

Cit: Bernitz och Kjellgren (2010).

Craig, Paul och de Búrca, Gráinne, *EU Law – Text, Cases and Materials*. Femte upplagan. Oxford University Press 2011.

Cit: Craig och de Búrca (2011).

Fischer, Eleanor, *The Power of Purchase: Addressing Sustainability through Public Procurement*. European Procurement & Public Private Partnership Law Review, nr 1 2013.

Cit: Fischer (2013).

Grimeau, David, *The Integration of Environmental Concerns into EC Policies: A Genuine Policy Development?* European Environmental Law Review, nr 9 2000.

Cit: Grimeau (2000).

Hettne, Jörgen, *Legal Analysis of the Possibilities of Imposing Requirements in Public Procurement that go Beyond the Requirements of EU Law*, bilaga

till SOU 2013:12, *Goda affärer – en strategi för hållbar offentlig upphandling*.

Cit: Hettne (2012).

Hettne, Jörgen, *Strategisk upphandling – stärkt miljöskydd och socialt ansvar på en konkurrenskraftig inre marknad?* i Bakardjieva Engelbrekt, Antonina, Oxelheim, Lars samt Persson, Thomas (red.), *Ett konkurrenskraftigt EU till rätt pris*. Santérus Förlag 2013.

Cit: Hettne (2013).

Hettne (2013), *Sustainable Public Procurement and the Single Market – Is There a Conflict of Interest?* European Procurement & Public Private Partnership Law Review, nr 1 2013.

Hettne, Jörgen och Bergström, Carl Fredrik, *Introduktion till EU-rätten*. Studentlitteratur 2014.

Cit: Hettne och Bergström (2014).

Kommerskollegium, *Yttrande över förslag till kommissionens förslag till Europaparlamentets och rådet direktiv om offentlig upphandling, KOM(2011) 896 slutlig, 2012-03-12*.

Cit: Kommerskollegium (2012).

Kommerskollegium, *Miljö-, sociala och arbetsrättsliga krav i offentlig upphandling – En analys utifrån ett handelsperspektiv, 2015-09-22*.

Cit: Kommerskollegium (2015).

Konkurrensverket, *Arbets- och anställningsvillkor i nivå med svenska kollektivavtal vid offentlig upphandling*. Konkurrensverkets rapportserie, 2015:6.

Cit: Konkurrensverket (2015).

Losada, Fernando, *The Green Paper on the modernization of public procurement of the EU: Towards a socially-concerned market or towards a market-oriented society?* Oñati Socio-legal Series, nr 4 2012.

Cit: Losada (2012).

McCrudden, Christopher, *Using public procurement to achieve social outcomes*. Natural Resources Forum. Volym 28, 2004, s. 257–267.

Cit: McCrudden (2004).

McCrudden, Christopher, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change*. Oxford University Press 2007.

Cit: McCrudden (2007).

Pedersen, Kristian, *Upphandlingens grunder – en introduktion till offentlig upphandling och upphandling i försörjningssektorerna*. Tredje upplagan. Jure förlag 2013.

Cit: Pedersen (2013).

Rosas, Allan och Armati, Lorna, *EU Constitutional Law: An Introduction*. Andra upplagan. Hart Publishing 2012.

Cit: Rosas och Lorna (2012).

Rosenkötter, Annette och Wuersig, Thorsten, *The impact of the Lisbon Treaty in the field of Public Procurement*, Directorate-General for Internal Policies, Policy Department A: Economic and Scientific Policies, Internal Market and Consumer Protection 2010.

Cit: Rosenkötter och Wuersig (2010).

Sanchez-Graells, Albert, *Truly Competitive Public Procurement as a Europe 2020 Lever: What Role for the Principle of Competition in Moderating Horizontal Policies?* *European Public Law* 22, nr 2 2016, s. 377–394.

Cit: Sanchez-Graells (2016).

Semple, Abby, *Mixed offerings for sustainability in proposed European Union procurement directives*. *Public Procurement Law Review*, nr 3 2012.

Cit: Semple (2012).

Sjåfjell, Beate och Wiesbrock, Anja (red.), *Sustainable Public Procurement Under EU Law. New Perspectives on the State as Stakeholder*. Cambridge University Press 2016.

Cit: Sjåfjell och Wiesbrock (2016).

Sundstrand, Andrea, *Kollektivavtal och kollektivavtalsvillkor i offentlig upphandling*. Konkurrensverkets uppdragsforskningsrapport, 2015:2.

Cit: Sundstrand (2015).

Tosoni, Luca, *The Impact of the Revised WTO Government Procurement Agreement on the EU Procurement Rules from a Sustainability Perspective*. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, nr 1 2013.

Cit: Tosoni (2013).

Weller, Catherine och Meissner Pritchard, Janet, *Evolving CJEU Jurisprudence: Balancing Sustainability Considerations with the Requirements of the Internal Market*. *European Procurement & Public Private Partnership Law Review*, nr 1 2013.

Cit: Weller och Meissner Pritchard (2013).

Elektroniska källor

European Commission, Public Procurement Indicators 2010, Bryssel den 4 november 2011. Tillgänglig på:

http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/indicators2010_en.pdf

Senast besökt den 10 augusti 2016.

Grönbok, *Om en modernisering av EU:s politik för offentlig upphandling med sikte på en effektivare europeisk upphandlingsmarknad*, KOM(2011) 15 slutlig. Sammanställning av inkomna svar. Tillgänglig på:

http://ec.europa.eu/internal_market/consultations/docs/2011/public_procurement/synthesis_document_en.pdf

Senast besökt den 10 augusti 2016.

Marrakechprocessen, juni 2003. Tillgänglig på: www.unep.org/10yfp/

Senast besökt den 10 augusti 2016.

Sanchez-Graells, Albert, sammanställning av *Bristol Conference* den 10 maj 2016. Tillgänglig på:

<http://www.howtocrackanut.com/blog/2016/5/10/regiopost-and-its-implications-full-extended-discussion-at-bristol-conference>

Senast besökt den 10 augusti 2016.

Upphandlingsmyndighetens förteckning över objekt som omfattas av skyldigheten att upphandla. Tillgänglig på:

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/upphandla/om-upphandlingsreglerna/om-lagstiftningen/vilka-ska-upphandla/>

Senast besökt den 10 augusti 2016.

Upphandlingsmyndighetens ordlista. Tillgänglig på:

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/verktyg/ordlista/>

Senast besökt den 10 augusti 2016.

Upphandlingsmyndighetens årsredovisning 2015. Tillgänglig på:

<http://www.upphandlingsmyndigheten.se/globalassets/publikationer/arsredovisning-2015.pdf>

Senast besökt den 10 augusti 2016.

Rättsfallsförteckning

EU-domstolen

Mål 2/74, Reyners mot Belgien (*Reyners*).

Mål 120/78, Rewe-Zentral-AG mot Bundesmonopolverwaltung für Branntwein (*Cassis de Dijon*).

Mål 15/81, Gaston Schul Douane Expeditur BV mot Inspecteur der invoerrechten en accijnzen, Roosendaal (*Gaston Schul*).

Mål C-31/87, Gebroeders Beentjes BV mot Nederländerna (*Beentjes*).

Mål C-3/88, kommissionen mot Italien (*Re Data Processing*).

Mål 113/89, Rush Portuguesa Lda mot Office national d'immigration (*Rush Portuguesa*).

Mål C-243/89, kommissionen mot Danmark (*Store Bælt*).

Mål C-360/89, kommissionen mot Italien (*kommissionen mot Italien*).

Förenade målen C-1/90 och C-176/90, Aragonesa de Publicidad Exterior SA och Publivia SAE mot Departamento de Sanidad y Seguridad Social de la Generalitat de Cataluña (*Aragonesa*).

Mål C-19/92, Dieter Kraus mot Land Baden-Württemberg (*Kraus*).

Mål C-55/94, Reinhard Gebhard mot Consiglio dell'Ordine degli Avvocati e Procuratori di Milano (*Gebhard*).

Mål C-165/98, André Mazzoleni mot Inter Surveillance Assistance SARL (*Mazzoleni*).

Mål C-225/98, kommissionen mot Frankrike (*Nord-Pas-de-Calais*).

Mål C-324/99, DaimlerChrysler AG mot Land Baden-Württemberg (*DaimlerChrysler*).

Mål C-513/99, Concordia Bus Finland mot Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne (*Concordia Bus*).

Mål C-19/00, SIAC Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo (*SIAC Construction*).

Mål C-448/01, EVN AG och Wienstrom GmbH mot Österrike (*EVN Wienstrom*).

Mål C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH och Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn (*Omega Spielhallen*).

Förslag till avgörande av generaladvokat Christine Stix-Hackl i mål C-247/02, Sintesi SpA mot Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici (*Sintesi*).

Mål C-442/02, CaixaBank France mot Ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie (*CaixaBank France*).

Mål C-234/03, Contse SA m.fl. mot Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa) (*Contse*).

Mål C-341/05, Laval un Partneri Ltd mot Svenska Byggnadsarbetareförbundet m.fl. (*Laval*).

Förslag till avgörande av generaladvokat Yves Bot i mål C-346/06, *Rüffert*.

Mål C-346/06, Rechtsanwalt Dr. Dirk Rüffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauragie GmbH & Co. KG mot Land Niedersachsen (*Rüffert*).

Mål C-213/07, Michaniki AE mot Ethniko Symvoulío Radiotileorasis och Ypourgos Epikrateias (*Michaniki*).

Mål C-376/08, Serrantoni Srl, Consorzio stabile edili Scrl mot Comune di Milano (*Serrantoni*).

Mål C-368/10, *Kommissionen mot Nederländerna (Max Havelaar)*.

Mål C-583/11 P, Inuit Tapiriit Kanatami m.fl. mot Europaparlamentet och rådet (*Inuit Tapiriit Kanatami*).

Mål C-549/13, Bundesdruckerei GmbH mot Stadt Dortmund (*Bundesdruckerei*).

Mål C-115/14, RegioPost GmbH & Co. KG mot Stadt Landau in der Pfalz (*RegioPost*).